

# Die Heilung von Gründungsmängeln bei der GmbH

Von RA Franz M. Große-Wilde, Bonn

Stand 15. 12. 2004

## Vorbemerkung:

Die nachstehenden Ausführungen knüpfen an den Aufsatz des Autors „Die ordnungsgemäße Erbringung der Bareinlage bei der GmbH“<sup>1</sup> an. Ausgangspunkt der Überlegungen sind typische Fallgestaltungen, die im wesentlichen auf verschiedene Entscheidungen der oberen Gerichte zurückgehen.

Wie auch dort erwähnt, bestehen auch hier nicht geringe Haftungsrisiken auch für Berater. So hat der BGH einen Rechtsanwalt, der nicht auf die Risiken der verdeckten Stammeinlage hingewiesen hatte, zum Schadensersatz verurteilt.<sup>2</sup> Diese Risiken bestehen natürlich auch für Berater aus anderen Bereichen.

## I. Heilungsmöglichkeiten bei der Bareinlage

Grundsätzlich ist zunächst festzuhalten, dass die Heilung von Fehlern bei der Einzahlung der Bareinlage regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt. In einer Vielzahl von Fällen bleibt keine Alternative als die erneute Einzahlung der Bareinlage übrig. Dies betrifft insbesondere die Fälle des „Hin- und Herzahlens“, Verrechnungsversuche u. ä.. Dennoch bleiben bei einigen dieser Gestaltungen Sonderfragen, auf die im folgenden eingegangen werden soll, und die zumindest gewisse Möglichkeiten eröffnen:

### **1. Rückzahlung als Darlehen an den Gesellschafter**

Es kommt durchaus vor, dass eine Einlage zunächst einmal nicht benötigt wird, so dass der Gesellschafter der GmbH den Betrag zunächst wieder an sich zurück zahlt und hierbei eine Darlehensvereinbarung mit der Gesellschaft abschließt. Derartige Konstellationen kommen etwa dann vor, wenn es sich um eine Vorratsgesellschaft handelt, die durch ein Darlehen des Gesellschafters bei der Bank zunächst finanziert wurde, und der auf diese Weise die Kosten im Rahmen halten möchte, ähnliches kommt auch vor, wenn etwa größere Investitionen geplant sind und sich die Umsetzung dieser Investitionen verzögert. Erfolgen derartige Zahlungen zeitnah, so wird dies als Hin- und Herzahlen angesehen, selbst wenn das Darlehen kurze Zeit später wieder zurückgeführt wird.<sup>3</sup>

Ob diese Auffassung tatsächlich auch vor dem Bundesgerichtshof halten würde, ist aus meiner Sicht etwas zweifelhaft, weil der BGH in einer Entscheidung vom 02.12.2002 hier eine etwas dezidiertere Auffassung vertreten hat. Der II. Senat des BGH lässt eine Verrechnung mit Neuforderungen grundsätzlich zu, solange nicht die §§ 19 Abs. II, 5 GmbH-Gesetz entgegenstehen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Große-Wilde, GmbH-StB 2004, 146 ff.

<sup>2</sup> BGH v. 2. 12. 1999 – IX ZR 415/98, GmbHR 2000, 131 = GmbH-StB 2000, 35

<sup>3</sup> Vgl. OLG Schleswig vom 29.06.2000 – 5 U 211/98 und vom 20.07.2000 – 5 U 2/2000 = GmbHR 2000, 1045 und 1046 = GmbH-StB 2000, 272

<sup>4</sup> BGH v. 2. 12. 2002 – II ZR 101/02 = GmbHR 2003, 231

Dennoch ist grundsätzlich Vorsicht geboten. Es ist immer der sicherste Weg zu wählen, weshalb es sich nicht lohnt, eine unnötige Diskussion zu führen. Stehen also derartige Darlehen noch offen, so empfiehlt es sich grundsätzlich, nicht das Darlehen zurück zu führen. Denn die Darlehensverpflichtung dürfte nach der Rechtsprechung als nichtig anzusehen sein. Statt dessen sollte lieber die Einlage noch einmal eingezahlt werden, wobei eine entsprechende Zweckbestimmung vorzunehmen ist.<sup>5</sup> Soweit die erste Zahlung dann zu Unrecht erfolgt ist, kann man die Aufrechnung mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vornehmen. Es sollte deshalb gleichzeitig ein entsprechender Erlass-/ Verrechnungsvertrag abgeschlossen werden.

Zu beachten ist, dass derartige Lösungsmöglichkeiten nicht mehr bestehen, wenn das Unternehmen bereits in der Krise steht. Verrechnungen mit Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung sind in diesem Falle sicherlich kritisch. Eine frühzeitige Reaktion ist deshalb unbedingt geboten.<sup>6</sup>

## 2. Fehlende Zweckbestimmung

Gar nicht so selten, insbesondere auch bei Kapitalerhöhungen, tritt das Problem auf, dass die Zweckbestimmung bei der Zahlung überhaupt nicht erfolgt oder nur unzureichend vorgenommen wurde. Dieses Problem tritt in weiten Teilen des Geschäftsverkehrs häufiger als gedacht auf, insbesondere bei Zahlungen, die in einem engen Kreis von Beteiligten erfolgen, etwa wie bei Zahlungen zwischen GmbH und den Gesellschaftern. Hier gibt es ebenso zwei Möglichkeiten: Die eine ganz sichere Möglichkeit ist die, dass die Einlage noch einmal komplett eingezahlt wird. Je nach Größenordnung ist dies sicherlich nicht die optimale Alternative.

Lässt sich eine sichere Alternative nicht verwirklichen, besteht die Möglichkeit, dass die Zweckbestimmung (bis zum Eintritt der Krise) grundsätzlich noch nachgeholt werden kann.<sup>7</sup> Voraussetzung ist natürlich, dass es keine vorhergehende falsche Zweckbestimmung gegeben hat. Dies ist sehr sorgfältig zu klären.

## 3. Gewinnausschüttungen und Kapitalerhöhungen

Eine durchaus beliebte Alternative ist es, Kapitalerhöhungen mit Gewinnausschüttungen zu verrechnen, um die eigene Liquidität zu schonen. Dies geschieht durchaus auch sogar bei der Einzahlung der Stammeinlage selbst, insbesondere etwa bei der Verrechnung mit dem noch offen stehenden Teil der ursprünglichen Stammeinlage.<sup>8</sup> Grundsätzlich ist hierzu anzumerken, dass der BGH es für zulässig gehalten hat, eine entsprechende Verrechnung vorzunehmen, soweit es sich um Neuforderungen handelt. Kommt es also im Jahre 1996 zu entsprechenden Überschüssen, so ist es durchaus zulässig, eine Verrechnung vorzunehmen, um die noch nicht voll eingezahlte Stammeinlage zu bedienen, wenn etwa die Gesellschaft zwei oder drei Jahre früher gegründet würde.<sup>9</sup>

Hierbei sind aber vier Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

---

<sup>5</sup> So schon Große-Wilde, GmbH-StB 2000, 272

<sup>6</sup> BGH vom 02.12.2002 II ZR 101/02 = GmbHR 2003, 231

<sup>7</sup> Vgl. Baumbach-Hueck/Fastrich, GmbH-Gesetz, § 19, RN 9 mit weiteren Nachweisen

<sup>8</sup> Vgl. die Fallgestaltung OLG Stuttgart vom 11.02.2004 – 14 U 23/03 – GmbHR 2004, 662

<sup>9</sup> BGH vom 16. 9. 2002 – II ZR 1/00, GmbHR 2002, 1193 = GmbH-StB 2002, schließt bei 8 Monaten einen engen zeitlichen Zusammenhang aus

- a) Die Aufrechnung muss durch die Gesellschaft erklärt werden oder es erfolgt eine zweiseitige Aufrechnungsvereinbarung durch Vertrag, der sinnvoller Weise schriftlich geschlossen wird.
- b) Die Forderung auf Gewinnausschüttung muss vollwertig, liquide und fällig sein, insbesondere darf es zu keiner Auszahlung entgegen § 30 GmbH-Gesetz kommen.
- c) Die Mindesteinzahlung auf das Stammkapital nach § 7 GmbH-Gesetz muss in jedem Falle bar erbracht werden, insoweit ist eine Verrechnung in jedem Falle ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen eine ordnungsgemäße Einzahlung nicht erfolgt war, etwa weil es zu Rückzahlungen gekommen ist.
- d) Eine Vorabsprache muss ausgeschlossen sein. Hierbei wird man, wie auch bei der verdeckten Sacheinlage, bei einem zeitlichen Zusammenhang von bis zu 6 Monaten von einer entsprechenden Vermutung der Vorabsprache ausgehen müssen. Ausgeschlossen hat der BGH eine solche Vorabsprache bereits bei 8 Monaten.<sup>10</sup>

Sind Altforderungen, etwa frühere Gewinne, Gesellschafterdarlehen oder Ähnliches mit einer Kapitalerhöhung zu verrechnen, so besteht nur die Möglichkeit mit dem so genannten Ausschüttungsrückholverfahren vorzugehen. Dies setzt voraus, dass eine notarielle Beurkundung erfolgt, indem die entsprechende Forderung als Sacheinlage eingebracht wird. Dieser Weg ist seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1996 eröffnet. Insbesondere besteht hier auch die Möglichkeit der nachträglichen Heilung. Auch noch nach Eintragung einer Kapitalerhöhung in das Handelsregister als Bareinlagenerhöhung besteht die Möglichkeit, die Kapitalerhöhung in eine Sacheinlagenerhöhung umzuwandeln.<sup>11</sup>

Bei der Prüfung der Möglichkeit einer Verrechnung einer Kapitalerhöhung mit einem Ausschüttungsguthaben sollte auch geprüft werden, ob die Bilanzen des Unternehmens ordnungsgemäß errichtet worden sind. So kann der fehlende Anhang einer Bilanz dazu führen, dass diese Bilanz nichtig ist. Eine nichtige Bilanz kann auf der anderen Seite aber keine Gewinnausschüttungen begründen. Eine gleichwohl durchgeführte Gewinnausschüttung führt dann zu einem Rückzahlungsanspruch.<sup>12</sup>

Da die steuerlich begründete Relevanz derartiger Möglichkeiten nur noch für Gewinne aktuell ist, die vor dem Veranlagungszeitraum 2001 entstanden ist, ist dieses Verfahren wohl nur noch für alte Rücklagen überlegenswert. Praktisch brauchbare Muster zum Ausschüttungsrückholverfahren findet man im GmbH-Handbuch aus dem Otto Schmidt Verlag.<sup>13</sup>

## **II. Heilung einer verdeckten Sacheinlage**

### **1. Grundlagen**

Manch eine Kapitalerhöhung führt zu einer verdeckten Sacheinlage, etwa weil Vermögenswerte durch die Gesellschaft von einem der Gesellschafter der GmbH erworben werden. Ich darf einmal den **typischen Fall** schildern.

---

<sup>10</sup> BGH vom 16. 9. 2002 – II ZR 1/00, GmbHR 2002, 1193, 1195

<sup>11</sup> Vgl. BGH vom 04.03.1996 – II ZB 8/95 = GmbHR 1996, 351 = BGHZ 132, 141

<sup>12</sup> OLG Stuttgart v. 11. 2. 2004 – 14 U 23/03, GmbHR 2004, 663 mit Anmerkung Mildner

<sup>13</sup> Fuhrmann/Kallmeyer, GmbH-Handbuch, Stand Juli 2003, Band 5, Muster 125 ff.

In der A - GmbH sind mit jeweils 50 % Friedrich Krupp und Paul Hoesch als Gesellschafter beteiligt. Im Juli 2003 haben sie beschlossen, das Stammkapital der Gesellschaft von 50.000,00 € um weitere 50.000,00 € auf 100.000,00 € zu erhöhen. Beide Gesellschafter zahlen die von ihnen übernommenen Stammeinlagen 3 Tage nach dem Notarvertrag in voller Höhe ein. Am 01.10.2003 erwirbt die Gesellschaft von Krupp einen gebrauchten Pkw im Wert von 28.000,00 €. Dieser soll Krupp, der gleichzeitig Geschäftsführer ist, als Betriebsfahrzeug dienen. Im Frühjahr 2004 stellt der Steuerberater Schlau die notwendigen Daten für den Jahresabschluss 2003 zusammen und stellt hierbei diesen Sachverhalt fest, der ihm zuvor nicht aufgefallen war. Er weist die Gesellschafter auf seine Bedenken hin. Was ist zu tun?

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei dieser Gestaltung um kein Verkehrsgeschäft, sondern um eine verdeckte Sacheinlage. Die Gesellschafter müssten ansonsten den Nachweis führen, dass es an einer Vorabsprache gefehlt hat, da die Frist von einem halben Jahr unterschritten war. Erfahrungsgemäß ist dies ein schwieriges Unterfangen. Folge war nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass das Verpflichtungsgeschäft als unwirksam angesehen wurde. Das Verfügungsgeschäft, also die dingliche Übertragung des Pkws auf die Gesellschaft, wurde dagegen von der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur als wirksam angesehen.<sup>14</sup> Der BGH hat eine Stellungnahme hierzu in einer Entscheidung aus dem Jahre 1998<sup>15</sup> ausdrücklich offen gelassen.

Konsequenz der früheren Rechtsprechung war, dass bei der Heilung einer verdeckten Sacheinlage so verfahren wurde, dass der auf § 812 BGB basierende Bereicherungsanspruch als Sacheinlage eingebracht wurde, um auf diesem Wege eine Heilung herbei zu führen. Unproblematisch war dies aber nicht, weil der Bereicherungsanspruch an sich einredebehaftet war.<sup>16</sup>

Erforderlich war somit

- ein notariell zu beurkundender Heilungsbeschluss mit einem entsprechend geänderten Wortlaut der Satzung der Gesellschaft
- eine notariell beglaubigte Übernahmeerklärung hinsichtlich der veränderten Einlagen
- ein privatschriftlichen Erlassvertrag mit der Verrechnung zwischen dem Bereicherungsanspruch einerseits und dem Einlagenanspruch andererseits
- ein Sachkapitalerhöhungsbericht
- eine Werthaltigkeitsbescheinigung
- ein Gutachten über den Wert des Bereicherungsanspruches
- die Anmeldung ans Handelsregister.

Da die Höhe dieses Bereicherungsanspruches wesentlich von dem Wert des einzubringenden Gegenstandes abhing, richtete sich die jeweilige Bewertung grundsätzlich auf das eingebrachte Wirtschaftsgut, in unserem Falle also letztlich auf den Wert des Pkws. Zu beachten war hierbei, dass die Bewertung auf den jeweiligen Zeitwert abzustellen ist. Es kam also nicht darauf an, welchen Wert das Fahrzeug etwa zum Zeitpunkt der ursprünglichen Einbringung hatte, sondern es kam ausschließlich auf die Frage an, welchen Wert der Pkw zum Zeitpunkt des Heilungsbeschlusses hatte.

---

<sup>14</sup> Vgl. OLG Köln, GmbHR1995, 518 mit weiteren Nachweisen

<sup>15</sup> BGH vom 16.03.1998 – II ZR 303/96 = GmbHR 1998, 588

<sup>16</sup> Vgl. BGH GmbHR 1998, 588

## 2. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2003

Die vorstehend geschilderte Rechtslage hat sich mit einer Entscheidung des BGH vom 07.07.2003 wesentlich geändert.<sup>17</sup> In dieser Entscheidung hat das Gericht festgehalten, dass nicht nur der schuldrechtliche Einbringungsvertrag, sondern auch das dingliche Übertragungsgeschäft unwirksam sind. Insoweit hat das Gericht die Vorschrift von § 27 Abs. III Aktiengesetz entsprechend angewandt. Dies ergibt folgende Konsequenzen: Es ist nunmehr nicht mehr der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung einzubringen, einzubringen ist vielmehr das Wirtschaftsgut selbst im Wege der Sacheinlage. Hierzu muss es natürlich noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sein. Für die Umsetzung ist somit erforderlich:

- Der beim Notar zu beurkundende **Heilungsbeschluss** nebst Änderung der Satzung
- die notariell zu beurkundenden veränderte **Übernahmeerklärung**  
(Im Ergebnis werden hierdurch die ursprünglichen Kapitalerhöhungsbeschlüsse modifiziert und geändert.
- Ein neuer **Übereignungsvertrag**  
(Dieser ist formfrei möglich, soweit es sich um bewegliche Güter wie etwa einen PKW handelt. Anders ist dies bei Grundstücken. Hier ist ein erneuter notariell zu beurkundender Vertrag notwendig. Bis zur Auflassung (Zustimmung zum Eigentumsübergang) des Grundstücks bestünde zunächst ein Herausgabeanspruch nach § 985 verbunden mit einem Grundbuchberichtigungsanspruch. Dieser wird mit dem erneuten Eigentumsübergang gegenstandslos.
- ein privatschriftlichen **Erlassvertrag** zwischen Gesellschafter und GmbH mit der Verrechnung zwischen dem Bereicherungsanspruch wegen des Kaufpreisanspruchs der GmbH einerseits und dem Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung des Bareinlage andererseits (der Erlassvertrag kann mit dem Übereignungsvertrag verbunden werden).
- ein **Sachkapitalerhöhungsbericht**
- eine **Werthaltigkeitsbescheinigung**
- ein **Wertgutachten** auf den Tag der neuen Einbringung des Wirtschaftsgutes
- die **Anmeldung** beim Handelsregister

Hinsichtlich der letztgenannten Punkte ergeben sich gegenüber der alten Form keine wesentlichen Änderungen. Ein Beispiel für die entsprechenden Verträge, abgestimmt auf den obigen Fall, ist als Anhang beigelegt.

Zu Schwierigkeiten kann es dann kommen, wenn das Wirtschaftsgut nicht mehr im Vermögen des Unternehmens ist. Hier ergibt sich ein Bereicherungsanspruch aus den §§ 989, 990 BGB, der an die Stelle des Wirtschaftsgutes getreten ist. Dieser Anspruch des Gesellschafters ist in die Gesellschaft einzubringen. Hierbei können sich Bewertungsfragen ergeben, die sich nicht nur auf den Wert des ursprünglichen Gutes beschränken, sondern auch auf die Liquidität des Unternehmens. Ebenso kann es zu Schwierigkeiten kommen, wenn durch Wertverluste nunmehr von einer anderen Bewertung auszugehen ist. Je länger also letztlich zwischen dem ursprünglichen Vertrag und der Heilung Zeit vergeht, umso schwieriger wird dies.

Anzumerken ist, dass dieser Weg nicht nur geöffnet ist, wenn es um die Heilung einer verdeckten Sacheinlage geht. Vielmehr dürfte eine derartige Vorgehensweise auch bei einer nachträglichen Umwandlung einer Geldeinlage in eine Sacheinlage möglich sein, die aus einem anderen Motiv

---

<sup>17</sup> BGH vom 07.07.2003 – II ZR 235/01, GmbHR 2003, 1051

heraus erfolgt. Hierdurch werden umständliche Wege vermieden, etwa die Verbindung einer Kapitalerhöhung mit einer gleichzeitigen Herabsetzung.<sup>18</sup>

### 3. Anschlussprobleme

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs führt – was nicht anders zu erwarten ist – zu Anschlusschwierigkeiten in den verschiedensten Bereichen.

#### a) frühere Heilungsversuche

Zunächst wirft sich die Frage auf, welche Folgen sich für in der Vergangenheit durchgeführte Heilungshandlungen ergeben. Hierzu gibt es naturgemäß noch keine klare Linie. Rechtsprechung existiert hierzu noch nicht. Die Literatur beschränkt sich auf Anmerkungen zum Urteil.

Insbesondere bei formbedürftigen Grundlagerechtsgeschäften, wie etwa bei der Einbringung von Grundstücken oder der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen dürfte es keine Alternative dazu geben, als die entsprechende Umsetzung noch einmal vorzunehmen, also sozusagen die Heilung von der Heilung.<sup>19</sup>

Anders sieht dies unter Umständen bei nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften aus, hier kann man sicherlich daran denken, dass im Wege einer hypothetischen Vertragsauslegung der spätere Einbringungsvertrag gleichzeitig inhaltlich in dem Erlassvertrag enthalten ist, was aber sicherlich ebenso kritisch ist.<sup>20</sup> Gleichwohl bleiben hier natürlich gewisse Restzweifel bestehen, die sinnvoller Weise durch eine Vertragsänderung bzw. eine Neugestaltung der Verträge behoben werden sollte.

#### b) Nichtigkeit der Bilanz

Man sollte nicht ganz übersehen, dass die verdeckte Sacheinlage auch bilanzielle Folgen haben kann. Häufig handelt es sich um ein Vermögensgegenstand von erheblichem Wert, dies kann nach § 256 Abs. V Satz 1 Nr. 1 Aktiengesetz zur Nichtigkeit der Bilanz führen. Hiervon wird nicht nur die Bilanz des fraglichen Jahres erfasst, sondern unter Umständen auch die Jahresabschlüsse der Folgejahre, was insbesondere dann zu Problemen führt, wenn es aufgrund derartiger Bilanzen zu Gewinnausschüttungen kommt.<sup>21</sup> Insoweit ist es zweckmäßig, bereits im Jahr der verdeckten Sacheinlage die Heilung umzusetzen, um derartige Risiken von vorne herein zu vermeiden. Ansonsten ist eine möglichst zügige Umsetzung geboten. Ist die Bilanz noch nicht erstellt, sollten diese Gesichtspunkte ggf. entsprechend berücksichtigt werden.

In unserem Falle kann Steuerberater Schlau die neuen Erkenntnisse bereits in der Bilanz für das Jahr 2003 berücksichtigen, so dass die Stammeinlagen nicht als getilgt behandelt und auch der PKW nicht als Wirtschaftsgut berücksichtigt wird. Statt dessen müssen zunächst die wechselseitigen Ansprüche der Beteiligten berücksichtigt werden. Sinnvoll wird es sein, die besonderen Umstände im Anhang mitzuteilen und näher zu erläutern, insbesondere wenn die notwendigen Heilungsmaßnahmen bereits eingeleitet sind. Damit dürfte eine Nichtigkeit der Bilanz vermieden werden können.

---

<sup>18</sup> LG Stuttgart v. 4. 3. 2004 – 32 T 1/04 KfH, GmbHR 2003, 666 mit Anmerkung Oppenländer

<sup>19</sup> So auch Langner, GmbHR 2004, 298, 300, Dißars, BB 2003, 1922; Meyer/Ludwig, NotBZ 2004, 1, 13;

<sup>20</sup> so Bormann, GmbHR 2003, 1057; kritisch Langner, GmbHR 2004, 298, 300

<sup>21</sup> Vgl hierzu etwa OLG Stuttgart vom 11.02.2004 – 14 U 23/03, GmbHR 662

### c) Mitwirkungspflichten

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass bei einer verdeckten Sacheinlage sowohl derjenige, der diese bewirkt hat, aber auch die anderen Gesellschafter aufgrund ihrer Treueverpflichtung dazu verpflichtet sind, die Heilung einer solchen Sacheinlage auch umzusetzen. Dies hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 07.07.2003 auch noch einmal ausdrücklich festgehalten und einen Mitgesellschafter zur Mitwirkung ausdrücklich verpflichtet.

### d) Insolvenzfragen

Fällt das Unternehmen vor einer Heilung der verdeckten Sacheinlage in Insolvenz, so hat sich die Situation für die Gesellschafter durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes deutlich verbessert, wenn das Wirtschaftsgut in noch im Eigentum des Unternehmens steht. Die Nichtigkeit der Übereignung führt nämlich dazu, dass das Eigentum nicht übergegangen ist, und somit dem einbringenden Gesellschafter ein Aussonderungsrecht nach § 47 Insolvenzordnung zusteht.

Anders liegt dies, wenn das Wirtschaftsgut bereits weiterveräußert wurde. Zwar besteht hier ein Anspruch des Gesellschafters nach § 989, 990 BGB auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft. Dieser ist aber im Ergebnis nicht insolvenzfest. Auch bereits in der Krise der Gesellschaft wäre ein solcher Anspruch nicht mehr als werthaltig zu bezeichnen, so dass eine Verrechnungsvereinbarung zu diesem Zeitpunkt zweifelhaft wäre.

Dies ändert allerdings nichts daran, dass ohne eine Heilung die Gesellschaft den Einlagenanspruch behält, so dass dieser vom Insolvenzverwalter ohne weiteres gegenüber den Gesellschaftern durchgesetzt werden kann.<sup>22</sup> Insoweit ist regelmäßig die rechtzeitige erneute Einzahlung auch als Bareinlage ein bessere Alternative als das Abwarten.

---

<sup>22</sup> so auch Bormann, GmbHR 2003, 1056

## Anhang

### 1. Heilungsbeschluss

#### Urkundenrollen - Nr. 430 für 2004

Vor dem beurkundenden Notar Dr. Sorgenfrei

**mit dem Amtssitz in Bonn**

erschieden, dem Notar persönlich bekannt:

1. Herr Friedrich Krupp, wohnhaft Sonnenallee 17, 53113 Bonn
2. Herr Paul Hoesch, wohnhaft Mondstr. 1, 53127 Bonn

Die Erschienenen – handelnd im eigenen Namen – erklärten:

1. Wir sind die einzigen Gesellschafter der A-GmbH, eingetragen unter HRB 10037 bei Amtsgericht Bonn, und sind mit jeweils 50 % an deren insgesamt 100.000 € betragenden Stammkapital beteiligt.
2. Mit Gesellschafterbeschluss vom 11. 7. 2003 (UR-Nr. 612/2003 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) hatten wir beschlossen, das Stammkapital im Wege der Barkapitalerhöhung von 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € zu erhöhen. Die Einlagen haben wir am 14. 7. 2003 durch Zahlung auf ein Konto der Gesellschaft erbracht. Die Kapitalerhöhung wurde am 10. 9. 2003 in das Handelsregister eingetragen.
3. Mit Kaufvertrag vom 1. 10. 2003 hat die Gesellschaft vom Erschienenen zu 1. einen gebrauchten PKW zum Kaufpreis von 28.000 € erworben. Da dies nach Hinweis unseres Steuerberaters Schlau u. U. eine verschleierte Sacheinlage darstellt, halten wir unter Verzicht auf alle Formen und Fristen der Einberufung und Ankündigung eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der GmbH ab und fassen einstimmig die nachstehenden

#### **Gesellschafterbeschlüsse**

1. Der Kapitalerhöhungsbeschluss vom 11. 7. 2003 wird wie folgt geändert:

Das Stammkapital der Gesellschaft wird von 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € erhöht. Zur Übernahme der neuen Stammeinlage auf das erhöhte Stammkapital werden ausschließlich die bisherigen Gesellschafter zugelassen.

Die Stammeinlagen sind zu erbringen:

- a) durch den Gesellschafter Krupp mittels Übereignung seines PKW, aml. Kennzeichen BN - FK 2003, im Wert von 28.000 €.
- b) durch den Gesellschafter Hoesch in bar zuzüglich eines Aufgeldes von 3.000 €;

2. § 7 des Gesellschaftsvertrages wird wie folgt geändert:

#### **„§ 7**

#### **Stammkapital**

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 100 000 € (in Worten: einhunderttausend Euro).
- (2) Es ist eingeteilt in zwei Stammeinlagen im Nennbetrag von je 25 000 € und in zwei weitere Stammeinlagen im Nennbetrag von je 25 000 €.“

Sodann erklären die Erschienenen die Gesellschafterversammlung für beendet.

## **2. Übernahmeerklärung**

Mit Gesellschafterbeschluss vom 11. 7. 2003 (UR-Nr. 612/2003 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) wurde das Stammkapital der GmbH mit dem Sitz in Bonn von 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € erhöht. Zur Übernahme der ursprünglich in bar zu erbringenden neuen Stammeinlagen wurden nur die bisherigen Gesellschafter A und B zugelassen.

Mit Gesellschafterbeschluss vom heutigen Tage (UR-Nr. 430/2004 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) wurde der vorbezeichnete Kapitalerhöhungsbeschluss dahingehend abgeändert, dass der Gesellschafter Krupp anstelle der Erbringung einer Bareinlage von 25.000 € der Gesellschaft seinen PKW, amtliches Kennzeichen BN – FK 2003, der einen Wert von 28.000 € hat, der Gesellschaft überträgt und der Gesellschafter Hoesch zusätzlich zu der bereits geleisteten Bareinlage von 25.000 € ein Aufgeld von 3.000 € erbringt.

Die unterzeichneten Herren Krupp und Hoesch übernehmen hiermit unter gleichzeitiger Aufhebung der Übernahmeerklärung vom 11. 7. 2003 gemäß dem vorstehenden Kapitalerhöhungsbeschluss jeweils eine Stammeinlage im Nennbetrag von 25.000 € zuzüglich eines Aufgeldes von 3.000 €.

Bonn, den 27. 4. 2004

## **3. Übertragungs-/Erlasvertrag**

### **Übertragungsvertrag und Erlassvertrag**

zwischen

Herrn Friedrich Krupp, Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der A - GmbH, wohnhaft ....

und der A-GmbH, diese vertreten durch Herrn Friedrich Krupp, .....

1. Der Gesellschafter Krupp ist mit bisher einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 25.000 € an der GmbH beteiligt.
2. Mit Beschluss vom (UR-Nr. 612/2003 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) wurde beschlossen, das Stammkapital zu erhöhen und den Gesellschafter Krupp zur Übernahme einer Stammeinlage im Nennbetrag von 25.000 € zuzulassen.
3. Am 1. 10. 2003, also nach Erbringung seiner Einlageschuld, verkaufte der Gesellschafter den ihm gehörenden PKW, aml. Kennzeichen BN- FK 2003 an die GmbH zum Kaufpreis von 28.000 €, was dem Zeitwert des PKW bei Abschluss des Kaufvertrages entsprach.
4. Da sich die Einlagenleistung infolge des zeitnahen Anschaffungsgeschäftes möglicherweise als verdeckte Sacheinlage darstellt, ist von der Unwirksamkeit des ihr zugrunde liegenden Vertrages und der Übereignung auszugehen. Der Gesellschafter ist deshalb nach wie vor Eigentümer des PKW.
5. Mit Beschluss vom 27. 4. 2004 (UR-Nr. 430/2004 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) wurde die vom Gesellschafter zu erbringende Leistung in eine Sacheinlagenschuld (Übertragung des PKW) umgewandelt.

6. In Ausführung dieses Gesellschafterbeschlusses bringt Herr Krupp hiermit seinen PKW, amtliches Kennzeichen BN – FK 2003 in die Gesellschaft ein, indem er ihn ihr mit sofortiger Wirkung überträgt. Die Gesellschaft nimmt die Übertragung hiermit an.
7. Da die Gesellschaft ursprünglich für den PKW einen Kaufpreis von 28.000 € bezahlt hat und der Gesellschafter Krupp am 14. 7. 2003 einen Betrag von 25.000 € ohne Rechtsgrund an die Gesellschaft gezahlt hat, vereinbaren die Parteien die Verrechnung der Ansprüche in Höhe von 25.000 €. Den verbleibenden Betrag von 3.000 € zahlt Herr Krupp innerhalb einer Woche nach Abschluss dieser Vereinbarung an die Gesellschaft.

Bonn, den 27. 4. 2004

#### 4. Sachkapitalerhöhungsbericht

##### Sachkapitalerhöhungsbericht der GmbH

Die unterzeichneten Geschäftsführer der GmbH erstatten in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG den nachfolgenden Sachkapitalerhöhungsbericht:

1. Mit Gesellschafterbeschluss vom 11. 7. 2003 (UR-Nr. 612/2003 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) wurde das Stammkapital der A-GmbH im Wege der Bareinlage von 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € erhöht. Die Übernehmer der neuen Stammeinlage, die Herren Krupp und Hoesch zahlten die Einlagebeträge von je 25.000 € am 14. 11. 2003 auf ein Konto der Gesellschaft ein.
2. Am 1. 10. 2003 erwarb die GmbH von dem Gesellschafter A mit schriftlichem Kaufvertrag einen PKW, amtl. Kennzeichen BN – FK 2003 zum Kaufpreis von 28.000 €. Den Kaufpreis zahlte die Gesellschaft am 1. 10. 2003 auf das Konto des Gesellschafters.
3. Nachdem der Gesellschafter darauf hingewiesen wurde, dass dies den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt und sowohl der Kaufvertrag wie auch die Übereignung des PKW unwirksam sind (§ 134 BGB), widmeten die Gesellschafter die ursprüngliche Bareinlage des Herrn Krupp durch Gesellschafterbeschluss vom 27. 4. 2004 (UR-Nr. 430/2004 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn) in eine Sacheinlage um.
4. In Ausführung dieses Beschlusses erklärten die Gesellschafter am 27. 4. 2004 in beglaubigter Urkunde die Übernahme der Stammeinlagen. Der Gesellschafter Hoesch leistete das zusätzlich geschuldete Aufgeld von 3.000 € durch Zahlung am 28. 4. 2004 auf ein Konto der Gesellschaft.
5. Mit schriftlichem Vertrag vom 27. 4. 2004 vereinbarten der Gesellschafter Krupp und die GmbH die Übertragung des PKW auf die Gesellschaft. Der Vertrag ist als **Anlage 1** beigelegt.
6. Der durch den Übertragungsvertrag eingebrachte PKW steht nach wie vor im Besitz der Gesellschaft. Er hat nach dem Gutachten des Sachverständigen Sorgfältig einen Verkehrswert von heute 28.700 €. Das Gutachten vom 20. 4. 2004 ist diesem Bericht als **Anlage 2** beigelegt ist.

Bonn, den

## **5. Werthaltigkeitsbescheinigung**

### **Werthaltigkeitsbescheinigung des Wirtschaftsprüfers Dr. Mutig**

#### **I. Vorgelegte Unterlagen**

Es haben mir folgende Unterlagen vorgelegen:

1. Notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss vom 11. 7. 2003 (UR-Nr. 612/2003 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn), durch den das Stammkapital der A- GmbH im Wege der Barkapitalerhöhung von 50.000 € auf 100.000 € erhöht wurde;
2. Privatschriftlicher Kaufvertrag vom 1. 10. 2003, durch den die GmbH den PKW von dem Gesellschafter erwarb, nebst Überweisungsträger und Kfz-Brief;
3. Notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss vom 27. 4. 2004 (UR.-Nr. 430/2004 des Notars Dr. Sonnenschein in Bonn), durch den die in Ziffer 1 genannte Barkapitalerhöhung in eine Sachkapitalerhöhung umgewidmet wurde;
4. Notariell beglaubigte Übernahmeerklärungen der Gesellschafter (Übernahme der umgewidmeten Einlageverpflichtung) vom 27. 4. 2004 und Einzahlungsbelege vom 14. 7. 2003 und 28. 4. 2004;
5. Zweiter Privatschriftlicher Kauf- und Erlassvertrag vom 27. 4. 2004 zwischen der GmbH und dem Gesellschafter über den Erwerb des PKW.

#### **II. Bescheinigung**

Ich bescheinige hiermit folgendes:

1. Die Gesellschafter der GmbH haben die ursprünglich als Bareinlage geschuldete Stammeinlage des Gesellschafters rechtswirksam in eine Sacheinlage – Einbringung des PKW amtliches Kennzeichen BN- FK 2003 – umgewidmet.
2. Dieser PKW wurde durch erneuten Kaufvertrag und Übereignung in die GmbH eingebracht.
3. Der PKW war im Zeitpunkt seiner Einbringung werthaltig. Das ergibt sich aus folgendem:
  - a) Der PKW hatte am 20. 4. 2004 ausweislich des mir vorgelegten Gutachtens des vereidigten Kfz-Sachverständigen Sorgfältig einen Wiederverkaufswert von 28.700 €. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach die Feststellungen des Gutachters aus tatsächlichen oder methodischen Gründen zu beanstanden wären.
  - b) Umstände, aus denen sich eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Einbringenden ergeben könnten, sind gleichfalls nicht ersichtlich.

Der Wert der Sacheinlage übersteigt mit 28.700 € den Nennbetrag der übernommenen Stammeinlage (25.000 €) deutlich.

Bonn, den

## **6. Anmeldung der Kapitalerhöhung**

Amtsgericht

– Handelsregister –

Zum Handelsregister überreichen wir, die unterzeichneten sämtlichen Geschäftsführer:

1. Beglaubigte Abschrift der notariellen Niederschrift über die außerordentliche Gesellschafterversammlung vom (UR-Nr. des Notars in );
2. Notariell beglaubigte Übernahmeerklärungen
3. Die Verträge, die der Festsetzung der Sacheinlage zugrunde liegen und zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind;
4. Den Sachkapitalerhöhungsbericht;
5. Bestätigung des vom über den Bestand und die Werthaltigkeit des eingebrachten PKW;  
und melden zur Eintragung an:

Der Gesellschafterbeschluss vom betreffend die Erhöhung des Stammkapitals von 50.000 € auf 100.000 € im Wege der Bareinlage, eingetragen am , wurde mit Gesellschafterbeschluss vom wie folgt geändert:

Das Stammkapital der Gesellschaft ist im Wege der gemischten Bar- und Sacheinlage von 50.000 € um 50.000 € auf 100.000 € erhöht worden. § 7 des Gesellschaftsvertrages wurde entsprechend neu gefasst.

Wir versichern, ...

Bonn, den