

# Die ordnungsgemäße Erbringung der Bareinlage bei der GmbH

Von Rechtsanwalt Franz M. Große-Wilde<sup>1</sup>

*Auch wenn man meint, dass die Einzahlung der Bareinlage bei der GmbH ein weitgehend geklärtes Thema ist, so erstaunt dennoch der Umfang der zu dieser Thematik in den letzten Jahren ergangenen Rechtsprechung. Auch in der Praxis lässt sich häufiger als erwartet beobachten, dass bei der Anbringung der Einlage nicht mit ausreichender Sorgfalt vorgegangen wird. Die durch Basel II ausgelösten Konsequenzen für die Bilanzierung führen auch in diesem Punkt zu erhöhten Anforderungen. Dies betrifft insbesondere auch die Berater, die sich mit der Erstellung der Bilanzen befassen.*

## I. Bedeutung des Themas für den Steuerberater/Wirtschaftsprüfer

1. Zu den typischen Arbeiten des **Steuerberaters** gehört die Erstellung der Buchhaltung und der Jahresabschlüsse für seinen Mandanten. Bereits bei der Erstellung der Buchhaltung muss eine Zuordnung der einzelnen Geschäftsvorfälle erfolgen. Spätestens bei der Aufstellung des Jahresabschlusses stellt sich die Frage, ob das Kapital einer GmbH ordnungsgemäß eingezahlt ist. Wird eine bestehende GmbH als Mandat übernommen, so kann sich der Berater an sich auf die Richtigkeit der Jahresabschlüsse des Vorberaters verlassen, wenn sich nicht hieran Zweifel ergeben. Diese Zweifel ergeben sich aber bereits dann, wenn **Forderungen der Gesellschaft gegen den Gesellschafter** bestehen, z. B. aufgrund von Darlehen an den Gesellschafter, erst recht, wenn diese bereits **im ersten Jahr** des Bestehens der Gesellschaft in der Bilanz auftauchen und/oder die Stammeinlage nur teilweise eingezahlt wurde.. Hier muss der Steuerberater nachfassen.

Der **Wirtschaftsprüfer** hat bei der Prüfung von Jahresabschlüssen weitergehende Pflichten. Er darf sich auch nicht allein auf die Aussagen des Mandanten verlassen, sondern muss eine **eigenständige Überprüfung** vornehmen.

2. Der **Berater**, der eine fehlerhafte Einzahlung im Rahmen seiner Tätigkeit feststellt, sollte den Geschäftsführer und die Gesellschafterversammlung auf derartige Bedenken **schriftlich** hinweisen, um sich nicht **Haftungsrisiken** auszusetzen.

Eine eigenständige abschließende Prüfung des Sachverhalts mit Vorschlägen zur Fehlerkorrektur ist ihm allerdings in der Regel verwehrt. Weil er als Steuerberater/Wirtschaftsprüfer (wenn er nicht auch Rechtsanwalt oder Rechtsbeistand ist) nicht gesellschaftsvertraglich beraten darf<sup>2</sup>, sollte er empfehlen, einen spezialisierten Anwalt aufzusuchen. Hält er sich nicht an diesen Weg, ist er bei einer Beratung **nicht** einmal **versichert**, **haftet** unter Umständen aber **gleichwohl**.<sup>3</sup>

Grundsätzlich besteht die **Aufklärungspflicht** gegenüber dem **Geschäftsführer** einer GmbH.<sup>4</sup> Geht es allerdings um die Einlageverpflichtungen, so sollten auch die potentiell Betroffenen, nämlich die **Gesellschafter** informiert werden. Zu den potentiell Betroffenen gehören auch solche Gesellschafter, die Ihren Einlageverpflichtungen ordnungsgemäß nachgekommen sind. Denn sie haften nach § 24 GmbH-Gesetz (GmbHG) **subsidiär** für nicht eingezahlte Stammeinlagen anderer Gesellschafter.<sup>5</sup>

3. Ein **rechtzeitiger** Hinweis ist wichtig. Denn die nicht ordnungsgemäße Erbringung der Stammeinlagen führt dazu, dass der Anspruch der Gesellschaft nach wie vor besteht. Deshalb wird spätestens im Insolvenzfall der Verwalter prüfen, ob die Einlagen bezahlt sind. Einer Zahlung an den Insolvenzverwalter kann man entgehen, wenn dies **rechtzeitig** (also **vor Insolvenzureife**) geprüft und notfalls die Einlage **noch einmal** mit ausdrücklicher Zweckbestimmung eingezahlt wird. Dies gibt der Gesellschaft noch die Möglichkeit, diese Gelder, etwa zur Bedienung von laufenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft, zu nutzen.

---

<sup>1</sup> Der Autor ist Partner der Kanzlei Große-Wilde & Partner GbR, Bonn

<sup>2</sup> BGH v. 27.5.1963 – II ZR 168/61, BB 1963, 787; BGH v. 7. 5. 1992 – IX ZR 151/91 = MDR 1992, 1004 = Stbg 1992, 441

<sup>3</sup> Vgl. BGH v. 30. 9. 1999 - IX ZR 139/98, = MDR 1999, 1470; Leibner, GmbHReport 2003, 225

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf v. 29. 10. 2002 - 23 U 45/01 = GmbHR 2003, 480

<sup>5</sup> Vgl. zur Haftungsreihenfolge Baumbach/Hueck-Fastrich, 17. Aufl., GmbHG, § 24, Rn. 3; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., GmbHG, § 24, Rn. 2

4. Diese Hinweispflichten sind im Hinblick auf die neuen Grundsätze für die Erstellung von Jahresabschlüssen zu **ergänzen**.<sup>6</sup> Hier gibt es bekanntlich drei Grundfälle:

- a. Erstellung ohne Prüfungshandlungen
- b. Erstellung mit Plausibilitätsbeurteilung
- c. Erstellung mit umfassenden Prüfungshandlungen

Nur im Fall a. kann sich **ein Dritter nicht** auf eine fehlenden Hinweis in der Bescheinigung berufen. Dennoch gilt auch hier, dass jedenfalls **die Gesellschaft/** die Gesellschafter auf Bedenken hingewiesen werden müssen. Bei eigenständiger **Buchführung durch den Mandanten** dürfte diese Pflicht nur dann bestehen, wenn sich aus den übergebenen Buchführungszahlen bereits Bedenken ergeben. Für die Fälle b. und c. **muss** die nicht ordnungsgemäße Einzahlung dokumentiert werden.

Bereits bisher war anerkannt, dass bei einem **unrichtigen Testat** für einen **Kreditgeber** Drittschutz besteht, so dass ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer auch diesem haften kann.<sup>7</sup> Dies gilt **auch für Pflichtprüfungen**, wenn der testierte Jahresabschluss (auch) zum Zwecke der Vorlage bei der Bank dienen soll.<sup>8</sup> Während in der Vergangenheit hiervon nicht zwingend davon ausgegangen werden musste, so muss heute auf der Basis des § 18 KWG in allen Fällen von einem Zweck zur Vorlage ausgegangen werden. Ein Dritter wird sich also **regelmäßig** auf eine insoweit fehlerhafte Bescheinigung zur Durchsetzung von Haftpflichtansprüchen stützen können.

## II. Grundsätze

Die Grundsätze für die Einzahlung der Stammeinlagen ergeben sich aus dem Gesetz. Hierbei gelten für die **bei der Gründung** der Gesellschaft vereinbarten Stammeinlagen im Wesentlichen die gleichen Regeln wie für spätere **Kapitalerhöhungen**.<sup>9</sup> Die nachstehenden Überlegungen sind deshalb für beide Fälle gleichermaßen anwendbar.

Stammeinlagen sind grundsätzlich Bareinlagen. Eine Bareinlage kann allerdings unter besonderen Voraussetzungen durch eine Sacheinlage ersetzt werden. Erfolgt ein solcher Ersatz nicht nach den gesetzlichen Regeln (notarielle Beurkundung, Sachgründungsbericht, Wertgutachten)<sup>10</sup>, so wird der Einlagenanspruch der Gesellschaft nicht getilgt und muss später durch Nachzahlung erfüllt werden. Dies gilt auch bei der **verdeckten Sacheinlage**.<sup>11</sup>

Die Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage (§ 19 GmbHG) kann deshalb

- **nur durch Einzahlung von Geld** auf ein Geschäftskonto oder in die Barkasse der Gesellschaft<sup>12</sup>
- **zur freien Verfügbarkeit des Geschäftsführers** getilgt werden. Bei der Zahlung ist eine
- **Zweckbestimmung** notwendig.

Diese an sich ganz einfache Regelung führt häufig zu Problemen, weil sich die Gesellschafter nicht an diese einfachen Regeln halten **wollen**, etwa weil sie die Einlage anderweitig nutzen wollen, weil ihnen eigentlich die Mittel fehlen oder einfach nur aus allzu sorglosem Umgang mit den gesetzlichen Anforderungen. Ein geradezu klassischer Fehler ist die in Fachkreisen so genannte

„**Steuerberatergründung**“: Man zahlt die Einlage 3 Tage vor der Beurkundung auf ein Konto ein, um dem Notar den Einzahlungsbeleg vorlegen zu können. 3 Tage nach der Beurkundung wird das Guthaben wieder zurück überwiesen. Ein gefundenes Fressen für jeden Insolvenzverwalter.

## III. Typische Problemstellungen

### 1. Reduzierung der Forderung

Nach § 19 Abs. II S. 1 GmbHG können die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung der Einlagen nicht befreit werden. Hieraus ergibt sich, dass ein **Erllass oder Verzicht** durch die Gesellschaft grundsätzlich **unzulässig**

<sup>6</sup> Vgl. Schreiben der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen, DStR 2001, Beihefter zu Heft 50, S1-4; und für die Wirtschaftsprüfer HFA 4/1996, WPg 1997, 67-76

<sup>7</sup> Vgl. BGH v. 26. 11. 1986 – IV a ZR 86/85 = NJW 1987, 1758; BGH v. 19. 12. 1996 – IX ZR 327/95 = NJW 1997, 1235

<sup>8</sup> BGH v. 2. 4. 1998 – III ZR 245/96 = GmbHR 1998, 600

<sup>9</sup> §§ 55, Abs. 4; 56 Abs. 2; 56 a; 57 Abs. 2, 4; 57 a GmbHG

<sup>10</sup> §§ 5 Abs. 5; 56; 56 a GmbHG

<sup>11</sup> Siehe unter III. 5.

<sup>12</sup> BGH v. 22. 6. 1992 – II ZR 30/91 = GmbHR 1992, 601

ist.<sup>13</sup>) Dies gilt entsprechend auch für eine **Abschwächung des Anspruch**. Damit sind die Auswechslung der Forderung, die Annahme an Erfüllung statt, Vorbehalte oder Bedingungen und die Stundung unzulässig.<sup>14</sup> Die Einbringung einer Forderung gegen einen Dritten ist **nur als Sacheinlage** unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften möglich.

## 2. Einzahlungsmodalitäten

a. Eine umfangreiche Rechtsprechung hat sich zu den Modalitäten der Einzahlung entwickelt. Gar nicht selten erfolgt eine **Voreinzahlung** vor Abschluss des notariellen Vertrages. Grundsätzlich entsteht der Anspruch auf die Einlage erst mit Abschluss des GmbH-Vertrages. Deshalb ist eine Voreinzahlung an sich ausgeschlossen.

Aus praktischen Gründen wird aber nicht selten eine Voreinzahlung vorgenommen, um einem zweiten Notartermin, in dem der Geschäftsführer die Versicherungen für das Handelsregister abgibt, zu entgehen. Notwendig ist dies nicht. Denn die Versicherung muss gegenüber dem Registergericht abgegeben werden. Es reicht also aus, nach dem Notartermin die Einlage einzuzahlen, dem Notar den Nachweis anschließend vorzulegen und erst dann den Eintragungsantrag zu stellen.<sup>15</sup>

Nach der Rechtsprechung reicht es aus, wenn die Einzahlung **im zeitlichen Zusammenhang** mit der Beurkundung erfolgt, eine eindeutige Zweckbestimmung vorgenommen wird und der Betrag beim GmbH-Vertragsschluss noch unverbraucht der Gesellschaft zur Verfügung steht.<sup>16</sup>

b. Ein an sich nur schwer nachvollziehbares Problem ist die **fehlende oder ungenügende Zweckbestimmung**. Man sollte meinen, dies sei kein Problem. Tatsächlich haben sich schon viele Gerichte mit diesen Fragen beschäftigt. Weil nicht selten weiterer Zahlungsverkehr zwischen Gesellschafter und Gesellschaft erfolgt,<sup>17</sup> ist eine eindeutige Abgrenzung nötig. Maßgeblich ist die Erkennbarkeit für den Geschäftsführer.<sup>18</sup> Dies ist regelmäßig schon dann der Fall, wenn keine andere Forderung **in dieser Höhe** besteht.<sup>19</sup>

**Hinweis:** Die **fehlende** Tilgungsbestimmung kann bis zum Eintritt der Krise der Gesellschaft **nachgeholt** werden, wenn die Einlage noch unverbraucht zur Verfügung steht.<sup>20</sup>

c. Fast schon skurril war die der Fall, dass der Alleingesellschafter und Geschäftsführer den Geldbetrag für die Einlage in einen Briefumschlag einlegte und den Umschlag zur **Aufbewahrung in seinen privaten Safe** legte. Auf gleicher Ebene liegt das Mitbringen der Stammeinlage in Bar zum Notartermin. Beides reicht nicht aus, der Geldbetrag muss **dem Geschäftsführer** zur freien Verfügung stehen. Dies gilt auch dann, wenn der einzige Gesellschafter der GmbH auch Alleingeschäftsführer ist.<sup>21</sup> Denn es ist dann nicht feststellbar, ob das Geld auch der Gesellschaft zur Verfügung steht.

d. Die **Zahlung auf ein Konto des Gesellschafters** ist nur möglich, wenn und soweit der Geschäftsführer das Guthaben tatsächlich zur Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten einsetzt und ein etwaig verbleibendes Guthaben der Gesellschaft überträgt.<sup>22</sup>

**Hinweis:** Diese Möglichkeit wird zwar als gerade noch zulässig angesehen, birgt aber hohe Risiken. Es dürfte nicht schwierig sein, rechtzeitig ein Konto wenigstens für die Vorgesellschaft einzurichten und dorthin die Zahlung zu leisten.

e. Insbesondere bei der Kapitalerhöhung erfolgt die Einzahlung nicht selten auf ein Gesellschaftskonto, das einen **Debetsaldo** aufweist. Diese Einzahlung reicht zur Tilgung der Einlageforderung nur aus, wenn der Kreditrahmen bei der Bank **vor** Einzahlung nicht überschritten ist oder die Bank bereit ist, die Mittel der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen.<sup>23</sup>

<sup>13</sup> Baumbach/Hueck-Fastrich, 17. Aufl., GmbHG, § 19, Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., GmbHG, § 19, Rn. 9 ff.

<sup>14</sup> Baumbach/Hueck-Fastrich, 17. Aufl., a.a.O.

<sup>15</sup> So auch Flore, GmbH-StB 2003, 230, 232

<sup>16</sup> OLG Köln v. 17. 5. 2001- 18 U 17/01 =GmbHR 2001, 627 = GmbH-StB 2001, 222; a.A. Flore, GmbH-StB 2003, 230, 232

<sup>17</sup> Die Problematik taucht in erster Linie bei Kapitalerhöhungen auf

<sup>18</sup> BGH v. 22. 6. 1992 – II ZR 30/91, GmbHR 1992, 601

<sup>19</sup> BGH v. 17.9.2001 - II ZR 275/99 =GmbHR 2001, 1114 = GmbH-StB 2001, 344

<sup>20</sup> Baumbach/Hueck-Fastrich, 17. Aufl., § 19, Rn.9 m.w.N.

<sup>21</sup> OLG Hamburg v. 16.3.2001 = GmbHR 2001, 972 = GmbH-StB 2001, 310

<sup>22</sup> BGH v. 29. 1. 2001, II ZR 183/00 = GmbHR 2001, 339 = GmbH-StB 2001, 105

<sup>23</sup> BGH v. 18. 3. 2002 – II ZR 11/01 = GmbHR 2002, 545 = GmbH-StB 2002, 163

f. Die oben bereits angesprochene „Steuerberatergründung“ stellt den klassischen Fall des **Hin- und Herzahlen** dar. Möglich sind zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nur normale Verkehrsgeschäfte<sup>24</sup>, alles andere ist unzulässig.<sup>25</sup> Selbst bei normalen Verkehrsgeschäften sind alle Gestaltungen, bei denen der Gesellschafter der Gesellschaft Vermögenswerte (etwa ein Kraftfahrzeug) gegen Zahlung von Geld überträgt, kritisch, solange diese in einem engen zeitlichen Zusammenhang (6 Monate) mit der Entstehung von Einlageansprüchen stehen.<sup>26</sup> Dieser enge zeitliche Zusammenhang begründet eine **Vermutung** für Umgehung der Sacheinlagevorschriften. (**verschleierte/verdeckte Sacheinlage**).

§ 19 V GmbHG lautet:

*Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht, oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung bewirkt wird, befreit den Gesellschafter nur, soweit sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 4 S. 1 getroffenen Bestimmung erfolgt.*

Die ergänzende Bestimmung des § 5 Abs. 4 S. 1 lautet:

*Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.*

Werden also diese Regeln nicht eingehalten, so ist die Einlage nicht wirksam erbracht und muss nochmals geleistet werden.

**Hinweis:** Der BGH hat 2003 ausdrücklich festgestellt, dass bei der verdeckten Sacheinlage nicht nur das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das dingliche Erfüllungsgeschäft nichtig ist. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Heilung.<sup>27</sup>

g. Eine vergleichbare und beliebte Gestaltung ist die Herausgabe eines **Darlehens an den Gesellschafter**. Auch hier gelten die vorstehenden Regeln. Eine Rückzahlung an den **Gesellschafter** ist als Hin- und Herzahlen **unzulässig**, wenn dies **zeitnah** (innerhalb von sechs Monaten) erfolgt.<sup>28</sup>

Dies gilt selbst dann, wenn das Darlehen, etwa vor einer Veräußerung der Geschäftsanteile, wieder zurückgeführt wird,<sup>29</sup> es sei denn, dass § 19 II, V GmbHG nicht entgegensteht, etwa bei Neuforderungen.<sup>30</sup>

**Hinweis:** Ist ein solches Darlehen ausgezahlt worden, so ist eine **Heilung** dadurch möglich, dass an Statt der Rückzahlung des Darlehens eine **nochmalige Einzahlung** der Einlage erfolgt (mit eindeutiger Zweckbestimmung). Das Darlehen muss dann nicht mehr zurückgezahlt werden, weil ein wirksamer Vertrag nicht zustande gekommen ist.

### 3. Aufrechnung und Verrechnung

a. Nach § 19 Abs. II S. 2 ist die Aufrechnung und damit auch die Verrechnung gegen den Anspruch der Gesellschaft **nicht** zulässig. Als eine Verrechnung im weitesten Sinne wird man auch die **Zahlung direkt an Gesellschaftsgläubiger**: Diese ist nur möglich, wenn die Mindesteinlagen nach §§ 7, 8 II GmbHG anderweitig bezahlt sind, die Zahlung vom Geschäftsführer veranlasst ist und es sich um eine vollwertige, liquide und fällige Forderungen gegen die Gesellschaft handelt<sup>31</sup>.

Jede andere Zahlung ist nur unter Beachtung der Sachgründungsvorschriften zulässig, § 19 V, § 5 IV 1 GmbHG. Eine Heilung ist nur unter engen Voraussetzungen möglich.

<sup>24</sup> BGH v. 22.6.1992 – II ZR 30/91, GmbHR 1992, 601

<sup>25</sup> OLG Hamm v. 17.6.1992 – 8 U 30/92, GmbHR 1992, 749; OLG Köln v. 12. 4. 1994 – 22 U 189/93, BB 1994, 1374

<sup>26</sup> Siehe hierzu die klassische Gestaltung bei OLG Celle v. 28. 5. 2003 – 9 U 5/03, GmbHR 2003, 898 = GmbH-StB 2003, 220

<sup>27</sup> BGH v. 7. 7. 2003 – II ZR 235/01, GmbHR 2003, 1051 = GmbH-StB 2003, 316

<sup>28</sup> BGH v. 2.12.2002 – II ZR 101/02, GmbHR 2003, 231; OLG Hamm, v. 17.6.1992 – 8 U 30/92, GmbHR 1992, 749; OLG Köln v. 12. 4. 1994 – 22 U 189/93, BB 1994, 1374

<sup>29</sup> OLG Schleswig, v. 29.6.2000 – 5 U 211/98 und v. 20.7.2000 – 5 U 2/00 = GmbHR 2000, 1045 und 1046 = GmbH-StB 2000, 272

<sup>30</sup> BGH v. 2.12.2002 - II ZR 101/02 = GmbHR 2003, 231

<sup>31</sup> BGH v. 25.11.1985 – II ZR 48/85 = NJW 1986, 989

b. Die Aufrechnung **durch den Gesellschafter** ist **generell ausgeschlossen**. Die Aufrechnung **durch die Gesellschaft** ist nur bei einer liquiden, vollwertigen und fällige Gegenforderung möglich.<sup>32</sup> Damit scheidet insbesondere die Verrechnung in der Krise, etwa mit kapitalersetzenden Darlehen aus.

c. Möglich ist dagegen die einvernehmliche Verrechnung. Die beinhaltet auch die **Verrechnung mit Gewinnausschüttungen**. Grundsätzlich können Einlageforderungen mit Neuforderungen des Gesellschafters im Einvernehmen mit der Gesellschaft verrechnet werden. Die Forderung des Gesellschafters muss liquide, vollwertig und fällig sein. Dies gilt ebenso für Gewinnausschüttungen.<sup>33</sup>

Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Ausschüttung mit einem Kapitalerhöhungsbeschluss in enger Verbindung steht (Absprache). In diesen Fällen muss wie bei dem Ausschüttungs-Rückholverfahren vorgegangen werden, nämlich die Vorgehensweise muss im Notarvertrag über die Kapitalerhöhung ausdrücklich vereinbart werden (wie Sacheinlage)<sup>34</sup>. Ein enger zeitlicher (**bis 6 Monate**) Zusammenhang führt zu einer Vermutung der Absprache.<sup>35</sup>

#### 4. Übernahme einer Vorrats- / Mantelgesellschaft<sup>36</sup>

In der Vergangenheit wurde gerne eine **Vorrats-/Mantel-GmbH** erworben, um mit dieser sofort arbeiten zu können. Bei einer Vorratsgesellschaft wurde die Gesellschaft „auf Vorrat“ gegründet, ohne dass irgendein Geschäftsbetrieb geführt wurde. Bei einer Mantelgesellschaft wurde die frühere Tätigkeit komplett eingestellt, so dass praktisch nur noch eine leere Gesellschaft vorhanden ist.

Der Erwerb einer solchen GmbH stellt nach der neuesten Rechtsprechung des BGH eine **Neugründung** dar. Damit ist ein **unversehrtes Stammkapital** und die **Versicherung des Geschäftsführers** hierzu bei der Beurkundung der Änderungen erforderlich. Außerdem muss die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht in der Anmeldung **offen gelegt** werden<sup>37</sup>. Während die erste Entscheidung des BGH aus 2002<sup>38</sup> zu diesem Thema den Eindruck entstehen ließ, dass das Stammkapital **bis zur Eintragung** komplett vorhanden sein muss, ist durch die zweite Entscheidung aus dem Jahre 2003<sup>39</sup> klargestellt worden, dass es nur bis zum Zeitpunkt der **Anmeldung** der Eintragung vorhanden sein muss.

Bei einer verfrühten Aufnahme der Tätigkeit der Gesellschaft droht die Gefahr der Unterbilanzhaftung und der Handelndenhaftung. Durch die jüngste Entscheidung ist deshalb die an sich schon fast totgesagte Gründung mit einer Vorratsgesellschaft wieder praktisch möglich.

#### 5. Kapitalerhöhung

Das Problem der Unterbilanzhaftung stellte sich in ähnlicher Art und Weise bisher auch bei der **Kapitalerhöhung**. Nach Einzahlung des neuen Kapitals ergab sich die Schwierigkeit, dass mit dem Geld noch nicht gearbeitet werden durfte, obgleich gerade dies wirtschaftlich sinnvoll und erwünscht war. Es musste statt dessen bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister gewartet werden, um einer Unterbilanzhaftung zu entgehen. Nachdem der BGH jetzt seine Rechtsprechung geändert hat, reicht es, wenn bei einer Kapitalerhöhung die Bareinlage in die freie Verfügung der Gesellschaft gelangt ist. Auf eine **Unterbilanz** kommt es **nicht mehr** an.<sup>40</sup>

#### IV. Hinweise für die Praxis

1. Spätestens **bei einer Insolvenz** der Gesellschaft gehört es erfahrungsgemäß zu den ersten Handlungen des Insolvenzverwalters, die Gesellschafter zum **Nachweis** für die Einzahlung der Einlagen aufzufordern. Der Gesellschafter muss im Streitfall die Einlageeinzahlung bis zu Eintritt der Verjährung **nachweisen**, unter Umständen noch (bisher) nach 30 Jahren. Unklare Verhältnisse, wie eine nicht ordnungsgemäß gebuchte und geführte Kasse, können hierbei zu erheblichen Risiken führen. Bareinzahlungen sollten deshalb grundsätzlich vermieden werden.

Es liegt daher im Interesse eines jeden Gesellschafters einer GmbH (und auch der späteren Rechtsnachfolger), dass derartige Nachweise erbracht werden können. Diese Nachweise sollten auch für die anderen Gesellschafter der GmbH vorliegen, um einer **Ausfallhaftung** zu entgehen (§ 24 GmbHG)

<sup>32</sup> vgl. Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., GmbHG, § 19, Rn. 19; zuletzt BGH v. 16.9.2002 -II ZR 1/00 = GmbHR 2002, 1193 = GmbH-StB 2002, 344 für Neuforderungen

<sup>33</sup> BGH v. 16.9.2002 -II ZR 1/00 = GmbHR 2002, 1193 = GmbH-StB 2002, 344

<sup>34</sup> vgl. BGH v. 26. 5. 1997 – II ZR 69/96 = NJW 1997, 2516

<sup>35</sup> BGH v. 16.9.2002 -II ZR 1/00 = GmbHR 2002, 1193 = GmbH-StB 2002, 344

<sup>36</sup> Siehe hierzu den umfassenden Beitrag von Schäfers, GmbH-StB 2004, 114

<sup>37</sup> BGH v. 9.12.2002, II ZB 12/02 = GmbHR 2003, 227 = GmbH-StB 2003, 67

<sup>38</sup> BGH v. 9.12.2002, II ZB 12/02 = GmbHR 2003, 227 = GmbH-StB 2003, 67

<sup>39</sup> BGH v. 7. 7. 2003 - II ZB 4/02, GmbHR 2003, 1125 = GmbH-StB 2003, 282

<sup>40</sup> BGH v. 18.3.2002, II ZR 11/01 = GmbHR 2002, 545 = GmbH-StB 2002, 163

2. Die Einlageverpflichtung unterliegt bisher der 30jährigen **Verjährung**.<sup>41</sup> Mit der Neuregelung der Verjährung im Schuldrechtsmodernisierungs-Gesetz wird es hier zu einer deutlichen **Abkürzung auf drei Jahre** ab Kenntnis und **Fälligkeit** (§ 199 Abs. 1 n.F.) oder **auf 5 Jahre** entsprechend § 31 V GmbHG kommen.<sup>42</sup> Maßgeblich wird hierbei die Fälligkeit sein, weil durch den GmbH-Vertrag dem Geschäftsführer die nötige Kenntnis verschafft wird. Für Altfälle wird, deren Fälligkeit unterstellt, aufgrund Art. 229 EGBGB spätestens am 31.12.2004/31.12.2006 die Verjährung eintreten.<sup>43</sup>

Für den **Geschäftsführer** kann dies zu Risiken führen, wenn er die Verjährung der Stammeinlagen nicht im Auge behält. Er muss die Stammeinlagen rechtzeitig einfordern und gegebenenfalls durchsetzen, bevor die Verjährung eintritt. Er haftet sonst nach § 43 GmbHG. Der Anspruch verjährt nach 5 Jahren.

3. Eine Aufnahme der Tätigkeit der Gesellschaft **vor der Eintragung** kann eine **Unterbilanz** zum Eintragungszeitpunkt zur Folge haben: Nachweisen muss zwar die Gesellschaft, dass zum Zeitpunkt der Eintragung des Gesellschaft in das Handelsregister eine Unterbilanz vorlag. Der Gesellschafter muss aber **das Gegenteil nachweisen**, wenn er keine Vorbelastungsbilanz auf den Stichtag erstellt hat oder wenn keine geordneten Geschäftsunterlagen vorhanden sind.<sup>44</sup> Unterbilanzansprüche verjähren analog § 9 II GmbHG in fünf Jahren ab Eintragung.

---

<sup>41</sup> vgl. BGH v. 13. 4. 1992 – II ZR 277/90, NJW, 1992, 2222, 2227; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., GmbHG, § 19, Rn. 13; Baumbach/Hueck-Fastrich, 17. Aufl., GmbHG, § 19, Rn 9a

<sup>42</sup> Siehe allgemein Mohr, GmbH-StB 2002, 138 ff.

<sup>43</sup> Die Frage der Verjährung nach neuem Recht ist in der Literatur stark umstritten. Neben der Regelverjährung wird alternativ eine Verjährungsfrist von 5 oder von 10 Jahren mit teilweise guten Gründe angenommen. Rechtsprechung gibt es hierzu noch nicht.

<sup>44</sup> BGH v. 17. 2. 2003, II ZR 281/00 = GmbHR 2003, 466 = GmbH-StB 2003, 121