

und Meinungsstand³⁹⁴). Allerdings wird auch hierzulande bereits die analoge Verwertung der deutschen Vorschriften gefordert³⁹⁵). Auch werden ähnliche Überlegungen bei der Sicherheitenbestellung up-stream vorgetragen³⁹⁶). Darauf ist zurückzukommen³⁹⁷).

b) Meinungsstand

aa) Literatur

Zur Zulässigkeit der Stafetten-Gründung³⁹⁸) liegen, soweit ersichtlich, nur zwei Arbeiten, jedoch mit diametralen Ergebnissen vor³⁹⁹). Beide widmen sich der GmbH. Für Österreich fehlt eine spezifische Bearbeitung. Bedenken werden hinsichtlich der Kapitalaufbringung⁴⁰⁰) geäußert. Fraglich sei demnach, ob eine verdeckte Sacheinlage vorliege bzw, ob sich die eingezahlten und durchgeleiteten Beträge in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Überdies sei der durch die Gründungskosten auftretende Kapitalabgang problematisch.

Auch *Koppensteiner* hat sich mit verdeckten Sacheinlagen im Vertikalverhältnis befasst. Ausgangspunkt war zwar eine horizontale Vermögensverschiebung. Indes soll die Richtung, in die die im Zuge einer Kapitalerhöhung erhaltenen Barmittel transferiert werden, im Unternehmensverbund überhaupt keine Rolle spielen, sofern nur die übrigen Tatbestandsmerkmale einer verdeckten Sacheinlage vorliegen⁴⁰¹).

³⁹⁴) FN 371 ff.

³⁹⁵) So zB *Schopper*, NZ 2009, 264f (zumindest missverständlich jedoch Seite 265, wo es heißt: „Eine verdeckte Sacheinlage (?) wird daher zumindest dann anzunehmen sein, wenn bereits bei der Begründung der Bareinlagepflicht zwischen den Beteiligten verabredet war, dass die Bareinlage nach der Einzahlung alsbald als Darlehen an den Inferenten zurückfließen soll. In diesem Fall (?) ist neben der Vollwertigkeit des Rückforderungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auch zu fordern, dass die Absprache zwischen Gesellschaft und Gesellschafter in den Gesellschaftsvertrag oder in den Kapitalerhöhungsbeschluss aufgenommen wird“).

³⁹⁶) S *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rn 17 a; *dies*, GesRZ 1999, 86 ff, 144 ff; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 52 Rn 18 f, je mwN.

³⁹⁷) Zu Sicherheiten unten Text bei FN 927 ff.

³⁹⁸) Zum Begriff bereits oben bei FN 302.

³⁹⁹) *Salzig*, NotBZ 2005, 422ff („verdeckte Sacheinlage“), und *Wälzholz/Bachner*, NZG 2006, 361 ff, in Auseinandersetzung mit *Salzig* aaO („unproblematisch“). Nach *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG²⁰ § 19 Rz 46, jedoch unter Verweis auf *Wälzholz/Bachner*, NZG 2006, 361 (!) kann sog Stafetten-Gründung je nach Gestaltung verdeckte Sacheinlage enthalten.

⁴⁰⁰) Zutreffenderweise bejaht bzw gar nicht weiter verfolgt werden die auch hier nicht relevanten Fragen, ob eine Vorgesellschaft überhaupt als Gründerin auftreten kann und ob ein solcher Akt vom Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane der Vorgesellschaft gedeckt ist, näher dazu nur *Wälzholz/Bachner*, NZG 2006, 362; für Ö etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rn 19 ff; *U. Torggler*, Verbandsgründung 223 ff, je mit umfangreichen wN.

⁴⁰¹) GeS 2007, 283 f.

Nun kann aber, was die Kapitalaufbringung anlangt, kein Unterschied zwischen Gründung der Gesellschaft und Erhöhung ihres Kapitals bestehen. Das haben auch die beiden erstgenannten Autoren erkannt. Denn sie untermauern so wie auch *Koppensteiner* ihren jeweiligen Standpunkt mit Urteilen, wo verdeckte Sacheinlagen bei Kapitalerhöhungen zur Debatte standen. So habe der BGH bereits 1992 und auch später⁴⁰²⁾ ausgesprochen, dass keine verdeckte Sacheinlage vorliege, wenn das im Rahmen einer Kapitalerhöhung bei der Tochter eingezahlte Stammkapital zur Gründung einer Enkelin verwendet wird. Genau das Gegenteil könnte sich indes aus einer anderen Entscheidung des BGH ergeben⁴⁰³⁾.

Die soeben zitierten Urteile sind auch für die nachfolgende Untersuchung von zentraler Bedeutung⁴⁰⁴⁾. Sachverhalt und Entscheidungsgründe werden deshalb vorab dargestellt.

bb) Rechtsprechung

(1) BGH WM 1992, 1432

Die E-GmbH wurde 1982 mit einem Stammkapital von DM 100.000,- gegründet. Alleingesellschafter und Geschäftsführer war der nunmehrige Beklagte. Rund ein halbes Jahr nach Eintragung wurde das Stammkapital auf DM 420.000,- erhöht. Die zusätzliche Einlage übernahm ebenfalls der Beklagte.

Schon 1983 wurde über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter klagte den Alleingesellschafter auf Zahlung der gesamten Stammeinlagen. Sowohl das ursprüngliche Stammkapital wie auch der Erhöhungsbetrag seien nicht wirksam an die GmbH geflossen. Letzteres sei vor allem deswegen der Fall gewesen, weil das Erhöhungskapital von vornherein zur Gründung einer weiteren Gesellschaft, namentlich der I-GmbH bestimmt gewesen und auch an diese weitergeleitet worden sei. Die Gemeinschuldnerin habe daher in Wirklichkeit kein Bargeld, sondern die Beteiligung an der I-GmbH und damit eine verdeckte Sacheinlage erhalten.

Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichtes, das die zuletzt wiedergegebene Rechtsmeinung geteilt hat, auf. Die Begründung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Der Gerichtshof verweist zunächst darauf, dass schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, auch wenn sie zwischen dem Einleger und der Gesellschaft

⁴⁰²⁾ BGH 22. 6. 1992, II ZR 30/91 WM 1992, 1432, 1433ff = GmbHR 1992, 601, 603 = ZIP 1992, 303, 305 (Entscheidung nicht in BGHZ veröffentlicht), bestätigt durch BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113.

⁴⁰³⁾ BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95 BGHZ 132, 133.

⁴⁰⁴⁾ Insbesondere beruft sich nunmehr auch der OGH auf diese Rechtsprechung und bejaht die Anwendbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage auch im Konzern; vgl. OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 68/13k GES 2014, 235, 237f (dort sub 2.3. und 2.7.), wo insbesondere auch auf BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113, abgestellt wird.

getroffen werden, unschädlich seien, wenn sie lediglich der Erreichung bestimmter geschäftlicher Zwecke dienen und nicht dazu bestimmt sind, die eingezahlten Mittel wieder an die Gesellschafter zurückfließen zu lassen⁴⁰⁵). Im gegenständlichen Fall sei kein solcher Rückfluss gegeben, weil der Beklagte (über die Gemeinschuldnerin) nur mittelbar an der I-GmbH beteiligt war. Wären auch solche Fälle vom Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage erfasst, dann würde eine im voraus abgesprochene Investition oder Schuldentilgung aus Einlagemitteln der Erfüllung der Bareinlageverpflichtung entgegenstehen, weil sie dem Einleger selbst über seine Beteiligung an der Gesellschaft zugute kommt. Das wäre ein wirtschaftlich unhaltbares Ergebnis⁴⁰⁶).

Aber auch die Sachkapitalerhöhungsvorschriften seien nicht umgangen worden. Das Berufungsgericht hatte darauf abgestellt, dass der Beklagte die Beteiligung an der I-GmbH selbst erwerben und sie sodann im Wege einer Kapitalerhöhung als Sacheinlage in die Gemeinschuldnerin einbringen hätte können. Indes liege deswegen nicht schon eine verdeckte Sacheinlage vor. Eine solche könne allerdings in Betracht kommen, wenn der Einleger das Wirtschaftsgut, das die Gesellschaft für das eingelegte Geld anschafft, als Sacheinlage hätte einbringen können⁴⁰⁷). Sei das der Fall, dann stellt die Aufspaltung in eine Bargründung oder -kapitalerhöhung und das Umsatzgeschäft über den der Gesellschaft überlassenen Gegenstand unter bestimmten Voraussetzungen eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen dar. Das setze aber voraus, dass das Umsatzgeschäft mit dem Einleger selbst abgeschlossen wird. Eine darüber hinausgehende Ausweitung der Umgehungsschutzregeln würde, da jedenfalls eine Kapitalerhöhung ohne Verfolgung eines schon vorher feststehenden Zwecks nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen dürfte⁴⁰⁸), Kapitalerhöhungen mit Bareinlagen so gut wie unmöglich machen. Das würde aber über das Ziel, die vom Gesetz geforderte vorhergehende Offenlegung und Prüfung einer Sacheinlage zu gewährleisten, weit hinausgehen. Benötige die Gesellschaft die neuen Mittel von vornherein zur Anschaffung bestimmter Wirtschaftsgüter – zB wie hier zum Erwerb einer Beteiligung –, so sind die Übernehmer der neuen Einlagen nicht gezwungen, jene Vermögensgegenstände zunächst selbst zu erwerben und sie sodann als Sacheinlage in die Gesellschaft einzubringen. Das bedeute jedoch nicht, dass ein Gesellschafter ein ihm schon gehörendes Wirtschaftsgut oder eine Forderung gegen die Gesellschaft nur vorher auf einen anderen zu übertragen brauchte, um so sanktionslos die Einbringung des Gegenstands oder die Befriedigung der Forderung im Wege der „Bareinlage“ bewerkstelligen zu können. Dabei würde es sich wiederum um eine Umgehung handeln.

⁴⁰⁵) BGH 22. 6. 1992, II ZR 30/91 WM 1992, 1432, 1434, unter Hinweis auf 24. 9. 1990, II ZR 203/89 WM 1990, 1820, 1821.

⁴⁰⁶) BGH 22. 6. 1992, II ZR 30/91 WM 1992, 1432, 1434.

⁴⁰⁷) BGH 22. 6. 1992, II ZR 30/91 WM 1992, 1432, 1435, unter Verweis auf BGHZ 110, 40, 47, 60f.

⁴⁰⁸) AaO 1435 unter Hinweis auf BGHZ 110, 40, 47, 60f.

(2) BGHZ 132, 133

Der Kläger war Konkursverwalter über das Vermögen der S-Projekt-GmbH. Der Beklagte gründete 1990 mit zwei weiteren Gesellschaftern (hier im Folgenden A und B) die S-GmbH mit einem Stammkapital von DM 60.000,-, wobei er eine Stammeinlage in der Höhe von DM 30.000,- und A und B in der Höhe von je DM 15.000,- übernahmen, von denen jeweils 50% sofort und der Rest nach Anforderung durch die Gesellschaft fällig war. Kurze Zeit später gründeten der Beklagte, sowie wiederum A und B die S-Projekt-GmbH mit einem Stammkapital von ebenfalls DM 60.000,- und auch ansonsten der S-GmbH analogen Beteiligungs- und Einzahlungsverhältnissen mit dem Ziel, ihr die Geschäftsanteile an der S-GmbH zum Nennwert zu übertragen. Der Kaufpreis wurde dergestalt berichtet, als die S-GmbH in Höhe von jeweils 50% der Kaufsumme mit ihrer eigenen noch ausstehenden Einlageforderung aufrechnete und den restlichen Kaufpreis aus den ihr vom Beklagten, A und B zur Verfügung gestellten Einlagemitteln bestritt. Oder kurzum: Zuletzt war die S-Projekt-GmbH mittellos und hielt nur eine Beteiligung an der S-GmbH, die ihrerseits überschuldet war. Der Kläger machte DM 15.000,- (die erste Hälfte der Stammeinlage) unter dem Titel verdeckte Sacheinlage geltend.

Das Landgericht gab der Klage statt. Das Berufungsgericht wies ab. Der BGH stellte das erstinstanzliche Urteil mit folgender Begründung⁴⁰⁹⁾ wieder her:

Dem Berufungsgericht sei zuzustimmen, dass dem Beklagten tatsächlich keine dem Mindesteinlagebetrag entsprechende Zahlung zugeflossen sei. Denn der Beklagte müsse sich Leistungen an Dritte nur dann zurechnen lassen, wenn er dadurch in gleicher Weise begünstigt worden sei, wie wenn an ihn selbst geleistet worden wäre. Diese Voraussetzung sei indes nicht gegeben, da der Beklagte seinen Anteil an der S-GmbH an die Gemeinschuldnerin übertragen habe. Die Zahlung der Gemeinschuldnerin an die S-GmbH sei ihm daher auch nicht mittelbar zugute gekommen.

Dessen ungeachtet liege aber eine verdeckte Sacheinlage vor. Denn der Beklagte sei durch die Abtretung seines Geschäftsanteils an der S-GmbH von seiner dortigen (Rest)Einlageverpflichtung befreit worden. Diese Leistungsverpflichtung sei auf die Gemeinschuldnerin übergegangen und belastete deren Vermögen⁴¹⁰⁾. Daran ändere auch nichts, dass der Einlagebetrag mittelbar (über die Beteiligung an der S-GmbH) im Vermögen der Gemeinschuldnerin verblieben sei. Diese Ansicht würde nur dann zutreffen, wenn der Wert des Geschäftsanteils an der S-GmbH dem von der Gemeinschuldnerin geleisteten Einlagebetrag entsprechen würde. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen, da die S-GmbH zu diesem Zeitpunkt bereits einen Verlust von DM 200.000,- erlitten habe. In diesem Umstand zeige sich gerade die typische Gefahr, die mit der auf

⁴⁰⁹⁾ Vgl BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95 BGHZ 132, 133, 136ff.

⁴¹⁰⁾ S BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95 BGHZ 132, 133, 137.

Publizität und Wertdeckungskontrolle zielenden, hier umgangenen Sacheinlageregelung des § 5 Abs 4 dGmbHG vermieden werden soll⁴¹¹).

(3) BGHZ 171, 113

Kläger war der Insolvenzverwalter. Alleingesellschafterin der Gemeinschaftsdnerin (G-GmbH) war ursprünglich die F-GmbH. Letztere wurde im Jahr 2000 auf die Beklagte verschmolzen. Bis dahin war die F-GmbH eine 100%ige Tochter der F-Beteiligungs-GmbH, deren Alleingesellschafterin die Beklagte (Konzernmutter) war.

1992 beschloss die F-GmbH eine Kapitalerhöhung der Gemeinschaftsdnerin von DM 100.000,- auf 9 Mio DM und übernahm die entsprechende Stammeinlage zur Gänze. In der Folge wurde der Erhöhungsbetrag auf ein Konto der Gemeinschaftsdnerin überwiesen, jedoch schon am nächsten Tag an die L-GmbH weitertransferiert. Bei der L-GmbH handelte es sich ebenfalls um eine 100%ige Tochter der Beklagten. Mit der Zahlung an die „Großtante“ sollte der Erwerb eines Gießereibetriebes beglichen werden. In allen diesbezüglichen Verträgen wurde sinngemäß festgehalten, dass dadurch die Guss-Aktivitäten im Konzern neu geordnet werden sollten.

Der Kläger begehrte von der Rechtsnachfolgerin der F erneute Zahlung der Bareinlage (8,9 Mio DM). Die Einlagenzahlung sei eine verdeckte Sacheinlage gewesen, weil sie an die mit der Gemeinschaftsdnerin verbundene L-GmbH weitergeleitet wurde.

Der BGH hob das stattgebende Berufungsurteil⁴¹²) auf. An die Inferentin (F-GmbH) sei nichts zurückgeflossen. Die dafür angeführten Gründe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Nach Ansicht des Gerichtshofes müssen Inferent und Rückzahlungsempfänger nicht ident sein. Ausreichend, aber auch erforderlich sei ebenfalls die Weiterleitung an einen Dritten, wenn dadurch der Inferent in gleicher Weise begünstigt wird, wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst. Das gelte insbesondere, wenn an ein vom Inferenten beherrschtes Unternehmen, uU aber auch dann, wenn an ein Unternehmen geleistet werde, von dem der Inferent seinerseits abhängig ist⁴¹³). Indes bestehe kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen der F-GmbH und der L-AG. Auch sei der Kaufpreis nicht mittelbar an die F-GmbH zurückgeflossen. Dass ihr der Gegenwert in Gestalt des von der Gemeinschaftsdnerin gekauften Unternehmens über den Beteiligungswert zugute kam, sei ohne Bedeutung. Denn Einlagemittel sollen gerade Anschaffungen der Gesellschaft finanzieren. Diese kämen immer mittelbar dem Gesellschafter zugute.

411) BGH 4. 3. 1996, II ZR 89/95 BGHZ 132, 133, 140.

412) BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113, 115.

413) BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113, 116, unter Hinweis auf 20. 11. 2006, II ZR 176/05 WM 2007, 215; 2. 12. 2002, II ZR 101/02 BGHZ 153, 107, 111; 16. 1. 2006, II ZR 76/04 BGHZ 166, 8 („Leistung an beherrschtes Unternehmen“) und 15. 1. 1990, II ZR 164/88 BGHZ 110, 47, 66; *Bayer*, GmbH 2004, 445, 454 („Leistung an übergeordnetes Unternehmen“).

Eine verdeckte Sacheinlage liege aber auch nicht deswegen vor, weil die Transaktionen unter einem Konzerndach abgewickelt und auch schon vorher abgesprochen wurden. Denn schuldrechtliche Verwendungsbindungen seien nach stRsp unschädlich, sofern es nur zu keinem Rückfluss an den Inferenten komme⁴¹⁴). Das gelte auch unter konzernverbundenen Schwestergesellschaften, weil hier die Einlagemittel nicht an ein Unternehmen weiterfließen, an dem der Inferent irgendwie beteiligt sei. Und: Die Tatsache, dass die Verwendungsab-sprachen möglicherweise von der gemeinsamen Konzernmutter initiiert wurden, ändere daran nichts. Denn sie sei weder Einlageschuldnerin noch Vertragspartnerin gewesen und konnte dem Vorstand der L-AG wegen § 76 Abs 1 AktG auch keine Weisungen erteilen.

Außerdem führe die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes dazu, dass die F-GmbH bzw die Beklagte als deren Rechtsnachfolgerin die Einlage nochmals zahlen müsste. Gleichwohl würde der Anspruch auf Rückzahlung des an die L-AG gezahlten Kaufpreises der Gemeinschuldnerin zustehen, weil der wegen Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften nichtige Unternehmenskaufvertrag rückabzuwickeln sei (§ 812 BGB). Dagegen werde im Fall einer verdeckten Sacheinlage das Gegengeschäft regelmäßig zwischen dem Inferenten und der Gesellschaft abgeschlossen und in diesem Verhältnis rückabgewickelt. Des Weiteren könne eine verdeckte Sacheinlage durch nachträgliche offene Einbringung ihres Gegenstandes auch geheilt werden⁴¹⁵).

c) Verdeckte Sachgründung

aa) Vorgangsweise, Sachverhalt

Die Sichtung von Judikatur und Schrifttum hat gezeigt, dass für die Stafetengründung zunächst einmal untersucht werden muss, ob die Bareinlage und gegebenenfalls, an wen sie zurückfließt. Sodann ist zu fragen, ob und was denn die Gesellschaft im Austausch von wem erhält. Je nach dem ist dann zu klären, ob darin eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften oder ein sonstiger Verstoß gegen das Gebot der realen Kapitalaufbringung zu sehen ist.

Ausgangspunkt sind Beteiligungen zu 100%. Anschließend werden die Beteiligungsausmaße variiert. Schließlich wird die Untersuchung auf Rechtsträger jenseits der GmbH erweitert. Zur näheren Illustration soll ein Stafettenfall mit folgendem Sachverhalt dienen⁴¹⁶):

A gründet die A-GmbH mit einem Stammkapital von € 35.000,-. Der Gesellschafter zahlt seine Stammeinlage (€ 35.000,-) sofort ein. Unmittelbar nach

⁴¹⁴) BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113, 117, unter ausführlicher Auseinandersetzung mit 22. 6. 1992, II ZR 30/91 WM 1992, 1432 (dazu hier schon vorne Text bei FN 405), und auch BGH 2. 12. 2002, II ZR 101/02 BGHZ 153, 107, 110.

⁴¹⁵) BGH 12. 2. 2007, II ZR 272/05 BGHZ 171, 113, 118 f.

⁴¹⁶) Wenn im Folgenden von (GmbH)-Stafette gesprochen wird, ist stets das hier geschilderte Beispiel gemeint bzw liegt der Erörterung der folgende Sachverhalt zugrunde.