

Fälle zur Vertragsgestaltung

Eckert / Everts / Wicke

5. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-84997-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

2. Vereinbarungen über die Unterhaltshöhe

Sofern die Eheleute Moll also den nachehelichen Betreuungsunterhalt aus einem wechselseitigen Unterhaltsverzicht herausnehmen – was möglich ist³⁵ –, dürfte ihnen dennoch daran gelegen sein, zumindest dessen Höhe vorab zu bestimmen. Diese wird bestimmt nach § 1577 BGB durch die Bedürftigkeit des betreffenden Ehegatten und iÜ nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 und 2 BGB. Insofern sind an sich Vereinbarungen – gleichsam „erst recht“ – nicht nur über den Bestand des Anspruchs, sondern auch über seine Höhe möglich, insbesondere über den Unterhaltsbedarf.³⁶ Möglich ist also auch, das unterhaltsrechtlich relevante Nettoeinkommen mit einem bestimmten Betrag, am besten einem Höchstbetrag,³⁷ festzuschreiben. Dieses „Einfrieren“ kann gefährlich sein, wenn ein Ehegatte tatsächlich doch nicht mehr arbeitet und auch iÜ zu Zufallsergebnissen führen. Ebenso möglich, aber mit Unwägbarkeiten behaftet, wäre eine Vereinbarung, nach welcher in die Ermittlung der Unterhaltshöhe lediglich Einkünfte aus selbstständiger und/oder unselbstständiger Arbeit einfließen sollen, nicht aber aus sonstigen Einkunftsarten. Sofern die Höhe derzeit jedoch nicht absehbar einem Unterhaltsverzicht gleichkommt und somit insbesondere keine Vereinbarung zulasten etwaiger gemeinsamer Kinder droht, wird N nach eingehender Erörterung der Sachlage und der möglichen Konsequenzen eine Beurkundung nicht ablehnen.

Dementsprechend wäre – unter Beachtung der vorstehenden Einschränkungen –³³ im vorliegenden Fall insoweit von der Wirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung sub specie § 138 Abs. 1 BGB auszugehen, allerdings vorbehaltlich einer späteren Ausübungskontrolle bei nachträglicher Veränderung der Verhältnisse (etwa wenn sich ein Ehegatte nurmehr ausschließlich der Verwaltung eigenen Vermögens widmen sollte), über die N gemäß § 17 BeurkG belehren wird. Außerdem wird der Notar eine sog. Salvatorische Klausel in den Vertrag einfügen, die bewirken soll, dass der güterrechtliche Teil in seiner Wirksamkeit unabhängig vom unterhaltsrechtlichen Teil sein soll.³⁸

E. Pflichtteilsverzicht

Die Eheleute Moll haben das strukturelle Problem, dass zwar eine gegenseitige Erbeinsetzung an sich wünschenswert wäre, dies aber im Hinblick auf dadurch eintretende „Zufallsergebnisse“ bei der Vermögensverteilung nach dem Letztversterben den ein Ungerechtigkeitspotenzial birgt. Denn der Längerlebende würde im Fall der Kinderlosigkeit – vorbehaltlich anderweitiger genauer letztwilliger Verfügung – nicht nur sein eigenes Vermögen, sondern auch das ererbte, das letztlich aus der Schwiegerfamilie stammt, allein in seinem Verwandtenkreis vererben. Durch Rückforderungsklauseln in den Übergabeverträgen und zusätzlich qualifizierte Nachfolgekláuseln im Gesellschaftsvertrag (hierzu auch → Fall 8) kann man dem nur begrenzt entgegensteuern, sofern sich überhaupt entsprechende Regelungen finden.

³⁵ Vgl. statt aller etwa *Rauscher* FamR Rn. 636.

³⁶ Vgl. statt aller etwa *Rauscher* FamR Rn. 636.

³⁷ Vgl. nämlich den Fall BGH NJW 2009, 842 zur Sittenwidrigkeit eines vertraglich vereinbarten fixen Unterhaltsbetrags.

³⁸ Vgl. allgemein zur Wirkweise solcher Klauseln etwa *Grüneberg/Ellenberger* BGB § 139 Rn. 17 f.

- 35 Jeder der Eheleute Moll wird daher dafür Sorge zu tragen haben, dass im Falle seines Todes das aus seiner Familie stammende Vermögen wieder an diese zurückfällt (oder aber auch gemeinsame Kinder sofort bedacht werden). Da somit das wesentliche Nachlassvermögen dem überlebenden Ehegatten mutmaßlich vorenthalten werden wird, drohen pflichtteilsrechtliche Ansprüche über §§ 2305–2307 BGB, selbst wenn er – wie auch immer – bedacht sein sollte. Auf das Pflichtteilsrecht kann nach § 2346 Abs. 2 BGB gesondert verzichtet werden; als eingeschränkter Erbverzicht bedarf ein solcher Vertrag der notariellen Beurkundung nach § 2348 BGB. N wird den Eheleuten Moll daher, wenn sie schon keine erbrechtlichen Regelungen in ihrem Vertrag wünschen, zumindest einen wechselseitigen Pflichtteilsverzicht nahelegen, um jedem der Eheleute die volle Testierfreiheit im Interesse des Familienvermögens zu geben. Einen Erbverzicht wird er nicht empfehlen; zwar würde hierdurch nur das gesetzliche Erbrecht, nicht ein Erbrecht aufgrund Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen, aber anders als beim Pflichtteilsverzicht führt ein Erbverzicht wegen des fingierten Wegfalls des Verzichtenden zur Erhöhung der Pflichtteilsquoten anderer Pflichtteilsberechtigter, insbesondere also etwaiger Kinder.

Fall 10. Start up!

Schwierigkeitsgrad: hoch¹

Bearbeitungszeit: 5 Stunden

Sachverhalt

Der Jurastudent Maximilian Kaiser (K), der gerade ein Praktikum beim Notar Dr. Franz Niederhuber (N) in Würzburg absolviert, hat kürzlich mit einigen Kommilitonen den Verein „Unternehmertum Law Clinic Würzburg e.V.“ zur studentischen Rechtsberatung von Existenzgründern und Unternehmern errichtet. Er berichtet von zwei interessanten Fällen, die er – nicht zuletzt zur eigenen Ausbildung – gerne mit N besprechen möchte:

„Drei Freunde von mir, ein Mathematik-, ein Informatik- und ein Wirtschaftsstudent, sind gerade dabei, ein Unternehmen aufzubauen mit einer genialen Geschäftsidee: Sie möchten eine App entwickeln, die einerseits die Nutzung elektronischer Nachrichtendienste wie WhatsApp erlaubt, ohne dass diese Zugriff auf sonstige Daten auf dem Mobiltelefon nehmen können, und die andererseits die Inanspruchnahme von Internetsuchdiensten wie Google ermöglicht, ohne dass diese zuverlässige Informationen über den Absender erhalten und seine Daten kommerziell verwerten können. Sie haben sich zu diesem Zweck eine Garage angemietet und dort ein kleines Büro mit Laptop etc eingerichtet. Auf einer Gründermesse haben sie Investoren kennengelernt („Business Angels“), die sich für ihren Business-Plan sehr interessiert haben und sich gern im Rahmen einer ersten Finanzierungsrunde beteiligen möchten. Im nächsten Schritt soll daher nunmehr eine GmbH oder eine UG (haftungsbeschränkt) errichtet werden, in die das Unternehmen eingebracht werden soll. Ein weiterer Kommilitone hat empfohlen, eine GmbH zu gründen und 12.500 EUR in bar einzuzahlen. Die eingezahlten Mittel könnten sodann zum Erwerb des Unternehmens von den Gründern verwendet werden oder ihnen als Darlehen wieder ausgezahlt werden. Ich frage mich zudem, ob das nun schon in Anfängen bestehende Unternehmen nicht in eine GmbH umgewandelt werden kann. Der Mietvertrag über die Garage wurde zu äußerst günstigen Konditionen abgeschlossen und soll daher mit auf die GmbH übertragen werden. Allerdings ist der Vermieter etwas schwierig und soll nach Möglichkeit nicht beteiligt werden. Gäbe es da eine Möglichkeit? Angedacht ist auch, zunächst eine UG (haftungsbeschränkt) zu gründen und diese anschließend in eine GmbH umzuwandeln. Wie würde das funktionieren? Könnte die GmbH auch umgekehrt wieder in die UG (haftungsbeschränkt) wechseln?

In einem anderen Fall des Unternehmertum Law Clinic Würzburg e.V. gibt es gerade richtig ‚Zoff‘. Der Anteil eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters wurde von der Gesellschafterversammlung wegen eines wichtigen Grundes in seiner Person eingezogen, nachdem jener für private Zwecke mehrfach und trotz wiederholter Abmahnung ordentlich in die Kasse gegriffen hatte. Der ausgeschlossene Gesellschafter beansprucht nun weiter Dividendenzahlungen und verlangt Einsicht in die Bücher

¹ Die Klausur ist primär für einen gesellschaftsrechtlichen Schwerpunktbereich gedacht.

und Schriften der Gesellschaft. Er bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes und behauptet, die Einziehung sei nicht wirksam, solange er seine Abfindung noch nicht vollständig erhalten habe. Außerdem sei der Einziehungsbeschluss wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nichtig, da man es versäumt habe, die übrigen Anteile aufzustocken oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden. Für die Zukunft überlegen die verbleibenden Gesellschafter nun, eine neue Einziehungsregelung in die Satzung aufzunehmen, wonach die Einziehung eines Geschäftsanteils durch Mehrheitsbeschluss ohne Angabe von Gründen und ohne die Gewährung einer Abfindung möglich sein soll.“

N zeigt sich sehr interessiert an den geschilderten Fällen und übergibt dem K zur Vorbereitung der Beratung einen Katalog mit folgenden Fragen, die dieser in einer gutachterlichen Stellungnahme beantworten möchte:

1. Welche Verfahrensschritte sind für die Gründung einer GmbH erforderlich?
2. Was muss in einer GmbH-Satzung stehen?
3. Kann die GmbH vor ihrer Eintragung im Handelsregister bereits Verträge abschließen? Wäre dies empfehlenswert?
4. Kann die eingezahlte Bareinlage zum Erwerb des bisherigen Unternehmens verwendet oder als Darlehen an die Gesellschafter ausbezahlt werden?
5. Was ist eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)? Welche Besonderheiten ergeben sich bei Frage 4, wenn nicht eine GmbH, sondern eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) gegründet werden soll?
6. Bedarf die Übertragung des Unternehmens der Zustimmung Dritter? Kann dies ggf. vermieden werden?
7. Kann die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) auch durch Formwechsel gegründet werden?
8. Wie kann die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) in eine GmbH umgewandelt werden? Wäre auch eine Rückumwandlung möglich?
9. Auf welchem Weg können die Investoren später an der GmbH beteiligt werden?
10. Was sind die Voraussetzungen einer Zwangseinziehung?
11. Ist die Einziehung im vorliegenden Fall aus den genannten Gründen unwirksam?
12. Bestehen Bedenken gegen eine Satzungsregelung, welche die abfindungslose Einziehung von Geschäftsanteilen durch Mehrheitsbeschluss gestattet?
13. Was ist von der Geschäftsführung nach wirksam erfolgter Einziehung zu veranlassen?

Bearbeitervermerk: Das Gutachten des K ist zu entwerfen.

Gliederung

	Rn.
Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH	1
Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages	2
Frage 3: Die Vor-GmbH	3
Frage 4: Die verdeckte Sacheinlage	6
Frage 5: Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	9

	Rn.
Frage 6: Der Formwechsel	12
Frage 7: Das Anwachsungsmodell	16
Frage 8: Der Übergang von der UG zur GmbH	17
Frage 9: Die Kapitalerhöhung	18
Frage 10: Die Einziehung eines Geschäftsanteils	19
Frage 11: Die Wirksamkeit der Einziehung	20
Frage 12: Die abfindungslose Hinauskündigung	23
Frage 13: Die neue Gesellschafterliste	25

Lösung

Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH

Die Gründung einer GmbH erfordert folgende Verfahrensschritte (s. §§ 2 ff. 1 GmbHG, insbesondere § 8 GmbHG)²:

- Abschluss eines notariellen Gesellschaftsvertrages (§§ 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG); die Gründung kann auch online erfolgen (§ 2 Abs. 3 GmbHG);
- Geschäftsführerbestellung (§§ 6, 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG);
- Einzahlung des Stammkapitals. Bareinlagen sind mindestens zu einem Viertel bzw. in Höhe von 12.500 EUR, Sacheinlagen sind vollständig zu leisten (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG; s. im Fall von Sacheinlagen ferner §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GmbHG);
- Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG);
- Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister durch die Geschäftsführer (§§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG) in notariell beglaubigter Form (§ 12 HGB). Im Rahmen der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, dass die Einlagen ordnungsgemäß erbracht sind (§ 8 Abs. 2 GmbHG) und dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG entgegenstehen (§ 8 Abs. 3 GmbHG). Ferner sind eine inländische Geschäftsanschrift sowie Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzugeben (§ 8 Abs. 4 GmbHG).
- Die GmbH entsteht als solche mit ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG).

Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH muss nach § 3 Abs. 1 GmbHG enthalten: die 2 Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital übernimmt. Im Fall von Sacheinlagen müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Neben dem zwingenden Inhalt werden in den Gesell-

² Vgl. *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 6 ff.

schaftsvertrag in der Praxis noch zahlreiche fakultative Regelungen aufgenommen (s. etwa §§ 3 Abs. 2, 15 Abs. 5, 34 GmbHG).³

Frage 3: Die Vor-GmbH

- 3 Zwar existiert die GmbH nach dem Gesagten als solche erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages gemäß § 2 GmbHG kommt allerdings bereits die sog. Vor-GmbH zur Entstehung. Maßgebliche Zäsur ist die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages. Die Vorgesellschaft ist ein Rechtsträger eigener Art, der mit der durch Eintragung im Handelsregister entstehenden GmbH identisch ist.⁴ Die durch die Vor-GmbH begründeten Rechte und Pflichten gehen damit auf die GmbH über. Auf die Vor-GmbH ist ferner weitgehend GmbH-Recht anzuwenden, soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt oder sonst mit der Beschränkung auf das Gründungsstadium nicht vereinbar ist.⁵ Die Vorgesellschaft ist heute als Träger von Rechten und Pflichten allgemein anerkannt und kann bereits Inhaber eines Unternehmens sein.⁶
- 4 Allerdings ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Vor-GmbH nach herrschender Meinung in Abweichung von § 37 Abs. 2 GmbHG im Außenverhältnis nicht in allen Fällen unbeschränkt.⁷ Vielmehr ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Vor-GmbH im Grundsatz durch deren Zweck begrenzt, als notwendige Vorstufe zur juristischen Person deren Entstehung zu fördern und bis dahin das schon eingebrachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten.⁸ Daher ist wie folgt zu differenzieren: Sofern ein als Sacheinlage eingebrachtes Unternehmen fortzuführen ist, wird die Vertretungsmacht praktisch unbeschränkt sein. Bei Bargründungen beschränkt sie sich hingegen regelmäßig auf solche Rechtshandlungen, die unerlässlich sind, um die Eintragung herbeizuführen. Darüber hinaus können die Gesellschafter die Geschäftsführer auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten zur vorzeitigen Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigen. In diesem Fall ist die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis wie bei der eingetragenen GmbH unbeschränkt.⁹ Angesichts der weitreichenden Haftungsrisiken, die durch ein Tätigwerden der Vor-GmbH für die Gesellschafter entstehen können (dazu → Rn. 5), ist insoweit die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.¹⁰
- 5 Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Tätigwerden der GmbH vor Eintragung im Handelsregister erhöhte Haftungsrisiken hervorrufen kann: Neben der sog. Handelndenhaftung der Geschäftsführer gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG gilt dies insbesondere für die von der Rechtsprechung entwickelte sog. Unterbilanzhaftung.¹¹ Um eine

³ Siehe auch *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 19 ff.

⁴ BGHZ 80, 129 (137 ff.).

⁵ BGH NJW 2000, 1193 (1194).

⁶ Vgl. im Einzelnen *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 60 ff.; Scholz/K. Schmidt GmbHG § 11 Rn. 27 ff.; Wicke GmbHG § 11 Rn. 3; ferner *Prütting/Guntermann/Weller* HandelsR/GesR Rn. 497.

⁷ BGHZ 80, 129 (139); OLG Brandenburg NZG 2002, 869 zur AG; *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 64; Wicke GmbHG § 11 Rn. 5; aA insbesondere Scholz/K. Schmidt GmbHG § 11 Rn. 72.

⁸ BGHZ 80, 139.

⁹ Zutr. *Altmeyden* GmbHG § 11 Rn. 33 f.

¹⁰ BGHZ 80, 139; Noack/Servatius/Haas/Servatius GmbHG § 11 Rn. 20; ferner MüKoGmbHG/Merkt GmbHG § 11 Rn. 177.

¹¹ *Kindler* GK HandelsR § 14 Rn. 71.

Aushöhlung des Stammkapitals durch Verluste im Gründungsstadium zu verhindern, sind die Gründer verpflichtet, der Gesellschaft das Vermögen zur Verfügung zu stellen, das erforderlich ist, um die Stammkapitalziffer zum Zeitpunkt der Eintragung der GmbH zu decken. Die Gesellschafter trifft nach dieser Rechtsprechung für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH insofern eine anteilige, aber unbeschränkte Innenhaftung entsprechend ihrer Beteiligungsquote für alle vom Gesellschaftsvermögen nicht abgedeckten Verluste bis zur Höhe des Stammkapitals.¹² Die Unterbilanzhaftung soll gewährleisten, dass der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlaubliche Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Wert nach unversehrt zur Verfügung steht.¹³ Der Abschluss von Verträgen der (Vor-)GmbH vor ihrer Eintragung im Handelsregister wäre daher nur insoweit zu empfehlen, als nach ihrem Inhalt das Risiko einer Unterbilanzhaftung vermieden werden kann.

Frage 4: Die verdeckte Sacheinlage

Die von den Gesellschaftern auf die übernommenen Geschäftsanteile zu leistenden Einlagen (§ 14 GmbHG) können als Bar- oder als Sacheinlagen vereinbart werden. Für die Gläubiger der GmbH, deren Schutz die Kapitalaufbringung bei der GmbH dient, besteht bei Sacheinlagen ein erhöhtes Risiko aufgrund einer möglichen Überwertung. Das GmbHG enthält vor diesem Hintergrund besondere Vorschriften über die Sachgründung. So müssen Sacheinlagen insbesondere nach § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG genau im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein; Entsprechendes gilt im Fall einer Kapitalerhöhung gemäß § 56 GmbHG für den Kapitalerhöhungsbeschluss. Darüber hinaus müssen die Gründer einen Sachgründungsbericht über die Angemessenheit der Bewertung verfassen (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Sacheinlagen müssen vor Anmeldung vollständig erbracht werden (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Zusätzlich müssen dem Registergericht Unterlagen über die Werthaltigkeit vorgelegt werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), aufgrund derer eine Werthaltigkeitskontrolle erfolgt (§ 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG). Die Kapitalaufbringung wird darüber hinaus durch besondere Haftungsvorschriften sichergestellt (vgl. insbesondere §§ 9, 19 Abs. 4 GmbHG).

Im konkreten Fall bestünde daher die Möglichkeit, das Unternehmen im Wege der Sacheinlage in die GmbH unter Berücksichtigung der vorgenannten Voraussetzungen einzubringen.¹⁴ Nicht zulässig ist es hingegen, formal eine Bareinlage zu vereinbaren und sich gleichzeitig vorzubehalten, unmittelbar nach der Gründung mit dem eingelegten Bargeld das Unternehmen von dem Gesellschafter zu kaufen. In diesem Fall handelt es sich um den klassischen Fall einer sog. verdeckten Sacheinlage iSd § 19 Abs. 4 GmbHG, bei der die GmbH im wirtschaftlichen Ergebnis keine Bar-

¹² BGH NJW 1997, 1507; BAG NJW 1998, 628; BSG NZG 2000, 590; BFH NJW 1998, 2927; aA demgegenüber etwa Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 11 Rn. 22: unbeschränkte Außenhaftung.

¹³ BGHZ 80, 129 (136f.) unter Aufgabe des Vorbelastungsverbots; BGH NZG 2006, 1594 (1596).

¹⁴ Sofern der Wert der Sacheinlage nicht den Betrag von 25.000 EUR gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht, könnten die neuen Geschäftsanteile, soweit der Wert reicht, gegen Sacheinlage, iÜ gegen Bareinlage ausgegeben werden. Möglich wäre auch eine sog. Stufengründung, bei der zunächst eine Bargründung erfolgt und aufschiebend bedingt auf Eintragung im Handelsregister bereits eine (geringfügige) Sachkapitalerhöhung gegen Einbringung des Unternehmens beschlossen wird. Zum sog. Sachagio als weitere Alternative s. Wicke GmbHG § 5 Rn. 19.

mittel enthält, sondern nur einen Sachgegenstand, hier in Form des Unternehmens.¹⁵ Wenngleich nach § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG die Verträge über die Sacheinlage nicht unwirksam sind und der Wert des Einbringungsgegenstandes zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft auf die Einlageschuld angerechnet werden kann, stellt § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG klar, dass der Gesellschafter zunächst nicht von seiner Einlagepflicht befreit wird. Die gesetzlichen Vorschriften über die Offenlegung von Sacheinlagen sind zwingend ausgestaltet und eröffnen der Gesellschaft insoweit kein Wahlrecht. Insbesondere darf die Geschäftsführung im Rahmen der Anmeldung der Gründung oder einer Kapitalerhöhung bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG die Versicherung abgeben, dass der Einlagebetrag endgültig zu ihrer freien Verfügung geleistet wurde, da die Anrechnung des Werts des Sachgegenstandes gemäß § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG nicht vor Eintragung in das Handelsregister erfolgt. Die fehlerhafte Geschäftsführerversicherung führt nach herrschender Meinung gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zur Strafbarkeit.¹⁶ Daraus folgt weiter, dass das Registergericht im Eintragungsverfahren (bei entsprechender Kenntnis) gemäß § 9c GmbHG den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage beanstanden muss.¹⁷

- 8 Fraglich ist, ob die GmbH dem Gesellschafter die eingezahlte Bareinlage im Wege eines Darlehens auszahlen darf. Nach § 19 Abs. 5 GmbHG steht eine Rückzahlung der Einlage der Erfüllung der Einlageschuld dann nicht entgegen, wenn sie durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann.¹⁸ Die Vereinbarung einer solchen Leistung muss in der Handelsregisteranmeldung nach § 8 GmbHG offengelegt werden, um dem Registergericht die Prüfung zu eröffnen, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung gegeben sind.¹⁹ Andernfalls hat der Gesellschafter beim Hin- und Herzahlen nach der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts geleistet.²⁰ Eine Auszahlung der Einlage zur Gewährung eines Darlehens an den Gesellschafter darf daher nur erfolgen, wenn die (strengen) Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG gewahrt sind.

Frage 5: Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)

- 9 Die „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ ist keine eigenständige Rechtsform, sondern eine Rechtsformvariante der GmbH, die in Ermangelung abweichender Sonderregelungen den für die GmbH geltenden Rechtsvorschriften unterliegt (§ 5a GmbHG).²¹ Sie kann mit nur 1 EUR Kapitaleinsatz gegründet werden; ihr Stammkapital muss andererseits den Betrag des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG unterschreiten und darf daher höchstens 24.999 EUR betragen. Neben dem eigenen Rechtsformzusatz unterliegt sie einer besonderen Pflicht zur Rücklagenbildung (§ 5a Abs. 3 GmbHG). Zu den Spezifika der UG (haftungsbeschränkt) gehört weiter, dass Bareinlagen stets

¹⁵ Kindler GK HandelsR § 14 Rn. 43; ferner Prütting/Guntermann/Weller HandelsR/GesR Rn. 481.

¹⁶ Schäfer GesR § 35 Rn. 20.

¹⁷ Siehe dazu und zu weiteren Folgen der verdeckten Sacheinlage Wicke GmbHG § 19 Rn. 25 ff.

¹⁸ Kindler GK HandelsR § 14 Rn. 39.

¹⁹ Vgl. auch BT-Drs. 16/9737, 98; OLG München 2011, 581; OLG Schleswig GmbHR 2012, 908.

²⁰ Vgl. BGH NJW 2006, 509 und 906; 2009, 3091; DB 2008, 1430.

²¹ Kindler GK HandelsR § 14 Rn. 133.