

Markus Grünmann

Die verdeckte Sacheinlage im Kapitalaufbringungsrecht der Aktiengesellschaft

Schriftenreihe Nr.



VERLAG des wissenschaftlichen
Instituts der Steuerberater GmbH

Markus Grümann

**Die verdeckte Sacheinlage
im Kapitalaufbringungsrecht
der Aktiengesellschaft**

**Herausgegeben vom
Deutschen wissenschaftlichen Institut
der Steuerberater e.V.**



Deutsches wissenschaftliches
INSTITUT der Steuerberater e.V.

DWS-Schriftenreihe Nr. 39

Autor: Markus Grürmann

Titel: Die verdeckte Sacheinlage im Kapitalaufbringungsrecht der Aktiengesellschaft

Herausgeber: Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e.V.

Verlag: Verlag des wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater GmbH
Behrenstr. 42
10117 Berlin
Tel.: 030 / 28 88 56 73
Fax: 030 / 28 88 56 70
Internet: www.dws-verlag.de
E-Mail: info@dws-verlag.de

Gesamtherstellung: DCM Druck Center Meckenheim GmbH,
www.druckcenter.de

ISBN: 978-3-933911-96-4

1. Auflage 2017

Dieses Produkt wurde mit äußerster Sorgfalt bearbeitet, für den Inhalt kann jedoch keine Gewähr übernommen werden.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind dem Verlag vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet werden.

Meinen Mädchen

LESEPROBE

VORWORT

Die vorliegende wissenschaftliche Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Arnold am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht einschließlich Steuerstrafrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel entstanden. Rechtsprechung und Literatur konnten bis April 2016 berücksichtigt werden.

Ich möchte mich zunächst bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Arnd Arnold, für die langjährige und exzellente Betreuung dieser Arbeit und seine fachkundigen Ratschläge bedanken, durch die er das Entstehen dieser Arbeit stets, auch nach seinem Ruf an die Universität Trier und trotz der dann großen räumlichen Entfernung, begleitet und unterstützt hat. Meine Tätigkeit an seinem Lehrstuhl in Kiel hat mich persönlich sehr geprägt und ist mir stets in positiver Erinnerung.

Für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanke ich mich ebenfalls bei Herrn Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller.

Ein großer Dank gilt auch meiner Familie und meinem Patenonkel, die mich während meiner Ausbildung und auch danach während der Erstellung dieser Arbeit unterstützt und ermutigt haben.

Ganz besonders möchte ich meiner Ehefrau Stefanie für ihr Verständnis und ihre jahrelange liebevolle Unterstützung danken.

Lüneburg, im Februar 2017

Markus Grürmann

INHALTSVERZEICHNIS

A. EINLEITUNG	1
B. GRUND FÜR DIE REGELUNG UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE	3
I. Hintergrund der verdeckten Sacheinlage	3
1. Ausgestaltung der Beitragsleistung im Aktienrecht	4
a) Rechtsgrund und Einlagenschuldner	5
b) Fälligkeit und Erfüllbarkeit	6
2. Relevanz der Gründungsregelungen	7
3. Bargründung und Sachgründung im Einzelnen	9
a) Verhältnis der Sacheinlage zur Bareinlage	9
b) Die Voraussetzungen der Bargründung	13
aa) Sicherung des vor Eintragung zu leistenden Mindestbetrags	14
(1) Qualifizierte Erfüllungsvoraussetzungen	14
(2) Freie Verfügung des Vorstands	15
(3) Gründungsbericht, Gründungsprüfung und Versicherungen des Vorstands	17
(4) Verwendung des eingezahlten Betrags durch den Vorstand	17
(5) Befreiungs- und Aufrechnungsverbot	19
bb) Sicherung der verbleibenden Einlageverpflichtung	20
(1) Geltung der §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG	21
(2) Befreiungsverbot und Aufrechnungsverbot	23
(3) Freie Verfügbarkeit	25
c) Die erweiterten Voraussetzungen der Sacheinlage	25
aa) Einlagefähigkeit	26
(1) Allgemeine Voraussetzungen	26
(a) Bilanzierbarkeit	27
(b) Freie Übertragbarkeit	29
(c) Zusammenfassung	30
(2) Einzelne Beispiele	31
(a) Sachen i. S. d. BGB	31
(b) Rechte	32
(c) Insbesondere: Einlage von Forderungen	34
(aa) Forderungen des Inferenten	34

(aaa) Sacheinlagefähigkeit von Forderungen	34
(bbb) Die Sacheinlagefähigkeit künftiger Forderungen	35
(ccc) Sacheinlagepflicht und Forderungsbewertung beim sogenannten „Debt-Equity-Swap“	38
(bb) Forderungen der Gesellschaft gegen den Inferenten	42
bb) Sacheinlagevereinbarung, Vollzugsgeschäft und Publizität	44
cc) Freie Verfügbarkeit	47
dd) Werthaltigkeit und Werthaltigkeitskontrolle bei der Sacheinlage	48
(1) Gründungsprüfungen im Zusammenhang mit der Sachgründung	48
(2) Umfang der Gründungsprüfung	49
(3) Rechtsfolgen mangelnder Werthaltigkeit, Differenzhaftung	50
(4) Ausnahmen	51
II. Die Entwicklung des Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage und ihrer Rechtsfolgen vor der Normierung durch MoMiG und ARUG	53
1. Entwicklung der verdeckten Sacheinlage	53
2. Kritik an der verdeckten Sacheinlage	57
C. NEUREGELUNG DER VERDECKTEN SACHEINLAGE DURCH DAS ARUG	59
I. Entstehungsgeschichte des neuen § 27 Abs. 3 AktG	59
II. Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage nach ARUG	61
1. Die Legaldefinition des § 27 Abs. 3 S. 1 AktG: Kontinuität mit der Definition der Rechtsprechung?	61
a) Kritik an der neuen Formel	62
b) Auslegung der Legaldefinition – die Qivive-Entscheidung Teil 1	62
2. Wirksamkeit der Neuregelung	65
a) Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie	65
b) Wirksamkeit der Rückwirkung	66
3. Die Tatbestandsmerkmale der verdeckten Sacheinlage	67
a) Objektiver Tatbestand	67
aa) Geldeinlage	68
(1) Geldeinlage i. S. d. § 27 Abs. 3 AktG	68
(2) Behandlung noch nicht eingezahlter Einlagen	68

bb) Erwerb eines Sachwerts durch die Gesellschaft	73
(1) Austauschgeschäfte und Forderungseinbringungen	73
(2) Wirksamkeit des Austauschgeschäfts	75
(3) Sacheinlagefähigkeit des wirtschaftlich erhaltenen Vermögensgegenstands – die Qivive Entscheidung Teil 2	76
(4) Keine Unterscheidung zwischen Neu- und Altforderungen	79
(5) Erwerb einer Rechtsposition	80
(a) Rechtspositionen i. S. d. § 27 Abs. 3 AktG	80
(a) „Erwerb“	80
(6) Zusammenfassung	81
cc) Neutralisierung	81
(1) Identität von Bareinlage und gegenläufiger Zahlung	82
(2) Zeitlicher Ablauf der verdeckten Sacheinlage	83
(3) Gleichwertigkeit von Hin- und Herzahlung und Verrechnung	83
(4) Zeitpunkt der Neutralisierung: Anspruchsbegründung oder Erfüllung?	84
dd) Personaler Zusammenhang	86
ee) Keine Notwendigkeit eines zusätzlichen sachlich-zeitlichen Zusammenhangs	87
ff) Ausnahme für normale Umsatzgeschäfte?	89
b) Subjektiver Tatbestand	90
aa) Abrede	91
(1) Inhaltliche Anforderungen an die Abrede	91
(2) Zeitpunkt der Abrede	92
(3) Personenkreis	93
(4) Ergebnis	94
bb) Indizien für das Vorliegen einer Abrede: sachlicher und/oder zeitlicher Zusammenhang	95
(1) Sachlicher Zusammenhang	95
(2) Zeitlicher Zusammenhang	97
c) Heilung der verdeckten Sacheinlage	99
aa) Die Rechtslage bei der GmbH und Aktiengesellschaft – Harmonisierung durch das ARUG?	99
bb) Die Heilung verdeckter Sacheinlagen nach der Rechtsprechung	103
cc) Rechtsfolgen der Heilung	106

d) Zusammenfassung	107
4. Fallkonstellationen der verdeckten Sacheinlage	109
a) Die verdeckte Mischeinlage	109
b) Die verdeckte gemischte Sacheinlage	110
aa) Allgemeines zur (verdeckten) gemischten Sacheinlage	110
bb) Behandlung der (verdeckten) gemischten Sacheinlage	112
c) Offene Sacheinlage mit daneben erfolgtem nicht offengelegtem Sachgeschäft	119
d) Offene Sacheinlage mit daneben erfolgtem nicht offengelegtem Tauschgeschäft	121
e) Anwendung des § 27 Abs. 3 AktG bei mehreren Sachgeschäften.	121
(1) Rückgriff auf die Regeln zur verdeckten gemischten Sacheinlage?	122
(2) Auswahl bei Nichtvorliegen einer verdeckten gemischten Sacheinlage	124
f) Cash-Pool	126
5. Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten	130
a) Verhältnis des § 27 Abs. 3 AktG zur Leistung an Erfüllung statt	130
b) Verhältnis zum Aufrechnungsverbot gemäß § 66 Abs. 1 S. 2 AktG	133
c) Abgrenzung zu § 27 Abs. 4 AktG	136
d) Verhältnis zur Nachgründung	139
aa) Überblick über die Nachgründung und Verhältnis der Tatbestände des § 52 AktG und des § 27 Abs. 3 AktG zueinander	139
bb) Verhältnis der Rechtsfolgen zueinander	141
(1) Verhältnis bei Nichteinhaltung der Nachgründung	142
(2) Auswirkungen wirksamer Nachgründungsverträge auf die verdeckte Sacheinlage	143
(3) Zusammenfassung	143
e) Verhältnis der verdeckten Sacheinlage zum Erfordernis der freien Verfügbarkeit	144
aa) Abgrenzung der beiden Tatbestände	145
(1) Meinungsstand	145
(2) Stellungnahme	147
bb) Tangierung der Mindesteinlage gemäß § 36a Abs. 1, 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG bei verdeckten Mischeinlagen	149
cc) Zusammenfassung	151

6. Ergebnis	151
D. DIE RECHTSFOLGEN NACH DER EINFÜHRUNG DES ARUG	153
I. Die neuen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage im Allgemeinen	153
1. Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte	153
2. Schicksal der Einlageverpflichtung	155
a) Grundsatz	155
b) Zeitpunkt des Ausschlusses der Tilgungswirkung	157
c) Freie Verfügbarkeit i. S. d. § 36 Abs. 2 AktG	158
d) Kondiktion der Geldleistung	160
3. Anrechnung des Werts des verdeckt eingebrachten Gegenstands	161
a) Dogmatische Einordnung der „Anrechnung“ in das Erfüllungsregime des BGB	162
aa) Problem	162
bb) Anrechnung als Aufrechnung?	163
cc) Bisher vertretene Lösungsansätze	163
(1) Die Anrechnung als Erfüllung beziehungsweise Erfüllungssurrogat	164
(a) Sachleistung als Leistung an Erfüllung statt	164
(b) Zeitversetzte Verzögerung der Erfüllungswirkung der Bareinlage	165
(2) Reduktion der Einlageforderung in Höhe des Werts des Vermögensgegenstands	165
(a) Anrechnung als Erfüllungstatbestand eigener Art	166
(b) Anrechnung als Vorteilsausgleichung und lex specialis zum Bereicherungsrecht	167
(c) Keine Reduktion der Bareinlageschuld	168
(3) Vergleich mit der Differenzhaftung bei der offenen Sachübernahme	169
(4) Verrechnung von Bareinlageschuld und Kondiktionsanspruch	170
(5) Stellungnahme	171
(a) Dogmatische Einordnung der Anrechnung	171
(aa) Keine Leistung an Erfüllung statt	171
(bb) Keine zeitversetzte Verzögerung der Erfüllungswirkung	173

(cc) Keine Vergleichbarkeit mit Vorteilsausgleichung	175
(dd) Keine Vergleichbarkeit mit der fingierten Sacheinlage	177
(ee) Keine Verrechnung mit dem Kondiktionsanspruch	178
(ff) Anrechnung als Rechtsinstitut eigener Art	179
(b) Ausschluss des Bereicherungsanspruchs wegen	
Entreicherung	180
(aa) Keine Zweckerreichung	180
(bb) Kein Ausschluss aufgrund einer Spezialregelung	181
(cc) Kein Ausschluss gemäß §§ 814 ff. BGB	183
(dd) Entreicherung bezüglich des angerechneten Werts	184
(ee) Entreicherung bezüglich des Minderwerts	185
b) Voraussetzungen der Anrechnung	186
c) Rechtslage vor Anrechnung des Vermögensgegenstands	188
d) Maßgeblicher Bewertungszeitpunkt und anzurechnender	
Vermögenswert	189
e) Beweislast	190
4. Zusammenfassung	191
II. Rechtsfolgen in besonderen Konstellationen	191
1. Verdeckte Mischeinlage	192
2. Verdeckte gemischte Sacheinlage	193
a) Problemdarstellung	194
b) Die Anrechnung bei der verdeckten gemischten Sacheinlage	196
aa) Meinungsstand	196
bb) Stellungnahme	197
c) Ausgleichsanspruch bei Unterdeckung	198
3. Fehlschlagen der Eintragung	199
a) Bei Auflösung der Gesellschaft	199
b) Bei Fortführung der Gesellschaft	200
4. Anrechnung im Cash-Pool	201
5. Rücktritt und Minderung	202
6. Rechtsfolgen der „verdeckten Sachübernahme“	202
a) Keine Anwendung des § 27 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AktG auf die	
Kapitalerhöhung	203
b) Rechtslage bei Gesellschaftsgründung	203
aa) Grundsätzliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts	203

bb) Ausschluss der Erfüllungswirkung bei fehlender Offenlegung	204
cc) Keine Analogie zu § 27 Abs. 3 S. 3 AktG	205
dd) Volle Wirksamkeit von Verträgen mit der Vor-AG	206
c) Ergebnis und Gestaltungsmöglichkeiten	206
III. Weitere Rechtsfolgen	207
1. Strafbarkeit nach § 399 AktG	207
a) Objektiver Tatbestand	208
b) Subjektiver Tatbestand	208
c) Teilnahme an der Straftat und zivilrechtliche Haftung	210
2. Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche	210
3. Weitere aktienrechtliche Folgen	211
IV. Geltendmachung der verdeckten Sacheinlage	212
E. DOGMATISCHE KONSEQUENZEN DER NEUREGELUNG	213
I. Einordnung der verdeckten Sacheinlage als Bareinlage	213
II. Anknüpfungspunkt der Rechtsfolgen	215
III. Die verdeckte Sacheinlage als Teil der Kapitalaufbringung	216
IV. Annäherung des Kapitalaufbringungssystems an das Haftungssystem der KG	217
F. SCHLUSSBETRACHTUNGEN: KRITIK AN DER NEUREGELUNG UND REFORMÜBERLEGUNGEN	219
I. Zusammenfassung	219
II. Darstellung der Kritikpunkte	221
1. Kritik am Tatbestand	221
2. Systemfremdheit der Anrechnung	222
3. Mangelnde Abstimmung auf das Aktienrecht	223
4. Grundsätzliche Kritik der Anrechnungslösung	223
a) Meinungsstand	223
b) Stellungnahme	224
aa) Bestehen eines Sanktionsgefälles	224

bb) Kein ausreichender Schutz für das Aktienrecht	227
cc) Widerspruch zu den Nachgründungsregeln	230
III. Alternativvorschläge	230
1. Vorschläge für das Recht der GmbH	230
2. Eigener Vorschlag	231
a) Präzisierung der bisherigen Regelung	232
b) Ausweitung der Nachgründungsregeln	233
IV. Fazit	236
G. LITERATURVERZEICHNIS	237

A. Einleitung

Thema der vorliegenden Arbeit ist die mit dem ARUG in das Aktiengesetz eingeführte Neuregelung der sogenannten verdeckten Sacheinlage. Die verdeckte Sacheinlage hat Rechtsprechung und Literatur in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder beschäftigt und gespalten. Sowohl die tatbestandlichen Voraussetzungen als auch die bei Vorliegen dieser Voraussetzung anzuwendenden Rechtsfolgen sind mehrfach in die Diskussion geraten und waren teilweise heftiger Kritik ausgesetzt. Seit jeher wird dabei auch regelmäßig über die Notwendigkeit der verdeckten Sacheinlage und ihre dogmatische Legitimation gestritten. Die Diskussionen sind dabei nicht selten sehr hitzig geführt worden.

Nach zahlreichen richterrechtlichen Änderungen und Erweiterungen des Tatbestands sowie insbesondere auch der Rechtsfolgen hat die verdeckte Sacheinlage in den Jahren 2008 und 2009 zuletzt für eine hitzige Debatte gesorgt, nachdem der Gesetzgeber die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage zunächst im GmbH-Recht, dann im Aktienrecht, erstmals ausdrücklich gesetzlich geregelt und dabei komplett geändert hatte. Durch zahlreiche Beiträge der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie der Rechtsprechung sind insbesondere die von dem Gesetzgeber vollkommen neu interpretierten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlagen aufgearbeitet und diskutiert worden. Auch verschiedene Dissertationen haben sich insbesondere der dogmatischen Erfassung der neuen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage gewidmet. Unter diesen dürfte insbesondere die Dissertation von *Benz* herauszuheben sein. Die Diskussionen sind dabei zum größten Teil direkt nach Einführung des MoMiG in der GmbH-rechtlichen Literatur geführt worden. Auch nachdem die Vorschriften 2009 mit dem ARUG praktisch wortgleich übernommen in das Aktienrecht worden sind, hat sich dies nicht geändert. Während die verdeckte Sacheinlage somit in aller Ausführlichkeit im Recht der GmbH analysiert und diskutiert wurde, hat eine Diskussion dieser Neuregelung im Aktienrecht kaum stattgefunden. Die für das GmbH-Recht gefunden Lösungen wurden vielmehr größtenteils auf das Aktienrecht übertragen, teilweise ohne zu hinterfragen, ob die dahinterstehenden rechtlichen Annahmen so auch für das Aktienrecht Geltung beanspruchen können.

Die folgende Arbeit soll sich mit dem Tatbestand und den Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage beschäftigen und dabei insbesondere ihre Einbettung in das Kapitalaufbringungsrecht der Aktiengesellschaft und die damit zusammenhängenden aktienrechtlichen Besonderheiten beleuchten.

Sie greift hierzu zunächst ihr systematisches Umfeld, das Kapitalaufbringungsrecht der Aktiengesellschaft, auf, um hieran anschließend den Grund für das Bestehen der verdeckten Sacheinlage und ihre rechtshistorische Entwicklung kurz darzustellen. Anschließend wird der Tatbestand der Neuregelung eingehend dargestellt werden. Ein Schwerpunkt wird hierbei auf der Frage des Zeitpunkts der Vollendung des Tatbestands der verdeckten Sacheinlage liegen. Der Tatbestand wird im Folgenden dann insbesondere abzugrenzen sein zu den bereits im ersten Teil dargestellten Kapitalaufbringungsregelungen des Aktienrechts und den Nachgründungsregeln. Einen weiteren Schwerpunkt dieser Arbeit werden die Rechtsfolgen der Neuregelung bilden, die, wie darzustellen sein wird, in besonderem Maße der Grund für die um die Neuregelung geführten Diskussionen waren und bis heute geblieben sind. Nach der Darstellung dieser Kritik werden Wege aufgezeigt werden, wie die mit der Neuregelung entstandenen oder nicht behobenen Probleme im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage – *de lege ferenda* – möglicherweise behoben werden könnten. Ihr Ziel soll die Wiederbelebung einer im GmbH-Recht eingeschlafenen und im Aktienrecht bisher unzureichend geführten Diskussion um die dogmatischen Wurzeln der verdeckten Sacheinlage sein.