

GmbHG Großkommentar

Herausgegeben von
Mathias Habersack
Matthias Casper
Marc Löbbe

3. Auflage

Band I
Einleitung, §§ 1–28



Mohr Siebeck

**Gesetz
betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung
(GmbHG)**

Großkommentar

3. Auflage

herausgegeben von

Mathias Habersack, Matthias Casper
und Marc Löbbe

Band I

Einleitung; §§ 1 bis 28

Mohr Siebeck 2019

Bearbeiter

Professor (em.) Dr. *Peter Behrens*, Hamburg
Professor Dr. *Matthias Casper*, Münster
Professor Dr. *Mathias Habersack*, München
Professor Dr. *Peter W. Heermann*, Bayreuth
Dr. *Irmgard Heinrich*, Notarin a. D., Hamburg
Professor Dr. *Jochen Hoffmann*, Erlangen
Professor Dr. *Lars Leuschner*, Osnabrück
Dr. *Marc Löbbe*, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.
Professor Dr. *Walter G. Paefgen*, Tübingen
Dr. *Jörg Paura*, Rechtsanwalt, Hamburg
Professor (em.) Dr. *Thomas Raiser*, Berlin
Professor Dr. *Andreas Ransiek*, LL. M., Bielefeld
Professor Dr. *Carsten Schäfer*, Mannheim
Professor (em.) Dr. Dr. h. c. mult. *Peter Ulmer*, Heidelberg

Zitiervorschlag

Habersack/Casper/Löbbe/Leuschner GmbHG § 21 Rn. 14
H/C/L/Leuschner GmbHG § 21 Rn. 14

ISBN 978-3-16-155426-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von der Druckerei C. H. Beck in Nördlingen gesetzt, gedruckt und gebunden.

Peter Ulmer
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.

gewidmet

Vorwort

Gut sechs Jahre nach dem Start und drei Jahre nach Abschluss der zweiten Auflage legen wir den ersten Band der Neuauflage des Großkommentars zum GmbH-Gesetz vor. Die Neuauflage berücksichtigt die gesetzlichen Änderungen, die das GmbH-Recht seit der Voraufgabe erfahren hat, und die nicht nachlassende Flut an Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Beiträgen. Nach wie vor bestehen die Ziele des Kommentars in der zuverlässigen Dokumentation des Meinungsstandes, aber auch in der Darstellung tragender Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen und der richterrechtlichen Entwicklung. Das Werk wendet sich deshalb zwar in erster Linie an Gerichte und die beratende Praxis, will indes auch weiterhin die wissenschaftliche Diskussion beeinflussen.

Im Kreis der Herausgeber und Autoren haben sich einige Veränderungen ergeben. *Peter Ulmer* ist auf eigenen Wunsch hin aus dem Kreis der Herausgeber ausgeschieden. Für ihn ist *Matthias Casper*, der bereits in den ersten beiden Auflagen als Autor bzw. Co-Autor der §§ 5, 6 bis 8, 19, 53 bis 64, 78 sowie des GmbH-Konzernrechts mitgewirkt hat, in den Herausgeberkreis aufgenommen worden. *Peter Ulmer* bleibt dem Kommentar allerdings weiter als Co-Autor der Kommentierung der Einleitung und der §§ 1 bis 3, 4a, 5, 7, 8 und 9 bis 12 verbunden. *Lars Leuschner*, der neu in den Kreis der Autoren eingetreten ist, hat von *Welf Müller* die Kommentierung der §§ 20 bis 28 übernommen.

Der hiermit vorgelegte erste Band der Neuauflage mit den Erläuterungen zu den §§ 1 bis 28 befindet sich auf dem Stand vom April 2019; in Teilen konnten auch danach veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden. Die beiden weiteren Bände sollen mit den §§ 29 bis 52 im Jahr 2020 und mit den §§ 53 bis 87 im Jahr 2021 erscheinen.

Die Neuauflage des Großkommentars zum GmbH-Gesetzes widmen wir unserem akademischen Lehrer *Peter Ulmer*, dem großen Kommentator des Gesellschaftsrechts und Begründer dieses Kommentars, als Zeichen unseres Dankes und unserer besonderen Wertschätzung.

München, Frankfurt, Münster im August 2019

Mathias Habersack

Matthias Casper

Marc Löbbe

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung	
A. Die GmbH im deutschen Recht (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>) . .	1
B. Die GmbH im internationalen Recht und europäischen Recht (<i>Peter Behrens/Jochen Hoffmann</i>)	72
Erster Abschnitt	
§ 1 Gesellschaftszweck (<i>Peter Ulmer/Marc Löbbbe</i>)	306
§ 2 Form des Gesellschaftsvertrags (<i>Peter Ulmer/Marc Löbbbe</i>)	336
§ 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags (<i>Peter Ulmer/Marc Löbbbe</i>)	454
§ 4 Firma (<i>Irmgard Heinrich</i>)	551
§ 4a Sitz der Gesellschaft (<i>Peter Ulmer/Marc Löbbbe</i>)	630
§ 5 Stammkapital; Geschäftsanteil (<i>Peter Ulmer/Matthias Casper</i>)	648
§ 5a Unternehmergeellschaft (<i>Jörg Paura</i>)	751
§ 6 Geschäftsführer (<i>Walter G. Paefgen</i>)	814
§ 7 Anmeldung zum Handelsregister (<i>Peter Ulmer/Matthias Casper</i>)	883
§ 8 Inhalt der Anmeldung (<i>Peter Ulmer/Matthias Casper</i>)	921
§ 9 Überbewertung der Sacheinlagen (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	950
§ 9a Ersatzansprüche der Gesellschaft (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	964
§ 9b Verzicht auf Ersatzansprüche (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	992
§ 9c Ablehnung der Eintragung (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	1004
§ 10 Inhalt der Eintragung (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	1037
§ 11 Rechtsverhältnisse der Vor-GmbH (<i>Peter Ulmer/Mathias Habersack</i>)	1052
§ 12 Bekanntmachungen der Gesellschaft (<i>Peter Ulmer/ Mathias Habersack</i>)	1146
Zweiter Abschnitt	
§ 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft (<i>Thomas Raiser</i>)	1152
§ 14 Einlagepflicht (<i>Thomas Raiser</i>)	1222

§ 15	Übertragung von Geschäftsanteilen (<i>Marc Löbbbe</i>)	1273
§ 16	Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderung des Umfangs ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten (<i>Marc Löbbbe</i>)	1509
§ 17	(weggefallen)	
§ 18	Mitberechtigung am Geschäftsanteil (<i>Marc Löbbbe</i>)	1603
§ 19	Leistung der Einlagen (<i>Matthias Casper</i>)	1626
§ 20	Verzugszinsen (<i>Lars Leuschner</i>)	1755
	Vorbemerkungen vor § 21 (<i>Lars Leuschner</i>)	1777
§ 21	Kaduzierung (<i>Lars Leuschner</i>)	1785
§ 22	Haftung der Rechtsvorgänger (<i>Lars Leuschner</i>)	1822
§ 23	Versteigerung des Geschäftsanteils (<i>Lars Leuschner</i>)	1844
§ 24	Aufbringung von Fehlbeträgen (<i>Lars Leuschner</i>)	1863
§ 25	Zwingende Vorschriften (<i>Lars Leuschner</i>)	1885
§ 26	Nachschußpflicht (<i>Lars Leuschner</i>)	1889
§ 27	Unbeschränkte Nachschußpflicht (<i>Lars Leuschner</i>)	1916
§ 28	Beschränkte Nachschußpflicht (<i>Lars Leuschner</i>)	1942

§ 19 Leistung der Einlagen

(1) Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile sind nach dem Verhältnis der Geldeinlagen zu leisten.

(2) Von der Verpflichtung zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter nicht befreit werden. Gegen den Anspruch der Gesellschaft ist die Aufrechnung nur zulässig mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden ist. An dem Gegenstand einer Sacheinlage kann wegen Forderungen, welche sich nicht auf den Gegenstand beziehen, kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

(3) Durch eine Kapitalherabsetzung können die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen höchstens in Höhe des Betrags befreit werden, um den das Stammkapital herabgesetzt worden ist.

(4) Ist eine 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 (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung. Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter.

(5) Ist vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 4 zu beurteilen ist, so befreit dies den Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung nach § 8 anzugeben.

(6) Der Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen verjährt in zehn Jahren von seiner Entstehung an. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, so tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Eröffnung ein.

Übersicht

I. Einführung 1

1. Regelungsinhalt und -zweck 1

2. Novellierungen 4

a) GmbH-Novelle 1980 4

b) Anfügung des Abs. 6 durch das Verjährungsanpassungsgesetz 2004 5

c) Novellierung durch das MoMiG 2008

6

II. Der Einlageanspruch 12

1. Grundlagen 12

2. Leistungszeit und -ort 13

3. Erfüllungshandlungen 15

4. Beweislast 17

5. Verjährung (Abs. 6); Verwirkung

19

III. Gleichmäßige Einforderung der Bar-einlagen (Abs. 1) 23

1. Allgemeines 23
 - a) Inhalt der Vorschrift 23
 - b) Verhältnis zu den zwingenden Mindestanforderungen 24
2. Sachlicher Anwendungsbereich 25
 - a) Geldeinlagen vor und nach Eintragung 25
 - b) Kapitalerhöhung 26
 - c) Sonstige Zahlungspflichten 28
 - d) Sacheinlagen 31
3. Geltungsgrenzen 34
 - a) Zahlungsunfähigkeit und Insolvenzverfahren eines Gesellschafters 34
 - b) Insolvenzverfahren und Liquidation der Gesellschaft 35
 - c) Pfändung und Überweisung des Einlageanspruchs 36
4. Rechtsfolgen 37
5. Freiwillige Mehrleistungen 42
6. Abdingbarkeit von Abs. 1 43

IV. Das Verbot der Befreiung von der Einlageverbindlichkeit (Abs. 2 S. 1) 45

1. Sachlicher Anwendungsbereich 45
2. Zeitliche Geltung 49
 - a) Nach Eintragung 49
 - b) Im Gründungsstadium 50
 - c) In Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft 52
3. Zwingende Natur 53
4. Fallgruppen unzulässiger Befreiung 54
 - a) Erlass und entsprechende Rechtsgeschäfte 54
 - b) Leistung an Erfüllung statt; Novation (qualitative Umgestaltung) 56
 - c) Wirtschaftliche Befreiung (Leistung aus Gesellschaftsmitteln) 62
 - d) Zahlung des Einlageschuldners an Gesellschaftsgläubiger 63
 - e) Vergleich 65
 - f) Abwendungsvergleich 69
5. Unzulässigkeit der Stundung 70
6. Der Sonderfall der Kapitalherabsetzung (Abs. 3) 74

V. Schranken der Aufrechnung (Abs. 2 S. 2) 75

1. Einführung 75
 - a) Änderung der Vorschrift durch das MoMiG 75
 - b) Zweck und Regelungsgehalt 76
 - c) Anwendungsbereich 77

2. Verbot der Aufrechnung durch den Gesellschafter 79
 - a) Grundsatz 79
 - b) Ausnahme: Vereinbarung nach § 5 Abs. 4 80
 - c) Einschränkung bei Liquidation und Insolvenz 81
 - d) Verstoß, keine Anwendung von Abs. 4 S. 3 83
3. Aufrechnung durch die Gesellschaft sowie Aufrechnungsvertrag 85
 - a) Rechtslage vor dem MoMiG, Fragestellung 85
 - b) Neuforderungen mit Vorabrede 88
 - c) Neuforderungen ohne Vorabrede 89
 - aa) Vollwertigkeit 90
 - bb) Fälligkeit 91
 - cc) Liquidität 92
 - dd) Objektiver Maßstab 94
 - ee) Gefährdung der Einlageforderung 95
 - ff) Rechtsfolgen bei Verstoß 96
 - d) Altforderungen 98
 - e) Aufrechnung mit Mindesteinlageforderungen 99
 - f) Geschäftsführerkompetenz 100
 - g) Beweislast 101
4. Kontokorrent 102

VI. Einschränkung von Zurückbehaltungsrechten (Abs. 2 S. 3) 104**VII. Verfügungen über die Einlageforderung** 106

1. Abtretung 106
 - a) Meinungsstand 106
 - b) Stellungnahme 108
 - c) Rechtsfolgen 109
2. Verpfändung und Pfändung 111

VIII. Anrechnung verdeckter Sacheinlagen (Abs. 4) 113

1. Einführung 113
 - a) Reformbedürfnis und Reformvorschläge vor dem MoMiG 113
 - b) Die Konzeption des RegE und Übergang zur Anrechnungslösung 115
 - c) Regelungsgehalt des Abs. 4 und Normzweck 117
 - d) Anwendungsbereich 119
2. Tatbestand (Abs. 4 S. 1 Hs. 1) 123
 - a) Legaldefinition, Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung 123
 - b) Leistung einer Sacheinlage statt einer Bareinlage 124

- aa) Vereinbarung einer Bareinlage 124
 - bb) Vorliegen eines wirksamen Austauschgeschäfts 125
 - (1) Begriff und Anwendungsfälle für ein wirksames Austauschgeschäft 126
 - (2) Wirksamkeit des Austauschgeschäfts 129
 - (3) Parteien des Austauschgeschäfts 130
 - (4) Umfang des Austauschgeschäfts/gemischte verdeckte Sacheinlage 131
 - (5) Erfüllung des Verkehrsgeschäfts (dingliche Übereignung) 132
 - cc) Sonstige Fallgruppen jenseits eines Austauschgeschäfts 133
 - c) Vorliegen einer Abrede 139
 - aa) Rechtsnatur und Inhalt der Abrede 139
 - bb) Zeitpunkt der Abrede, Abgrenzung zur Kapitalerhaltung 140
 - cc) Vermutung der Abrede 142
 - dd) Sonderfälle 144
 - 3. Drittbeteiligung 146
 - a) Ausgangspunkt und Fragestellung 146
 - b) Treuhandverhältnisse 147
 - c) Persönliche Näheverhältnisse 148
 - d) Konzernbeziehungen 149
 - 4. Rechtsfolgen 152
 - a) Überblick 152
 - b) Keine Erfüllungswirkung (Abs. 4 S. 1 Hs. 2) 153
 - aa) Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs 153
 - bb) Bereicherungsanspruch des Inferenten? 156
 - c) Anrechnung auf die Geldeinlagepflicht (Abs. 4 S. 3–5) 161
 - aa) Wirkung ipso iure 161
 - bb) Rechtsnatur 162
 - cc) Umfang der Anrechnung und Ermittlung des Werts 164
 - dd) Zeitpunkt der Anrechnung (Abs. 4 S. 4) 170
 - d) Fallgruppen 171
 - aa) Einfache verdeckte Sacheinlage 172
 - (1) Einbringung eines (nicht) werthaltigen Gegenstands 172
 - (2) Ankauf eines Gegenstandes über Wert (keine „Überanrechnung“) 173
 - bb) Verdeckte gemischte Sacheinlage 175
 - cc) Teilweise verdeckte Sacheinlage 181
 - e) Wirksamkeit der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte (Abs. 4 S. 2), Störungen des Rechtsgeschäfts 185
 - f) Störungen bei der Kapitalerhöhung 189
 - g) Beweislast (Abs. 4 S. 5) 190
 - h) Geschäftsführerhaftung und Strafbarkeit nach § 82 Abs. 1 Nr. 1, 3 191
 - aa) Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 82 Abs. 1 Nr. 1, 3 191
 - bb) Haftung des Geschäftsführers 192
 - cc) Sanktionen gegen den Inferenten? 193
 - 5. Minderheitenschutz 194
 - 6. Heilung verdeckter Sacheinlagen 195
- IX. Hin- und Herzahlen (Abs. 5) 200**
- 1. Einleitung 200
 - a) Entwicklung und Regelungsgehalt 200
 - b) Normzweck und Anwendungsbereich 203
 - c) Verhältnis und Abgrenzung zu Abs. 4 205
 - 2. Tatbestand 207
 - a) Abrede vor Leistung der Einlage 207
 - b) Leistung der Gesellschaft („Herzählung“) 209
 - c) Vollwertigkeit 212
 - d) Liquider Rückzahlungsanspruch 215
 - e) Offenlegung (Satz 2) 216
 - 3. Rechtsfolgen 220
 - a) Erfüllungswirkung 220
 - b) Rückzahlung des Darlehens ohne vorherige Erfüllungswirkung 222
 - 4. Besonderheiten im Cash-Pool 225
 - a) Problemstellung und Konzept der hM 225
 - b) Alternativer Lösungsvorschlag 227
 - c) Folgefragen auf Basis der hM 229
- X. Übergangsrecht 236**
- 1. Überblick 236
 - 2. Rückwirkung bei der verdeckten Sacheinlage 238
 - 3. Rückwirkung beim Hin- und Herzahlen 241
 - 4. Begrenzung der Rückwirkung durch § 3 Abs. 4 S. 2 EGGmbHG 242

Schrifttum: Siehe die Angaben vor Rn. 45, 75, 106, 113, 200, 236.

I. Einführung

1. Regelungsinhalt und -zweck

§ 19 regelt die **Aufbringung des Stammkapitals** und zählt damit zum zentralen GmbH-rechtlichen Urgestein. Die Norm steht im unmittelbaren Zusammenhang mit § 5 und den §§ 7 ff. (namentlich mit §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 und § 9) und den §§ 20 ff. sowie den Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 30 ff.), also dem Kapitalschutz.¹ Mit dem (Mindest-)Garantiekapital und den zwingenden Absätzen 2 bis 6 dient die Norm dem **Gläubigerschutz**. Über das Gründungsstadium hinaus gilt die Vorschrift gem. § 56 Abs. 2 auch für die Zeit nach Eintragung der Gesellschaft sowie für die aus Kapitalerhöhungen resultierenden Einlageverbindlichkeiten (→ Rn. 26, 49, 78). Abs. 1 beinhaltet eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes der Gesellschafter (→ Rn. 2).

Nach der Neugestaltung der Norm durch das MoMiG (→ Rn. 6 ff.) enthält § 19 im Wesentlichen *zwei Regelungskomplexe*. Den *ersten Bereich* bildet der dispositive Abs. 1, der dem Innenverhältnis gewidmet ist. Danach gilt im Regelfall eine an den Kapitalanteilen orientierte **Gleichbehandlung** der Gesellschafter bei der Einzahlung der Geschäftsanteile. Die *zweite Gruppe* bilden die übrigen Absätze, die **Grundregeln der gesicherten Kapitalaufbringung** bereitstellen. Dazu zählt zuvörderst das sog. Befreiungsverbot (Abs. 2 S. 1) mit der dazugehörigen Ausnahmenvorschrift für den Fall einer Kapitalherabsetzung in Abs. 3 einerseits sowie das Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter (Abs. 2 S. 2) andererseits. Flankiert werden diese Vorschriften durch den Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten (Abs. 2 S. 3). Ebenfalls einer gesicherten Kapitalaufbringung dienen die durch das MoMiG kodifizierten *Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage* (Abs. 4), wobei vor allem auf Abs. 4 S. 1 hinzuweisen ist, der weiterhin einer Erfüllungswirkung entgegensteht. Allerdings wird die verdeckte Sacheinlage zum Schutz des Inferenten auf die fortbestehende Bareinlage angerechnet (Abs. 4 S. 2 bis 5). Ebenfalls der Tilgung der Einlageschuld und somit einer gesicherten Kapitalaufbringung ist der neue Abs. 5 gewidmet. Er stellt klar, dass das sog. *Hin- und Herzahlen* den Gesellschafter nur dann von seiner Einlagepflicht befreit, wenn die „hergezahlte“ Leistung – also regelmäßig die Rückzahlung der Einlage als Darlehensvaluta – durch einen vollwertigen, liquiden Rückzahlungsanspruch gedeckt ist. Im Gesamtkontext einer geordneten Kapitalaufbringung ist schließlich auch Abs. 6 zu nennen, der die Verjährung von Einlageansprüchen regelt und im engen Sachzusammenhang mit Abs. 1 steht.

Der **Normzweck** des § 19 dient in seinen *zwingenden Absätzen 2 bis 6* der Aufbringung des Stammkapitals der Gesellschaft einschließlich der aus späteren Kapitalerhöhungen stammenden Teile und der Sicherung des Haftungsfonds gegen alle Arten von Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zu Lasten

¹ Zu dessen möglichen Reformbedarf vgl. jüngst nur C. Lieder, Moderner Kapitalschutz, Diss. Jena 2015, S. 226 ff., 257 ff.

der Gläubiger (vgl. näher → Rn. 45 ff., 76 ff.). Demgegenüber enthält die dispositive Regelung des *Absatzes 1* eine Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, bezogen auf die Aufbringung der Geldeinlagen.

2. Novellierungen

- 4 a) **GmbH-Novelle 1980.** Sie führte für § 19 zu Änderungen in allen Teilen und zu einer Ergänzung um zwei Absätze (Abs. 3 und 4 in der Fassung von 1980 bis 2008); der alte Abs. 3 wurde zu Abs. 5, der wiederum ebenso wie Abs. 4 in der Fassung von 1980–2008 durch das MoMiG (→ Rn. 6 ff.) entfallen ist. Allerdings handelte es sich mit Ausnahme von Abs. 4 in der Fassung von 1980–2008 lediglich um **redaktionelle Änderungen**. **Abs. 4** in der Fassung bis 2008 sah vor, dass bei der Vereinigung aller Anteile in einer Hand innerhalb von drei Jahren seit einer Mehrpersonengründung, die Kapitalaufbringung entsprechend den früheren Erfordernissen für die Einmann-Gründung nach § 7 Abs. 2 S. 3 a. F. sicherzustellen war. Damit sollte einer Umgehung von § 7 Abs. 2 S. 3 a. F. durch Strohmänngründungen vorgebeugt werden (vgl. näher 1. Auf. Rn. 5, 147 ff. [Ulmer]). **Abs. 1** wurde entsprechend der in der Literatur ganz hM dahin gefasst, dass die Geltung des für die Einzahlungen maßgeblichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sich auf die *Geldeinlagen* beschränkt, während Abs. 1 in der Fassung vor 1980 noch allgemein auf die „Einzahlungen auf die Stammeinlagen“ abstellte (zur Frage einer Erstreckung auf Sacheinlagen vgl. → Rn. 31). **Abs. 2** wurde nur sprachlich umformuliert; der Ausschluss jeglicher *Befreiung* von der Einlageverbindlichkeit umfasst die seit 1980 in Abs. 2 ausdrücklich genannten Fälle des Erlasses und der Stundung, ohne dass sich damit eine sachliche Änderung verband.² In **Abs. 3** wurde in Anlehnung an § 66 Abs. 3 AktG ausdrücklich der Sonderfall der Befreiung von der Einlagepflicht aufgrund einer Kapitalherabsetzung geregelt (vgl. → Rn. 74); auch insoweit handelt es sich nur um eine Bestätigung schon bisher geltenden Rechts (vgl. Hachenburg/Ulmer⁷ Rn. 28). Die Änderung des alten **Abs. 5** gegenüber Abs. 3 in der Fassung vor 1980 beschränkte sich darauf, die Verweisung auf § 5 Abs. 4 um den Zusatz „Satz 1“ zu ergänzen; sie ist Folge der Neufassung von § 5 Abs. 4 durch die GmbH-Novelle 1980.
- 5 b) **Anfügung des Abs. 6 durch das Verjährungsanspassungsgesetz 2004.** Nachdem der inzwischen weggefallene Abs. 4 mit der Streichung des Abs. 4 S. 2 durch das HRefG 1998 eine im Wesentlichen redaktionelle Änderung erfahren hatte (zu den Details vgl. 1. Aufl. Rn. 6 [Ulmer]) erfolgte die nächste Änderung inhaltlicher Natur 2004 mit der **Anfügung der Verjährungsvorschrift des Abs. 6** durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.12.2004 (BGBl. I 3214). Über den Anpassungszweck hinaus ist der Neuregelung auch eine Klärung des jahrzehntealten Streits um die

² Begr. RegE BT-Drucks. 8/1347, S. 38; vgl. näher Rn. 54 f.

Verjährungsfrist für Einlageansprüche im GmbH-Recht zu verdanken (vgl. → Rn. 19).

c) **Novellierung durch das MoMiG 2008.** Durch das MoMiG wurde § 19 grundlegend novelliert. Die neu eingefügten Abs. 4 und 5 dienen nicht nur der teilweisen Kodifikation der höchstrichterlichen Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage und zum sog. Hin- und Herzahlen,³ sondern auch deren Korrektur auf der Ebene der Rechtsfolgen. Dem war bis 2006 eine **rechtspolitische Diskussion** vorangegangen, die sich vor allem an den von vielen als zu weit empfundenen – und teilweise sogar als „katastrophal“ gebrandmarkten⁴ – Rechtsfolgen der Lehre von der verdeckten Sacheinlage entzündet hatte.⁵ Diese führten im wirtschaftlichen Ergebnis oftmals dazu, dass der Gesellschafter die Einlage in der Insolvenz zweimal leisten musste (vgl. ausführlicher → Rn. 113). Dies wurde zu Recht als zu drakonische Sanktion für den mit der verdeckten Sacheinlage verbundenen Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften empfunden. Die Ergebnisse der gesellschafterfreundlicheren Rechtsprechung zum Hin- und Herzahlen⁶ waren vor allem bei Einzahlung der Einlage auf ein zentrales Verrechnungskonto im sog. Cash-Pool (zum Begriff vgl. → Rn. 225) in die Kritik geraten.

Die **Reformdiskussion** im Vorfeld des Referentenentwurfs zum MoMiG⁷ – aber auch darüber hinaus – hatte sich in erster Linie auf das Für und Wider eines verbindlichen Mindestgarantiekapitals sowie einer bilanziellen Ausschüttungssperre im Gegensatz zum bloßen Solvenztest kapriziert (vgl. dazu 1. Aufl. Erg.-Band § 5 Rn. 4 und § 30 Rn. 4). Hinsichtlich der Kapitalaufbringung plädierten einige der Reformvorschläge für eine weitgehende oder vollständige Aufgabe des Prinzips der realen Kapitalaufbringung. Angesichts der – zumindest einstweilen – abgeschlossenen Reformdiskussion sollen diese Ansätze hier nur überblicksartig skizziert werden. Ein vor allem von *Bayer* vertretener Vorschlag zielte darauf, das Ob, das Wann und die Art und Weise der Kapitalaufbringung ins Ermessen der Gesellschafter zu stellen.⁸ Nach diesem sog. **KG-Modell** haftet der Gesellschafter solange, bis er seine Einlage erbracht hat. Diese wird spätestens durch den Liquidator oder den Insolvenzverwalter eingefordert. Eine vorherige Verpflichtung besteht also nicht. Anders als bei der Kommanditistenhaftung (§ 171 Abs. 1 HGB) sollte der GmbH-Gesell-

³ Vgl. die Nachw. unten in Fn. 273, 563.

⁴ *Lutter* FS Stiefel, 1987, S. 505, 533; ähnlich *Brandner* FS Boujong, 1996, S. 37, 42: „Rechtsfolgenkatastrophe“.

⁵ Vgl. exemplarisch *M. Winter* FS Priester, 2007, S. 867, 871 ff. m. weit. Nachw.

⁶ Vgl. vor allem BGHZ 165, 113, 116 ff. = NJW 2006, 509; 165, 332, 355 ff. = NJW 2006, 906; BGH GmbHR 2006, 982, 983; BGH ZIP 2008, 1281 f., wonach die Rückzahlung der als Darlehen zurückgewährten Einlage zur Befreiung von der Einlageschuld führte, der Gesellschafter also nicht Gefahr lief, zweimal leisten zu müssen.

⁷ Abrufbar unter www.bmj.bund.de und abgedruckt bei *Seibert* Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, 2008, S. 303 ff.

⁸ *Bayer* ZGR 2007, 220, 234 ff.; ähnlich, wenn auch nur als Option zur normalen GmbH *Drygala* ZIP 2006, 1797 ff. („KmbH“); vgl. ferner *Vossius* NotBZ 2006, 373 ff. sowie *Vossius/Wachter* Gesetzentwurf zur Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2006, abrufbar unter www.gmbhr.de/volltext.htm. Dieses Modell wird auch von *Cavin*, Kapitalaufbringung in GmbH und AG, 2013, S. 132 ff. und passim, zusammenfassend S. 639 ff. favorisiert.

schafter jedoch nur im Innenverhältnis zur Gesellschaft und nicht auch nach außen gegenüber den Gläubigern haften. Dieses Modell lag auch dem Vorschlag für ein Statut der Societas Privata Europaea (SPE) vom Juni 2008 zugrunde.⁹ Etwas weniger weitgehend stellt sich das namentlich auf dem 66. DJT diskutierte Modell einer **insolvenzrechtlichen Differenzhaftung** dar.¹⁰ Danach bleibt der Gesellschafter zwar zur Kapitalaufbringung auf Abruf durch die GmbH verpflichtet. Einzige Sanktion für eine anstelle der Bareinlage erbrachten Sacheinlage sollte eine Differenzhaftung wie in § 9 im Zeitpunkt der Insolvenz sein. Eine Werthaltigkeitsprüfung der Sacheinlage bei Gründung war nicht mehr vorgesehen. Allerdings sollte dafür die Beweislast hinsichtlich der Werthaltigkeit dem Gesellschafter auferlegt werden. Damit hätte sich eine Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage weitgehend erübrigt.

8 Der **Reformgesetzgeber 2008** ist diesen unter dem Gesichtspunkt der Seriositätsschwelle des Mindestgarantiekapitals bedenklichen Vorschlägen nicht gefolgt, sondern hat am Grundsatz der realen Kapitalaufbringung festgehalten. Allerdings hatte der Regierungsentwurf noch vorgesehen, dass die verdeckte Sacheinlage zur Erfüllung der Einlageschuld führen sollte.¹¹ Diese sog. **Erfüllungslösung** war zu Recht auf verbreitete Kritik gestoßen, da auch sie zur Nivellierung von Bar- und Sacheinlage geführt hätte.¹² Diese Kritik wurde im Bericht des Rechtsausschusses aufgegriffen.¹³ Einem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV folgend,¹⁴ wurde schließlich die jetzt vorgesehene **Anrechnungslösung** des Abs. 4 ins Gesetz aufgenommen. Danach bleibt die verdeckte Sacheinlage unzulässig, jedoch wird der objektive Wert der eingelegten Sache ex lege auf den fortbestehenden Bareinlageanspruch angerechnet (zu den Details vgl. unten → Rn. 152 ff.).

9 Zu einer gewissen Aufweichung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung kommt es aber durch die **Erfüllungslösung** im Rahmen des Abs. 5 beim Hin- und Herzahlen. Der im Regierungsentwurf noch in § 8 Abs. 2 S. 2 RegE enthaltene Nukleus der jetzigen Regelung¹⁵ wurde auf die Initiative des Rechtsausschusses hin systematisch stimmig in den Abs. 5 verlagert und hinsichtlich der Voraussetzungen der Erfüllungswirkung präzisiert.¹⁶ Das Werthaltigkeitserfordernis wurde um die Anforderung ergänzt, dass der Rückzahlungsanspruch auch liquide sein muss. Wei-

9 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396 v. 26.6.2008, veröffentlicht etwa unter www.europeanprivatecompany.eu; vgl. dazu etwa Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897 ff.; *Hommelhoff/Teichmann* GmbH 2008, 897 ff.; *Hadding/Kießling* WM 2009, 145 ff. sowie speziell zur Kapitalaufbringung *Krejci* Societas Privata Europaea – SPE, 2008, S. 63 ff.; *Hommelhoff* ZHR 173 (2009), 255, 262 ff.; *Greulich* Der Konzern 2009, 229 ff.

10 Vgl. *J. Vetter* Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band II/1, 2006, P 75, 89 ff.; Ansätze in Richtung Differenzhaftung auch bei *Kleindiek* ebenda, S. P 45, P 53; vgl. dazu sowie auch zum KG-Modell dann aber die ablehnenden Beschlüsse 7a, 8a des 66. DJT, ebenda, Bd. II/2, 2007, Band II/2, P 289 f.; ferner etwa *Heckschen* DStR 2007, 1442, 1448 f.

11 RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 40 f. = *Seibert* (Fn. 7) S. 165.

12 Vgl. exemplarisch *Ulmer* ZIP 2008, 45, 50 ff.; *Veil* ZIP 2007, 1241, 1242 f. Vorreiter der Erfüllungslösung war *Brandner* FS Boujong, 1996, S. 37, 45.

13 BT-Drucks. 16/9737, S. 56 = *Seibert* (Fn. 7) S. 168.

14 NZG 2007, 211, 212 f., wobei als dessen Vater *Martin Winter* bezeichnet werden darf. Vgl. *M. Winter* FS Priester, 2007, 867, 876 ff., dazu auch *Seibert* FS Maier-Reimer, 2010, S. 673, 675 m. Fn. 21.

15 RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 34 f. = *Seibert* (Fn. 7) S. 148.

16 BT-Drucks. 16/9737, S. 56 = *Seibert* (Fn. 7) S. 168.

terhin wurde die Offenlegungspflicht in Abs. 5 S. 2 hinzugefügt, die im RegE noch nicht enthalten war.¹⁷

Damit ergeben sich gegenüber der bis 2008 gültigen Fassung des § 19 im Einzelnen folgende **Änderungen: Abs. 1, 3 und 6** sind inhaltlich unverändert geblieben, Abs. 1 wurde jedoch mit Blick auf die neu gefassten §§ 5, 14 redaktionell angepasst und spricht seit 2008 anstelle von Stammeinlagen von Geschäftsanteilen (vgl. dazu → § 5 Rn. 9 und → § 14 Rn. 4 f.). Das Befreiungsverbot in Abs. 2 S. 1 und die dazugehörige Ausnahmvorschrift in Abs. 3 sind ebenso unverändert geblieben wie der Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten in Abs. 2 S. 3. Geändert wurde hingegen das **Aufrechnungsverbot (Abs. 2 S. 2)**. Inhaltliche Änderungen ergeben sich allerdings auch insoweit nicht (→ Rn. 75 ff.). Mit der nunmehr nach dem zweiten Halbsatz ausnahmsweise zulässigen Aufrechnung im Falle der Sachübernahme iSd § 5 Abs. 4 S. 1 wurde die vor 2008 in Abs. 5 Alt. 2 a. F. enthaltene Ausnahmvorschrift in redaktionell modifizierter Form in Abs. 2 S. 2 überführt.

Infolge der Aufhebung der besonderen Anforderungen an die Kapitalaufbringung bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft (§ 7 Abs. 2 S. 3 a. F.) ist **Abs. 4 a. F.**, der die Kapitalaufbringung bei der nachträglichen Anteilsvereinigung in einer Hand regelte, **ersatzlos entfallen**. Damit verzichtet das neue Recht auf Sonderregelungen bei der Einpersonengründung. Ebenfalls ersatzlos weggefallen ist auch **Abs. 5 Alt. 1 a. F.**, der eine Leistung an Erfüllung statt zur Erfüllung einer (Bar-)Einlageforderung ausschloss. Für diese Regelung bestand – zumindest auf den ersten Blick (vgl. aber noch → Rn. 56 ff.) – angesichts der Neuregelung der verdeckten Sacheinlage in Abs. 4 n. F. kein Bedürfnis mehr. Die zweite Alternative des Abs. 5 a. F. findet sich nunmehr sachlich unverändert in Abs. 2 S. 2 (vgl. bereits → Rn. 10 sowie ausführlicher → Rn. 75 ff.).

II. Der Einlageanspruch

1. Grundlagen

Das GmbHG enthält im Unterschied zu §§ 54, 185 AktG keine ausdrücklichen Vorschriften über die Pflicht der Gesellschafter, die gezeichnete Einlage zu leisten. Sie ergibt sich – als **rechtsgeschäftliche** Pflicht – aus der Übernahme eines Geschäftsanteils bei Gründung der GmbH oder im Zuge einer Kapitalerhöhung. Dementsprechend enthalten die Vorschriften des § 19 keine ausdrückliche Anspruchsgrundlage, sondern setzen – ebenso wie §§ 16 Abs. 3, 20, 24 u. a. – das Bestehen eines derartigen Anspruchs voraus. Die Funktion des § 19 besteht darin, zur Sicherung der Kapitalaufbringung Einzelheiten zur Erfüllung der über die Mindesteinlagen (§ 7 Abs. 2 und 3) hinausgehenden Einlageverpflichtungen der Gesellschafter zu regeln. Damit enthalten die Vorschriften des § 19 die *zentralen Regelungen* des GmbHG

¹⁷ BT-Drucks. 16/9737, S. 56 = *Seibert* (Fn. 7) S. 168.

zum Einlageanspruch und seiner Erfüllung. Zur Abtretbarkeit des Einlageanspruchs vgl. → Rn. 106 ff.

2. Leistungszeit und -ort

- 13 Regelungen über die **Leistungszeit** enthält das GmbHG nur in Bezug auf die **Mindesteinlagen**; sie sind nach Maßgabe der §§ 7 Abs. 2 und 3, 56a vor Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung zur freien Verfügung der Geschäftsführer zu leisten. Die **Fälligkeit der restlichen Einlageleistungen** hängt mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag¹⁸ von einem entsprechenden, ab Eintragung der GmbH mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr. 2) und von der daran anschließenden Einforderung durch den Geschäftsführer ab; die Regelung des § 271 Abs. 1 BGB über die sofortige Fälligkeit vertraglich geschuldeter Leistungen wird dadurch verdrängt. In der satzungsrechtlichen Vereinbarung abweichender Fälligkeitsvoraussetzungen oder -termine sind die Gesellschafter durch diese Vorschriften nicht beschränkt: sie können die Einforderung der Entscheidung der Geschäftsführer überlassen oder schon im Gesellschaftsvertrag selbst entsprechende Zahlungstermine vorsehen. Zum Recht des Insolvenzverwalters oder Pfändungsgläubigers, die ausstehenden Einlageleistungen auch ohne Eintritt der gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Fälligkeitsvoraussetzungen geltend zu machen, vgl. → Rn. 35 f., 111 f.
- 14 **Leistungsort** ist mangels besonderer vertraglicher Bestimmung der Sitz der Gesellschaft. Das folgt aus der Natur des Schuldverhältnisses (§ 269 Abs. 1 BGB) und ist in der Rspr. anerkannt.¹⁹ Im *Aktienrecht* findet sich eine gewisse Bestätigung durch § 54 Abs. 3 AktG, wenn man als Regelfall davon ausgeht, dass das Konto der Gesellschaft vom Vorstand bei einem Kreditinstitut an ihrem Sitz eingerichtet wird. Freilich ist es der GmbH unbenommen, ein Konto bei einer auswärtigen Bank, insbesondere einer Online-Bank, zu führen. Dieses muss sie dem Inferenten benennen. Zur Frage, ob überhaupt per bargeldloser Zahlung gezahlt werden darf, vgl. noch sogleich → Rn. 16.

3. Erfüllungshandlungen

- 15 Zu den Anforderungen an die befreiende Leistung der **Mindesteinlagen** in Geld und der Sacheinlagen (§ 7 Abs. 2 und 3) vgl. schon → § 7 Rn. 26 ff. Hinsichtlich der **restlichen Einlagen** greift das in § 7 Abs. 2 aufgestellte Erfordernis der Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführer nach heute hM nicht ein;²⁰ zu den Voraus-

¹⁸ Dazu BGH ZIP 1991, 724, 726.

¹⁹ Vgl. BayObLGZ 1922/23, 118, 119 (GmbH); RGZ 46, 352, 353 (KG); so auch Soergel/Forster BGB § 269 Rn. 25.

²⁰ BGH NJW 1986, 989; BGHZ 125, 141, 151 = NJW 1994, 1477; BGHZ 180, 39, 46 (Rn. 17) = NJW-RR 2009, 1047 – Qivive; OLG München GmbHR 2017, 39, 40; GmbHR 2017, 754, 757; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 12; Roth/Altmeyen Rn. 21; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 29; aA noch OLG Frankfurt WM 1984, 1448; Priester DB 1987, 1475; so auch noch Hachenburg/Ulmer⁸ Rn. 9 und heute wohl noch Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 14.

setzungen und Grenzen abweichender Erfüllungsgeschäfte (Leistung an Gesellschaftsgläubiger auf Weisung des Geschäftsführers, Verrechnung mit einer Gegenforderung des Gesellschafters u. a.) vgl. → Rn. 63, 75 ff. Entscheidend ist aber auch insoweit ein vollwertiger, unbeschränkter und definitiver Vermögenszufluss bei der Gesellschaft.²¹ Eine im Zeitpunkt der Leistungsbewirkung *fehlende Zweckbestimmung der Leistung* kann nachgeholt werden, solange der Geldbetrag bei der GmbH noch unverbraucht verfügbar ist;²² das gilt auch bei einer (nach § 267 BGB zulässigen) Zahlung durch einen Dritten.²³

Einlageschulden sind wie alle Schulden nach der Konzeption des BGB weiterhin 16 grundsätzlich in bar zu leisten, worunter nach dem Rechtsgedanken des § 54 Abs. 3 AktG gesetzliche Zahlungsmittel zu verstehen sind. Im allgemeinen Schuldrecht bedarf die **Möglichkeit zur bargeldlosen Zahlung** auf ein Konto einer Abrede im Vertrag.²⁴ Soweit die Zahlungsmodalitäten für die Einlage nicht bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind, wird man unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 54 Abs. 3 AktG davon ausgehen können, dass der Geschäftsführer bei Einforderung der Einlagen ein Konto benennen kann, auf das dann die Überweisung zu erfolgen hat und somit das Recht zur Zahlung in bar einseitig abschließen kann.

4. Beweislast

Die Beweislast für die Erfüllung der Einlageverpflichtungen liegt entsprechend den 17 allgemeinen Grundsätzen bei dem sich hierauf berufenden Gesellschafter.²⁵ Das gilt im Grundsatz auch für den Rechtsnachfolger des Inferenten und auch dann, wenn seit der behaupteten Leistung der Einlage und der Leistungsklage der Gesellschaft ein längerer Zeitraum liegt.²⁶ Die Beweislast des Inferenten streckt sich nicht nur auf behauptete Einzahlungen und das Erbringen der vereinbarten Sacheinlagen, sondern gilt auch für die Erfüllungswirkung anderer Leistungsvorgänge wie die Zahlung durch einen Dritten oder die Aufrechnung seitens der Gesellschaft mit einer Gegenforderung gegen den Einleger (vgl. → Rn. 101). Soweit es allerdings um das Bewirken der vor Handelsregisteranmeldung zu erbringenden *Mindesteinlagen*

²¹ OLG Dresden ZIP 1999, 1885, 1886; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 869; OLG Hamm ZIP 2000, 358, 359; OLG Oldenburg NZG 2008, 32, 33; OLG München GmbHR 2017, 39, 40; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 30; Roth/Altmeyen Rn. 21; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 12.

²² BGHZ 51, 157, 161 = NJW 1969, 840; OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 37; OLG Köln GmbHR 2001, 627, 628; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 27.

²³ BGH NJW 1992, 2698; ZIP 1994, 1855 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; so wohl auch OLG München GmbHR 2017, 39, 40.

²⁴ Vgl. statt aller MünchKommBGB/Casper Vor § 675c Rn. 15 f. m. weit. Nachw.

²⁵ Ganz hM, vgl. BGH NJW 1992, 2698; BGH ZIP 2007, 1755 f. (dort auch zu gleichwohl zulässigem Indizienbeweis); BGH GmbHR 2014, 319 (Rn. 3); OLG Celle NZG 2000, 148; OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 822; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 821, 822; OLG Köln GmbHR 1989, 293, 294; OLG Düsseldorf Urt. v. 25.5.2012 – I-16 U 39/11, BeckRS 2012, 11807; OLG Hamm NZG 2013, 1101; OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 144; OLG Jena ZIP 2013, 1378; OLG Jena GmbHR 2017, 754; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; Rowedder/Pentz Rn. 30; Bayer/Illhardt GmbHR 2011, 505, 509 mit weit. Nachw.; Plathner/Sajogo ZInsO 2010, 2218, 2219.

²⁶ BGH GmbHR 2014, 319 (Rn. 3); OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 144; OLG Jena ZIP 2013, 1378.

geht, kann der Gesellschafter sich insbes. bei *lange zurückliegenden Vorgängen* im Wege des Anscheinsbeweises auf die von Mitgesellschaftern oder Dritten als Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 abzugebende Versicherung berufen.²⁷ *Beweiserleichterungen* sind auch im Hinblick auf sonstige vom Einlageschuldner behauptete, 20 oder mehr Jahre zurückliegende Einzahlungsvorgänge veranlasst;²⁸ als Indiz kommen insoweit etwa geprüfte Jahresabschlüsse der Gesellschaft in Betracht, die keine ausstehenden Einlageforderungen, sondern ein voll eingezahltes Stammkapital ausweisen.²⁹ Allerdings ist mit solchen Konstellationen angesichts der Abkürzung der Verjährungsfrist auf zehn Jahre (→ Rn. 19) künftig nur noch selten zu rechnen.

- 18 Steht die Einzahlung hingegen fest und ist nur streitig, ob die Einlage zur freien Verfügbarkeit des Geschäftsführers geleistet wurde, ist es der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter aufzuerlegen, im Wege der **sekundären Darlegungslast** substantiiert vorzutragen, warum es an einer freien Verfügbarkeit gefehlt haben soll. Dies gilt insbesondere, wenn zwischen Einlageleistung und Leistungsklage ein längerer Zeitraum liegt.³⁰ Denn nach einem langen Zeitraum ist es einem Gesellschafter kaum möglich, alle denkbaren, der Erfüllungswirkung entgegenstehenden Umstände als nicht vorhanden darzulegen.³¹ Allerdings wird widerleglich vermutet, dass die Einzahlung der Stammeinlage nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführung stand, wenn sie in einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hin- und hergezahlt wird (vgl. auch noch → Rn. 210).³²

5. Verjährung (Abs. 6); Verwirkung

- 19 Durch **Abs. 6** ist im Jahr 2004 eine besondere Verjährungsvorschrift für Einlageforderungen eingeführt worden; sie dient zur Anpassung der gesellschaftsrechtlichen Verjährungsvorschriften an das durch die Schuldrechtsreform geänderte allgemeine Verjährungsrecht (→ Rn. 5). Zugleich hat der Gesetzgeber damit – vorbehaltlich der heute aber erledigten Übergangsproblematik (→ Rn. 21) – die zum alten Recht bestehende Streitfrage geklärt, ob es für Einlageansprüche bei der dreißigjährigen Regelverjährung des § 195 BGB a. F. bewendete (so die hM) oder ob eine Analogie zur fünfjährigen Verjährungsfrist einer Reihe GmbH-rechtlicher Spezialvorschriften

²⁷ Im Ergebnis ebenso unter Hinweis auf die die klagende Gesellschaft bzw. den Insolvenzverwalter in derartigen Fällen treffende „sekundäre Behauptungslast“ KG NZG 2005, 46.

²⁸ Str., wie hier BGH ZIP 2007, 1755, 1756; BGH NZG 2002, 45; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 402, 403 und NZG 2002, 822, 823; *Vofsen* DStR 2004, 1299, 1303; aA KG GmbHR 1991, 64, 65; OLG Koblenz NZG 2002, 821, 822; tendenziell auch OLG Hamm NZG 2000, 366 (betr. Komm.-Einlagen) und MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 26 sowie MünchHdb GesR III/*Gummert*, § 50 Rn. 70.

²⁹ So zutr. BGH ZIP 2007, 1755, 1756; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 402, 403 und NZG 2002, 822, 823; aA OLG Koblenz NZG 2002, 821, 822; KG GmbHR 1991, 64, 65; für Beweiserheblichkeit der Aussage des den Jahresabschluss testierenden Steuerberaters, dessen Richtigkeit auch inhaltlich kontrolliert zu haben, BGH ZIP 2005, 28, 29.

³⁰ BGH DStR 2005, 297; BGH GmbHR 2014, 319 (Rn. 3).

³¹ BGH GmbHR 2014, 319 (Rn. 3).

³² BGH GmbHR 2010, 700 (Rn. 13); OLG Jena GmbHR 2017, 754, 757.

(§§ 9 Abs. 2 a. F., 9b Abs. 2, 31 Abs. 5 a. F. u. a.) geboten sei.³³ Im Hinblick auf die typische Unkenntnis der GmbH-Gläubiger von der Fälligkeit und der drohenden Verjährung der Einlageforderungen hat sich der Gesetzgeber in Abs. 6 S. 1 gegen die nunmehr dreijährige Regelfrist des § 195 BGB und für eine Maximalfrist von **zehn Jahren** (§ 199 Abs. 4 BGB), deren Fristbeginn objektiv zu bestimmen ist, als Regelungsvorbild entschieden.³⁴ Die Vorschrift des Abs. 6 gilt für alle Arten von Einlageforderungen, darunter auch solche, die nach Abs. 4 S. 1 im Rahmen einer verdeckten Sacheinlage bestehen bleiben (→ Rn. 153 f.).³⁵ Insoweit hat sich durch die Regelung in Abs. 4 nichts geändert, da die Anrechnung nach Abs. 4 S. 1 (→ Rn. 168) die Geldschuld oft nur verringert, sie aber nur dann zum Wegfall bringt, wenn die Anrechnung den gesamten Einlagebetrag erfasst.

Verjährungsbeginn ist nach Abs. 6 S. 1 die Entstehung des Anspruchs. Darunter ist nach allgemeinem Verjährungsrecht dessen **Fälligkeit** zu verstehen, da erst von diesem Zeitpunkt an die Gläubiger die Möglichkeit haben, gegen den Schuldner vorzugehen.³⁶ Dementsprechend beginnt auch die Verjährung der Einlageforderung erst mit dem Eintritt ihrer Fälligkeit durch Einforderung seitens der Geschäftsführer aufgrund der Beschlussfassung der Gesellschafter (§ 46 Nr. 2)³⁷ oder mit dem in der Satzung genannten Fälligkeitstermin. Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das GmbH-Vermögen bewirkt nach Abs. 6 S. 2 entsprechend dem Vorbild des § 211 BGB eine *Ablaufhemmung von sechs Monaten*, sofern die Zehnjahresfrist bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist.³⁸ Damit soll dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit gegeben werden, mögliche Ansprüche zu prüfen und verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen.³⁹ 20

Erhebliche Probleme bereitete die Bestimmung der mit Art. 229 § 6 Abs. 4 und § 12 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 EGBGB verbundenen **Übergangsfristen**.⁴⁰ Für die Praxis ist sie jedoch seit der Entscheidung des BGH v. 11.2.2008 höchstrichterlich wie folgt geklärt:⁴¹ Einlageforderungen, die vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 1.1.2002 fällig geworden sind, unterlagen zunächst der damals vertretenen 30-jäh- 21

³³ Vgl. die Nachw. bei Hachenburg/Ulmer⁸ Rn. 10; zum Diskussionsstand nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform vgl. Rowedder/Pentz⁶ Rn. 27 mit weit. Nachw.

³⁴ Dazu eingehend Thiessen ZHR 168 (2004), 503, 515 ff. als Gutachter des BMJ für die Neuregelung.

³⁵ So zutr. BGH WM 1992, 1225, 1231 (zum Aktienrecht). Zur Unanwenbarkeit des Abs. 6 auf die Ausfallhaftung nach § 24 vgl. BGH GmbHR 2018, 1303, 1309 f. (Rn. 56 ff.) sowie § 24 Rn. 55 (W. Müller).

³⁶ Vgl. nur MünchKommBGB/Grothe § 199 Rn. 4; Thiessen (Fn. 34), S. 519 f.

³⁷ Vgl. BGH BB 1961, 953; BGH WM 1987, 208, 209; OLG München GmbHR 1985, 56 f.; Scholz/Veil Rn. 196; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 86; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 372 (ganz hM); aA noch 1. Aufl. § 46 Rn. 29, 32 (Hüffer), der die Fälligkeit auf die Eintragung ins Handelsregister vorlegen will, aber hinsichtlich des Verjährungsbeginns zum selben Ergebnis kommt.

³⁸ Thiessen (Fn. 34), S. 521; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 375 ff.

³⁹ RegE BT-Druck. 15/3653, S. 21 f.; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 376; ausführlicher zum Ganzen Plathner/Sajogo ZInsO 2010, 2218 ff.; krit. Wagner ZIP 2005, 558, 561.

⁴⁰ Vgl. zu der Diskussion vor der Klärung durch den BGH Mansell/Budzikiewicz NJW 2005, 321, 327 ff.; Wagner ZIP 2005, 558, 560 f., (562); Thiessen NJW 2005, 2120 ff.; 1. Aufl. Rn. 15 (Ulmer).

⁴¹ BGH NZG 2008, 311, 313 f. = NJW-RR 2008, 843 sowie BGH NZG 2008, 598, 599 = NJW-RR 2008, 1254; vgl. ferner OLG Düsseldorf NZG 2006, 432 = NJW-RR 2006, 1188; OLG Jena NZG 2006, 752 = ZIP 2006, 1862, 1864; OLG Köln ZIP 2007, 819, 821; OLG Brandenburg ZInsO 2007, 106; OLG Dresden BeckRS 2014, 1970; LG Wiesbaden GmbHR 2013, 596 f.

rigen Verjährung (§ 195 a. F. BGB). War diese noch nicht abgelaufen, galt ab dem 1.1.2002 die auf drei Jahre verkürzte Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB n. F. (Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB),⁴² die für Altfälle vor der Schuldrechtsmodernisierung mit Ablauf des 31.12.2004 geendet hätte, aber durch die Neuregelung in Abs. 6 zum 15.12.2004 überholt und neu geregelt wurde. Bei solchen Altansprüchen, bei denen die alte 30-jährige Verjährung vor dem 15.12.2004 geendet hätte, bleibt der Verjährungseintritt nach § 195 a. F. BGB maßgeblich (Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB).⁴³ Für alle Einlageforderungen, die bis zum 15.12.2004 noch nicht verjährt waren, gilt nunmehr die zehnjährige Verjährungsfrist des Abs. 6. Nach Art. 229 § 12 Abs. 2 S. 2 EGBGB wird hierauf jedoch der Zeitraum angerechnet, der vor dem 15.12.2004 bereits abgelaufen war. Bei einer am 1.1.1975 fällig gewordenen Einlageforderung, die nach § 195 a. F. BGB mit Ablauf des 31.12.2004 verjährt gewesen wäre, hätte das bei unbefangener Lektüre bedeutet, dass eine Anrechnung von 29 Jahren und 11,5 Monaten zu einer sofortigen Verjährung hätte führen müssen.⁴⁴ Dem ist der BGH jedoch zu Recht entgegen getreten; er begrenzt die Anrechnung nach Art. 229 § 12 Abs. 2 S. 2 EGBGB auch bei Altforderungen auf den durch die Gesetzesänderung zum 1.1.2002 eingetretenen Verjährungslauf.⁴⁵ Mit anderen Worten beginnt die zehnjährige Verjährungsfrist des Abs. 6 frühestens am 1.1.2002 und endet damit frühestens zum 1.1.2012. Faktisch wird damit die Regelung in Abs. 6 so behandelt, als wäre sie schon zum 1.1.2002 eingeführt worden.⁴⁶ Dies hätte nun auf den ersten Blick die absurde Konsequenz, dass die zum 1.1.1975 ebenso wie die am 1.1.2002 fällig gewordene Einlageforderung erst zum 1.1.2012 verjährt wäre. Dieses Ergebnis wird von der überwiegenden Auffassung zu Recht dahin korrigiert, dass es für alle Forderungen, die vor dem Jahresende 1981 fällig geworden sind, mit der Übergangsregelung in Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB sein Bewenden hat, nach der die 30-jährige Verjährung des § 195 a. F. BGB maßgeblich bleibt, wenn hierdurch zu einem früheren Termin Verjährung eingetreten wäre.⁴⁷ Dies bedeutet, dass die zum 1.1.1975 fällig gewordene Einlageforderung zum 1.1.2005 verjährt ist, eine zum 1.7.1980 fällig gewordene Forderung mit Ablauf des 30.6.2010. Demgegenüber verjährt die Einlageforderung, die zum 1.7.1983 fällig wurde, ebenso wie die Forderung, die zum 1.7.1995 fällig wurde, zum 1.1.2012 (Art. 229 § 12 Abs. 2 EGBGB).⁴⁸ Die Forderung, die hingegen das Licht der Welt in

42 AA 1. Aufl. Rn. 15 (*Ulmer*) im Anschluss an *Mansel/Budzikiewicz*, NJW 2005, 321, 327 ff.; ebenso bereits *Brinkmann*, NZG 2002, 855, 858 f., die davon ausgingen, dass für diese Altfälle § 195 a. F. unverändert fort galt.

43 Die am 1.1.1973 fällig gewordene Einlageforderung verjährt demzufolge am 31.12.2002. Demgegenüber gilt für die am 1.1.1975 fällig gewordene Einlageforderung nunmehr Art. 229 § 12 Abs. 2 EGBGB. Zur dort in Satz 2 vorgesehenen Anrechnungslösung sogleich im Text.

44 Oder sogar zu einer rückwirkenden Verjährung vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, weshalb der BGH (NZG 2008, 311, 313) bei dem (erneuten) Rückgriff auf Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB von einer verfassungskonformen Auslegung spricht; krit. dazu *MünchKommGmbHG/Schwandtner* Rn. 380; *Thiessen* NJW 2005, 2120, 2121; *Baumbach/Hueck/Fastrich* Rn. 87.

45 BGH NZG 2008, 311, 313.

46 *MünchKommGmbHG/Schwandtner* Rn. 380; ein Beispiel findet sich sogleich am Ende von Rn. 21.

47 Vgl. nur BGH NZG 2008, 311, 313 f.; *Thiessen* NJW 2005, 2120, 2121; *Wagner* ZIP 2005, 558, 561; *MünchKommGmbHG/Schwandtner* Rn. 381.

48 AA wohl die in Fn. 42 Genannten.

Gestalt der Fälligkeit am 1.7.2002 erblickte, verjährte erst zum 1.7.2012, da nach Art. 229 § 12 Abs. 4 S. 2 EGBGB nur 2,5 Jahre angerechnet werden. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass Einlageforderungen, die vor dem 1.1.2002 fällig geworden sind, heute sämtlich verjährt sind.

Eine **Verwirkung** des Einlageanspruchs kommt angesichts der strikten Vorgaben des § 19 Abs. 2 allenfalls in extrem seltenen Ausnahmefällen in Betracht.⁴⁹ 22

III. Gleichmäßige Einforderung der Bareinlagen (Abs. 1)

1. Allgemeines

a) Inhalt der Vorschrift. Das Prinzip gleichmäßiger Heranziehung der Schuldner von Bareinlagen ist Ausdruck des allgemein für das Innenverhältnis maßgebenden Grundsatzes der *gleichmäßigen Behandlung* der Gesellschafter (vgl. → § 14 Rn. 113 ff.). Seine spezielle Ausprägung in Abs. 1 geht von der Annahme aus, dass grundsätzlich jeder Gesellschafter entsprechend dem Verhältnis der Beteiligungsquoten in gleicher Weise zur Finanzierung der Gesellschaft beitragen soll. Mangels abweichender Vereinbarung (→ Rn. 43) ist der nach Abs. 1 zu bestimmende Maßstab nicht nur für die Höhe der Einforderungen relevant, sondern gilt auch für den Zeitpunkt, zu dem die Zahlung geleistet werden soll.⁵⁰ Demgemäß ist, wenn Gesellschaftsvertrag oder Einforderungsbeschluss nach § 46 Nr. 2 nichts Abweichendes vorsehen, nach Maßgabe von Abs. 1 jeder Gesellschafter entsprechend seinem Kapitalanteil verpflichtet, im gleichen Umfang zum gleichen Zeitpunkt seiner Einlageverbindlichkeit in Geld nachzukommen. 23

b) Verhältnis zu den zwingenden Mindestanforderungen. Dem dispositiven Grundsatz gleichmäßiger Beteiligung an der Gesellschaftsfinanzierung kommt selbständige Bedeutung nur insoweit zu, als das Gesetz keine Mindestanforderungen an die effektive Aufbringung des Stammkapitals vor Anmeldung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung stellt. Bei den in §§ 7 Abs. 2 und 3, 56a normierten Vorgaben für Umfang und Zeitpunkt der zur ordnungsgemäßen Anmeldung erforderlichen Mindesteinlagen handelt es sich um zwingendes Recht, das auch im Innenverhältnis der Gesellschafter abweichender Vereinbarung grundsätzlich nicht zugänglich ist. Das gilt insbesondere für die auf jeden Geschäftsanteil zu leistende *Mindesteinzahlung* von 25 % vor Anmeldung (§ 7 Abs. 2 S. 1); sie kann im Innenverhältnis nicht anderweitig unter den Gesellschaftern aufgeteilt werden. Einen Regelungsspielraum haben die Gesellschafter aber hinsichtlich des in § 7 Abs. 2 S. 2 bezeichneten Ge- 24

⁴⁹ Ebenso Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 88; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing Rn. 194; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 382; weitergehend (Verwirkung schlechthin ausgeschlossen) Scholz/Veil Rn. 198; Rowedder/Pentz Rn. 29; aA (für Zulassung des Verwirkungseinwands unter Differenzierung gegenüber dem unzulässigen Verzicht auf die Einlageforderung) noch RGZ 134, 262, 270.

⁵⁰ EinhM, vgl. RGZ 132, 392, 396; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 31; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 9.

samtbetrags der vor Anmeldung zu leistenden Geldeinlage iHv 12.500 Euro, soweit er über die Mindesteinlagen hinausgeht. Es bleibt ihnen überlassen, dessen Aufbringung abweichend von § 19 Abs. 1 in der Weise zu regeln, dass hierzu nur ein Teil der Gesellschafter beiträgt. Einen Anhaltspunkt für derartige konkludente Abweichungen bildet etwa eine Vereinbarung in der Satzung, wonach der Gewinn bis zur Volleinzahlung nach einem vom Kapitalverhältnis abweichenden Schlüssel verteilt werden soll.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 25 a) **Geldeinlagen vor und nach Eintragung.** Der Grundsatz gleichmäßiger Einforderung bezieht sich nach dem Wortlaut von Abs. 1 („Einzahlungen“) nur auf **Geldeinlagen** (zur abweichenden Behandlung von Sacheinlagen vgl. → Rn. 31 ff.). Er gilt nicht erst **nach Eintragung** der Gesellschaft, sondern schon für die im **Gründungsstadium** zu leistenden Einlagen.⁵¹ Sachliche Bedeutung kommt ihm dort freilich nur in Bezug auf diejenigen Einlageleistungen zu, die über die zwingenden gesetzlichen Mindesteinlagen hinaus im Gesellschaftsvertrag schon für das Gründungsstadium vorgeschrieben sind. Auch *ausgeschiedene Gesellschafter* können sich im Fall ihrer Inanspruchnahme nach § 16 Abs. 2 auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen.⁵² Da sich Abs. 1 auf Geldeinlagen beschränkt, ist die Vorschrift auch auf die UG anzuwenden; zur umstrittenen Frage, ob auch Abs. 4 auf die UG anzuwenden ist, vgl. → Rn. 120.
- 26 b) **Kapitalerhöhung.** Die Geltung von Abs. 1 erstreckt sich über die bei Errichtung der Gesellschaft begründeten Geldeinlageverbindlichkeiten hinaus auf **alle auf Geld gerichteten Einlageansprüche** einschl. solcher aus Kapitalerhöhungen.⁵³ Eines besonderen Verweises hierauf in § 55 bedarf es angesichts der einschränkungslos alle Einzahlungen auf die Geschäftsanteile umfassenden Formulierung in Abs. 1 nicht.
- 27 Treten im Zuge einer Kapitalerhöhung **neue Einlageforderungen neben noch offenstehende** Einlageansprüche aus dem Gründungsgeschäft oder aus einer früheren Kapitalerhöhung, so gilt auch im Verhältnis zwischen alten und neuen Geschäftsanteilen der Grundsatz gleichmäßiger Einforderung.⁵⁴ Der im älteren Schrifttum teilweise vertretenen abweichenden Auffassung, wonach die Schuldner älterer Forderungen aus der Zeichnung von Geschäftsanteilen zur Voreinzahlung verpflichtet sind,⁵⁵ ist nicht zu folgen. Gegen sie spricht neben dem Wortlaut von Abs. 1, der nicht zwischen alten und neuen Einlagen unterscheidet, die *grundsätzliche Gleichwertigkeit aller Einlageforderungen*. Es ist Sache der einvernehm-

⁵¹ Ebenso Scholz/*Veil* Rn. 17; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 9; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 35; *Feine*, S. 137.

⁵² OLG Hamm NJW-RR 2001, 1182 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 20; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 37.

⁵³ EinhM, vgl. RGZ 62, 425, 426 f.; Scholz/*Veil* Rn. 17.

⁵⁴ Ebenso Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 9; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 36; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 22; Scholz/*Veil* Rn. 23 und Rowedder/*Pentz* Rn. 3, 12.

⁵⁵ So namentlich *Feine*, S. 296.

lich handelnden Gesellschafter, abweichend hiervon Vorleistungspflichten zu Lasten einzelner zu begründen. Treffen die Gesellschafter zusammen mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss nicht ausdrücklich eine dahingehende Abrede, so ist jedenfalls dann von der gewollten Gleichbehandlung alter und neuer Anteile auszugehen, wenn die neuen Anteile *neu beitretenden* Gesellschaftern zur Zeichnung angeboten werden sollen.⁵⁶ Werden die neuen Anteile demgegenüber von den bisherigen Gesellschaftern unter *Beibehaltung* der bestehenden *Beteiligungsquoten* übernommen, so kann das entsprechend dem Rechtsgedanken des § 366 Abs. 2 BGB für eine *konkludente Abrede* des Inhalts sprechen, dass über die gesetzlich gebotenen Mindesteinzahlungen hinaus Leistungen auf die neuen Anteile erst dann erfolgen sollen, wenn die älteren Einlageverbindlichkeiten in vollem Umfang erfüllt sind.⁵⁷

c) Sonstige Zahlungspflichten. Auf sonstige Zahlungspflichten von Gesellschaftern ist Abs. 1 anwendbar, wenn der gesetzlichen Wertung entnommen werden kann, dass sie ebenso wie die Leistungen auf die Geschäftsanteile alle Gesellschafter im Grundsatz *gleichmäßig* treffen sollen.⁵⁸ Das gilt in erster Linie für solche Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft, die an die Stelle primärer Geldeinlageverbindlichkeiten treten und wie diese auf Aufbringung des Mindesthaftungsfonds gerichtet sind.⁵⁹ Demgemäß gilt Abs. 1 auch hinsichtlich der **subsidiären Ausfallhaftung** nach § 24,⁶⁰ nicht aber hinsichtlich des Anspruchs aus § 9 Abs. 1⁶¹ oder auf Verzugszinsen. Ebenfalls nicht erfasst sind Geldzahlungspflichten im Rahmen von Leistungstörungen, die an die Stelle der Sacheinlagepflicht treten, da die Vorleistungspflicht des Sacheinlegers (→ Rn. 31) insoweit unberührt bleibt.⁶² Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt schließlich auch für die **Vorbelastungshaftung** bei Eintragung⁶³ (→ § 11 Rn. 98 ff.) und die Verlustdeckungshaftung bei Abbruch des Eintragungsverfahrens (→ § 11 Rn. 119 ff.); auch sie sind von den Gesellschaftern anteilig im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten zu erfüllen.

Mangels ausdrücklicher gesellschaftsvertraglicher Abrede bildet das in Abs. 1 konkretisierte Gleichbehandlungsgebot darüber hinaus auch für **andere** der Kapitalaufbringung dienende **Leistungspflichten** der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft einen relevanten Maßstab für deren Einforderung bei den Gesellschaftern. Es

⁵⁶ Weitergehend Scholz/*Veil* Rn. 23, der auch eine konkludente Vereinbarung für möglich hält.

⁵⁷ Im Erg. zust. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 22.

⁵⁸ Ähnlich MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 40; Scholz/*Veil* Rn. 19; teilw. aA Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 2; Nebenleistungspflichten seinen nicht erfasst.

⁵⁹ Vgl. die nachfolg. Nachw. (Fn. 60 ff.).

⁶⁰ So auch Scholz/*Veil* Rn. 19; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 4; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 40; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 2; jetzt auch Rowedder/*Pentz* Rn. 14.

⁶¹ Rowedder/*Pentz* Rn. 15; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 41; *Saenger*/Inhester Rn. 2; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 7; aA Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 4; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 2; Scholz/*Veil* Rn. 19; BeckOKGmbHG/*Ziemons* Rn. 74; MünchHdb GesR III/*Gummert*, § 50 Rn. 15.

⁶² Rowedder/*Pentz* Rn. 15; aA Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 4; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 41; wohl auch Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 2.

⁶³ So auch OLG Köln GmbHR 2002, 1066; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 5; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 7.

gilt für *Nachschüsse* nach § 26 Abs. 2⁶⁴ ebenso wie für Verbindlichkeiten aus der Übernahme eines Agio.⁶⁵ Auch *Nebenleistungspflichten* iSv § 3 Abs. 2, die allen oder mehreren Gesellschaftern gleichmäßig auferlegt sind, sind entsprechend Abs. 1 zu erfüllen, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes verlautbart.⁶⁶

30 Abs. 1 gestaltet schließlich mittelbar auch das **Ausgleichsverhältnis** zwischen den Gesellschaftern als Gesamtschuldnern, soweit sie entweder der Gesellschaft gegenüber gesamtschuldnerisch haften (vgl. § 9a Abs. 1 und 2) oder mit Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis Dritten gegenüber für Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen haben.⁶⁷

31 **d) Sacheinlagen.** Nach der Neufassung des Wortlauts durch die GmbH-Reform 1980 wird nunmehr eindeutig bestimmt, dass sich Abs. 1 nur auf Einlageforderungen bezieht, die auf die **Leistung von Geld** gerichtet sind.⁶⁸ Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts und der Sondervorschrift des § 7 Abs. 3 verbietet es sich, Abs. 1 auch auf das Verhältnis zwischen Sach- und Geldeinlageschuldnern zur Anwendung zu bringen.⁶⁹ Den *Sacheinlegern* steht deshalb *kein Leistungsverweigerungsrecht* vor Anmeldung der Gesellschaft zu, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Volleinzahlung der Geldeinlagen vor Anmeldung nicht vorgesehen ist und die Geldeinleger hierzu auch nicht freiwillig bereit sind.

32 Von der Nichtgeltung des § 19 Abs. 1 für Sacheinlagen unberührt bleibt der **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern (vgl. näher → § 14 Rn. 113 ff.). Er gebietet allerdings *keine schematische Gleichstellung* der Gesellschafter, sondern beschränkt sich darauf, deren gleichmäßige Behandlung unter gleichen Voraussetzungen vorzuschreiben und willkürliche Differenzierungen auszuschließen. Für das Verhältnis zwischen Sach- und Geldeinlegern bedeutet dies, dass jene die im Gesetz (§ 7 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 3) angelegte Differenzierung hinsichtlich des Zeitpunkts der Einlageleistung zwar hinnehmen müssen, wenn sie es versäumt haben, im Gesellschaftsvertrag abweichend hiervon auf Gleichstellung durch Volleinzahlung auch der Bareinlagen zu dringen. Wohl aber kann es veranlasst sein, ihnen aus Gründen der Gleichbehandlung auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung so lange einen **überproportionalen Gewinnanspruch** zuzugestehen, als die Geldeinleger ihre restlichen Einlagen nicht erbracht haben. Soweit sich ein solcher Verteilungsmaßstab dem Gesellschaftsvertrag nicht

⁶⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 2; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 40; BeckOKGmbHG/Ziemons Rn. 74; jetzt auch Rowedder/Pentz Rn. 14; aA Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 4.

⁶⁵ Ebenso MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 40; Scholz/Veil Rn. 19; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 2; Rowedder/Pentz Rn. 13; aA Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 4; BeckOKGmbHG/Ziemons Rn. 75.

⁶⁶ Rowedder/Pentz Rn. 16; wie hier wohl auch MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 40; Scholz/Veil Rn. 19; aA Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 2; BeckOKGmbHG/Ziemons Rn. 75.

⁶⁷ Vgl. RGZ 88, 122, 124 f. betr. den Ausgleich im Fall ihrer Inanspruchnahme als Bürgen.

⁶⁸ Das entspricht der schon vor der GmbH-Reform 1980 ganz hM im Schrifttum, vgl. Nachw. bei Hachenburg/Ulmer⁷ Rn. 5.

⁶⁹ EinhM, vgl. nur RGZ 149, 293, 301; Scholz/Veil Rn. 18; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 34; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 2; Rowedder/Pentz Rn. 5.

schon im Auslegungswege entnehmen lässt, kann je nach Lage des Falles ein Anspruch auf Vertragsanpassung in Betracht kommen.

Für **gemischte Sacheinlagen** gelten keine Besonderheiten; es ist zwischen den jeweiligen Einlageverpflichtungen zu unterscheiden. Sacheinlagepflichten sind vollständig, Geldeinlagepflichten in ihrem über die Mindesteinlage (→ § 7 Rn. 26) hinausgehenden, vertraglich nicht näher geregelten Umfang nach Maßgabe der Gleichbehandlung aller Geldeinleger zu erfüllen.⁷⁰ Abs. 1 berechtigt den Inferenten einer gemischten Einlage nicht etwa dazu, sich gegenüber der GmbH hinsichtlich der restlichen Geldeinlage auf seine Vorleistung bei der Sacheinlage zu berufen und weitere Zahlungen von entsprechenden Vorleistungen der zu reinen Geldeinlagen verpflichteten Mitgesellschafter abhängig zu machen.

3. Geltungsgrenzen

a) Zahlungsunfähigkeit und Insolvenzverfahren eines Gesellschafters. Zugunsten des Gläubigerschutzes erfährt der Grundsatz gleichmäßiger Heranziehung zur Gesellschaftsfinanzierung nach Eintragung dann eine **Einschränkung**, wenn von *einzelnen Gesellschaftern* die Einlageleistung trotz ordnungsmäßiger Einforderung nicht zu erlangen ist.⁷¹ Die *übrigen* Gesellschafter können sich in diesem Fall nicht ihrerseits auf § 19 Abs. 1 berufen und mit dieser Begründung die geschuldete Leistung verweigern. Das ergibt sich aus den §§ 20 bis 24, folgt aber auch daraus, dass dem Gläubigerinteresse an der Aufbringung des Stammkapitals grundsätzlich der Vorrang vor dem Interesse der Gesellschafter an gleichmäßiger Heranziehung gebührt. Freilich ist selbst im *Insolvenzverfahren eines Gesellschafters* der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Der noch ausstehende Zahlungsanspruch der GmbH kann deshalb solange lediglich als betagter (§ 41 Abs. 1 InsO) zur Tabelle angemeldet werden, als nicht entsprechende Leistungen auch von den übrigen Gesellschaftern eingefordert werden.

b) Insolvenzverfahren und Liquidation der Gesellschaft. Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet oder wird sie liquidiert, sind Insolvenzverwalter bzw. Liquidator regelmäßig verpflichtet, die noch offenstehenden Einlageansprüche **umgehend und in vollem Umfang** gegen sämtliche Gesellschafter geltend zu machen;⁷² eines Einforderungsbeschlusses nach § 46 Nr. 2 bedarf es nicht (einhM, vgl. näher Vorauf. → § 46 Rn. 34 [*Hüffer/Schürnbrand*]). Sollte der Abwicklungszweck ausnahmsweise die sofortige und vollumfängliche

⁷⁰ Vgl. Scholz/*Veil* Rn. 18; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 2; Rowedder/*Pentz* Rn. 4.

⁷¹ Vgl. RGZ 149, 293, 300; OLG München BB 1954, 758; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 32; Scholz/*Veil* Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 5; wohl auch Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Ebbing* Rn. 26.

⁷² Vgl. allgemein zur Fälligkeit der Einlageverbindlichkeit Rn. 13; zur Fälligkeit bei Insolvenzeröffnung RGZ 138, 106, 111; OLG Schleswig NZG 2001, 84; OLG Hamm GmbHR 1985, 326, 327. Die Gesellschafter sind aber nicht verpflichtet, eine zwar beschlossene, aber noch nicht eingetragene Kapitalerhöhung zu Ende zu führen, vgl. OLG Zweibrücken NZG 2014, 472 f.

Leistung nicht erfordern, gilt freilich auch insoweit der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Abs. 1.⁷³

- 36 **c) Pfändung und Überweisung des Einlageanspruchs.** Umstritten war früher, inwieweit der Gleichbehandlungsgrundsatz auch **gegenüber** einem **Gläubiger** der Gesellschaft Wirkung äußert, der einen von Abs. 1 erfassten Anspruch gepfändet und sich ihn hat überweisen lassen. Die überkommene Auffassung verzichtete insoweit zwar auf einen Einforderungsbeschluss nach § 46 Nr. 2; sie hielt den Pfändungsgläubiger jedoch für verpflichtet, das Gleichbehandlungsgebot zu beachten, und gestattete dem Einlageschuldner daher unter Hinweis auf § 404 BGB die Berufung auf Abs. 1.⁷⁴ In Konsequenz dieser Ansicht wäre der Gläubiger zur anteiligen Pfändung sämtlicher Einlageansprüche und zu gleichmäßigem Vorgehen gegenüber allen Gesellschaftern gezwungen; damit würde die gegenüber dem Gläubigerschutz nachrangige Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes missachtet (→ Rn. 34). Der Pfändungsgläubiger ist zur Geltendmachung des Einlageanspruchs nach heute ganz hM deshalb auch dann befugt, wenn der betroffene Gesellschafter dabei im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern ungleich belastet wird.⁷⁵ Es ist Sache der Gesellschafter im Innenverhältnis, entweder der Anspruchspfändung durch Stärkung des Gesellschaftsvermögens vorzubeugen oder die eintretende Ungleichbehandlung auszugleichen. Der betroffene Gesellschafter kann auch seinerseits Ausgleich von den Mitgesellschaftern verlangen.

4. Rechtsfolgen

- 37 Abs. 1 enthält einerseits einen **Auslegungsmaßstab** für die Konkretisierung und Durchsetzbarkeit der Einlageverbindlichkeiten der Gesellschafter, wenn die Satzung hinsichtlich Umfang und Zeitpunkt der effektiven Kapitalaufbringung keine Abweichungen vorsieht (zur dispositiven Natur von Abs. 1 vgl. → Rn. 43). Andererseits **bindet** die Vorschrift die über die Einforderung der Einlagen entscheidenden **Organe** an das Gebot gleichmäßiger Inanspruchnahme.
- 38 Für den **Gesellschafterbeschluss** nach § 46 Nr. 2 über die Einforderung der Einlagen folgt aus Abs. 1 die Bindung der Gesellschafterversammlung an den Gleichbehandlungsgrundsatz, sofern nicht der benachteiligte Gesellschafter einem von Abs. 1 abweichenden Beschluss zustimmt. Ohne derartige Zustimmung ist ein das Gebot gleichmäßiger Inanspruchnahme verletzender Beschluss zwar nicht nichtig, aber *anfechtbar*.⁷⁶ Von der Ungleichbehandlung betroffene Gesellschafter müssen die Rechtswirkungen des Beschlusses durch Anfechtungsklage beseitigen. Andernfalls steht ihnen kein Leistungsverweigerungsrecht zu.

⁷³ Ebenso Rowedder/Pentz Rn. 8; so wohl auch Scholz/Veil Rn. 29.

⁷⁴ Vgl. RGZ 76, 434, 437; 133, 81, 82.

⁷⁵ So im Anschluss an Hachenburg/Ulmer⁷ Rn. 17 auch BGH NJW 1980, 2253 und die jetzt ganz hM, vgl. OLG Köln ZIP 1989, 174; Scholz/Veil Rn. 28; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 44; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 39.

⁷⁶ Scholz/Veil Rn. 25; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 11; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 42.

Sind nach der Satzung die **Geschäftsführer** zur Einforderung der Einlagen ermächtigt, haben auch sie dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen. Gegenüber Einforderungen, die diese Bindung missachten, können sich die betroffenen Gesellschafter auf eine Verletzung von Abs. 1 berufen, *ohne* dass sie mit ihrer Leistung in *Verzug* kommen. Entsprechendes gilt dann, wenn zwar ein ordnungsgemäßer Einforderungsbeschluss der Gesellschafter vorliegt, seine Umsetzung durch den Geschäftsführer jedoch nicht gleichmäßig gegenüber allen Gesellschaftern erfolgt. 39

Jeder zur Leistung aufgeforderte Gesellschafter kann nach § 51a **Auskunft** darüber verlangen, ob die Einzahlung gleichzeitig auch von den anderen Gesellschaftern eingefordert worden ist. Bis zur Erteilung der Auskunft sind der Verzugsseintritt und ein Vorgehen nach § 21 ihm gegenüber auch dann ausgeschlossen, wenn im Ergebnis keine Verletzung von Abs. 1 gegeben ist.⁷⁷ 40

Die Einhaltung der sich aus Abs. 1 ergebenden, lediglich das Innenverhältnis betreffenden Bindungen unterliegt **keiner Eintragungskontrolle** durch das Registergericht. Sind die gesetzlichen Mindestanforderungen nach § 7 Abs. 2 und 3 erfüllt, erfolgt die Eintragung der Gesellschaft auch dann, wenn die Gesellschafter hieran unter Verstoß gegen Abs. 1 in unterschiedlichem Maße beteiligt waren (vgl. aber → Rn. 24). 41

5. Freiwillige Mehrleistungen

Hat ein Gesellschafter seine Einlageverbindlichkeit im Vergleich zu seinen Mitgesellschaftern in größerem Umfang erfüllt, ohne satzungsrechtlich hierzu verpflichtet gewesen zu sein, kann er seine Mehrleistung **nicht** unter Berufung auf Abs. 1 **zurückverlangen**.⁷⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob er die Mehrleistung in Kenntnis oder Unkenntnis der fehlenden Fälligkeit erbracht hat. Ein etwaiger Irrtum berechtigt den Gesellschafter schon deshalb nicht zur Anfechtung, weil es sich dabei nach der Wertung des § 813 Abs. 2 BGB um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt.⁷⁹ Der Mehrleistende hat jedoch Anspruch darauf, dass seine Vorleistung bei *späteren Einforderungen* berücksichtigt wird.⁸⁰ 42

6. Abdingbarkeit von Abs. 1

Außerhalb der zwingend vorgeschriebenen Mindesteinlagen (→ Rn. 24) ist der Grundsatz gleichmäßiger Inanspruchnahme als Regelung des Innenverhältnisses **dispositiver Natur**.⁸¹ Abweichende Abreden im Gesellschaftsvertrag gehen vor. Die 43

⁷⁷ RGZ 65, 432, 435; Scholz/*Veil* Rn. 25; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 11; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 44.

⁷⁸ Ebenso Scholz/*Veil* Rn. 27; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 43; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 11; Roth/*Altmeyden* Rn. 9; Rowedder/*Pentz* Rn. 24.

⁷⁹ So auch Rowedder/*Pentz* Rn. 24; Scholz/*Veil* Rn. 27.

⁸⁰ EinhM, vgl. die Nachw. in Fn. 77. Zur Erfüllungswirkung freiwilliger Mehrleistungen vor Eintragung vgl. § 7 Rn. 46 f.

⁸¹ Unstr., vgl. nur Scholz/*Veil* Rn. 24; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 45; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 10.

Gesellschafter können auch später, im Rahmen eines Einforderungsbeschlusses nach § 46 Nr. 2, Umfang und Zeitpunkt der Einforderungen abweichend von Abs. 1 mit unterschiedlichen Modalitäten beschließen. Erforderlich hierfür ist freilich die *Zustimmung der benachteiligten* Gesellschafter;⁸² im Übrigen ist ein mit einfacher Mehrheit gefasster Gesellschafterbeschluss hinreichend.⁸³ Ermächtigt der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführer, über die Einforderungen zu entscheiden, sind diese mangels abweichender Satzungsregelung an Abs. 1 gebunden (vgl. → Rn. 39).⁸⁴

- 44 Eine *Grenze* findet die zulässige Vereinbarung unterschiedlicher Zahlungsstermine am zwingenden **Stundungsverbot** des Abs. 2. Danach ist die Einräumung eines über den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Termin hinausreichenden Zahlungsziels zugunsten einzelner oder aller Gesellschafter ohne Vertragsänderung ausgeschlossen, nicht aber die anfängliche Festsetzung unterschiedlicher Zahlungsfristen im Gesellschaftsvertrag (vgl. näher → Rn. 72).

IV. Das Verbot der Befreiung von der Einlageverbindlichkeit (Abs. 2 S. 1)

Schrifttum: *Cahn* Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht, 1996; *Gesell* Verdeckte Sacheinlage & Co. im Lichte des MoMiG, BB 2007, 2241; *Heinze* Verdeckte Sacheinlagen und verdeckte Finanzierungen nach dem MoMiG, GmbHR 2008, 1065; *Herrler* Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, DB 2008, 2347; *Körber* Neuausrichtung der Kapitalaufbringung in der GmbH, 2015, S. 454 ff.; *Priester* Gläubigerbefriedigung – Bar- oder Sacheinlage?, BB 1987, 208; *Ulmer* Der „Federstrich des Gesetzgebers“ und die Anforderungen der Rechtsdogmatik, ZIP 2008, 45; *Veil* Die Reform des Rechts der Kapitalaufbringung durch den RegE MoMiG, ZIP 2007, 1241; *Wilhelm* Kapitalaufbringung und Handlungsfreiheit der Gesellschaft nach Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 152 (1988) 333.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

- 45 Entsprechend dem Zweck des Abs. 2, die Kapitalaufbringung im Interesse des Gläubigerschutzes möglichst umfassend zu sichern (vgl. → Rn. 3), ist der Anwendungsbereich von Abs. 2 S. 1 *weit* zu fassen. Der Ausschluss jeder Befreiung nach Abs. 2 S. 1 erfasst daher **alle** Arten von **Einlageforderungen** bis zur Höhe des Nennbetrags des Geschäftsanteils (zur Abgrenzung vgl. → Rn. 47) und darüber hinaus sämtliche Ansprüche der Gesellschaft, die neben den primären Einlageansprüchen oder an deren Stelle auf die *Aufbringung* des statutarisch ausgewiesenen *Haftungsfonds* zielen. Zur Frage der Anwendbarkeit von Abs. 2 S. 1 auf das Verhältnis zwischen **Treugeber und Treuhänder** vgl. → § 2 Rn. 68 ff., 72.
- 46 Demgemäß schließt Abs. 2 die Befreiung von **jeglicher** Verpflichtung zur **Einlageleistung** unabhängig davon aus, ob die Einlagepflicht bei *Errichtung* der Gesellschaft oder bei einer *Kapitalerhöhung* begründet wurde, oder ob sie auf eine Geld- oder

⁸² Ebenso Scholz/*Veil* Rn. 24; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 10; Rowedder/*Pentz* Rn. 20; Münch-KommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 45.

⁸³ So auch Rowedder/*Pentz* Rn. 20; wohl auch Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 10.

⁸⁴ So im Erg. schon RGZ 65, 432, 434.

eine Sachleistung gerichtet ist.⁸⁵ Die Vorschrift erstreckt sich in Verbindung mit § 25 auch auf die Ansprüche aus § 21 Abs. 3 und § 24⁸⁶ sowie auf diejenigen gegen die *Rechtsvorgänger* nach Maßgabe von §§ 16 Abs. 2, 22 Abs. 1.⁸⁷ Ebenso erfasst sie die Verbindlichkeiten des *Sacheinlegers* wegen Überbewertung der Sacheinlage nach § 9 Abs. 1 und aufgrund etwaiger Schadensersatzhaftung oder Mängelgewährleistung⁸⁸ (dazu näher → § 5 Rn. 109 ff., 118 ff.). In den Anwendungsbereich der Norm fallen schließlich auch die Ansprüche aus der *Vorbelastungshaftung*⁸⁹ bei Eintragung der Gesellschaft (vgl. dazu → § 11 Rn. 98 ff.) und auf *Verlustausgleich* bei Abbruch des Eintragsverfahrens (vgl. dazu → § 11 Rn. 119 ff.).

Von Abs. 2 **nicht erfasst** werden demgegenüber solche Ansprüche der Gesellschaft, die nicht auf die effektive Aufbringung von Vermögen in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals (der Nennkapitalziffer) zielen; ihr Fortbestand bleibt ebenso wie ihre Begründung der Disposition der Gesellschafter überlassen. Das gilt für *Nebenleistungen* nach § 3 Abs. 2,⁹⁰ aber auch für *Nachschusspflichten* gem. §§ 26 ff. und für Ansprüche auf Zahlung von Verzugszinsen oder Vertragsstrafen (§ 20).⁹¹ Der Ausschluss der Befreiung erstreckt sich auch nicht auf ein etwa vereinbartes *Aufgeld*⁹² (vgl. auch → § 5 Rn. 180 f.). Die genannten Forderungen der Gesellschaft sind zwar ebenfalls darauf gerichtet, den dem Gläubigerzugriff unterliegenden Haftungsfonds zu mehren. Ihre Einbeziehung in den Geltungsbereich von Abs. 2 wäre jedoch weder systemgerecht noch sinnvoll, zumal sich auch die strenge Kapitalbindung nach § 30 darauf beschränkt, das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen zu erhalten, während sie der Rückgewähr sonstiger Vermögenswerte an die Gesellschafter nicht entgegensteht. *Schranken* sind einer Befreiung von diesen Verbindlichkeiten nur gezogen, soweit dadurch im Einzelfall die Grenze des § 30 Abs. 1 berührt würde.

Für **Ansprüche wegen Kapitalerhaltung** (§ 31 Abs. 1 und 3) enthält § 31 Abs. 4 ein sachlich mit § 19 Abs. 2 S. 1 übereinstimmendes Erlassverbot, sodass sich die Frage analoger Anwendung des § 19 Abs. 2 S. 1 insoweit nicht stellt (anders zu § 19 Abs. 2 S. 2 und 3, vgl. → Rn. 77). Eine Sonderregelung vom Ausschluss jeglicher Befreiung nach Abs. 2 S. 1 findet sich auch in § 9b Abs. 1 S. 2 für den Fall des sog. Abwundungsvergleichs eines insolventen Ersatzpflichtigen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. Sie betrifft **Ersatzansprüche der Gesellschaft nach § 9a** und geht insoweit der Anwendung von Abs. 2 S. 1 vor.

⁸⁵ EinhM, vgl. BGHZ 29, 300, 304 f. = NJW 1959, 934; Scholz/*Veil* Rn. 46; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 4, 16.

⁸⁶ Vgl. RGZ 123, 8, 9 f.; Scholz/*Veil* Rn. 46; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 4.

⁸⁷ Ebenso Scholz/*Veil* Rn. 46; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 48.

⁸⁸ So auch Scholz/*Veil* Rn. 46; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 48.

⁸⁹ So auch Scholz/*Veil* Rn. 46; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 3.

⁹⁰ So schon RGZ 79, 271, 273 (obiter); ebenso Scholz/*Veil* Rn. 47; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 5.

⁹¹ Ebenso Scholz/*Veil* Rn. 47; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 5; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 51; aA zu Verzugszinsen Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 50.

⁹² Ganz hM, vgl. Scholz/*Veil* Rn. 47; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 51; Rowedder/*Pentz* Rn. 37; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 3; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 51; *Lüssow* Das Agio im GmbH- und Aktienrecht, 2005, S. 222; aA noch Meyer-Landrut/Miller/Niehus Rn. 15 sowie *Herchen* Agio und verdecktes Agio, 2004, S. 170; *dies.* GmbHR 2008, 149, 150.

2. Zeitliche Geltung

- 49 **a) Nach Eintragung.** Das Verbot jeder Befreiung von Einlageverbindlichkeiten gilt in erster Linie für die eingetragene GmbH. Es setzt das Bestehen entsprechender, noch nicht erfüllter Einlageforderungen voraus, unabhängig davon, ob diese auf der **Gründung** der GmbH oder einer späteren **Kapitalerhöhung** beruhen. Da die Kapitalerhöhung erst mit Eintragung wirksam wird (§ 54 Abs. 3), entstehen hieraus auch erst von diesem Zeitpunkt an durchsetzbare Einlageforderungen; bis dahin sind die Gesellschafter – auch durch § 19 Abs. 2 S. 1 – nicht gehindert, die Kapitalerhöhung zurückzunehmen bzw. die Geschäftsführer anzuweisen, eine bereits vorgenommene Anmeldung zu widerrufen (zur abweichenden Rechtslage im Gründungsstadium vgl. → Rn. 50). Da Sacheinlagen schon vor Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung voll bewirkt sein müssen (§§ 7 Abs. 3, 56a), hat das Befreiungsverbot in erster Linie Bedeutung für Geldeinlageforderungen; es erfasst allerdings auch Sekundäransprüche im Zusammenhang mit Sacheinlagen (→ Rn. 46).
- 50 **b) Im Gründungsstadium.** Im Unterschied zur Kapitalerhöhung, deren Wirksamwerden an die Eintragung gebunden ist (vgl. näher Vorauf. → § 55 Rn. 88), entstehen die Einlageansprüche im Gründungsstadium bereits mit Vertragsschluss, auch wenn Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft noch ausstehen. Die Gesellschafter sind einander aus dem Gesellschaftsvertrag zur Mitwirkung bei der Entstehung der Gesellschaft und zur Beseitigung von Eintragungshindernissen verpflichtet (→ § 7 Rn. 7). Daraus folgt die **grundsätzliche Anwendbarkeit** des Befreiungsverbots auch schon im Stadium der Gründung.⁹³ Allerdings sind die Gesellschafter durch Abs. 2 S. 1 nicht gehindert, vor Eintragung einstimmig den **Gesellschaftsvertrag zu ändern** und Stammkapital sowie Geschäftsanteile abweichend von der ursprünglichen Vereinbarung festzusetzen.⁹⁴ Auf diesem Wege lässt sich auch die Befreiung einzelner oder aller Gesellschafter von Teilen der Einlageverbindlichkeit erreichen, soweit dadurch das Mindeststammkapital nicht unterschritten wird. Ohne gleichzeitige Vertragsänderung verbleibt es demgegenüber bei der Geltung des Abs. 2 S. 1; praktische Bedeutung erlangt sie spätestens bei Eintragung der GmbH.
- 51 **Uneingeschränkt** gilt das Verbot des Abs. 2 S. 1 für die dem Gläubigerschutz im Gründungsstadium dienenden Ansprüche aus der Vorbelastungshaftung oder auf Verlustausgleich bei Aufgabe der Eintragungsabsicht (→ Rn. 46). Da sie nicht auf vertraglicher Festsetzung beruhen, sind sie der Disposition der Gesellschafter durch Änderung des Gesellschaftsvertrags entzogen.

⁹³ So auch Scholz/*Veil* Rn. 49; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 52, grds. auch Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 17; Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing* Rn. 53; Rowedder/*Pentz* Rn. 38; nicht eindeutig (gegen „unmittelbare und uneingeschränkte“ Übertragung auf die Vorgesellschaft) BGHZ 80, 129, 133 = NJW 1981, 1373.

⁹⁴ RG Recht 1923, 364, Nr. 1257; Scholz/*Veil* Rn. 49; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 17; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 52. Allg. zur Vertragsänderung im Gründungsstadium vgl. § 2 Rn. 23 ff.; § 11 Rn. 47.

c) **In Insolvenz und Liquidation der Gesellschaft.** Mit dem Zweck des **Insolvenzverfahrens**, das Gesellschaftsvermögen der Gläubigerbefriedigung zuzuführen, wäre eine Befreiung der Gesellschafter von noch offenstehenden Einlageverbindlichkeiten unvereinbar. Es ist deshalb unstr. dass das Befreiungsverbot auch im Insolvenzverfahren der Gesellschaft Geltung beansprucht.⁹⁵ Auch während der **Liquidation** der Gesellschaft gilt Abs. 2 S. 1 weiter (§ 69 Abs. 1). Seine Anwendbarkeit wird allerdings durch den Liquidationszweck, die Gläubiger zu befriedigen und das Gesellschaftsvermögen zu verteilen, *begrenzt*: sind sämtliche außenstehenden Gläubiger befriedigt und können neue Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht mehr entstehen, erledigt sich auch das Befreiungsverbot.⁹⁶ 52

3. Zwingende Natur

Als eine dem Gläubigerschutz dienende Vorschrift beansprucht Abs. 2 S. 1 zwingende Geltung.⁹⁷ Seine Rechtsfolgen sind auch bei einverständlichem Handeln der Gesellschafter nicht abdingbar. Sie treten unabhängig davon ein, ob Gesellschafter und Geschäftsführer in Kenntnis des Verbots gehandelt haben. 53

4. Fallgruppen unzulässiger Befreiung

a) **Erlass und entsprechende Rechtsgeschäfte.** Abs. 2 S. 1 erfasst nicht nur den Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB, sondern auch sämtliche anderen Rechtsgeschäfte, durch die im Ergebnis die Einlageforderung auf andere Weise als durch Erfüllung teilweise oder gänzlich in Wegfall gerät.⁹⁸ Das entspricht der Auffassung, die sich bereits auf Basis des unklarer Wortlauts vor 1980 durchgesetzt hatte.⁹⁹ Dieses Ergebnis wird durch die 1980 in das Gesetz aufgenommene, umfassende Formulierung, die auf *alle Arten von Befreiung* abstellt (→ Rn. 4), bestätigt.¹⁰⁰ Eine unzulässige Befreiung stellt deshalb auch das negative Schuldanerkenntnis (§ 397 Abs. 2 BGB) oder eine befreiende Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 BGB dar. 54

Ein Verstoß gegen Abs. 2 S. 1 ist auch dann gegeben, wenn sich der Wegfall oder die *Verminderung einer Einlageforderung* mit der Begründung oder Erhöhung einer anderen, nicht den strengen Anforderungen des § 19 unterliegenden Forderung der GmbH gegen den Gesellschafter verbindet (vgl. → Rn. 62).¹⁰¹ Das Verbot greift insbes. dann ein, wenn die Einlageverbindlichkeit im Wege der **Novation** durch 55

⁹⁵ Vgl. BayObLG ZIP 1985, 33; Scholz/*Veil* Rn. 50; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 54.

⁹⁶ Vgl. RGZ 149, 293, 297; BGH DB 1968, 165, 166; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 57; Rowedder/*Pentz* Rn. 65.

⁹⁷ Unstr., vgl. nur KGJ 47, 108; Scholz/*Veil* Rn. 44; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 46.

⁹⁸ Zust. OLG Hamburg NJW-RR 1986, 118; OLG Köln NJW-RR 1989, 354; ebenso Scholz/*Veil* Rn. 52; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 58 f.

⁹⁹ Vgl. Nachw. in Hachenburg/*Ulmer*⁷ Rn. 24 f.

¹⁰⁰ Anders wohl Begr. RegE BT-Drucks. 8/1347, S. 38, da sie unter „Befreiung“ lediglich den Erlass und die Stundung subsumiert.

¹⁰¹ So zutr. RGZ 130, 39, 43; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 19; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 60, 62.

einen anderen – weniger strengen Maßstäben als den Kapitalaufbringungsvorschriften unterliegenden – Anspruch ersetzt werden soll, etwa durch einen Darlehensanspruch gegen den Gesellschafter.¹⁰² Unbenommen ist es den Gesellschaftern freilich, die (Teil-)Befreiung eines Gesellschafters dadurch herbeizuführen, dass ein anderer Gesellschafter dessen Einlageverpflichtung gegen Teilabtretung von dessen Anteil erfüllt.

56 **b) Leistung an Erfüllungs statt; Novation (qualitative Umgestaltung).** Die Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB) kommt vor allem in zwei Konstellationen in Betracht. Zum einen wenn eine andere Sache als die eigentlich vereinbarte offene Sacheinlage geleistet werden soll (Sache statt Sache), zum anderen bei der sog. *offenen Leistung einer Sacheinlage* anstatt einer Geldeinlage (Sache statt Geld).¹⁰³ In dem zweiten Fall geht es indes nicht um den nachträglichen Übergang von einer Geld- zu einer Sacheinlage oder um die Eröffnung einer Wahlmöglichkeit unter Wahrung der Anforderungen des § 5 Abs. 4 (vgl. dazu → § 5 Rn. 47 ff.), sondern um den Übergang von einer Geld- zu einer Bareinlage ohne Einhaltung der Erfordernisse des § 5 Abs. 4 aufgrund einer Abrede. Insoweit sind wiederum zwei Fälle zu sondern, die *nicht vorabgesprochenene Annahme einer Sache an Erfüllungs statt* und diejenige Situation, bei der die Leistung an Erfüllungs statt bereits bei oder vor der Übernahme der Bareinlage vorabgesprochen wird. Lag die Absprache bereits im Vorfeld der Begründung der Bareinlage vor, liegt nicht nur eine Leistung an Erfüllungs statt, sondern auch auch eine verdeckte Sacheinlage in Gestalt der Verrechnung (→ Rn. 133 ff.) vor, auf die Abs. 4 unmittelbar anwendbar ist.¹⁰⁴

57 Dass auch eine Leistung an Erfüllungs statt in beiden Konstellationen unter das Befreiungsverbot fällt, war schon unter der Ägide des Abs. 5 Alt. 1 a. F. (bis November 2008) anerkannt.¹⁰⁵ Allerdings ging man davon aus, dass sich § 19 Abs. 2 S. 1 sowohl auf der Ebene des Tatbestands, wie auf der Rechtsfolgenseite mit der spezielleren Vorschrift des § 19 Abs. 5 Alt. 1 decken würde, weshalb man Abs. 5 a. F. insoweit für vorrangig erachtete (vgl. näher 1. Aufl. → Rn. 45, 89 [Ulmer]). Abs. 5 a. F. lautete: „*Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung bewirkt wird, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 4 Satz 1 getroffenen Bestimmung erfolgt.*“¹⁰⁶ Daraus wurde gefolgert: Eine Leistung an Erfüllungs statt

¹⁰² HM, vgl. Scholz/*Veil* Rn. 52; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 19; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 59; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 62; *Wicke* Rn. 9; noch strenger (unabhängig vom Inhalt) Rowedder/*Pentz* Rn. 49; aA mit Blick auf § 19 Abs. 4 S. 3 aber Körber Neuausrichtung der Kapitalaufbringung in der GmbH, 2015, S. 458 ff. (zu dessen Ansicht noch sogleich in Rn. 58).

¹⁰³ Statt aller *Veil* ZIP 2007, 1241, 1246 mit Beispielen; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 53.

¹⁰⁴ Zutreffend MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 63, 220; Rowedder/*Pentz* Rn. 48, 213; Roth/*Altmeppen* Rn. 34, 59; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 28.

¹⁰⁵ Vgl. nur OLG Köln NJW-RR 1989, 354; 1. Aufl. Rn. 49 (*Ulmer*); Baumbach/Hueck/*Fastrich*¹⁸ Rn. 17; für das Aktienrecht KölnKommAktG/*Lutter*¹ § 66 Rn. 6 m. Nachw.

¹⁰⁶ Hervorhebung durch die Verf.

sei nur zulässig, wenn sie den Vorgaben des § 5 Abs. 4 genüge, anderenfalls sei sie als verdeckte Sacheinlage zu behandeln.

Daran hat das MoMiG mit dem Wegfall des Abs. 5 Alt. 1 a.F. im Grundsatz nichts geändert,¹⁰⁷ wenngleich ein Verstoß auf der Rechtsfolgenseite bei der nicht vorabgesprochenen Leistung an Erfüllung statt nunmehr durch eine analoge Anwendung des Abs. 4 privilegiert wird (→ Rn. 61). Die Vereinbarung einer *Leistung an Erfüllung statt bleibt unzulässig*, soweit sie nicht den Vorgaben des § 5 Abs. 4 genügt. Dies ergibt sich auch ohne expliziten Verweis auf § 5 Abs. 4 bereits aus dem Wortlaut und Normzweck des Abs. 2 S. 1. Wird aufgrund einer Bareinlagepflicht eine Sache geleistet, kommt dies einer Novation gleich, die ebenfalls vom Normzweck des Abs. 2 S. 1 erfasst ist (→ Rn. 55). Es sind zudem keine Gesichtspunkte ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der 2008 vollzogenen Reform des § 19 die Leistung an Erfüllung statt legalisieren wollte.¹⁰⁸ Dies ergibt sich zwingend bei der vorabgesprochenen Leistung an Erfüllung statt, die unmittelbar in den Anwendungsbereich des Abs. 4 fällt (→ Rn. 119), nichts anderes gilt aber auch bei nicht vorabgesprochener Leistung an Erfüllung statt, die mangels Abrede nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des Abs. 4 fällt.

Demgegenüber ist bei einer Bareinlagepflicht die Vereinbarung einer **Leistung erfüllungshalber** durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit seitens des Einlageschuldners von dem Erlassverbot des Abs. 2 S. 1 nicht betroffen.¹⁰⁹ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Leistung erfüllungshalber entsprechend der Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 BGB die Einlageforderung als solche bestehen lässt und sich darauf beschränkt, die Anrechnung der Geldleistung, die der Gesellschaft aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand zufließt, auf die Einlageforderung zu regeln. Daher bestehen gegen die erfüllungshalber erfolgende *Hingabe von Schecks und Wechseln* seitens des Einlageschuldners keine Bedenken; die Einlageforderung bleibt freilich solange bestehen, bis der Gesellschaft die Leistung aus der Verwertung dieser Wertpapiere endgültig zugeflossen ist (→ § 7 Rn. 38 f.). Allerdings kann die Gesellschaft nicht wirksam auf die Geltendmachung einer fälligen Einlageforderung verzichten, ohne gegen das *Stundungsverbot* des Abs. 2 S. 1 (→ Rn. 70) zu verstoßen, sofern ihr die Leistung aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand nicht alsbald zufließt.¹¹⁰

¹⁰⁷ MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 63; Rowedder/Pentz Rn. 48; der Sache nach auch Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing Rn. 58; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 28, 53; Roth/Altmeppen Rn. 28; Henssler/Strohn/Verse Rn. 12; Saenger/Inhester Rn. 23; Wicke Rn. 9; Gehrlein/Born/Simon/Sirchich v. Kis-Sira Rn. 13; auf Basis des RegE ebenso Ulmer ZIP 2008, 45, 51; Veil ZIP 2007, 1241, 1246; so jetzt wohl auch Scholz/Veil Rn. 55, 101 f.; aA Herrler DB 2008, 2347, 2352 („ist an diesem Verbot nicht festzuhalten“); sowie ausführlich jetzt Körper Neuausrichtung der Kapitalaufbringung in der GmbH, 2015, S. 458 ff.; sowie zum RegE MoMiG auch Gesell BB 2007, 2241, 2245.

¹⁰⁸ Missverständlich daher Scholz/Veil Rn. 55, 102, der im Zusammenhang mit Abs. 4 von einer Erfüllungswirkung spricht; wie hier MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 63; Rowedder/Pentz Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 18, 70; Roth/Altmeppen Rn. 28, 34.

¹⁰⁹ EinhM, vgl. nur Scholz/Veil Rn. 104; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 65; Rowedder/Pentz Rn. 48; Roth/Altmeppen Rn. 60; zum alten Recht vgl. nur Bayer GmbH 2004, 445, 452.

¹¹⁰ Zum regelmäßig mit der Vereinbarung einer Leistung erfüllungshalber verbundenen Ausschluss der Geltendmachung der ursprünglichen Forderung vgl. MünchKommBGB/Fetzer § 364 Rn. 14.

- 60 Auch steht die **Annahme einer Geldzahlung anstelle einer vereinbarten Sachleistung** als befreiende Leistung der Erfüllungswirkung nicht entgegen;¹¹¹ insoweit ist der Schutzzweck der Vorschrift nicht berührt (zur Zulässigkeit einer entsprechenden, auf Ersetzung der Sach- durch eine Geldleistung gerichteten Änderung des Gesellschaftsvertrags vgl. → § 5 Rn. 44 ff.).
- 61 Allerdings ist auf der **Rechtsfolgenebene** zu berücksichtigen, dass eine werthaltig verdeckte Sacheinlage nunmehr nach Abs. 4 S. 3 auf die fortbestehende Einlageverpflichtung angerechnet wird (Details in → Rn. 161 ff.). Dann wäre es freilich wenig überzeugend, wenn ein Gesellschafter, der seine Bareinlage ohne Vorabsprache und offen an Erfüllung statt erbringt, schlechter als bei einer verdeckten Sacheinlage stehen würde. Entsprechendes gilt für die Leistung an Erfüllung statt bei einer **fehlerhaft oder unvollständig vereinbarten Sacheinlage**. Deshalb sind auf diese Fälle die **Rechtsfolgen des Abs. 4 analog anzuwenden**.¹¹² Die nicht vorabgesprochene Abrede über die Leistung an Erfüllung statt muss nicht in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung bzw. Kapitalerhöhung stehen (zum entsprechenden Erfordernis bei der verdeckten Sacheinlage → Rn. 139–143). Die analoge Anwendung des Abs. 4 S. 3 setzt jedoch voraus, dass die Leistung an Erfüllung statt werthaltig ist (→ Rn. 165, 172 ff.). Auch wenn die Leistung an Erfüllung statt also weiterhin unzulässig und nur durch die (analoge) Anwendung des Abs. 4 S. 3 auf der Rechtsfolgenebene privilegiert wird, stellt sich ferner die Frage, ob auch Abs. 4 S. 2 analog heranzuziehen ist.¹¹³ Dies ist zu bejahen, da für eine Nichtigkeit der Abrede über die Leistung an Erfüllung statt, vor allem aber für die damit verbundene Rückabwicklung des dinglichen Ausführungsgeschäfts, kein Raum ist. Wie bei der verdeckten Sacheinlage auch, folgt daraus aber nicht die Zulässigkeit der Leistung an Erfüllung statt als solcher.
- 62 **c) Wirtschaftliche Befreiung (Leistung aus Gesellschaftsmitteln)**. Nach ganz hM erfasst das Befreiungsverbot des Abs. 2 S. 1 auch sämtliche Gestaltungen, in denen zwar der Rechtsgrund der Einlageverpflichtung unberührt bleibt und der Gesellschafter die geschuldete Einlage an die Gesellschaft leistet, in denen jedoch im Ergebnis kein Vermögenszufluss bei der Gesellschaft erfolgt, weil die **Leistung auf Kosten des Gesellschaftsvermögens** bewirkt wird. So liegt es im Grundsatz auch weiterhin beim sog. *Hin- und Herzahlen*, bei dem die Gesellschaft dem Gesellschafter den zur Einlageleistung erforderlichen Betrag aus ihrem Vermögen z. B. als Darlehen zur Verfügung stellt.¹¹⁴ Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Voraussetzun-

¹¹¹ Vgl. KG JW 1937, 321; BayObLG WM 1978, 526; Scholz/*Veil* Rn. 102; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 64; Rowedder/*Pentz* Rn. 52.

¹¹² Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Rn. 70; Scholz/*Veil* Rn. 102; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 63, 220; Rowedder/*Pentz* Rn. 48, 213; Roth/*Altmeyen* Rn. 34, 59; Henssler/*Strohn/Verse* Rn. 12; *Wicke* Rn. 24; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 53; der Sache nach auch *Herrler* DB 2008, 2347, 2351 f.; für eine unmittelbare Anwendung des Abs. 4 *Heinze* GmbH 2008, 1065, 1068.

¹¹³ Dies bejahend z. B. Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Rn. 70; wohl auch MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 63, 220.

¹¹⁴ Vgl. zur Rechtslage vor dem MoMiG etwa RGZ 47, 180, 185; RGZ 98, 276, 277; BGHZ 28, 77, 78 = NJW 1958, 1351; zur neuen Rechtslage ebenso Scholz/*Veil* Rn. 53; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 66; Rowedder/*Pentz* Rn. 54.

gen des Abs. 5 (dazu. → Rn. 207 ff.) vorliegen, da Abs. 5 – anders als Abs. 4 – dem Konzept der Erfüllungswirkung (→ Rn. 202, 220 ff.) folgt. Liegen die Voraussetzungen des Abs. 5 jedoch nicht vor, greift auch nach dem MoMiG weiterhin das Erlassverbot des Abs. 2 S. 1.¹¹⁵ Dieses greift auch dann ein, wenn die GmbH durch *Stellung von Sicherheiten* dem Gesellschafter die Finanzierung der Einlageleistung durch einen Dritten ermöglicht¹¹⁶ oder wenn sie dem Gesellschafter eine neben der Einlageleistung bestehende Verbindlichkeit erlässt.¹¹⁷ Darauf, ob die Gesellschaft hierdurch einen Darlehens- oder sonstigen Regressanspruch gegen den begünstigten Gesellschafter erlangt, kommt es nicht an; er würde im Ergebnis die Einlageforderung wiederum nur durch einen – weniger streng gesicherten – Anspruch ersetzen (→ Rn. 54 f.). Einer unzulässigen Befreiung steht es auch gleich, wenn sich die Gesellschaft gegenüber dem Einlageschuldner oder einem Dritten wie bei einem „*pactum de non petendo*“ verpflichtet, die Einlageforderung *auf Dauer* nicht geltend zu machen.¹¹⁸ Zur hiervon zu unterscheidenden Stundung vgl. → Rn. 70 ff.

d) Zahlung des Einlageschuldners an Gesellschaftsgläubiger. Die Zahlung der *Resteinlage* des Gesellschafters an einen Gläubiger der Gesellschaft verstößt, wenn sie *auf Weisung der Geschäftsführer* erfolgt, weder gegen das Verbot der Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllung statt¹¹⁹ noch enthält sie eine inhaltliche Änderung der Einlageverbindlichkeit. Sie ist vielmehr gem. § 362 Abs. 2 BGB grundsätzlich als **befreiende Leistung** auf die Einlageforderung anzuerkennen. Das entspricht der ganz hM in Rechtsprechung¹²⁰ und Literatur;¹²¹ anderes gilt für die vor Anmeldung zu bewirkenden *Mindesteinlagen* (vgl. → § 7 Rn. 42).¹²² Mit Rücksicht auf das zwingende Gebot der Sicherung effektiver Kapitalaufbringung tritt die befreiende Wirkung freilich nur insoweit ein, als die Gläubigerforde-

¹¹⁵ Scholz/*Veil* Rn. 53; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 66; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 24 f.

¹¹⁶ Vgl. OLG Köln WM 1984, 740; im Erg. auch LG Mönchengladbach ZIP 1986, 306; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 67; Scholz/*Veil* Rn. 53.

¹¹⁷ So OLG Hamburg ZIP 1985, 1488; Scholz/*Veil* Rn. 53; differenzierend unter Abstellen auf die „subjektive Verknüpfung“ seitens der Beteiligten zwischen Anerkennung der Einlageforderung und Erlass anderer Forderungen *Cahn* Vergleichsverbote, S. 9 ff. mit weit. Beispielen.

¹¹⁸ Vgl. zum „*pactum de non petendo*“, das zwar keinen Erlass iSv § 397 BGB darstellt, dem Schuldner aber eine Einrede gegen die Forderung gibt, MünchKommBGB/*Schlüter* § 397 Rn. 9 m. Nachw.

¹¹⁹ Abw. noch OLG Hamburg GmbHR 1982, 157, 158 und OLG Stuttgart DB 1985, 1985 (m. Korrektur auf S. 2095), die die Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger als Sacheinlage einordnen.

¹²⁰ Vgl. BGH NJW 1986, 989; BGHZ 119, 177, 188 f. = NJW 1992, 3300 (zur AG); BGHZ 150, 197, 200 f. = NJW 2002, 1716; BGH BB 2011, 1804 (Rn. 12 f.); OLG Stuttgart DB 1986, 1514; OLG Köln WM 1984, 740, 742; OLG Zweibrücken NJW 1966, 840; OLG Düsseldorf BB 1988, 2126, 2127; OLG Köln ZIP 1989, 239; OLG Naumburg GmbHR 1999, 1037; OLG München, GmbHR 2017, 39 f.

¹²¹ Vgl. Scholz/*Veil* Rn. 40; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 45; Rowedder/*Pentz* Rn. 55 f.; Hensler/Strohn/*Verse* Rn. 12; enger *Priester* BB 1987, 208, 210, der über die Vollwertigkeit der Drittforderung im Sinne vermögensmäßiger Deckung hinaus verlangt, die Gesellschaft müsse auch liquiditätsmäßig in der Lage sein, sämtliche fällige Verbindlichkeiten einschl. derjenigen des Dritten zu tilgen; grunds. aA *Wilhelm* ZHR 152 (1988) 333, 335 f.; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 156 f. (beide unter Hinweis auf die Rechtslage bei der Anweisung) und *Drygalla* ZGR 2006, 587, 618 f.

¹²² Vgl. den in § 7 Rn. 42 genannten Nachw. sowie Scholz/*Veil* Rn. 40; Rowedder/*Pentz* Rn. 56; aA Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 45; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 155; so auch noch Hachenburg/*Ulmer*⁸ § 7 Rn. 38.

rung gegen die Gesellschaft *vollwertig, fällig und liquide* ist¹²³ (näher zu diesen Voraussetzungen unten bei Abs. 5, vgl. → Rn. 212 ff.). Für das Vorliegen der genannten Befreiungsvoraussetzungen kommt es auf den *Zeitpunkt* an, zu dem der Gesellschafter die Leistung an den Gesellschaftsgläubiger erbringt.¹²⁴ Ohne eine wirksame Anweisung seitens der Geschäftsführer, unmittelbar an den Gläubiger zu zahlen, kommt eine befreiende Leistung auf die Einlageverbindlichkeit nicht in Betracht.¹²⁵

64 Auch bei **Konzernbeziehungen** gilt grundsätzlich nichts anderes. Zahlungen des Inferenten an die Mutter- oder an eine Tochtergesellschaft kommt ebenfalls keine befreiende Wirkung zu. Dies gilt selbst dann, wenn der Konzerngesellschaft eine Forderung gegen die GmbH zusteht.¹²⁶ Auch hier gilt der allgemeine konzernrechtliche Grundsatz, dass jedes Unternehmen rechtlich selbstständig ist und als solches auch getrennt zu behandeln ist. Zur Einlageerbringung im Cash-Pool vgl. noch unten → Rn. 225 ff. Ebenso wenig bildet die GmbH & Co. KG eine Einheit. Soll der Inferent seine Einlageschuld gegenüber der Komplementär-GmbH an die KG zahlen, muss die Forderung der KG gegen die GmbH vollwertig, liquide und fällig sein.¹²⁷

65 **e) Vergleich.** Ein zumindest teilweiser Forderungserlass kann sich auch mit einem **Vergleich iSv § 779 BGB** verbinden. Im Grundsatz schließt es deshalb Abs. 2 S. 1 auch aus, den Gesellschafter im Wege gegenseitigen Nachgebens von der ihm obliegenden Einlageverbindlichkeit zu befreien.¹²⁸ Im Anschluss an zwei Entscheidungen des Reichsgerichts¹²⁹ wird die *Zulässigkeit* eines Vergleichs zwischen Gesellschaft und Gesellschafter über den Bestand oder die Durchsetzbarkeit der Einlageforderung von der ganz hM gleichwohl bejaht, sofern es sich um einen *echten Vergleich iSv § 779 BGB* handelt, d. h. um die Beseitigung einer bestehenden Rechtsunsicherheit im Wege beiderseitigen Nachgebens.¹³⁰ Diese Ansicht hat der BGH in einer Entscheidung zum aktienrechtlichen Differenzhaftungsanspruch nochmals bestätigt und betont, dass aus dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung kein Vergleichsverbot folge.¹³¹

¹²³ Scholz/*Veil* Rn. 40; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 45; Rowedder/*Pentz* Rn. 55; aA MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 156; *Wilhelm* ZHR 152 (1988) 333, 335 f. und *Drygalla* ZGR 2006, 587, 618 f.

¹²⁴ Zutr. BGH NJW 1986, 989.

¹²⁵ Zutr. Rowedder/*Pentz* Rn. 55; *K. Schmidt* GesR § 37 II 2g, S. 1119; *Priester* BB 1987, 208, 209.

¹²⁶ Scholz/*Veil* Rn. 42; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 68; Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Ebbing* Rn. 36, 60.

¹²⁷ BGHZ 173, 370 (Rn. 8) = ZIP 2008, 174 (zum Hin- und Herzahlen vor MoMiG); Scholz/*Veil* Rn. 42; Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Ebbing* Rn. 60.

¹²⁸ So grunds. auch Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 20; Rowedder/*Pentz* Rn. 60 (einhM); eingehend auch *Cahn* Vergleichsverbote, S. 17 ff.

¹²⁹ RGZ 79, 271, 274; RG JW 1912, 760; vgl. auch OLG Hamm GmbHR 1988, 308; außerdem BGHZ 65, 147, 151 = NJW 1976, 194 zur Zulässigkeit eines § 1 GWB berührenden Vergleichs sowie obiter BGHZ 160, 127, 133 = NJW 2004, 2898.

¹³⁰ So mit z. T. unterschiedl. Akzenten Scholz/*Veil* Rn. 64 f.; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 20; Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Ebbing* Rn. 71 ff.; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 70 f.; tendenz. enger Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 20; Rowedder/*Pentz* Rn. 60.

¹³¹ BGHZ 191, 364, 373 ff. (insbs. Rn. 24) = NZG 2012, 69 – Babcock Borsig; vgl. dazu etwa *Verse* ZGR 2012, 875, 885 ff.; *Fleischer* AG 2015, 133, 141 f.

Stellungnahme. Entgegen der in der Voraufl. (→ Rn. 59 f.) vertretenen Ansicht ist dieser Auffassung zuzustimmen, sofern es sich um einen echten Vergleich im iSd § 779 BGB handelt, der von einem gegenseitigen Nehmen und Geben geprägt ist. Es muss zudem eine Rechtsunsicherheit darüber bestehen, ob die Einlageforderung auch wirklich in der geltend gemachten Höhe besteht.¹³² Nicht denkbar ist es, dass die Gesellschaft dem Inferenten bei der Höhe der ausstehenden Resteinlage entgegenkommt, wenn z. B. um die Wirksamkeit eines gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverbots gestritten wird. Streiten die Parteien aber über die Frage, in welcher Höhe bzw. ob die ausstehende Einlageforderung überhaupt begründet ist, rechtfertigt der Aspekt der realen Kapitalaufbringung und der Normzweck des Abs. 2 S. 1 ein Vergleichsverbot nicht. Ein derartiges Verbot würde die Gesellschaft dazu zwingen, trotz Zweifel am Bestand der Forderung und an den Erfolgsaussichten ein gerichtliches Verfahren einzuleiten und bis zu einem Urteil durchzuführen, oder aber wegen der die Erfolgsaussichten übersteigenden finanziellen Risiken von Anfang an auf die gerichtliche Geltendmachung zu verzichten.¹³³ Damit wäre der Kapitalaufbringung kaum gedient. Dies gilt trotz des Umstandes, dass Unsicherheiten über die Entstehung der Einlageverbindlichkeit nicht häufig vorkommen, da es sich um eine reine Rechtsfrage handelt,¹³⁴ und die Beweislast für die Erfüllung der Einlageforderung bei dem sich hierauf berufenden Gesellschafter liegt (→ Rn. 17). Haben die Geschäftsführer gleichwohl Zweifel am Bestehen der Einlageforderung, da der Inferent substantiiert behauptet, schon geleistet zu haben, ist eine Vergleichsmöglichkeit in einem Prozess sinnvoll. Dass Unsicherheiten über das Bestehen von Einlageforderungen eher selten vorkommen, bewirkt zudem, dass auch bei Anerkennung einer Vergleichsmöglichkeit eine Erosion des Kapitalaufbringungsrecht nicht zu befürchten ist. Es ist deshalb eine Vergleichsmöglichkeit bei *Sekundäransprüchen* wie im Fall umstrittener Mängel einer Sacheinlage anzuerkennen.¹³⁵

66

Ist unter den vorstehend skizzierten Voraussetzungen ein die Einlageforderung betreffender Vergleich zulässig, so bedarf er zu seiner Wirksamkeit eines **Beschlusses der Gesellschafterversammlung**.¹³⁶ Das lässt sich zwar nicht mit einer den Mitgesellschaftern drohenden Ausfallhaftung begründen,¹³⁷ weil der Vergleich, soweit er zum Erlöschen der Einlageforderung führt, auch auf die Haftung aus § 24 durchschlägt. Das Beschlusserfordernis folgt aber aus einer Analogie zu § 46 Nr. 2.¹³⁸ Deshalb steht auch die gegenteilige Auffassung des BGH zum Aktienrecht

67

¹³² Zu weitgehend deshalb OLG Hamm GmbHR 1988, 308 f., das die Wirksamkeit eines Vergleichs deshalb bejaht hat, weil – bei unstreitig bestehender Stammeinlageforderung (!) – über die Höhe einer Gegenforderung des Einlageschuldners auf Abfindung Unklarheit bestand.

¹³³ Überzeugend BGHZ 191, 364, 374 f. (Rn. 24) = NZG 2012, 69 – Babcock Borsig.

¹³⁴ Scholz/*Veil* Rn. 65: reine Rechtsfrage.

¹³⁵ Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 20; Rowedder/*Pentz* Rn. 60.

¹³⁶ So auch MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 73; Baumbach/Hueck/*Fastrich* Rn. 20; Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Rn. 20; Rowedder/*Pentz* Rn. 63.

¹³⁷ So noch Rowedder² Rn. 20.

¹³⁸ Ebenso Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* Rn. 74 und MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 73 („Erst-Recht-Schluss“); insoweit aA unter Hinweis auf das Vorliegen eines ungewönl. Geschäftes Rowedder/*Pentz* Rn. 63.

der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen.¹³⁹ Es bewendet aber bei der einfachen Mehrheit.¹⁴⁰

68 Unproblematisch ist daneben, auch wenn man das Vergleichserfordernis kritischer sehen würde, eine auf Rechtsstreitigkeiten um die Wirksamkeit der Aufbringung des Stammkapitals bezogene **Schiedsvereinbarung**. Dies hatte der BGH bereits zum alten Schiedsverfahrensrecht entschieden,¹⁴¹ gilt aber erst recht nach dessen Reform. § 1030 Abs. 1 n. F. ZPO erfordert gerade nicht mehr die materielle Vergleichsfähigkeit. Abs. 2 S. 1 begründet kein Interesse an einem Entscheidungsmonopol staatlicher Gerichte bei Rechtsstreitigkeiten über die Aufbringung der Geschäftsanteile. Für die Frage, ob vor einem Schiedsgericht ein Vergleich iSd § 779 BGB geschlossen werden kann, gelten die oben in → Rn. 65 f. dargestellten Grundsätze. Ein Unterschied zwischen Vergleichen vor staatlichen Gerichten bzw. vor einem Schiedsgericht ist nicht anzuerkennen, zumal nach hier vertretenener Auffassung auch außergerichtliche Vergleich möglich sind.

69 **f) Abwendungsvergleich.** Ausgeschlossen ist jedoch ein die Einlageforderung betreffender Abwendungsvergleich bei **Zahlungsunfähigkeit des Einlageschuldners**.¹⁴² Die Unzulässigkeit folgt schon daraus, dass mit dem Erlöschen der Einlageforderung aufgrund des Vergleichs auch die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 24 entfallen würde.¹⁴³ Die Gesellschaft ist vielmehr gehalten, in derartigen Fällen das Kaduzierungsverfahren nach §§ 21 ff. durchzuführen und ggf. die Mitgesellschafter in Anspruch zu nehmen. Die Einlageforderung wird auch nicht von der gestaltenden Wirkung eines **Insolvenzplans** (§§ 217 ff., 254 InsO) erfasst; § 9b Abs. 1 S. 2 ist nicht entsprechend anwendbar.¹⁴⁴ Anderes gilt nur hinsichtlich der Ausfallhaftung des ausgeschlossenen Gesellschafter nach § 21 Abs. 3.

5. Unzulässigkeit der Stundung

70 Unter das Verbot jeglicher Befreiung nach Abs. 2 S. 1 fällt auch die Stundung.¹⁴⁵ Das war in § 19 Abs. 2 S. 1 a. F. ausdrücklich geregelt; die Novellierung im Jahre 1980 hat hieran inhaltlich nichts geändert.¹⁴⁶ Gleiches gilt für die Novellierung des § 19 durch das MoMiG, da Abs. 5 in den dort gesetzten Grenzen allein einen

¹³⁹ BGHZ 191, 364, 375 f. (Rn. 25 ff.) = NZG 2012, 69 – Babcock Borsig.

¹⁴⁰ Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 20; eingehend dazu auch *Cahn*, Vergleichsverbote, 96 ff.

¹⁴¹ BGHZ 160, 127, 133 = NJW 2004, 2898; ebenso z. B. Scholz/Veil Rn. 70; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 75.

¹⁴² EinhM, vgl. Scholz/Veil Rn. 66; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 20; Rowedder/Pentz Rn. 62; nur berichtend BayObLG ZIP 1985, 33, 34.

¹⁴³ AA allerdings *Cahn* Vergleichsverbote, S. 116 f., der sich (aaO, S. 38 ff., 55, 106) im Übrigen analog §§ 66 Abs. 2 iVm 62 Abs. 2 AktG für die nur *relative Unwirksamkeit* eines Vergleichs im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern ausspricht.

¹⁴⁴ So auch Scholz/Veil Rn. 67; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 21; Rowedder/Pentz Rn. 62; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 72; aA die früher hM, vgl. KG OLGR 32, 141; heute auch noch GroßkommAktG/Gehrleir⁴ § 66 Rn. 23; Prager/Geßler/Heidrich NZI 2000, 63, 64 ff.

¹⁴⁵ EinhM, vgl. Scholz/Veil Rn. 59 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn. 21; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 19; MünchKommGmbHG/Schwandtner Rn. 76.

¹⁴⁶ Vgl. Begr. RegE 1977, BT-Drucks. 8/1347, S. 38.

Forderungstausch legitimiert.¹⁴⁷ Stundung bedeutet jedes rechtsgeschäftliche **Hinausschieben der Fälligkeit** der geschuldeten Leistung.¹⁴⁸ Sie ist unter den gleichen Voraussetzungen ausgeschlossen wie der Erlass der Einlageforderung (→ Rn. 54 f.); eine gleichwohl vereinbarte Stundungsabrede ist nach § 134 nichtig.¹⁴⁹ Auch für ein Zahlungsmoratorium ist selbst bei vorübergehender *Zahlungsunfähigkeit* eines Gesellschafters aus den in → Rn. 69 genannten Gründen kein Raum.

Vom Stundungsverbot erfasst wird auch die **Verlängerung der** im Gesellschaftsvertrag enthaltenen **Zahlungsfristen**¹⁵⁰ oder deren nachträgliche Einführung; eine hierauf gerichtete Satzungsänderung ist vom Registergericht im Rahmen seiner Prüfungsfunktion zurückzuweisen. Auch die Einstellung der Einlageforderung in ein *Kontokorrent* wäre mit Abs. 2 S. 1 nicht vereinbar (vgl. auch → Rn. 102 f. zu den Schranken aus Abs. 2 S. 2). Zudem ist es nicht veranlasst, unter Rückgriff auf Abs. 5 eine Ausnahme für den Fall anzuerkennen, wenn mit der Stundung gleichzeitig ein fälliger und liquider Anspruch bestellt wird,¹⁵¹ denn Abs. 5 legalisiert das Hin- und Herzahlen gerade nur in engen Grenzen.

Von der unzulässigen Stundung zu unterscheiden und jenseits der zwingenden Anforderungen des § 7 Abs. 2 und 3 unbedenklich zulässig ist demgegenüber die Festlegung von **Zahlungsterminen** für die Einlageforderungen **im Gesellschaftsvertrag**.¹⁵² Da die Einlageforderung in diesem Fall von Anfang an befristet vereinbart ist, liegt hierin keine befreiende Einwirkung auf die inhaltliche Ausgestaltung der Verbindlichkeit. Gläubigerinteressen werden schon deshalb nicht nachhaltig berührt, weil eine gesellschaftsvertragliche Befristung im Insolvenzverfahren unbeachtlich ist. Demgemäß ist auch die Vereinbarung **unterschiedlicher Zahlungstermine** zulässig, sofern deren Festsetzung im Gesellschaftsvertrag erfolgt (→ Rn. 43). Ist die Einforderung im Gesellschaftsvertrag aufgeschoben, so führt selbst ein wichtiger Grund wie etwa dringender Kapitalbedarf der Gesellschaft nicht zur vorzeitigen Fälligkeit.¹⁵³ Er kann die Gesellschafter aber zur Mitwirkung an einer Satzungsänderung verpflichten.¹⁵⁴ Dabei ist auf etwaige Sondervorteile (→ § 5 Rn. 193 f.) Rücksicht zu nehmen.

Ist im Gesellschaftsvertrag die Einforderung der restlichen Einlagen einem **Gesellschafterbeschluss** (§ 46 Nr. 2) vorbehalten oder den **Geschäftsführern** überlassen, so

¹⁴⁷ Scholz/*Veil* Rn. 59; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 21; im Grundsatz auch *Körber* Neuausrichtung der Kapitalaufbringung in der GmbH, 2015, S. 472 ff.

¹⁴⁸ Wenig überzeugend ist deshalb, wenn *Körber* (Fn. 147), S. 473 f. eine Ausnahme für eine Stundung mit Möglichkeit zur jederzeitigen Fälligkeitstellung anerkennen will. Dann dürfte es regelmäßig bereits am Tatbestand der Stundung fehlen.

¹⁴⁹ *EinhM*, vgl. nur MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 79; Rowedder/*Pentz* Rn. 58.

¹⁵⁰ RGZ 138, 106, 111; Scholz/*Veil* Rn. 60; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 21; Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Rn. 19; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 77; Rowedder/*Pentz* Rn. 58.

¹⁵¹ So aber *Körber* (Fn. 147), S. 475.

¹⁵² Ebenso Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 21; Scholz/*Veil* Rn. 61; Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing* Rn. 67; einschr. Roth/*Altmeppen* Rn. 29.

¹⁵³ Zust. Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 8; Rowedder/*Pentz* Rn. 10; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 20 f.; Scholz/*Veil* Rn. 15; grds. auch Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing* Rn. 13; aA MünchHdb GesR III/*Gummert*, § 50 Rn. 13; Rowedder² Rn. 19.

¹⁵⁴ So auch Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 8; MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 21; Scholz/*Veil* Rn. 15.

bestehen auch hiergegen aus der Sicht des Stundungsverbots keine Bedenken.¹⁵⁵ Insbesondere sind Gesellschafter und Geschäftsführer mit Rücksicht auf Abs. 2 S. 1 nicht etwa verpflichtet, alsbald die zur Einforderung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Gläubigerinteressen werden durch die Untätigkeit nicht nachhaltig betroffen, da das Unterlassen dieser Maßnahmen einem Zugriff des Insolvenzverwalters der GmbH oder eines Vollstreckungsgläubigers auf die Einlageforderungen nicht entgegensteht (→ Rn. 35 f.).

6. Der Sonderfall der Kapitalherabsetzung (Abs. 3)

- 74 Die vorstehend (→ Rn. 54 ff.) genannten Rechtsgeschäfte verstoßen – mit Ausnahme des nachträglichen Übergangs von der Geld- zur Sacheinlage bei einer Heilung verdeckter Sacheinlagen (→ Rn. 196, 198 f.) – grundsätzlich auch dann gegen das Befreiungsverbot, wenn sie nach Eintragung der GmbH im Wege einer *Änderung des Gesellschaftsvertrags* vorgenommen werden. Abweichendes sieht Abs. 3 lediglich für den Fall einer Kapitalherabsetzung vor; sie kann im Umfang der Herabsetzung zum Erlass der wirksam begründeten Einlageverbindlichkeiten führen. **Wirksamkeitsvoraussetzung** hierfür ist freilich die Einhaltung der in § 58 bestimmten *Erfordernisse*, insbes. die dreimalige Bekanntmachung des Herabsetzungsbeschlusses (§ 58 Abs. 1 Nr. 1), die Befriedigung oder Sicherstellung der sich meldenden Gläubiger (§ 58 Abs. 1 Nr. 2) sowie der Ablauf des Sperrjahres gem. § 58 Abs. 1 Nr. 3. Der Einlageverzicht darf den Herabsetzungsbetrag nicht überschreiten. Wird die Gesellschaft insolvent, bevor alle Voraussetzungen der Kapitalherabsetzung erfüllt sind, so ist der Insolvenzverwalter nicht gehindert, die volle Einlage einzuziehen.¹⁵⁶ Abs. 3 gilt jedoch nicht für die vereinfachte Kapitalherabsetzung nach § 58a, da diese nur in den dort aufgezählten enumerativen Fallgestaltungen (Voraufkl. → § 58a Rn. 6) eingreift.¹⁵⁷

V. Schranken der Aufrechnung (Abs. 2 S. 2)

Schrifttum: Vgl. Nachw. vor Rn. 45. Ferner: *Buddemeier* Verfügungen über Einlageforderungen in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2017; *Drygala* Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen, ZGR 2006, 587; *Frey* Einlagen in Kapitalgesellschaften, 1990; *Gehrlein* Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771; *Habersack/Weber* Die Einlageforderung als Gegenstand von Aufrechnung, Abtretung, Verpfändung und Pfändung, ZGR 2014, 509; *Hommelhoff* Zum Wegfall des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG, FS Kellermann, 1991, S. 165; *Körber* Neuausrichtung der Kapitalaufbringung in der GmbH, 2015, S. 504 ff.; *Schall* Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, ZGR 2009, 126; *Schick* Probleme der Einstellung der

¹⁵⁵ So auch Scholz/*Veil* Rn. 15; Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 8; Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Rn. 19; aA Roth/*Altmeppen*⁸ Rn. 9.

¹⁵⁶ Zust. Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing* Rn. 107; Rowedder/*Pentz* Rn. 96.

¹⁵⁷ Ebenso MünchKommGmbHG/*Schwandtner* Rn. 161 unter Hinweis auf den unveröffentl. Beschl. des OLG Dresden v. 15.4.2004 – 2 U 239/04; aA Gutachtendienst der Centrale für GmbH des Otto Schmidt Verlags, GmbHR 1999, 972.