Kapitel 2
Kapitalaufbringung und Finanzierung

Hans-Georg Kauffeld

		Rn.
1.	**Einführung**	1
2.	**Aufbringung des Eigenkapitals bei Gründung**	5
2.1	Erbringung der Einlagen auf die Geschäftsanteile	6
2.1.1	Bareinlage	12
2.1.2	Sacheinlage	17
2.1.3	Mischeinlage	25
2.1.4	Gemischte Sacheinlage	26
2.1.5	Verdeckte Sacheinlage	27
2.2	Bilanzieller Ausweis der Einlageleistung	33
2.3	Rechtsfolgen nicht oder nicht rechtzeitig erbrachter Einlage	35
3.	**Kapitalerhöhung**	40
3.1	Allgemeines	40
3.2	Kapitalerhöhung durch Zuführung neuer Mittel	44
3.2.1	Kapitalerhöhungsbeschluss	47
3.2.2	Zulassungsbeschluss	58
3.2.3	Genehmigtes Kapital	61
3.2.4	Durchführung der Kapitalerhöhung	67
3.2.4.1	Übernahme der Anteile und Leistung der Einlagen	67
3.2.4.2	Anmeldung zum Handelregister	77
3.2.5	Bilanzielle Behandlung der Bar- und Sachkapitalerhöhung	82
3.3	Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	83
4.	**Kapitalerhaltung**	85
4.1	Kapitalherabsetzung	87
4.1.1	Kapitalherabsetzungsbeschluss	92
4.1.2	Durchführung der ordentlichen Kapitalherabsetzung	99
4.1.3	Durchführung der vereinfachten Kapitalherabsetzung	106
4.2	Vereinfachte Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung	112
4.3	Das Auszahlungsverbot (§ 30 GmbHG)	116
4.4	Rechtsfolgen eines Verstoßes: § 31 GmbHG	122
4.5	Kapitalaufbringung beim Hin- und Herzahlen	131
4.6	Kapitalaufbringung beim Cash Pooling	136
4.6.1	Allgemeines	137
4.6.2	Probleme beim Cash Pooling	138
4.6.2.1	Sollsaldo auf dem Zentralkonto: verdeckte Sacheinlage	139
4.6.2.2	Guthaben auf dem Zentralkonto: Hin- und Herzahlen	145
4.6.2.3	Einlage übersteigt den Sollsaldo auf dem Zentralkonto	155
5.	**Nachschüsse und Nebenleistungen**	156
5.1	Nachschusskapital	156
5.2	Nebenleistungen	164
6.	**Weitere Finanzierungsmaßnahmen der Gesellschafter**	166
6.1	Sonstige Einlagen	166
6.2	Gesellschafterdarlehen	172

7. GmbH und Still 180
7.1 Allgemeines 182
7.2 Errichtung der stillen Gesellschaft 188
7.3 Gesetzliche und vertragliche Ausgestaltung 192
7.3.1 Typisch stille Gesellschaft 192
7.3.2 Atypisch stille Gesellschaft 197
7.3.3 Partielle Beteiligung 199
7.4 Bilanzielle Behandlung 201
7.5 Die stille Gesellschaft in der Insolvenz 205
7.6 Steuerliche Behandlung 210
7.6.1 Ertragsteuer 210
7.6.2 Gewerbesteuer 218
7.6.3 Umsatzsteuer / Grunderwerbsteuer 221
7.7 Auflösung der stillen Gesellschaft 224

1. Einführung

1 Von der Gründung bis zur Liquidation der GmbH ist die Unternehmensfinanzierung für das Unternehmen von **zentraler Bedeutung**. Selbst wenn der BGH zu Recht eine über die Aufbringung des gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststammkapitals von derzeit € 25.000,– und die anschließende Kapitalerhaltung hinausgehende persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters mit seinem Vermögen wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft ablehnt: Der Betrieb des Unternehmens benötigt Kapital.

2 Zur Beschaffung des Kapitals steht dem Unternehmen eine **Vielfalt an Finanzierungsinstrumenten** zur Verfügung. Den oftmals zahlreichen Vorteilen einer Finanzierungsform stehen meistens jedoch auch gewichtige Nachteile gegenüber. Diese gilt es im Einzelfall bei der Planung der Unternehmensfinanzierung mit den Vorteilen abzuwägen.

3 Geschäftsführer und Gesellschafter sind daher häufig mit vielschichtigen Fragen zur Unternehmensfinanzierung befasst. Facettenreich stellen sich Fragen zur Bar- und Sachgründung, zu Kapitalerhöhungen, stillen Beteiligungen und Gesellschafterdarlehen sowie zur bilanziellen und steuerlichen Behandlung von Kapitalmaßnahmen. Insofern bilden die Vorschriften über die Kapitalaufbringung und -erhaltung das **Kernstück des GmbH-Rechts**. Nach der Grundkonzeption der gesetzlichen Vorschriften muss sich der Gesellschafter zunächst einmal das Privileg einer beschränkten Haftung verdienen, indem er das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen in einem geordneten Verfahren aufbringt und es später der Gesellschaft auch nicht wieder entzieht. Kenntnisse sind hier von besonderer Bedeutung, da Fehler besonders haftungsträchtig sind.

4 Das folgende Kapitel gibt einen Überblick zum Thema „Finanzierung der GmbH“ und weist auf praktische Einzelfragen hin. Die Betrachtung konzen-

triert sich dabei auf die **Gesellschafter** als Eigenkapital- oder Fremdkapitalgeber; die Finanzierung über Dritte (z. B. Banken) ist nicht Gegenstand dieser Darstellung.

2. Aufbringung des Eigenkapitals bei Gründung

Die Aufbringung des Eigenkapitals erfasst begrifflich sowohl das **Stammkapital** als auch **sonstige (Neben)Leistungen** durch die Gesellschafter, welche die Eigenkapitalbasis der GmbH stärken und zu denen sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verpflichtet haben. Dabei unterliegt allein die Aufbringung des Stammkapitals, nicht aber die Aufbringung einer vertraglich geschuldeten (Neben)Leistung den gesetzlichen Kontrollvorschriften des GmbHG. 5

2.1 Erbringung der Einlagen auf die Geschäftsanteile

Das **Mindeststammkapital** einer GmbH beträgt € 25.000,–, wobei die Sonderform der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) bereits mit einem Stammkapital von € 1,– gegründet werden kann (dazu Kapitel 1, Rn. 23 ff.). Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten, kann aber für jeden einzelnen Geschäftsanteil verschieden sein. Ein Gesellschafter kann inzwischen – im Gegensatz zur früheren Rechtslage – mehrere Geschäftsanteile übernehmen (§ 5 Abs. 2 GmbHG). 6

Die ordnungsgemäße Erbringung der von den Gesellschaftern geschuldeten Einlagen auf die Geschäftsanteile ist nicht nur für die GmbH zwecks Erlangung des erforderlichen Betriebskapitals von zentraler Bedeutung, sondern auch für die Mitgesellschafter. Denn die Anforderungen an eine korrekte Erfüllung des Einlageversprechens dienen auch dem **Schutz der Mitgesellschafter**, weil sich die Herrschafts- und Leistungsrechte der GmbH-Gesellschafter nach der Höhe der Stammeinlage ausrichten und die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten ohne die Erfüllung der zu Grunde liegenden Pflichten treuwidrig wäre. Kein Gesellschafter kann von seiner Einlagepflicht befreit werden (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), auch nicht durch Verzicht der GmbH oder Stundung. Die Mittel dürfen weder unmittelbar noch mittelbar von der Gesellschaft stammen (z. B. aus Darlehen oder Darlehen, für welche die Gesellschaft mithaftet). 7

Im deutschen GmbH-Recht gilt der **Grundsatz der realen Kapitalaufbringung**. Danach muss die bei Gründung oder Kapitalerhöhung vom Gesellschafter zu erbringende Einlage der GmbH auch tatsächlich zufließen und ihr zur freien Verfügung stehen. Im Stadium der GmbH-Gründung gehört es zu den zentralen Pflichten der ersten Geschäftsführer, für eine vertrags- und gesetzeskonforme Kapitalaufbringung der Gründungsgesellschafter zu sor- 8

gen. Die Geschäftsführer dürfen die Gesellschaft nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG erst dann zur Eintragung in das Handelsregister anmelden, wenn auf die gesellschaftsvertraglich festgesetzten Nennbeträge der Geschäftsanteile die Mindestbeträge erbracht sind und den Geschäftsführern endgültig zur freien Verfügung stehen. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Gesellschafters herausgelöst und der GmbH derart zugeflossen ist, dass sie uneingeschränkt für Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann.

9 Die **Beweislast** für die Erbringung der Einlagenleistung obliegt dem Gesellschafter, so dass Zahlungen ohne eindeutige Zweckbestimmung (ausstehende Einlage oder Darlehensverbindlichkeit) im Zweifelsfall keine Erfüllungswirkung haben.

10 Unschädlich sind nach der Rechtsprechung des BGH **schuldrechtliche Verwendungsabsprachen**, durch welche die Geschäftsführung der GmbH verpflichtet wird, mit den Einlagenmitteln in bestimmter Weise zu verfahren, wenn sie allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen. Anders ist es nur, wenn es darum geht, die Einlagemittel unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen.

11 In welcher **Form** die Gründungsgesellschafter ihre Einlagen erbringen müssen, bestimmt sich nach der Gründungsurkunde. In Betracht kommen hier die Bareinlage (Geldleistung), die Sacheinlage (Sachleistung) oder eine Mischeinlage (Kombination aus Geld- und Sachleistung).

2.1.1 Bareinlage

12 Die Bareinlage bildet den **gesetzlichen Regelfall**: Sofern im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung enthalten ist, wird der Gesellschafter von seiner Einlageschuld nur durch eine Bareinlage befreit. Auch bei minderwertigen oder gescheiterten Sacheinlagen besteht subsidiär die Verpflichtung, den ausstehenden Differenzbetrag in bar zu erbringen (§ 9 Abs. 1 GmbHG). In der Praxis werden Bareinlagen meist durch Banküberweisung und damit Gutschrift auf einem inländischen Bankkonto erbracht.

13 Im Gegensatz zu Sacheinlagen, die vor Anmeldung der GmbH zum Handelsregister stets voll zu erbringen sind, genügt bei Bareinlagen die Einzahlung eines Viertels des Nennbetrags. Allerdings muss die Summe aus Bar- und Sacheinlagen insgesamt wenigstens die **Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals** in Höhe von € 25.000,– betragen, also € 12.500,–.

14 Die vom Gesellschafter noch nicht zu erbringenden Bareinlagen stellen **Forderungen der GmbH** dar, die erst durch Einforderungsbeschluss der Gesellschafter nach § 46 Nr. 2 GmbHG fällig werden. Ein solcher Beschluss ist bei Auflösung der Gesellschaft oder Insolvenz nicht mehr erforderlich.

§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG regelt die Fälle von **Verrechnungen und Aufrechnungen**. Nach § 19 Abs. 2 GmbHG besteht der Grundsatz, dass eine Aufrechnung durch den Gesellschafter gegen seine Einlageschuld nicht zulässig ist. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bestimmt eine Ausnahme, wonach die Aufrechnung gegen den Anspruch der Gesellschaft nur zulässig ist mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden ist. 15

Das grundsätzlich bestehende Aufrechnungsverbot erfasst auch den Fall einer **Sachübernahme**. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernimmt und die Vergütung auf die Einlageverpflichtung des Gesellschafters angerechnet werden soll. In diesem Fall finden die für Sacheinlagen geltenden Vorschriften Anwendung. Bei einer verdeckten Sachübernahme greift also die Anrechnungslösung ein. Eine gegen das Verbot der Aufrechnung verstoßende Aufrechnung hat keine Rechtswirkung. Anders als bei einer verdeckten Sacheinlage findet also keine Anrechnung statt; vielmehr ist insgesamt keine Erfüllung eingetreten. Eine Aufrechnung gegen den Einlageanspruch der Gesellschaft ist nur dann möglich, wenn die Forderung des Gesellschafters fällig, vollwertig und liquide ist. Anders als bei einer Aufrechnung durch den Einlageschuldner soll eine unter Verstoß gegen diese Voraussetzung erfolgende Aufrechnung durch die Gesellschaft analog § 19 Abs. 4 GmbHG den Gesellschafter in Höhe des Teilwerts der Forderung, mit der aufgerechnet wird, von der Einlageschuld befreien. 16

2.1.2 Sacheinlage

Anstelle der gesetzlich als Regelfall vorgesehenen Geldleistungspflicht können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch vereinbaren, dass die Gesellschafter Sacheinlagen zu erbringen haben. Eine solche **Regelung im Gesellschaftsvertrag** ist wegen der drohenden Differenzhaftung nach § 9 GmbHG wenigstens für zehn Jahre beizubehalten.[1] 17

Sacheinlagen sind alle nicht durch Geld zu bewirkenden Einlagen. Der **Begriff** umfasst sowohl das unmittelbare Einbringen von Vermögensgegenständen als auch mittelbar deren Übernahme durch die GmbH vom Gesellschafter gegen Anrechnung der Vergütung auf die Einlageverpflichtung (sog. Sachübernahme nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). 18

Bei den grundsätzlich von den Gesellschaftern zu bewertenden Sacheinlagen bestehen für Gesellschaftsgläubiger und Mitgesellschafter nicht unerhebliche Risiken, wenn und soweit der Wert der Sacheinlage hinter dem Nennbetrag der dafür übernommenen Geschäftsanteile zurückbleibt. Wegen der bei Vermögensgegenständen stets möglichen Wertschwankun- 19

1 Vgl. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5 GmbHG, Rn. 49.

gen kommt es zur Bestimmung des Sacheinlagewerts auf den Zeitpunkt der Einbringung an. Daher sieht das Gesetz zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und Mitgesellschafter für die Sacheinlage einige **Sondervorschriften** vor. Wollen der oder die Gesellschafter eine Sacheinlage einbringen, sind sie auf die Beachtung der dafür geltenden Sondervorschriften zur Mitteilung (§§ 5 Abs. 4 Satz 1, 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5, 10 Abs. 3 GmbHG), zur Erstellung eines Sachgründungsberichts (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG), zum Gebot der vollständigen Einlageleistung vor Anmeldung zum Handelsregister (§ 7 Abs. 3 GmbHG) verpflichtet. Bei nicht nur unwesentlich überbewerteten Sacheinlagen hat das Registergericht die Eintragung zu versagen (§ 9 c Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Erfolgt die Eintragung gleichwohl, besteht eine Differenzhaftung des Einlegers (§ 9 GmbHG) und subsidiär der Mitgesellschafter (§ 24 GmbHG).

20 **Taugliche Sacheinlagegegenstände** sind dabei bewegliche und unbewegliche Sachen (z. B. KfZ, Grundstücke), unabhängig davon, ob sie ins Eigentum der GmbH übertragen oder nur zur dauernden Nutzung überlassen werden. Ebenso Rechte in Gestalt von Immaterialgüter- und Mitgliedschaftsrechten (z. B. Wertpapiere, Unternehmensanteile, Patente), Forderungen (gegen Dritte, gegen die GmbH selbst oder Befreiung der GmbH von Forderungen Dritter, nicht aber Forderungen gegen Mitgesellschafter) oder Sach- und Rechtsgesamtheiten (z. B. Kundenstamm, Unternehmensteile, Know-how, Goodwill). Nicht einlagefähig ist die Verpflichtung zu eigenen oder fremden Dienstleistungen.

21 Die **Bewertung** der Sacheinlage ist das Kernproblem, über das in der Praxis am häufigsten – meistens unter Beteiligung von Insolvenzverwaltern – gestritten wird. Der Wert der eingebrachten Sache stellt dabei den Höchstwert dar, der auf die geschuldete Einlageverpflichtung des Gesellschafters anzurechnen ist. Ob ein die Einlageverpflichtung übersteigender Wert der Sacheinlage offen als Agio ausgewiesen oder als stille Reserve behandelt wird, ist Sache der Gesellschafter. Besonders schwierig ist die Bewertung bei Sach- und Rechtsgesamtheiten, insbesondere bei Unternehmen, deren Wert sich ständig verändert. Maßgeblich ist dort der Wert zu dem Stichtag, für den die Einbringungsbilanz erstellt wird. Dieses kann auch die letzte Jahresbilanz sein, wenn die Einbringung innerhalb von acht Monaten nach dem Stichtag der Jahresbilanz zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird.

22 Ob die Einlageleistung durch die Sacheinlage vollwertig war, bestimmt sich nach dem **Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung**. Auch Wertminderungen danach bis zur Eintragung im Handelsregister verbleiben aufgrund der Vorbelastungs- und Unterbilanzhaftung im Risikobereich des einlegenden Gesellschafters.

23 Um den Registergericht eine Prüfung der Werthaltigkeit der Einlage zu ermöglichen, haben sämtliche Gesellschafter (also auch Bareinleger) einen

Sachgründungsbericht zu unterschreiben, in dem die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände, also wertbestimmenden Eigenschaften, darzulegen sind (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Falschangaben sind strafbar (§ 82 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Zwingende inhaltliche Erfordernisse bestehen nicht. Lediglich bei der Einbringung eines Unternehmens sind die beiden letzten Jahresergebnisse anzugeben.

24 In der Praxis wird häufig versucht, die Anforderungen an eine Sachgründung dadurch zu umgehen, dass z. B. ein Gesellschafter eine Bareinlage leistet und die GmbH ihm dann dafür im Gegenzug einen Vermögensgegenstand abkauft. Formal handelt es sich dabei zwar um eine Bareinlage mit anschließendem Umsatzgeschäft. Eine Gesamtschau zeigt allerdings, dass das Vermögen der GmbH durch einen Vermögensgegenstand und nicht durch eine Geldzahlung vermehrt werden und damit eine Sachgründung verdeckt bzw. verschleiert werden sollte (sog. „**verdeckte Sacheinlage**" oder „**verschleierte Sacheinlage**"). Die Gestaltungen in der Praxis sind vielfältig, sie reichen vom einfachen Hin- und Herzahlen über Aufrechnungen bis hin zur Instrumentalisierung Dritter. Ihnen begegnet das GmbHG in § 19 Abs. 4 GmbHG, wonach der Gesellschafter in diesen Fällen von seiner Geldeinlagepflicht nicht befreit wird und die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung wirksam sind. Allerdings wird auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters 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.

2.1.3 Mischeinlage

25 Vereinbaren können die Gesellschafter auch, dass Einlagepflichten **teils durch Bar- und teils durch Sacheinlage** erfüllt werden. Man spricht dann von einer Mischeinlage. Bei der Mischeinlage müssen für den jeweiligen Teil die entsprechenden Regelungen der Bar- bzw. Sacheinlage erfüllt sein. Im Übrigen gelten keine Besonderheiten.

2.1.4 Gemischte Sacheinlage

26 Soweit der Wert der vom Gesellschafter zu erbringenden Sacheinlage den geschuldeten **Einlagebetrag übersteigt**, spricht man von einer gemischten Einlage. Der überschießende Betrag wird dann dem Gesellschafter beispielsweise in der Form eines Darlehens gutgebracht.

2.1.5 Verdeckte Sacheinlage

27 In der Praxis wird häufig versucht, die für den Fall der Sacheinlage geltenden gläubigerschützenden Vorschriften zu umgehen. Mit dem Institut der verdeckten Sacheinlage wird das **Ziel** verfolgt, solchen Umgehungen vorzubeugen.

28 Nach der Rechtsprechung des BGH[2] liegt **begrifflich** eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einlegenden aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Entsprechendes gilt bei verdeckter Einbringung sonstiger Gegenstände, welche als Sacheinlage eingebracht werden könnten, wie z. B. eine bei Vorbegründung der Einlageschuld entstandene Altforderung des Gesellschafters.[3]

29 Voraussetzung einer verdeckten Sacheinlage ist aber, dass überhaupt eine **sacheinlagefähige Leistung** vorliegt. Verpflichtungen zur Dienstleistung können nicht Gegenstand von Sacheinlagen sein, weswegen in diesen Fällen auch die Annahme einer verdeckten Sacheinlage scheitert, wenn ein Gesellschafter nach Barkapitalerhöhung Dienstleistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die ihm vergütet werden.

30 Unschädlich ist es für einen GmbH-Gesellschafter, wenn er mit der GmbH im Zusammenhang mit der gesellschaftsvertraglich geschuldeten Bareinlage entgeltliche **Dienstleistungen** vereinbart. Die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage sind nicht anzuwenden.

31 Die Umgehung der registergerichtlichen Wertdeckungskontrolle gemäß §§ 9 c Abs. 1 Satz 2, 57 a GmbHG hat in den Fällen der verdeckten Sacheinlage zur **Folge**, dass der Gesellschafter durch scheinbare Leistung seiner Bareinlage von seiner entsprechenden Einlagepflicht nicht befreit wird. Allerdings ist der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstands nach Maßgabe des § 19 Abs. 4 Satz 3 bis 5 GmbHG auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht anzurechnen. In Höhe des Werts des eingebrachten Vermögensgegenstands wird der Gesellschafter von seiner Einlageschuld befreit. Hinsichtlich eines Fehlbetrages greift die Differenzhaftung des Gesellschafters nach § 9 GmbHG.

32 Die **Beweislast** für den Wert der Sacheinlage trägt der Gesellschafter (§ 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG). Dieses kann insbesondere dann zu erheblichen Schwierigkeiten führen, wenn – wie oftmals – die Verwirklichung des Tatbestands des § 19 Abs. 4 GmbHG erst sehr spät zu Tage tritt.

2.2 Bilanzieller Ausweis der Einlageleistung

33 Nach § 42 Abs. 1 GmbHG ist das Stammkapital der GmbH auf der Passivseite der Bilanz als **gezeichnetes Kapital** auszuweisen und mit seinem Nennbetrag anzusetzen (§ 272 Abs. 1 Satz 2 HGB). Dabei ist gezeichnetes Kapital nur der Betrag des Stammkapitals, der am Bilanzstichtag im Han-

2 BGHZ 180, 138 – Qivive.
3 BGHZ 166, 8 – Cash-Pool.

delsregister eingetragen ist. Kapitalveränderungen erlangen erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister Wirksamkeit und sind daher auch erst dann zu berücksichtigen.

Der Posten „Gezeichnetes Kapital" ist nicht um die Höhe der ausstehenden Einlagen zu kürzen, sondern die **ausstehenden Einlagen** sind als Korrekturposten gesondert anzugeben. Nach § 272 Abs. 1 Satz 3 HGB sind die nicht eingeforderten ausstehenden Einlagen auf das gezeichnete Kapital, also die von den Gesellschaftern ausstehenden Bareinlagen, von dem Posten „Gezeichnetes Kapital" offen abzusetzen. Der eingeforderte, aber noch nicht einbezahlte Einlagenbetrag ist auf der Aktivseite unter dem Posten „B. II. 4 Forderungen" auszuweisen und entsprechend zu bezeichnen (§ 266 Abs. 2 HGB). **34**

2.3 Rechtsfolgen nicht oder nicht rechtzeitig erbrachter Einlage

Die Rechtsfolgen einer nicht oder nicht rechtzeitig erbrachten Einlageleistung bestimmen sich nach den §§ 20 ff. GmbHG. Mit Ausnahme der Regelung nach § 20 GmbHG, wonach bei nicht rechtzeitiger Einzahlung der säumige Gesellschafter Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB schuldet, sind die Rechtsfolgen **unabdingbar** (§ 25 GmbHG). Da Sacheinlagen bereits vor Handelsregisteranmeldung voll zu leisten sind, beziehen sich die Sanktionen nur auf offene Bareinlagepflichten, entweder aus einer Bareinlage, aus einer Mischeinlage oder aber aus einer fehlgeschlagenen oder minderwertigen Sacheinlage. **35**

Säumige Gesellschafter, die erfolglos zur Zahlung aufgefordert wurden, können nach § 21 GmbHG aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (**Kaduzierung**). Sie verlieren nach § 21 Abs. 2 GmbHG ihren Geschäftsanteil samt einer etwaig bereits erbrachten Einlage zugunsten der GmbH, bleiben aber trotz Kaduzierung in Höhe der ausstehenden Einlage der GmbH „verhaftet". Eine Haftung besteht in diesem Fall auch für die Rechtsvorgänger eines ausgeschlossenen Gesellschafters. Auch diese können nach erfolgloser Kaduzierung in Anspruch genommen werden (§ 22 GmbHG), allerdings beschränkt auf die innerhalb von fünf Jahren seit Anmeldung des Anteilsübergangs auf den Rechtsnachfolger eingeforderten Einlagen. Bei Zahlung des rückständigen Betrags erwirbt der Rechtsvorgänger den Geschäftsanteil. **36**

Ist die Zahlung des rückständigen Betrages von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die GmbH den Geschäftsanteil im Wege öffentlicher Versteigerung **verwerten** lassen (§ 23 GmbHG). Ein Mehrerlös steht der GmbH zu, während bei einem Mindererlös der Ausgeschlossene weiterhin haftet. Eine andere Art des Verkaufs ist nur mit Zustimmung des ausgeschlossenen Gesellschafters zulässig. **37**

38 Soweit alle Versuche, die eingeforderte Stammeinlage vom säumigen Gesellschafter, dessen Rechtsvorgängern oder durch Verwertung des Geschäftsanteils zu erhalten, gescheitert sind, riskiert jeder Gesellschafter, also auch nachträglich ausscheidende oder erst kurz zuvor eingetretene Gesellschafter, für die nicht geleisteten Einlagen aller Mitgesellschafter in Anspruch genommen zu werden. Nach § 24 GmbHG besteht eine **Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter**, den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen.

39 Keinen Verstoß gegen das Gebot der effektiven Kapitalaufbringung stellt es dar, wenn die GmbH den **Gründungsaufwand** übernimmt und damit ihr Anfangsvermögen mindert. Dieses setzt allerdings voraus, dass die Höhe der Vorbelastung im Gesellschaftsvertrag mit einem Höchstbetrag offengelegt wird, wobei hierauf im Gesellschaftsvertrag wenigstens für eine Zeit von fünf Jahren hinzuweisen ist. Dann handelt es sich bei den Gründungskosten wie etwa Notar-. Anwalts- und Gerichtskosten, die bis zur Höhe von 10 % des Stammkapitals von den Registergerichten anerkannt werden, um abzugsfähige Betriebsausgaben der GmbH. Verstoßen die Gesellschafter hiergegen, machen sie sich schadensersatzpflichtig. Steuerlich handelt es sich dann um eine verdeckte Gewinnausschüttung.

3. Kapitalerhöhung

3.1 Allgemeines

40 Bei einer Kapitalerhöhung steht meistens die **Zuführung weiterer Betriebsmittel** zur finanziellen Stärkung der GmbH im Vordergrund, um hierdurch Wachstum oder aber auch nur den Ausgleich eingetretener Verluste zu ermöglichen. Durch die Erhöhung des in der GmbH gebundenen Eigenkapitals werden die Kreditwürdigkeit und damit auch Fremdfinanzierungsmöglichkeiten verbessert. Erforderlich werden Kapitalerhöhungen in der Praxis oftmals auch im Rahmen von Umwandlungsvorgängen.

41 Da bei einer Kapitalerhöhung die Gesellschafterstruktur und deren Beteiligungsquoten aufgrund bestehender Bezugsrechte meist nicht wesentlich geändert werden können, nutzt die Praxis zur Sanierung einer notleidenden GmbH üblicherweise den sog. **Kapitalschnitt**. Dabei handelt es sich um eine Kombination einer vereinfachten (nominellen) Kapitalherabsetzung ohne Rückzahlung des Stammkapitals verbunden mit einer (effektiven) Kapitalerhöhung durch Zuführung neuen Kapitals.

42 Eine Kapitalerhöhung führt nicht zwangsläufig zu einer Erweiterung der Kapitalbasis der GmbH, sondern führt lediglich zu einer Erhöhung des in der Bilanz ausgewiesenen gezeichneten Kapitals, also des im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals. Da hierzu der im Gesellschaftsvertrag