

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 184139****letzte Aktualisierung: 16. Juli 2021**

**GmbHG §§ 53 Abs. 1, 54, 55, 56a, 57, 7 Abs. 2; AktG §§ 241 Nr. 2, 242 Abs. 1; BGB § 125
Formnichtiger Kapitalerhöhungsbeschluss; formnichtige Übernahmeerklärung; Heilung
durch Eintragung; Voreinzahlung**

I. Sachverhalt

Ein Notarvertreter beurkundete eine Kapitalerhöhung bei einer GmbH. Wegen fehlerhafter Vertreterbestellung war die Beurkundung jedoch unwirksam und der Beschluss damit formnichtig. Der Erhöhungsbetrag wurde einbezahlt und die Erhöhung im Handelsregister eingetragen.

II. Fragen

1. Ist durch die Einzahlung auf den nichtigen Beschluss (vor dem Wirksamwerden durch Eintragung analog § 242 Abs. 1 AktG) die Einlageverpflichtung erfüllt worden?
2. Wenn nein: Wie kann der Mangel behoben werden?

III Zur Rechtslage**1. Heilung von Kapitalerhöhungsbeschluss und Übernahmeerklärung**

Ein **Kapitalerhöhungsbeschluss**, der entgegen § 53 Abs. 1 GmbHG nicht wirksam beurkundet wurde, ist entsprechend § 241 Nr. 2 AktG nichtig (vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 53 Rn. 69a; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 53 Rn. 18). Jedoch wird die Nichtigkeit nach allgemeiner Ansicht durch Eintragung der Erhöhung im Handelsregister (§ 54 GmbHG) analog § 242 Abs. 1 AktG geheilt (BGH NJW 1996, 257, 258; Hermanns, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 57 Rn. 54; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 57 Rn. 44; MünchKommGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 57 Rn. 53; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 57 Rn. 41; BeckOK-GmbHG/Ziemons, Std.: 1.5.2021, § 57 Rn. 56; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 57 Rn. 23).

Hinsichtlich der Einlagepflicht ist zu bedenken, dass sie nicht entscheidend durch den Erhöhungsbeschluss, sondern durch den **Übernahmevertrag** begründet wird (BGH NJW 1999, 1252, 1253; NZG 2015, 1396 Rn. 16; BayObLG NZG 2002, 585, 586; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 55 Rn. 33; Sustmann, NZG 2004, 760, 761; Scholz/Priester/Tebben, § 56a Rn. 16; Heidinger/Berkefeld, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 17). Wir gehen

davon aus, dass im vorliegenden Fall auch die Beglaubigung der Übernahmeerklärung (vgl. § 55 Abs. 1 GmbHG) nicht wirksam erfolgt ist, da die Erklärung häufig in die Kapitalerhöhungsurkunde aufgenommen wird. Die Missachtung der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG führt zur Nichtigkeit der Übernahmeerklärung (RGZ 50, 47, 48; Scholz/Priester/Tebben, § 55 Rn. 82). Jedenfalls würde aber dieser Formmangel gleichermaßen durch die Eintragung der Kapitalerhöhung geheilt (BGH NZG 2018, 29 Rn. 35; MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 131; Scholz/Priester/Tebben, § 55 Rn. 83; Baumbach/Hueck/Servatius, § 55 Rn. 32; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, § 55 Rn. 76).

Wäre tatsächlich nur der Kapitalerhebungsbeschluss nichtig gewesen, die Übernahmeerklärung hingegen formwirksam abgegeben und der Übernahmevertrag durch korrespondierende Annahmeerklärung der Gesellschaft geschlossen worden, so wäre die Einzahlungspflicht *vor* Eintragung der Kapitalerhöhung wohl ebenso wenig entstanden. Zwar kann der Übernahmevertrag dem Kapitalerhebungsbeschluss sogar vorangehen, Verpflichtungen daraus dürften jedoch regelmäßig erst mit dem (wirksamen) Kapitalerhebungsbeschluss entstehen (Baumbach/Hueck/Servatius, § 55 Rn. 39; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 62; Sustmann, NZG 2004, 760, 761).

2. Voreinzahlung

Die Heilung von Kapitalerhebungsbeschluss und Übernahmeerklärung (Übernahmevertrag) ändert auf den ersten Blick nichts an der Voreinzahlung im Stadium vor der Eintragung. Eine Zahlung auf eine noch nicht entstandene Einlagepflicht wäre also nur dann schuldtilgend, wenn die Einlage **im Zeitpunkt der Einlagepflichtentstehung noch „gegenständiglich“** (durchgehendes Kontoguthaben in Höhe der Einlageleistung) **vorhanden** gewesen wäre (BGH NJW 2004, 2592; NJW 2007, 515 Rn. 13; DStR 2016, 923 Rn. 18; OLG Brandenburg BeckRS 2017, 140653, Rn. 75; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 56 Rn. 19; strenger Berkefeld, notar 2019, 313, 314: Vorleistung nur dann rechtssicher schuldtilgend, wenn auf Sonderkonto überwiesen oder auf reguläres nichtüberzogenes Geschäftskonto, von dem im relevanten Zeitraum nichts abgebucht wurde). **Bei verbrauchter Leistung** müssten die strengen Anforderungen nach BGH NJW 2007, 515 Rn. 15 ff. erfüllt sein (Stichwort **„Sanierungsfall“**), wofür es im konkreten Fall keine Anhaltspunkte gibt. Fehlte es an diesen Voraussetzungen, so wäre die Einlagepflicht ungetilgt. Der Bereicherungsanspruch des oder der Gesellschafter aus der fehlgeschlagenen Kapitalerhöhung könnte dann evtl. im Rahmen einer offenen Sachkapitalerhöhung eingebracht werden (vgl. BGH DStR 2016, 923 Rn. 26). Freilich ist zu bedenken, dass im vorliegenden Sonderfall die **Kapitalerhöhung bereits eingetragen** wurde und es nicht um den Anschluss einer weiteren Sachkapitalerhöhung gehen kann. Es müsste vielmehr möglich sein, die eingetragene Erhöhung retrospektiv in eine Sachkapitalerhöhung umzuwidmen. Dieses Verfahren war vor dem MoMiG zur Heilung der verdeckten Sacheinlage anerkannt (BGH NJW 1996, 1473; NJW 2003, 3127). Heute lässt sich die **Umwidmung** angesichts des neu gefassten § 19 Abs. 4 GmbHG **zweifelhaft** finden (Heidinger/Knaier, GmbHR 2015, 1; Zöllner/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 56 Rn. 15), es sei denn, man wendete sie auf die hier vorliegende Konstellation der nicht schuldtilgenden Vorleistung an, in der das Gesetz keine Heilung oder sonstigen Ausweg bereithält.

Fraglich ist aber, ob eine Heilung durch Umwidmung überhaupt nötig ist. Auch im GmbH-Recht soll die **Heilung analog § 242 AktG** nämlich **rückwirkende Kraft** haben (Scholz/Priester/Tebben, § 54 Rn. 57; Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 47 Rn. 29; vgl. auch BeckOK-GmbHG/Trölitzsch, Std.: 1.5.2021, § 54 Rn. 18a; zur AG BeckOGK-AktG/Casper, Std.: 1.6.2021, § 242 Rn. 13; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl.

2020, § 242 Rn. 7). *K. Schmidt/Bochmann* (in: Scholz, 12. Aufl. 2021, § 45 Rn. 88) weisen indes darauf hin, dass die Rückwirkung bei Beschlüssen, die bereits im fehlerfreien Zustand erst mit Eintragung wirksam werden, leerläuft. Vor dem Zeitpunkt der Eintragung könnte also auch der ordnungsgemäß beurkundete Beschluss nicht wirksam werden. Das dürfte dann ebenso für die nicht beglaubigte **Übernahmeerklärung** gelten. Diese wird lediglich als Annex zum Kapitalerhöhungsbeschluss geheilt, die Heilung mit Eintragung ist also nicht selbstverständlich, denn die Übernahmeerklärung wird nicht in das Handelsregister eingetragen (vgl. MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 131). Dies würde dafür sprechen, dass die Übernahmeerklärung nicht weitergehend geheilt wird als der Kapitalerhöhungsbeschluss und es damit im Zeitraum vor Eintragung bei einer Voreinzahlung bliebe. Anders klingen jedoch die Ausführungen von *Wertenbruch* (in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 142), wonach eine Berufung auf die Nichtigkeit auch für den Zeitraum zwischen Beschlussfassung und Eintragung nunmehr ausgeschlossen sei (ebenso Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Anh. § 47 Rn. 242). Wenn der Formmangel mit der Eintragung schlechthin keine Rolle mehr spielte, könnte er auch die Übernahmeerklärung als Grundlage der Einlagezahlung nicht in Frage stellen.

Dafür könnte evtl. auch die Entscheidung des BGH v. 17.10.2017 (NZG 2018, 29) sprechen. Darin ließ der BGH die Frage nach der mangelhaften Beurkundung der Übernahmeerklärung offen (NZG 2018, 29 Rn. 34), weil der Formmangel seines Erachtens zumindest durch Eintragung geheilt worden war. Die Heilung begründete der BGH (NZG 2018, 29 Rn. 35) mit dem Vertrauen des Geschäftsverkehrs auf die ungeschmälerte Erhaltung der im Register eingetragenen Kapitalgrundlage. Geltend gemacht werden könne lediglich das Fehlen der Übernahmeerklärung und deren nicht zurechenbare Veranlassung. Das dürfte zugleich bedeuten, dass ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch der Übernehmer ausscheidet (eben gerade im Unterschied zur Rechtslage *vor* der Eintragung, vgl. dazu GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, § 55 Rn. 76). Dies sollte aber nicht nur zugunsten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger wirken, sondern auch zugunsten der Übernehmer. Ansonsten träte die **wertungswidersprüchliche Situation** ein, dass sowohl die Einlageschuld ungetilgt bliebe als auch der Bereicherungsanspruch des Übernehmers entfiele. Der BGH hat im Übrigen im genannten Urteil das Voreinzahlungsproblem nicht angesprochen. Sichere Rückschlüsse lassen sich aus der Entscheidung daher nicht ziehen, auch weil im entschiedenen Fall immerhin der Kapitalerhöhungsbeschluss wirksam beurkundet worden war.

3. Fazit

Es ist u. E. denkbar, dass sich das Voreinzahlungsproblem durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister erledigt hat. Da die Frage in ihrer konkreten Ausprägung noch nicht entschieden wurde, muss die **Rechtslage** am Ende jedoch als **ungewiss** gelten.