

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 184736****letzte Aktualisierung: 29. November 2021****AktG §§ 6, 23, 27, 33a, 182****Sachkapitalerhöhung bei der AG; Einlagefähigkeit von Kryptowährungen; Bewertung von Kryptowährungen****I. Sachverhalt**

In einer AG soll das Grundkapital erhöht werden. Im Wege der (Sach-)Einlage sollen Token einer Kryptowährung eingebracht werden.

II. Fragen

1. Kann mittels Kryptowährungen bzw. dem zugehörigen Token die Bareinlageverpflichtung im Rahmen einer Kapitalerhöhung erfüllt werden?
2. Kann eine Kryptowährung bzw. der zugehörige Token im Wege der Sachkapitalerhöhung in die Gesellschaft eingelegt werden?
3. Welche Anforderungen sind an die Werthaltigkeit zu stellen?

III. Zur Rechtslage**1. Keine Bareinlagefähigkeit von Kryptowährungen**

Ungeachtet dessen, wie man die rechtliche Qualität einer Kryptowährung einordnen mag (grundlegend zur Thematik etwa Walter, NJW 2019, 3609; Shmatenko/Möllenkamp, MMR 2018, 495; Weiss, JuS 2019, 1050), ist jedenfalls zu beachten, dass für den Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses der Betrag in Euro anzugeben ist, um den das Grundkapital erhöht werden soll, § 182 AktG. Hierfür ist § 23 Abs. 3 Nr. 3 AktG zu beachten. Demnach ist der Betrag des Stammkapitals, wie er in der Satzung ausweislich § 23 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu deklarieren ist, nach allg. Ansicht ziffernmäßig in Euro anzugeben (MünchKommAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 115; Grigoleit/Vedder, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 30; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 23 Rn. 28). Zugleich bestimmt § 6 AktG ausdrücklich, dass das Grundkapital auf einen Nennbetrag in Euro lauten muss. Nach § 7 AktG beträgt das Mindeststammkapital der AG 50.000 Euro. Eine andere Währungsangabe ist damit unzulässig und kann auch nicht im Handelsregister eingetragen werden, § 6 AktG (Schmidt/Lutter/Fleischer, AktG, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 5; GroßkommAktG/Mock, 5. Aufl. 2017, § 6 Rn. 4). Erfolgte dennoch eine Eintragung, könnte das Registergericht ein Amtslöschungsverfahren nach § 397 S. 1 FamFG einleiten (Schmidt/Lutter/Fleischer, § 6 Rn. 7; GroßkommAktG/Mock, § 6 Rn. 28).

Hiervon zu unterscheiden ist die anders gelagerte Frage, ob eine auf Euro lautende Bareinlageleistungspflicht durch Zahlungen mittels „digitaler Wertmarken“ in Form von Kryptowährungen i. S. d. § 36 Abs. 2 AktG wirksam bewirkt werden könnte. Eine Barzahlung im eigentlichen Sinne wäre nicht möglich, da dies die (physische) Übereignung inländischer gesetzlicher Zahlungsmittel (§ 14 Abs. 1 S. 1 BBankG) voraussetzt, *in concreto* also eine entsprechende dingliche Einigung und die Übergabe von Geldmünzen oder Banknoten erforderlich ist (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.05.1992 – 20 W 134/92, NJW-RR 1992, 1253, 1255 zur GmbH). Bereits bei der Einlageleistung in einer Fremdwährung wird nur von der Möglichkeit einer Leistung erfüllungshalber ausgegangen. Erst recht gilt dies für „Zahlungsmittel“, die, wie Kryptowährungen, zwar die Funktion von Zahlungsmitteln übernehmen, nach allgemeiner Ansicht aber nicht zu den „gesetzlichen Zahlungsmitteln“ gehören (BeckOK-BGB/Grothe, Std.: 1.2.2020, § 244 Rn. 9). Daneben stellt sich das Problem, dass es einer auf einer Blockchain basierenden Kryptowährungen jeder Körperlichkeit fehlt, so dass eine Barzahlung im eigentlichen Sinne auch bereits deswegen ausscheidet (Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1360).

Auch andere Leistungsformen, die ohne Wertverlust jederzeit zuverlässig in Geld umgesetzt werden können und nach der Verkehrsanschauung der Barzahlung gleichstehen, können als ordnungsgemäße Einzahlung i. S. d. § 36 Abs. 2 AktG qualifiziert werden. § 54 Abs. 3 S. 1 AktG sieht vor, dass die Bareinlageleistung nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift auf ein Konto bei einem Kreditinstitut oder einem nach § 53 Abs. 1 S. 1 oder § 53b Abs. 1 S. 1 oder Abs. 7 KWG tätigen Unternehmen der Gesellschaft oder des Vorstands zu seiner freien Verfügung eingezahlt werden. Bei Kryptowährungen liegen aber gerade nicht die Voraussetzungen des § 54 Abs. 3 S. 1 AktG vor, da ihr Wert jedenfalls nicht bei einem inländischen oder EU-ausländischen Kreditinstitut gutgeschrieben wird. Es liegt gerade kein Buchgeld vor, weil es an einer Guthabenforderung gegenüber einem Kreditinstitut fehlt. Überdies mangelt es bei Kryptowährungen schon an einer Forderung in Form eines Guthabens (Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 245 Rn. 4), da die typischen Kryptowährungen in Form von Wallets, also virtuellen Geldbeuteln, verwahrt werden (Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598, 599). Ob Kryptowährungen als sog. E-Geld qualifiziert werden können, was einen elektronisch gespeicherten monetären Wert in Form einer Forderung gegenüber einem Emittenten voraussetzt, der gegen Zahlung eines Geldbetrages ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge i. S. d. § 675f Abs. 4 S. 1 BGB durchzuführen und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird (vgl. § 1 Abs. 2 S. 3 ZAG), ist damit nicht entscheidend (dagegen Palandt/Grüneberg, § 245 Rn. 5; Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598, 599 f.; Spindler/Bille, WM 2014, 1358; a. A. Beck, NJW 2015, 580).

Allerdings könnten Kryptowährungen womöglich als eine Leistung auf die Bareinlagepflicht eingesetzt werden, die erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) erfolgt. Leistungen, die nicht als „Einzahlung“ im Rechtssinne qualifiziert werden können, können nach allgemeiner Meinung als Erfüllungssurrogate dienen. Derartige Erfüllungssurrogate führen indes nicht zur sofortigen Tilgung der Einlageschuld, sondern vielmehr tritt Erfüllung erst mit Verwertung und nur in Höhe des Verwertungserlöses ein. Scheitert die Verwertung, so bleiben die Gründer bzw. bei der Kapitalerhöhung die Gesellschafter zur Einzahlung in bar verpflichtet und können die ohne Erfüllungswirkung erbrachten Leistungen von der Gesellschaft nach Bereicherungsrecht herausverlangen. Im Sinne solcher Leistungen gelten erfüllungshalber etwa Leistungen auf die Einlageverpflichtung per Scheck, Wechsel oder Devisen erst nach vorbehaltloser Euro-Gutschrift des Gegenwerts zugunsten der AG als erbracht (MünchKommAktG/Pentz, § 36 Rn. 70). Es ist derzeit noch ungeklärt, nicht einmal in der

Literatur diskutiert worden, ob auch „Zahlungen“ mittels Kryptowährungen als taugliche Leistungen erfüllungshalber eingestuft werden könnten. Allerdings verstehen wir die Anfrage auch dergestalt, dass die Kryptowährung nicht als bloßes Erfüllungssurrogat verwandt werden soll, mithin nicht bis zur Anmeldung der Gesellschaft abgewartet werden soll, dass die Kryptowährung verwertet und sodann der Gegenwert der Geschäftsführung zur freien Verfügung zusteht.

2. Grundsätzliche Sacheinlagefähigkeit von Kryptowährungen

Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung von Kryptowährungen dürfte sich als herrschende Linie abzeichnen, dass diese nicht als E-Geld, sondern als bloße Rechnungseinheit (vgl. § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 KWG) einzustufen sind, und zwar ungeachtet dessen, dass diese derzeit keine staatliche Anerkennung genießen, zumal sie funktional als Geldersatz dienen und gewisse Ähnlichkeiten mit Devisen aufweisen (zur Einordnung Zöllner, BKR 2020, 117; ausführlich zur Auslegung des Begriffs „Rechnungseinheit“ Lorenz, ZIP 2019, 1699). Der Begriff der Rechnungseinheit ist seinerseits noch nicht klar definiert, meint aber wohl im Kern eine Maßeinheit, die es ermöglicht, den Wert von Gütern in jener Einheit auszudrücken (Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1362). Diese Einordnung dient aber vor allem der Einordnung im aufsichtsrechtlichen Sinne und ist mithin wenig ergiebig für die zivilrechtliche Bestimmung der Qualität von Kryptowährungen. Insoweit lässt sich zunehmend die Ansicht auffinden, Kryptowährungen seien kaufrechtlich als unkörperlicher „sonstiger Gegenstand“ i. S. d. § 453 BGB einzustufen, der sachenrechtlich trotz fehlender Sacheigenschaft in entsprechender Anwendung der §§ 929 ff. BGB übertragen werden kann (Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1362 f.), wobei die Übertragung konkret ohne Intermediär, aber elektronisch gespeichert und durch komplizierte Algorithmen abgesichert erfolgt (MünchKommBGB/Grundmann, 8. Aufl. 2019, § 245 Rn. 10).

§ 27 Abs. 2 AktG bestimmt, dass Sacheinlagen oder Sachübernahmen nur Vermögensgegenstände sein können, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist; Verpflichtungen zu Dienstleistungen können nicht Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein.

Einigkeit besteht darin, dass der Begriff der „Sacheinlage“ keine Beschränkung auf Sachen i. S. v. § 90 BGB beinhaltet (MünchKommAktG/Pentz, § 27 Rn. 11; Koch, in: Hüffer/Koch, § 27 Rn. 3). Die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Sacheinlage und die maßgeblichen Abgrenzungskriterien sind dagegen umstritten. Als Kriterien werden die Verkehrsfähigkeit und die Übertragbarkeit des Gegenstands, das Innehaben eines selbständigen Vermögenswertes, die Bewertbarkeit des Gegenstands und die Vereinbarkeit des Gegenstands mit dem funktionellen Sinn der Sacheinlage genannt (vgl. ausführlich MünchKommAktG/Pentz, § 27 Rn. 18 ff.; GroßkommAktG/Schall, 5. Aufl. 2015, § 27 Rn. 106 ff.).

Teilweise wird vertreten, dass das zentrale Kriterium der Sacheinlagefähigkeit die funktionale Äquivalenz der Sacheinlage mit dem Geldbetrag, an dessen Stelle sie nach § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG festgesetzt wird, sei (dazu MünchKommAktG/Pentz, § 27 Rn. 18 ff.; ausführlich zur GmbH Ulmer/Casper, in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 55). Dieser Ansicht hat sich das Schrifttum mehrheitlich angeschlossen (so etwa Knobbe-Keuk, ZGR 1980, 214, 215; Bork, ZHR 154, 205, 209; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 Abs. 2 S. 3; Steinbeck, ZGR 1996, 116, 119 ff.; kritisch Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 1993, S. 100). Die Sacheinlage muss „so gut wie Geld“ sein, wozu nicht jeder Beitrag, der aus kaufmännischer Sicht etwas wert ist und der Gesellschaft Aufwendungen erspart, genügt (K. Schmidt, § 20 Abs. 2 S. 3).

Kontur gewinnt der Begriff der „Einlage“ durch Abgrenzung zu dem Begriff des „Beitrags“, wie sie *Bork* und *K. Schmidt* vornehmen (Bork, ZHR 154, 205, 206; K. Schmidt, ZHR 145, 237, 240). Während „Beitrag“ jede zweckfördernde Leistung auf den gemeinsamen Zweck der Gesellschaft sein kann, sind „Einlagen“ nur solche Leistungen, die in das haftende Vermögen des Unternehmensträgers überführt werden und dort Bestandteil des haftenden Vermögens werden (Bork, ZHR 154, 205, 206, K. Schmidt, § 20 Abs. 2 S. 1). Als Kriterium für die Einlagefähigkeit lässt sich daraus ableiten, dass nur ein individualisierbares Wirtschaftsgut, das im Verhältnis zu Dritten, insbes. zu Gläubigern des Inferenten oder eines dritten Sacheigentümers geschützt werden und im Falle der Liquidation oder der Insolvenz der Gesellschaft verwertet werden kann, als Einlage in Betracht kommt (vgl. K. Schmidt, ZHR 154, 237, 248 ff.).

Aufbauend auf dem Gedanken der funktionalen Äquivalenz von Bar- und Sacheinlage lassen sich folgende zwei Merkmale als Voraussetzungen der Einlagefähigkeit festhalten: Zum einen muss der einzulegende Vermögensgegenstand einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert haben, zum anderen muss er zur freien Verfügung des Vorstandes geleistet werden können. Legt man diese allgemeinen Anforderungen an die Sacheinlagefähigkeit eines unkörperlichen Gegenstandes zugrunde, kann eine Annäherung an die Frage, ob Kryptowährungen als Sacheinlage festgesetzt werden können, wie folgt aussehen, ohne dass freilich eine abschließende Bewertung im jetzigen Stadium der Entwicklung möglich wäre. Dem erstgenannten Erfordernis, dass der einzulegende Vermögensgegenstand einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert hat, könnten u. E. Kryptowährungen grundsätzlich genügen. Ihnen kann, sofern der Handel mit der konkret in Betrachtung stehenden Kryptowährung nicht eingestellt wurde, ein freilich äußerst volatiler Marktwert zukommen, der sich auch monetär, also in einer bestimmten Geldsumme, ausdrücken lässt. Schwierigkeiten dürfte allerdings in praktischer Hinsicht die Bewertung bereiten, zumal die Sacheinlage in der Sacheinlagevereinbarung zu keinem höheren Wert als ihrem objektiven Zeitwert auf die Einlageschuld angerechnet werden darf (MünchKommAktG/Pentz, § 27 Rn. 37; GroßkommAktG/Schall, § 27 Rn. 195). Der objektive Zeitwert wiederum ist jener Betrag, um den durch die Übertragung des betreffenden Gegenstandes das Vermögen der Gesellschaft objektiv vermehrt wird, wobei dieser Betrag den zulässigen Höchstwert der Bewertung in der handelsrechtlichen Bilanz nicht überschreiten darf (wohingegen die Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht maßgeblich sind). Diese Komplikationen in praktischer Hinsicht stehen aber der theoretischen Möglichkeit, Kryptowährungen einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert beizumessen, nicht entgegen. Auch dem zweiten Sacheinlageerfordernis, die Möglichkeit den Gegenstand zur freien Verfügung des Vorstands leisten zu können, dürfte u. E. prinzipiell mit Kryptowährungen genügt werden können. Es setzt freilich die Möglichkeit voraus, dass im konkreten Fall dem Vorstand nach Einlageleistung die Kryptowährung zur freien Verfügung stehen können muss. Dieses Erfordernis kann aber erfüllt werden, sofern die Vorstandsmitglieder alleinigen Zugriff auf das Kryptowährungskonto über den Zugang zum sog. Wallet erlangen können. Funktional äquivalent mit Geld sind Kryptowährungen aber nur, wenn sie der Gesellschaft reale Vermögenswerte zuführen, die geeignet sind, als Kapitalgrundlage zur Aufnahme des Geschäftsverkehrs und zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen. Insoweit kommt es auch entscheidend darauf an, ob die Kryptowährungen verwertbar sind, was einen einigermaßen aktiven Markt voraussetzt. Das wiederum hängt von der Art der jeweils gewählten Kryptowährung ab. U. E. bestehen unter diesem Blickwinkel bei manchen Kryptowährungen Restzweifel, ob diese „so gut wie Geld“ übertragbar bzw. verwertbar sind. Prinzipiell lässt sich aber Kryptowährungen auch insoweit nicht die Sacheinlagefähigkeit absprechen.

3. Bewertung und Registerverfahren im Zusammenhang mit der Einlage von Kryptowährungen

Zur Frage, welche Wertnachweise der Registerrichter im Falle einer Sacheinlage verlangen kann, gibt es keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Die Gegenstände der Sacheinlage dürfen auf Einlageverpflichtungen höchstens zu dem ihnen zukommenden Zeitwert angerechnet werden (MünchKommAktG/Pentz, § 27 Rn. 37; GroßkommAktG/Schall, § 27 Rn. 195; vgl. auch das sog. Verbot der Unterpari-Emission nach § 9 Abs. 1 AktG). Der Höchstwert richtet sich bei Gegenständen des Anlagevermögens nach dem Wert, den die Nutzung des Gegenstands für die Gesellschaft hat (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.1995 – II ZR 113/94, GmbHR 1996, 112, 113). Auf den Einzelveräußerungswert, der nicht selten darunter liegen wird, kommt es ebenso wenig an, wie auf die Möglichkeit der Einzelverwertung, soweit es um die Einlagefähigkeit von Vermögensgegenständen geht. Beim Wertansatz immaterieller Vermögenswerte (Urheberrechte, Patente, Know-how) soll aber Vorsicht geboten sein; denn das nicht durch bisherige Verwertungserfolge untermauerte Vertrauen auf ihren etwaigen künftigen Nutzen reiche regelmäßig nicht aus, um ihnen mehr als einen nur geringfügigen Wert beizumessen (allein auf Zukunftsprognosen abstellend aber BGH, Urt. v. 16.2.1959 – II ZR 170/57, BGHZ 29, 300, 306 ff.). Diese Vorsicht dürfte u. E. auch bei der Bewertung besonders volatiler Kryptowährungen geboten sein.

Die Vollwertigkeit der Sacheinlage ist vom Registergericht im Rahmen seiner Kontrollfunktion zu prüfen. Es braucht sich hierzu nicht auf die Angaben in der Satzung und den mit der Anmeldung einzureichenden Unterlagen zu beschränken, sondern kann sich – auch von Amts wegen – weitere Nachweise verschaffen. Letztlich obliegt es der freien Urteilsfindung des Registerrichters, wie er sich von der Vollwertigkeit der Sacheinlage überzeugt und welche Nachweise er hierzu fordert. Pauschale Aussagen hierzu sind nicht möglich. Angesichts der Tatsache, dass bei den hier einzubringenden Gegenständen schon die Sacheinlagefähigkeit nicht unproblematisch ist (soweit sie nicht ohnehin zu verneinen ist), dürfte mit einer intensiven Prüfung durch das Registergericht zu rechnen sein. Freilich spielt dabei auch eine Rolle, wie großzügig die Aktionäre ihrerseits die Einlagegegenstände bewertet haben oder bereits von sich aus Wertabschläge gemacht haben. Die Vorlage selbst erstellter Rechnungen dürfte allerdings kaum ausreichen. Anzudenken wäre etwa, dass zur Nachweiserbringung auf den gewichteten Durchschnittskurs der letzten drei Monate vor dem Tage der tatsächlichen Einbringung wie bei § 33a Abs.1 Nr. 1 AktG abgestellt werden könnte. Ein solches Vorgehen wird bei der Einbringung von Wertpapieren, die starken Kursschwankungen unterliegen, für ausreichend erachtet. Zur Ermittlung des gewichteten Durchschnittskurses ist zunächst für die jeweiligen Handelstage das Produkt aus Kurs und gehandelten Stücken zu errechnen (Kurs x Handelsvolumen), danach sind die sich hieraus für die einzelnen Handelstage ergebenden Beträge zu addieren und durch die Anzahl der im betreffenden Zeitraum insgesamt gehandelten Stücke zu dividieren – das Ergebnis (Wert des Quotienten) ist der gewichtete Durchschnittskurs (MünchKommAktG/Pentz, § 33a Rn. 21). Da Kryptowährungen regelmäßig besonders hohen Kursschwankungen unterliegen, kann es sich ggf. anbieten, den Referenzzeitraum noch zu erweitern, um ein genaueres Bild zu erhalten. Das konkrete Vorgehen sollte vorsorglich mit dem zuständigen Registergericht abgesprochen werden.

4. Erste Erfahrungen in der Gestaltungs- und Beratungspraxis

Aus der notariellen Praxis sind uns bereits Fälle berichtet worden, in denen der Gründer einer GmbH erfolgreich Token einer Kryptowährung als Sacheinlage zur Erbringung des

Stammkapitals eingebracht hatte. Dem Registergericht – welches den Eintragungsantrag nicht beanstandet hat – wurde ein Prüfgutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt. Das Bewertungsgutachten hatte den Durchschnittskurs der Kryptowährung über die letzten drei Monate vor Anmeldung berücksichtigt, aber auch einen Mindestwert festgestellt, unter welchen der Kurs in dieser Zeit nicht gefallen war. An diesem unteren Grenzwert orientierte sich letztlich der Gründer und legte ausgehend von diesem Kurswert das etwa fünffache des satzungsmäßigen Stammkapitals in der Kryptowährung ein. Ob andere Gerichte diese Einschätzung teilen würden, vermögen wir freilich nicht zu prognostizieren.