

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 167948****letzte Aktualisierung: 29. März 2019****GmbHG §§ 19 Abs. 4 u. 5, 56, 56a****Her- und Hinzahlen; Darlehensrückführung an Ehefrau des künftigen Gesellschafters****I. Sachverhalt**

A ist Alleingesellschafter der X-GmbH mit einem Stammkapital in Höhe von 50.000,00 €. B soll im Wege der Kapitalerhöhung als neuer Gesellschafter in die GmbH aufgenommen werden. Das Stammkapital soll hierfür um 50.000,00 € erhöht werden. Die Bareinlage des Erhöhungsbeitrages soll, wie folgt, finanziert/geleistet werden:

Die X-GmbH schuldet der Ehefrau von B noch einen Darlehensbetrag von 50.000,00 €. Der zugrunde liegende Darlehensvertrag soll nun vorzeitig aufgehoben und das Darlehen vorzeitig fällig gestellt, d. h. die Darlehensschuld an die Ehefrau von B vorzeitig getilgt werden. Die Ehefrau von B wird B den Geldbetrag als Darlehen zur Verfügung zu stellen, damit B die 50.000,00 € in die Gesellschaft als Bareinlage einzahlen kann.

II. Fragen

Liegt in der beschriebenen Verfahrensweise eine ordnungsgemäße Leistung des Kapitalerhöhungsbetrages vor, oder ist der Vorgang als „Her- und Hinzahlen“ entsprechend § 19 Abs. 5 GmbHG bzw. als verdeckte Sacheinlage zu werten?

III. Zur Rechtslage**1. Verdeckte Forderungseinbringung**

Würde es sich beim Darlehen nicht um eine Darlehensforderung der Ehefrau des künftigen Gesellschafters, sondern um eine eigene Darlehensforderung des Gesellschafters handeln, läge eine **verdeckte Sacheinlage** i. S. v. § 19 Abs. 4 GmbHG i. V. m. § 56 Abs. 2 GmbHG vor. Der Gesellschafter würde bei wirtschaftlicher Betrachtung der Gesellschaft nicht neues Barkapital zuführen, sondern seine gegen die Gesellschaft gerichtete sog. Altforderung (vgl. BGH NZG 2009, 463 Tz. 8; MünchKommGmbHG/Schwandtner, 3. Aufl. 2018, § 19 Rn. 201 ff.). Es spielt dabei keine Rolle, ob zunächst die Bareinlage gezahlt wird und dann wieder an den Inferenten zurückfließt oder ob erst die Forderung des Inferenten getilgt wird und der erhaltene Betrag als Bareinlage zurückgezahlt wird (BGH DNotZ 2016, 549 Tz. 30).

In **subjektiver Hinsicht** erfordert der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage eine Vorabsprache bzw. Abrede zwischen den Beteiligten, die den wirtschaftlichen Erfolg der Sacheinlage umfasst. Sie muss spätestens zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses vorliegen, wobei die Anforderungen an die Intensität der Abrede gering sind (vgl. MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 19 Rn. 222 ff.). Für die Praxis ist vor allem maßgeblich, dass ein objektiver enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinzahlung und Forderungstilgung nach der Auffassung des BGH die Vermutung begründet, dass die objektive Umgehung der Sachkapitalaufbringungsvorschriften im Sinne einer Verwendungsabsprache von Anfang an in Aussicht genommen wurde (vgl. BGH DNotZ 2016, 549 Tz. 30).

Im vorliegenden Fall wurde eine solche Absprache in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Einbringung getroffen.

2. Einbeziehung nahestehender Personen

Fraglich ist, ob sich etwas daraus ergibt, dass nicht der **Inferent B selbst der Darlehensgeber** ist, sondern dessen **Ehefrau**.

Im Ausgangspunkt ist es allgemein anerkannt, dass der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage auch dann erfüllt sein kann, wenn anstelle der Gesellschaft oder des Inferenten Dritte am Sachgeschäft beteiligt sind, egal auf welcher Seite, sofern der oder die Inferenten durch die Leistung an den Dritten mittelbar in gleicher Weise begünstigt werden, wie durch eine unmittelbare Leistung an sie selbst (BGH NJW 1990, 982, 986; NJW 1991, 1754, 1756; MittBayNot 1994, 344; DNotZ 2003, 223; DNotZ 2007, 708).

Demgegenüber genügt allein ein **persönliches Näheverhältnis** des Inferenten zum Darlehensgeber, wie z. B. seinem Ehegatten, nach der h. M. (ohne Hinzutreten weiterer Umstände) **nicht** (BGH NZG 2011, 667; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 19 Rn. 224). So liegt in der Tilgung eines vom Ehegatten des Inferenten gewährten Darlehens mit der Bareinlage nur dann eine verdeckte Sacheinlage, wenn das **Darlehen wirtschaftlich vom Inferenten gewährt** wurde oder die Einlage mit Mitteln bewirkt wird, die dem Inferenten vom Ehegatten zur Verfügung gestellt worden sind (BGH NZG 2011, 667; Heidinger/Berkefeld, in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 185). Ebenso hat es der BGH für den Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage ausreichen lassen, dass zwischen dem Inferenten, dessen Mutter und der Gesellschaft eine Absprache über eine Ausschüttung bzw. Darlehensrückzahlung an die Mutter und eine Leistung der Bareinlage durch die Mutter getroffen wurde (BGH NJW 1991, 1754, 1756). Im vorliegenden Fall wurde eine **Absprache über die vorzeitige Darlehensrückzahlung** mit der Ehefrau des B getroffen, um **B die Einbringung der Bareinlage zu ermöglichen**. Der Geldbetrag zirkuliert und fließt absprachegemäß von der Gesellschaft über die Ehefrau an B, welcher der Gesellschaft den Geldbetrag wieder einzahlt. Außerdem erwirbt die Ehefrau gegen B einen Darlehensanspruch. Der Fall kann u. E. nicht anders behandelt werden, als wenn B seiner Ehefrau den Darlehensanspruch gegen die Gesellschaft gegen Gewährung eines (weiteren) Darlehens abkaufen und sodann als Sacheinlage einbringen würde. Aufgrund des Zusammenwirkens der Beteiligten liegt es nahe, dass man B und seine Ehefrau als Einheit betrachten und von einer verdeckten Einbringung der Darlehensforderung der Ehefrau des B als Sacheinlage ausgehen muss. Im Ergebnis erlangt die Gesellschaft keine neue Liquidität, sondern nur Befreiung von einer Verbindlichkeit.

Wir gehen daher vom Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage aus.

Liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, scheidet ein Fall des Hin- und Herzahlens nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG aus.