

# Wirtschaftsrecht I

8. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-70492-5  
C.H.BECK

(9) **Abtretungsvertrag.** Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, dass sich die Abtretung als dinglicher Vollzugsvertrag vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft unterscheidet. Die Einigung über den dinglichen Rechtsübergang (Abtretung durch **Abschluss des Abtretungsvertrages** mittels Angebot und Annahme) sollte von Veräußerer und Erwerber zusätzlich zum und gesondert vom Verpflichtungsvertrag erklärt werden (→ Form. I.7 § 3 (1)), auch dann, wenn Verpflichtungs- und Abtretungsvertrag in der gleichen Urkunde enthalten sind. – Zur **Formbedürftigkeit** (notarielle Beurkundung) des Verpflichtungs- und Abtretungsvertrages (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG) → Anm. 27.

(10) **Veräußerungsbeschränkungen und Zustimmungserfordernisse.** Die Abtretung (nicht das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft) kann durch den **Gesellschaftsvertrag** (Satzung) beschränkt oder ganz ausgeschlossen sein (**Vinkulierung**; § 15 Abs. 5 GmbHG; vgl. dazu Baumbach/Hueck/Fastrich § 15 Rn. 37 ff. mwN). – Häufigster Fall: Erforderliche Zustimmung der Gesellschafter und/oder der Gesellschafterversammlung, sonstiger Gesellschaftsorgane oder der Geschäftsführer; ob der Gesellschaftsvertrag auch die Zustimmung gesellschaftsfremder Dritter wirksam anordnen kann, ist str. (bejahend Baumbach/Hueck/Fastrich § 15 Rn. 38 mwN). – Zu in Betracht kommenden **speziellen gesetzlichen Veräußerungsbeschränkungen** (insbesondere erforderliche Zustimmung von Ehegatten (§ 1365 Abs. 1 BGB) gesetzlichen Vertretern bei Minderjährigen und beschränkt Geschäftsfähigen, Nacherben, Mitwirkung von Testamentsvollstreckern, vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen etc) und sonst zu behebenden Veräußerungs- und Übertragungshindernissen → Anm. 34 ff. – Zu den Vollzugshindernissen (§ 41 GWB) der kartellrechtlichen **Fusionskontrolle** → Anm. 91 ff.

#### Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Durch gesellschaftsvertragliche oder gesetzliche **Zustimmungsvorbehalte** vinkulierte Abtretungen sind bis zur Erteilung der Zustimmung **schwebend unwirksam**. Die erforderlichen Zustimmungserklärungen oder -beschlüsse sollten daher möglichst vor oder bei Abschluss des Kaufvertrages herbeigeführt und mit diesem im Vertragstext (→ Form. I.7 § 25 (2) bis (4)) oder in Vertragsanlagen verbunden werden. Zur Abtretung erforderliche Zustimmungen der Gesellschafter oder sonstiger Gesellschaftsorgane (Geschäftsführung, Aufsichtsrat) sind korporative Akte und sollten auch dann formell erklärt oder beschlossen werden, wenn alle Anteile an der GmbH veräußert werden.
- Erforderliche Zustimmungen, die erst **nach Vertragsabschluss** erteilt werden, haben Rückwirkung (§ 184 Abs. 1 BGB). Hier können aber im Einzelfall Interimsregelungen (zB vorläufige treuhänderische Verwaltung der abzutretenden Anteile durch den Verkäufer für den Käufer) angebracht sein. Für den Fall, dass die Erteilung der Zustimmung ungewiss ist, kann der Abschluss des gesamten Kaufvertrages unter aufschiebender oder auflösender Bedingung erforderlich sein.
- Ist der abzutretende Geschäftsanteil **verpfändet** oder zB mit einem **Nießbrauchsrecht** zugunsten Dritter belastet, geht mit Übertragung des Geschäftsanteils auch die betreffende dingliche Last auf den Erwerber über (MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 314 f.; 354 f.). Der Käufer erwirbt dann den abgetretenen Geschäftsanteil behaftet mit den Rechten des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers. Weiterhin ist in einem solchen Fall zu prüfen, ob weitergehende, eventuell dinglich wirkende Abreden (bedingte Anteilsabtretungen?) mit dem dinglich Berechtigten bestehen. – Schon deswegen, aber auch, weil der Käufer in der Regel unbelastete Geschäftsanteile erwerben will, sind **Vereinbarungen mit den Drittberechtigten** zur Aufhebung der bestehenden Rechtsverhältnisse erforderlich; dazu kann im Einzelfall zB angebracht sein, dass der Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Beseitigung dieser Drittrechte abgeschlossen wird. – Ist über bestehende Verpfändungen, Nießbrauchsrechte oder Unterbeteiligungen nichts bekannt, sollte der Verkäufer entsprechende kaufvertragliche **Garantie- oder Beschaffheitszusagen** (Negativverklärungen) abgeben (→ Form. I.7 § 13 Nr. 1).

(11) **Vor- und Sonderrechte.** Grundsätzlich gehen mit dem Geschäftsanteil alle damit verbundenen Rechte auf den Erwerber über. Anders kann es sich jedoch mit gesellschaftsvertraglich begründeten Vor- und Sonderrechten verhalten, die entweder mit bestimmten Geschäftsanteilen verbunden oder bestimmten einzelnen Gesellschaftern oder Geschäftsgruppen eingeräumt worden sind, zB Mehrstimmrechte, Vorzugsgewinnrechte, Geschäftsführungsberechtigungen etc – Hier muss im Einzelfall untersucht werden, ob nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen die bestehenden Vor- und Sonderrechte mit dem zu übertragenden Geschäftsanteil als solchem verbunden sind und damit auf den Erwerber übergehen oder ob sie (zB bei Geschäftsführungsrechten) höchstpersönliche Rechte des veräußernden Gesellschafters und damit ohne Satzungsänderung nicht übertragbar sind.

**46. Behandlung der Gewinnbezugsrechte.** (1) **Übergang der Gewinnbezugsrechte, Abführung der Gewinnausschüttung.** Gewinnbezugsrechte sind die mit dem Geschäftsanteil als Bestandteil der Mitgliedschaft verbundenen Rechte auf Anteil am Gewinn der Gesellschaft, dessen Ausschüttung noch nicht beschlossen worden ist. Die Gewinnbezugsrechte gehen als Stammrechte (Nebenrechte) mit dem abgetretenen Geschäftsanteil auf den Anteilserwerber (Käufer) über und sind nicht abspaltbar, somit auch nicht gesondert abtretbar (BGH WPM 1995, 577 (578); Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 14 Rn. 20). – Davon zu unterscheiden ist der aus dem Gewinnbezugsrecht entstehende **Gewinnanspruch** (Gläubigerrecht) auf Auszahlung des entstandenen Gewinns, dessen Ausschüttung bereits beschlossen worden ist oder nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags zu erfolgen hat. Der bereits entstandene oder künftig entstehende Gewinnanspruch ist als Gläubigerrecht (formfrei) abtretbar (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, aaO).

Andererseits steht beim Beteiligungskauf der bis zum Übergangsstichtag erwirtschaftete, aber noch nicht ausgeschüttete (anteilige) Gewinn dem **Verkäufer** zu. Dies entspricht der allgemeinen gesetzlichen Regel (§ 101 Nr. 2 BGB), die vertraglich **abbedungen** werden muss, wenn etwas anderes gewollt ist (BGH NJW 1995, 1027 (1028 f.)). Ansonsten ist der Käufer als Anteilserwerber verpflichtet, den auf die veräußerten Anteile entfallenden Jahresgewinn aus dem Geschäftsjahr der Veräußerung bei einem auf das Ende des Geschäftsjahres folgenden Übergangsstichtag vollständig, bei einem unterjährigen Übergangsstichtag zeitanteilig bemessen an den Verkäufer abzuführen.

(2) **Ertragsteuerliche Behandlung.** Gewinnausschüttungen auf Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind gemäß § 20 Abs. 5 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) von demjenigen zu versteuern, der **im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses** iSd § 39 AO **wirtschaftlicher Anteilseigner** ist (Schmidt/Levedag EStG § 20 Rn. 230 ff.). In Fällen der Zuordnung nach dem wirtschaftlichen Eigentum kann dies sowohl der Erwerber als auch der Veräußerer des Anteils sein (Einzelheiten Schmidt/Levedag EStG § 20 Rn. 232). Zu den steuerlichen Folgen der Gewinnausschüttung und der Gewinnabführung beim Käufer und beim Verkäufer im Übrigen → Anm. 15.

#### **Folgerungen für die Vertragsgestaltung:**

- In allen Fällen sollte an den Käufer der Geschäftsanteil mit **allen** damit verbundenen und gesellschaftsrechtlich nicht abspaltbaren **Gewinnbezugsrechten** abgetreten werden (→ Form. I.7 § 2 (1) lit. a), einschließlich des Rechts auf den anteiligen Bezug des vor dem Übergangsstichtag bereits erwirtschafteten Gewinns, falls dessen Ausschüttung am Übergangsstichtag noch nicht möglich und beschlossen worden ist.
- Die an sich (gemäß § 101 Nr. 2 BGB) sachgerechte Lösung, dass der Käufer das erworbene Gewinnbezugsrecht auf den bis zum Übergangsstichtag bereits erwirtschafteten Gewinn abgibt oder den darauf ausgeschütteten Gewinn an den Verkäufer abführt, kann im Einzelfall für den Käufer steuerlich nachteilig sein, weil er den Gewinn nach § 20 Abs. 5 EStG zu versteuern hat, je nachdem, wann der Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wird. Hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch eine

Beschlussfassung über die Gewinnverwendung vor Übergang des wirtschaftlichen Eigentums die steuerlichen Nachteile vermieden werden können; die bilanzielle und gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit und die steuerlichen Auswirkungen eines Gesellschafterbeschlusses über eine Vorab-Gewinnausschüttung sind dann einzelfallbezogen zu prüfen (Schmidt/Levedag EStG § 20 Rn. 232 mwN). Zur gesellschaftsrechtlichen Problemstellung von Vorabausschüttungen vgl. MüKoGmbHG/Ekkenga § 29 Rn. 95 ff.; Rn. 248 f.

**47. Verdeckte Gewinnausschüttungen.** Mit Risiken aus verdeckten Gewinnausschüttungen (vGA) ist stets zu rechnen. Der BGH versteht unter einer verdeckten Gewinnausschüttung „jede außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung vorgenommene Leistung der Gesellschaft aus ihrem Vermögen an einen ihrer Gesellschafter, der keine gleichwertige Leistung gegenüber steht“ (BGH DStR 1996, 271; **gesellschaftsrechtliche vGA**). Sie kann insbesondere bei überhöhten Geschäftsführervergütungen oder sonstigen Geschäften des Leistungsaustauschs entstehen, die zwischen der Gesellschaft einerseits und Gesellschafter, seinen Angehörigen oder verbundenen Unternehmen andererseits abgeschlossen werden, bei denen der Gesellschaft keine angemessene Gegenleistung zufließt, wie das unter fremden Dritten der Fall wäre. Ist die verdeckte Gewinnausschüttung nicht gesellschaftsrechtlich – etwa durch gesellschaftsvertragliche Regelungen oder durch die Zustimmung aller Gesellschafter – zugelassen, kann sie mangels Rechtsgrund unwirksam sein mit der Rechtsfolge, dass die bei der Gesellschaft eingetretene Vermögensminderung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen oder auch nach § 31 GmbHG auszugleichen ist (Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 29 Rn. 68 ff.). Weiterhin kann die vGA gegen die Verpflichtung zum Kapitalerhalt verstoßen und damit Rückzahlungspflichten insbesondere aus § 30 GmbHG auslösen (Gläubigerschutz, MüKoGmbHG/Ekkenga § 29 Rn. 261 mwN).

Eine **steuerliche vGA** liegt bei einer Kapitalgesellschaft danach in einer Vermögensminderung, die durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst oder mitveranlasst ist, sich auf die Höhe des Gewinns nach § 4 Abs. 1 S. 1 EStG auswirkt und die in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (instruktiv BFH DStRE 2017, 35 mwN). Beim begünstigten Gesellschafter löst der Vorgang regelmäßig Einkünfte aus Kapitalvermögen aus (sonstiger Bezug iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, BFH aaO mwN).

Das für den **Unternehmenskauf** relevante **Risiko** ergibt sich ua daraus, dass die Kapitalgesellschaft, bei der die verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt ist, nachträglich mit zusätzlichem Aufwand für Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer aus der einkommenserhöhenden Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung belastet werden könnte.

**Folgerungen für die Vertragsgestaltung:**

- Wird **ertragsteuerlicher (KSt, GewSt) Mehraufwand**, der für die GmbH aus einer steuerlichen vGA in Veranlagungszeiträumen vor dem Übergangsstichtag entsteht, erst nach dem Übergangsstichtag aufwandswirksam, so kann dies durch die Passivierung nachträglichen Steueraufwands in der **Stichtagsbilanz** kaufpreiswirksam zu Lasten des Verkäufers erfasst werden (→ Form. I.7 §§ 8 ff., zu Ergebnissen aus steuerlichen Außenprüfungen → Form. I.7 § 15 und § 20).
- Eine zB in der Due Diligence aufgedeckte, **gesellschaftsrechtlich unzulässige vGA** aus der Zeit vor dem Übergangsstichtag kann Rückerstattungsansprüche der Gesellschaft auslösen, etwa aus § 812 BGB oder § 31 GmbHG (→ Anm. 48). – Die der Gesellschaft, mittelbar dem Käufer nach dem Übergangsstichtag entstehenden Vermögensnachteile aus früheren vGA können auf Grundlage der Kaufpreisanpassungsregelungen zwischen den Kaufvertragsparteien erfasst und ausgeglichen werden.
- Der **Verkäufer** kann benachteiligt sein, wenn er bei einer vGA den rechtswidrig erlangten Vorteil als Einkunft zu versteuern hat, ihn sodann (als Einlage aus seinem

versteuerten Vermögen) zurückgewähren muss und zugleich mit dem bei der GmbH aus der vGA entstehenden ertragssteuerlichen Mehraufwand belastet wird. Dieser Nachteil kann ebenfalls in der Stichtagsbilanz oder bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt werden.

**48. Rücklagekapital und Einlagenhaftung.** (1) **Rücklagen und Gewinn- und Verlustvorräte.** Ob, gegebenenfalls in welcher Höhe Rücklagekapital (aus Kapital- und Gewinnrücklagen, auch kontinuierlich aufgelaufenen Gewinnvorräten in erheblicher Höhe) bei der Zielgesellschaft gebildet worden ist oder Verlustvorräte bestehen, muss im Rahmen der **Due Diligence** insbesondere durch Einsichtnahme in die Jahresabschlüsse geklärt werden. Kaufvertraglich sollte regelmäßig geregelt werden, welche Auswirkungen Veränderungen im Bestand des Rücklagekapitals in der Zeit zwischen dem letzten vorliegenden Abschluss und dem Übergabestichtag haben (→ Anm. 62). Ob bei der Kaufpreisfindung ein Abschlag für bestehende Verlustvorräte angesetzt werden soll, ist Vereinbarungsfrage des Einzelfalls.

(2) **Einlagenhaftung.** Für die bei Aufnahme in diese Gesellschafterliste rückständigen (fälligen) Leistungen auf die übertragenen Geschäftsanteile haften gemäß §§ 14, 16 Abs. 2 GmbHG Verkäufer (Anteilveräußerer) und Käufer (Anteilserwerber) als Gesamtschuldner (Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 16 Rn. 22 f.). Wenn ein anderer Gesellschafter als der Veräußerer seine Einlage nicht geleistet hat, haftet der Erwerber uU gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern auf diesen Betrag (§ 24 GmbHG; BGH NJW 1996, 2306). Wenn eine Stammeinlage zwar ordnungsgemäß geleistet, aber in unzulässiger Weise zurückgewährt wird, so kann der Erwerber – neben allen anderen Gesellschaftern und ggf. dem Veräußerer – für die Rückzahlung dieses Betrages haften, wenn der Betrag von dem betreffenden Gesellschafter „nicht zu erlangen ist“ (§ 31 Abs. 3 GmbHG).

Für bei Anmeldung des Anteilsübergangs noch nicht fällige Leistungsverpflichtungen aus dem übergehenden Gesellschaftsverhältnis haftet allein der Käufer, so insbesondere aus § 19 GmbHG auf erst künftig fällige Einlageleistungen. Eine Haftung des ausscheidenden Verkäufers für erst künftig fällige Leistungsverpflichtungen kann insbesondere unter den Voraussetzungen der §§ 21, 22 GmbHG für beim Käufer oder dessen Rechtsnachfolgern nicht betreibbare Einlageleistungen bestehen.

**Folgerungen für die Due Diligence und die Vertragsgestaltung:**

- Die vollständige **Leistung der Stammeinlagen** und die Erfüllung aller sonstigen Verpflichtungen zu Leistungen auf die veräußerten Geschäftsanteile vor dem Anteilsübergang sollte der Verkäufer im Kaufvertrag **garantieren**.
- Auch wenn die aktuelle Bilanz der Zielgesellschaft ein durch Eigenkapital gedecktes Stammkapital ausweist, steht damit noch nicht ohne weiteres fest, dass die Stammeinlagen auf die vom Käufer zu erwerbenden Geschäftsanteile auch vollständig und wirksam erbracht worden sind und dass für Käufer und Verkäufer keine Haftungsrisiken aus dem Gesellschaftsverhältnis bestehen, die mit den veräußerten Geschäftsanteilen verbunden sind – Hier sollte ua überprüft werden,
  - ob die Regeln des **Kapitalaufbringungsgebots** eingehalten worden sind (→ Anm. 50).
  - ob die Zielgesellschaft eine **Unterbilanz** aufweist. Dann ist besonders überprüfungsbedürftig, ob die Regeln des Kapitalerhaltungsgebots (§ 30 GmbHG) eingehalten worden sind (→ Anm. 51) und dass keine Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) besteht.
- Werden vom Käufer nicht alle Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft erworben, sollte geklärt werden, ob die Stammeinlagen auf die Geschäftsanteile der verbleibenden Mitgesellschafter vollständig erbracht sind. Ist dies nicht der Fall, können – jedenfalls bei zweifelhafter Bonität der Mitgesellschafter – zum Schutz des Käufers gegen Haftungsrisiken aus § 24 GmbHG kaufvertragliche Regelungen (zB Begründung von Einstandspflichten des Verkäufers) angebracht sein.

### 50. Praktisch relevante Risiken aus dem Kapitalaufbringungsgebot

(1) **Überbewertung oder Wertverlust von Sacheinlagen.** Häufig werden im Zusammenhang mit dem Beteiligungskauf in die Zielgesellschaft vorweg Vermögensgegenstände eingebracht, die wirtschaftlich zum Unternehmen, bisher aber nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, zB Betriebsgrundstücke und andere Gegenstände des Anlagevermögens aus bisher bestehender Betriebsaufspaltung, außerhalb der GmbH selbständig geführte Geschäftsbetriebe, Beteiligungen an Betriebsgesellschaften etc und Unternehmensteile (→ Anm. 56). Die Einbringung erfolgt dabei häufig im Wege der **Sachkapitalerhöhung**; die für die Sacheinlagen gewährten Geschäftsanteile werden an den Käufer mitveräußert.

Dabei kann es zu **Überbewertungen** oder – zwischen den Zeitpunkten der Übertragung auf die GmbH und der Anmeldung der Sachkapitalerhöhung zum Handelsregister – zu **Wertverlusten** der eingebrachten Vermögensgegenstände (Wirtschaftsgüter) kommen, aus denen wiederum Haftungsrisiken entstehen können, insbesondere nach § 9 GmbHG.

#### Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Haftungsrisiken aus einer etwaigen Überbewertung der Sacheinlagen lassen sich dadurch jedenfalls verringern, dass im Kapitalerhöhungsbeschluss der Nennbetrag der (auf das erhöhte Haftkapital) zu leistenden Stammeinlage deutlich unter dem tatsächlichen Verkehrswert der Sacheinlagen festgesetzt und zugleich beschlossen wird, dass der den Einlagebetrag übersteigende Einbringungswert den (außerhalb des Stammkapitals = Haftkapital) stehenden Kapitalrücklagen der GmbH gutzubringen ist.
- Zur haftungsbegründenden Vermeidung von Wertverlusten sollte Anmeldung der Sachkapitalerhöhung zum Handelsregister so schnell als möglich erfolgen.

(2) **Vorbelastungshaftung.** Hier können Haftungsrisiken zB entstehen, wenn die Zielgesellschaft im Vorfeld des Beteiligungskaufs **neu gegründet** worden ist und sich bei Bilanzierung im Zeitpunkt der **Handelsregistereintragung** ergibt, dass der Wert des vorhandenen Gesellschaftsvermögens (ohne Berücksichtigung der notwendigen Gründungskosten) unter dem Gesamtbetrag der bereits erbrachten Stammeinlagen liegt (dazu im einzelnen Baumbach/Hueck/*Eastrich* GmbHG § 11 Rn. 61 f.). Hier haften alle Gesellschafter – der Käufer ggf. als Anteilserwerber gemäß § 16 Abs. 2 GmbHG neben dem Verkäufer – gesamtschuldnerisch auf Barausgleich der Differenz, die sich aus dem Wertverlust (Unterdeckung) der bereits erbrachten Stammeinlagen ergibt.

#### Folgerungen für die Vertragsgestaltung:

- Ob Risiken aus Vorbelastungshaftung bestehen, sollte anhand einer (frühestens zum Eintragungszeitpunkt erstellten) **Eröffnungs- oder Zwischenbilanz** der GmbH geklärt werden; notfalls auch aus dem Stichtagsabschluss vor dem Übergangsstichtag.
- Bestehen Risiken, sollte der Verkäufer kaufvertraglich zur Nachleistung der entstandenen Einlagendifferenz verpflichtet werden. Ggf. sind Leistungspflichten des Verkäufers abzusichern, etwa durch Bürgschaften Dritter.

(3) **Verdeckte Sacheinlage und Verstöße gegen das Kapitalaufbringungsgebot.** Vorsicht ist weiterhin geboten, wenn der Verkäufer zur Vorbereitung des Beteiligungskaufs die Zielgesellschaft mittels Bargründung gründet oder bei der Zielgesellschaft eine Barkapitalerhöhung durchführt, und die GmbH im Zusammenhang mit den zugeführten Bareinlagen aus dem Verkäuferkreis Vermögensgegenstände gegen Vergütung erwirbt oder sonst durch Zahlung oder Verrechnung Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber Beteiligten des Verkäuferkreises erfüllt. In solchen Fällen könnte eine sog. verdeckte Sacheinlage vorliegen.

*Beispiel:* Auf die GmbH sollen wirtschaftlich dem Unternehmen zuzuordnende „Assets“ übertragen werden, die bisher außerhalb des Gesellschaftsvermögens vom Verkäufer, dessen Angehörigen oder verbundenen Unternehmen gehalten worden sind, zB Betriebsgrundstücke (etwa aus bisher bestehender Betriebsaufspaltung), Beteiligungen an oder betriebliches Vermögen aus bisher rechtlich verselbständigten Betriebsgesellschaften etc – Zur Vermeidung einer zeit- und kostenaufwendigen Sachkapitalerhöhung und

der bei der Bewertung der Sacheinlagen möglicherweise entstehenden Probleme erfolgt die Übertragung durch Verkauf der Assets an die GmbH. Der Kaufpreis wird aus Mitteln gezahlt, die aus einer vom Verkäufer zu diesem Zwecke durchgeführten Barkapitalerhöhung der GmbH zugeführt werden. Anschließend wird der aus der Barkapitalerhöhung stammende Geschäftsanteil an den Käufer veräußert.

Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn die Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist (§ 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG). Nach der früheren Rechtsprechung war die verdeckte Sacheinlage mit besonders großen Risiken verbunden, weil danach alle mit der verdeckten Sacheinlage verbunden Rechtsgeschäfte nichtig waren (BGH DStR 2003, (1844)). Diese Rechtsprechung stellte die Praxis vor große Probleme, weil verdeckte Sacheinlagen kaum mehr zu „reparieren“ waren.

Das MoMiG hat die mit der verdeckten Sacheinlage verbundenen Rechtsfolgen teilweise entschärft. Zwar gilt weiter, dass die verdeckte Sacheinlage den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Auch besteht die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters weiter; auf die Geldeinlagepflicht wird jedoch der Wert des verdeckt eingelegten Sachgegenstands im Zeitpunkt der Überlassung an die Gesellschaft angerechnet (**Differenzhaftung**; § 19 Abs. 4 S. 3, 4 GmbHG). Zur verdeckten Sacheinlage ausf. MüKoGmbHG/Märtens § 19 Rn. 162 ff.

#### **Folgerungen für die Due Diligence und die Vertragsgestaltung:**

- Aus der Sicht des Käufers besteht bei verdeckten Sacheinlagen die Gefahr, dass er nach § 16 Abs. 2 GmbHG gesamtschuldnerisch für noch ausstehende Einzahlungen haftet.
- Ob verdeckte Sacheinlagen erfolgt sind, sollte der Käufer daher im Rahmen der **Due Diligence** klären.

(4) **Weitere Verstöße gegen das Kapitalaufbringungsgebot.** Neben der verdeckten Sacheinlage sind ua wichtige Fallgruppen des Verstoßes gegen das Kapitalaufbringungsgebot:

- **Verwendungsgebundene Einlagenleistungen.** Die Mittel aus den Bareinlagen (ebenso zu erbringende Sacheinlagen) müssen bei Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister zur endgültig freien Verfügung der GmbH-Geschäftsführer erbracht sein (§ 8 Abs. 2 S. 1, § 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Daran kann es fehlen, wenn zB der Einbringungsverfahren nicht dinglich vollzogen wird oder wenn im Hinblick auf die Einlageleistung Absprachen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehen, die dazu führen, dass die Geschäftsführer über diese Beträge tatsächlich nicht frei verfügen können. Neben der verdeckten Sacheinlage sind va Fälle des „**Hin- und Herzählens**“ problematisch, bei denen der Gesellschafter zwar die Bareinlageverpflichtung übernimmt und den Betrag einzahlt. Der eingezahlte Betrag wird aber darauf hin an ihn zurückgewährt, etwa in Form eines Darlehens. Dieses Vorgehen befreit den Gesellschafter nur dann von seiner Einlagepflicht, wenn die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG eingehalten werden. Danach muss die Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt sein, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann (§ 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG). Weiterhin ist erforderlich, dass diese Vereinbarung in der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister von den Geschäftsführern offengelegt wird (§ 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG).
- **Unzulässige Aufrechnung.** Wenn bar zu leistende Einlagen mit Forderungen des Einlegers (Gesellschafters) gegen die Gesellschaft (GmbH) verrechnet werden sollen, kann ein Verstoß gegen die gesetzliche Aufrechnungsbeschränkung aus § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG vorliegen. Nach dieser Vorschrift ist eine Aufrechnung gegen den Einlageanspruch der Gesellschaft nur zulässig mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung im Wege der Sacheinlage (§ 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG) vereinbart worden ist (§ 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG).

**Folgerungen für Due Diligence und Vertragsgestaltung:**

- Die bei einer GmbH erfolgten Kapitalerhöhungen sind darauf zu überprüfen, ob bei Kapitalerhöhungen die Einlagen im Wege des Hin- und Herzählens oder der Aufrechnung erbracht wurden. Im Rahmen der **Due Diligence** ist zu überprüfen, ob bei diesen Maßnahmen die gesetzlichen Vorgaben eingehalten wurden, damit die Einlageleistungen auch tatsächlich Erfüllungswirkung haben.
- In den **Garantie- oder Beschaffenheitserklärungen** des Verkäufers sollte die Erklärung enthalten sein, dass Verstöße gegen das Kapitalaufbringungsverbot nicht erfolgt sind, da Situationen bestehen können, in denen die Gesellschafter durch Versäumnisse bei der Kapitalaufbringung nicht von ihren Einlagepflichten befreit wurden.

**51. Risiken aus dem Kapitalerhaltungsgebot und Gesellschafterdarlehen.** Von praktischer Bedeutung sind beim Beteiligungskauf Risiken aus Verstößen gegen das **Kapitalerhaltungsgebot**, dessen gesetzliche Grundlagen sich zum einen aus dem Auszahlungsverbot (§ 30 GmbHG), sowie aus der besonderen Behandlung von Gesellschafterdarlehen und vergleichbarer Leistungen ergeben.

(1) **Auszahlungsverbot (§§ 30, 31 GmbHG).** § 30 GmbHG sichert den Bestand des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens gegen Abflüsse und Wertminderungen, die durch Zahlungen oder andere vermögenswerte Leistungen an die Gesellschafter oder an diesen zuzurechnende Dritte oder für deren Rechnung erfolgen (**Kapitalschutz**). Ein Verstoß gegen § 30 GmbHG liegt insbesondere vor, wenn die Zahlung oder vermögenswerte Leistung ohne oder ohne vollwertige Gegenleistung im Zeitpunkt der Durchführung zu einer Unterbilanz (Unterdeckung des – gezeichneten, nicht des erbrachten – Stammkapitals durch den bilanziellen Reinvermögenssaldo aus Aktiva und Passiva) führt. Verstöße gegen § 30 GmbHG können ua in folgenden Fällen eintreten:

- Falls **Gewinnausschüttungen, Gewinn-Vorabauschüttungen** oder sonstige **Entnahmen** der Gesellschafter erfolgen und im Auszahlungs- oder Entnahmezeitpunkt eine Unterbilanz der Gesellschaft bereits bestanden hat oder durch den Auszahlungs- oder Entnahmevorgang entsteht.
- Falls Geschäfte des Leistungsaustauschs zwischen der GmbH und deren Gesellschaftern, Angehörigen, verbundenen Unternehmen oder für Rechnung dieser Beteiligten mit Dritten **ohne gleichwertige Gegenleistung an die Gesellschaft** vorgenommen worden sind, also die Gesellschaft unangemessen überhöhte Vergütungen zahlt oder umgekehrt für ihre Leistungen unangemessen niedrige Vergütungen oder sonst nicht gleichwertige Gegenleistungen erhält. Hier liegt regelmäßig auch eine verdeckte Gewinnausschüttung vor (→ Anm. 48). Ob darüber hinaus gegen § 30 GmbHG verstoßen wird, hängt davon ab, ob im Zeitpunkt des Leistungsaustauschs eine Unterbilanz der Gesellschaft besteht oder durch die Verminderung des Gesellschaftsvermögens entsteht.
- Falls die Gesellschaft (durch Kreditgewährung) **Verbindlichkeiten** von Gesellschaftern, ihrer Angehörigen, von verbundenen Unternehmen oder für Rechnung dieses Personenkreises Verbindlichkeiten Dritter erfüllt oder **Sicherheiten** (zB durch Bürgschaften oder Grundpfandrechte auf Gesellschaftsgrundstücken) für Verbindlichkeiten oder Forderungen dieses Personenkreises stellt (dazu MüKoGmbHG/Ekkenga § 30 Rn. 207 ff., 214).
- Der **Käufer** kann im Zusammenhang mit dem Beteiligungskauf gegen § 30 GmbHG verstoßen, wenn der Käufer zur **Finanzierung des Anteilskaufpreises** die Zielgesellschaft veranlasst, Zahlungen zu leisten oder Sicherheiten zu stellen, die gegen § 30 GmbHG verstoßen (MüKoGmbHG/Ekkenga § 30 Rn. 137 ff.).

Verstöße gegen § 30 GmbHG lösen **Rückerstattungsansprüche** gemäß § 31 GmbHG gegen den Leistungsempfänger aus, wenn dieser bei Begründung der Leistungspflicht der GmbH Gesellschafter war, auch wenn er im Zeitpunkt der Leistungsdurchführung nicht mehr Gesellschafter ist (MüKoGmbHG/Ekkenga § 31 Rn. 24 f. mwN). – Subsidiär haften gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG anteilig die Mitgesellschafter, falls die Erstattung vom



originären Rückerstattungsschuldner nicht zu erlangen ist. Die Haftung trifft nach hM die Mitgesellschafter, die im Zeitpunkt der Auszahlung Gesellschafter sind (MüKoGmbHG/*Ekkenga* § 31 Rn. 57 mwN).

(2) **Gesellschafterdarlehen.** Bis zum Inkrafttreten des MoMiG im November 2008 stellte sich die Rechtslage zu Gesellschafterdarlehen überaus kompliziert dar. Neben den § 32 und §§ 32a, 32b aF GmbHG waren die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zu Gesellschafterdarlehen, die der Gesellschaft in Krisenzeiten gewährt oder stehengelassen wurden, nahezu unüberschaubar geworden (vgl. hierzu etwa *Gehrlein* BB 2008, 846 ff.). Das MoMiG indessen hat die §§ 32a und 32b zu eigenkapitalersetzenden Darlehen abgeschafft. Die früher mit dem Eigenkapitalersatzrecht verbundenen Rechtsfragen wurden in das Insolvenzrecht verlagert, insbesondere mit folgenden Regeln:

- Forderungen auf Rückgewähr von **Gesellschafterdarlehen** oder damit vergleichbare Forderungen sind im Insolvenzfall **generell nachrangig** zu behandeln (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Von den gesetzlich nachrangigen Insolvenzforderungen nehmen die auf Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen damit den letzten Rang ein (ausf. Braun/*Bäuerle* InsO (7. Aufl. 2017) § 39 Rn. 18 ff.). Auf die Frage, ob das Darlehen eigenkapitalersetzende Funktion hat, kommt es nicht mehr an. Von der Anordnung des Nachrangs werden nur solche Gesellschafter verschont, die weniger als 10 % des Haftkapitals halten und nicht an der Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt sind (§ 39 Abs. 5 InsO).
- § 19 Abs. 2 S. 2 InsO ordnet an, dass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die in einem Insolvenzverfahren unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 fallen, in einer Überschuldungsrechnung nicht bei den Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet, dass Gesellschafterdarlehen in einer **Überschuldungsbilanz nicht mehr zu passivieren** sind, wenn nach § 39 Abs. 2 InsO ein Rangrücktritt erklärt worden ist.
- Wird ein Gesellschafterdarlehen vor der Insolvenz befriedigt, kann die Rückzahlung der **Insolvenzanfechtung** unterliegen (etwa nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Darüber hinaus sind Sicherheiten, die für das Darlehen vor Insolvenzeröffnung gestellt wurden, ggf. anfechtbar (vgl. etwa § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Außerhalb des Insolvenzverfahrens eröffnen die §§ 6, 6a AnfG überdies die Möglichkeit der **Gläubigeranfechtung** (hierzu *Gehrlein* BB 2008, 846 (852)).

**52. Kapitalerhaltungsgebot: Folgerungen für die Due Diligence und die Vertragsgestaltung.** (1) **Due Diligence.** Im Rahmen der Due Diligence ist zu überprüfen, ob Verstöße gegen das Kapitalerhaltungsgebot (§ 30 GmbHG) stattgefunden haben, um die Zielgesellschaft auf Haftungsrisiken aus den §§ 30 f. GmbHG zu überprüfen. Im Hinblick auf Gesellschafterdarlehen sind Rückzahlungszeitpunkte ebenso zu überprüfen wie zB die Frage, ob Rangrücktrittserklärungen nach § 39 Abs. 2 InsO vorliegen und ob Sicherheiten für die Darlehen bestellt worden sind.

(2) **Vertragliche Regelungen.** Werden im Rahmen der Due Diligence Verstöße gegen die §§ 30 f. GmbHG oder ein Insolvenzrisiko festgestellt, sind die daraus folgenden Haftungsrisiken weiterhin kaufvertraglich zu regeln. Insbesondere ist zu regeln, ob der Verkäufer bestehende Verstöße gegen das Kapitalerhaltungsgebot vor dem Übergangsstichtag beseitigt; die Erfüllung dieser Verpflichtung kann Gegenstand einer **Stichtagsbedingung** sein. Stehen Insolvenzrisiken im Raum, ist häufig Gegenstand der Verhandlungen, dass der Verkäufer auf alle Ansprüche auf Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (oder damit vergleichbarer Leistungen) verzichtet, weil die Rückzahlungsansprüche angesichts des insolvenzrechtlichen Nachrangs ohnehin nicht mehr werthaltig sein dürften.

Wurden bzw. werden Gelder aus dem Gesellschaftsvermögen an die Verkäufer gezahlt, weil zB **Gesellschafterdarlehen** zurückgezahlt werden, kann Gegenstand der Vertragsverhandlungen sein, ob der Käufer den Verkäufer für den Fall freistellt, dass diese Leistungen später im Wege der Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung angegriffen und zurückgefordert werden. Denn aus Sicht des Verkäufers besteht die Gefahr einer Inan-