

Erosionen des Mindeststammkapitals?*

Matthias Casper**

Honorabilis, Spektabilität, verehrte Familie Ulmer, liebe Frau Nast-Kolb, liebe Mitschülerinnen und Mitschüler von Peter Ulmer, liebe Kolleginnen und Kollegen, meine sehr geehrten Damen und Herren,

wer durch die Schule von *Peter Ulmer* gegangen ist, dem viele hier im Raum so unendlich viel zu verdanken haben, hatte es zwar nicht immer ganz einfach, aber dafür war der Ertrag – oder wie man neudeutsch sagt – das Take-away umso größer. Eine Gewissheit, die wir alle mitgenommen haben, ist die Überzeugung, dass das Mindeststammkapital einer Kapitalgesellschaft eine sinnvolle Errungenschaft ist, die es gegen Angriffe robust zu verteidigen gilt. Sachgründungen wurden kritisch beäugt, der Umgehung der Sachgründungsvorschriften galt es durch anspruchsvolle Dogmatik zu begegnen. Die Kommentierungen der Kapitalaufbringungsvorschriften von *Ulmer* legen hiervon ein beeindruckendes Zeugnis ab.¹

Ich möchte heute nicht abermals über das viel diskutierte Für und Wider eines Mindeststammkapitals sprechen.² Nur für die Nichtjuristen im Raum sei der Hinweis erlaubt, dass es unter Gesellschaftsrechtlern mehrheitlich und unter Schülern von *Ulmer* wohl sogar einhellig für sinnvoll erachtet wird, dass bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft je nach Rechtsform zwischen 25.000 und 120.000 Euro aufgebracht werden müssen. Wirtschaftet die Gesellschaft schlecht, ist dieses Mindestkapital zwar schnell aufgebraucht; indes bildet es einen Puffer bei entstehenden Verlusten³ und noch viel wichtiger, es stellt eine gewisse Seriositätsschwelle dar und hält somit allzu hasardeurische Gründer davon ab, eine Kapitalgesellschaft zu gründen und damit Haftungsrisiken auf die Gläubiger zu externalisieren⁴.

* Die Vortragsform wurde durchweg beibehalten und lediglich um exemplarische Fußnoten ergänzt und an wenigen Stellen etwas ausführlicher gefasst.

** Dr. iur., Prof., Dipl.-Oec., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht, Direktor des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht an der Universität Münster.

1 Vgl. nur *Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer*, *GroßkommGmbHG*, 1. Aufl. 2005, § 5 Rdn. 9 ff., 24 ff., § 19 Rdn. 85 ff. sowie zuvor *Hachenburg/Ulmer*, *GroßkommGmbHG*, 8. Aufl. 1989/1990, § 5 Rdn. 6 ff., 19 ff., § 19 Rdn. 76 ff.

2 Vgl. dazu etwa *C. Lieder*, *Moderner Kapitalschutz*, 2018, S. 65 ff.

3 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Casper*, *GroßkommGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 5 Rdn. 13 ff.

4 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Casper* (Fn. 3), § 5 Rdn. 15.

Auch möchte ich nicht über die von *Peter Ulmer* sehr kritisch beäugte Neuregelung der verdeckten Sacheinlage durch das MoMiG sprechen.⁵ Sondern ich möchte zwei Themen exemplarisch herausgreifen, mit denen ich mich jüngst für die Kommentierung im Großkommentar zum GmbH-Gesetz (für mich immer noch der *Ulmer/Habersack*, wenn nicht sogar der *Hachenburg*) beschäftigt habe.⁶

Zum einen soll es um eine Bewertung der ebenfalls durch das MoMiG eingeführten Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) und zum anderen um die in jüngerer Zeit immer beliebter werdende Bareinlage mit einem Sachagio gehen. Beide Themen könnte man als eine Erosion des Mindeststammkapitals betrachten. Ziel meines Vortrages ist es allerdings zu zeigen, dass kein Grund besteht, die Flinte resignierend ins Korn zu werfen, sofern man an der einen oder anderen Stelle nur die Stellschrauben richtig justiert.

Ich werde im Folgenden in vier Schritten vorgehen:

1. Anhand einiger Rechtstatsachen möchte ich untersuchen, ob der Gesetzgeber mit der Schaffung der stammkapitallosen UG sein intendiertes Ziel erreicht hat.

2. Im zweiten Schritt werde ich einige wenige Anwendungsprobleme der UG skizzieren und nach Stellschrauben Ausschau halten, die ggf. nachjustiert werden müssen.

3. Der dritte Teil wird die Kombination aus Bareinlage und Sachagio analysieren. Handelt es sich insoweit um eine unzulässige Erosion des Stammkapitals?

4. Der vierte Schritt wird eine Symbiose beider Teilthemen sein. Es wird zu klären sein, ob diese Kombination trotz des Sacheinlageverbots auch bei der Unternehmergesellschaft möglich ist.

Der Vortrag beschränkt sich wegen § 36a Abs. 2 S. 3 AktG auf die GmbH.

I. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eine legislatorische Erfolgsgeschichte?

Beginnen wir also mit der Frage, ob die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eine legislatorische Erfolgsgeschichte darstellt. Für diejenigen im Raum, die mit dem Gesellschaftsrecht nicht mehr so vertraut sind, sei in Erinnerung gerufen, dass die mit dem MoMiG am 1. 11. 2008 – also vor fast genau 16 Jahren – geschaffene Unternehmergesellschaft praktisch kein Mindest-

5 Die ursprüngliche Erfüllungslösung im Regierungsentwurf zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hatte in *Ulmers* Augen mit Recht keine Gnade verdient, vgl. *Ulmer*, Der „Federstrich des Gesetzgebers“ und die Anforderungen der Rechtsdogmatik, ZIP 2008, 45, 50 ff.

6 *Habersack/Casper/Löbbe/Casper*, GroßkommGmbHG, 4. Aufl. 2025, § 5 Rdn. 190 ff.; § 5a Rdn. 9–18, 48–54.

stammkapital kennt. Jeder Gesellschafter muss nur einen Euro aufbringen. Damit die UG nicht bereits mit dem Rückporto für den ersten falsch frankierten Brief in die Insolvenz rutscht, ist die UG darauf angewiesen, dass ihre Gesellschafter ihr auf anderem Wege Kapital zur Verfügung stellen.

Bei ihrer Einführung war der Aufschrei groß.⁷ UG, so wurde behauptet, stehe in Wirklichkeit für Untergeschoss oder gar für Unter Geiern bzw. Gangstern.⁸

Der Gesetzgeber hat die Einführung dieser Rechtsformvariante der GmbH damit begründet, dass nur so die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität der GmbH angesichts einer massiven Einwanderungswelle stammkapitalloser Limiteds aus dem Vereinigten Königreich gesichert werden kann.⁹ Was war passiert? Nachdem der EuGH Anfang der 2000er Jahre in mehreren Entscheidungen faktisch die Gründungstheorie in der EU anerkannt hatte,¹⁰ konnte man sehr einfach eine Limited ohne Stammkapital gründen und deren Verwaltungssitz an nächsten Tag nach Deutschland verlegen, wo die Limited als rechtsfähige Kapitalgesellschaft anzuerkennen war. Es gab sogar eine Internetseite mit der Domain Tschuess-Deutschland.de, mit der sich die Gründung sehr einfach ohne Reise ins Vereinigte Königreich erledigen ließ.¹¹ Schätzungen zufolge sind zwischen 2003 und 2008 zwischen 20.000 und 60.000 Limiteds nach Deutschland eingewandert.¹² Diesen Trend wollte der deutsche Gesetzgeber stoppen, auch wenn diese Einwanderungswelle im Jahr 2008 vermutlich schon wieder rückläufig war.¹³

Zur Bewertung der Frage, ob diese Intention des Gesetzgebers aufgegangen ist, lohnt ein Blick auf die Rechtstatsachen.¹⁴

Betrachtet man zunächst die absoluten Zahlen, kann man feststellen, dass die UG bereits Anfang 2014 die Schallmauer von 100.000 Gesellschaften bundesweit durchbrach.¹⁵ 2023 waren es fast 200.000 Gesellschaften,¹⁶ sodass die

7 Vgl. etwa *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1446; *Römermann*, GmbHHR 2007, R193; *Bormann*, GmbHHR 2007, 897, 899; *Schärfl*, GmbHHR 2007, R305f.; *Freitag/Riemenschneider* ZIP 2007, 1485, 1491f.

8 Vgl. die Nachweise bei *Ulmer/Habersack/Winter/Paura*, GroßkommGmbHG, Erg.-Bd., 1. Aufl. 2009, § 5a Rdn. 5, der sich diese Zuschreibungen allerdings nicht zu eigen machte.

9 RegE MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 25.

10 EuGH v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97 (*Centros*), NJW 1999, 2027; EuGH v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*), NJW 2002, 3614; EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), NJW 2003, 3331.

11 *Ulmer/Habersack/Winter/Paura* (Fn. 8), § 5a Rdn. 1.

12 Vgl. die unterschiedlichen Darstellungen bei *Weber*, BB 2009, 842; *Westhoff*, GmbHHR 2007, 474, 478f.: 46.000 am 1. 11. 2006; *Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 1. Aufl. 2008, Rdn. 98.

13 *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1796ff.

14 Details bei *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 9ff.

15 *MünchKommGmbHG/Rieder*, 4. Aufl. 2022, § 5a Rdn. 5.

16 *Bayer/J. Lieder/Hoffmann*, GmbHHR 2023, 709, 715 (Rdn. 13, 15).

zweite Schallmauer nach einer weiteren Dekade im Jahr 2024 durchbrochen sein dürfte. Anfang 2024 waren 12,7% aller in Deutschland gegründeten GmbHs Unternehmersgesellschaften, also etwa jede achte GmbH.¹⁷ Und diese Statistik weist nur die jeweils aktuellen Nettozahlen an Gründungen auf; wie viele UGs gegründet und dann wieder gelöscht wurden oder in eine Voll-GmbH mutiert sind, lässt sich nur schätzen.¹⁸ Auch darf man die absoluten Zahlen nicht zu stark gewichten, da sie nur dann aussagekräftig sind, wenn die im Handelsregister verzeichneten Unternehmersgesellschaften auch aktiv sind und nicht nur auf dem Papier stehen. Ein Indiz dafür, dass nicht jede UG auch Geschäft betreibt, bietet ein Blick in die Zahl der Gewerbean- und Gewerbeabmeldungen. Ein stichprobenartiger Blick in diese Zahlen legt die Vermutung nahe, dass die Anzahl der Gewerbeanmeldungen geringer als die Zahl der UG-Gründungen ist.¹⁹ Allerdings ist dieser Befund nicht in allen Jahren signifikant, jedoch häufig sichtbar. So wurden z.B. im Jahr 2022 im Handelsregister als Nettowert ein Zuwachs von 10.198 Unternehmersgesellschaften ausgewiesen. Im gleichen Zeitraum weist die Gewerbestatistik zwar 16.250 Gewerbeanmeldungen von UGs aus, verzeichnet aber auch 9.197 Gewerbeabmeldungen, sodass der Saldo nur 7.053 beträgt. Damit liegt der Zuwachs sichtbar unter der Zuwachszahl im Handelsregister (10.198). Der Fehlbetrag beträgt mithin ca. 3.150 Unternehmersgesellschaften.

Existierten 2008 noch weit über 20.000 Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland,²⁰ ist diese Zahl schnell zurückgegangen. Im Zeitraum von 2013 bis 2023 sind über 50% der Anfang 2013 noch gezählten 13.800 Gesellschaften verschwunden,²¹ aktuell sind es noch 6.246,²² wovon nach Schätzungen trotz des Brexits immer noch knapp die Hälfte UK-Limiteds sind,²³ die vermutlich so inaktiv sind, dass sie nicht mal gelöscht worden sind. Das Verhältnis von Auslandsgesellschaften zur Unternehmersgesellschaft beträgt aktuell 1:31, Tendenz weiter sinkend. Damit zeigt sich, dass – betrachtet man die absoluten Zahlen – die UG den Auslandsgesellschaften im Allgemeinen und der UK-Limited im Besonderen den Rang abgelaufen hat, die Rechnung des Gesetzgebers von 2008 also aufgegangen ist.

Doch wie hoch ist der Preis hierfür, wie viele Unternehmersgesellschaften etablieren sich langfristig am Markt und erreichen irgendwann das Stadium ei-

17 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 13.

18 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 13.

19 Den Hinweis auf die Gewerbezahlen verdanke ich *Wilhelm Niemeier* im Nachgang zu der Veranstaltung. Sie sind monatsweise unter <https://www.statistischebibliothek.de> abrufbar. Eine Detailanalyse dieser Daten konnte auf die Schnelle nicht geleistet werden, zumal es keine Jahresberichte gibt.

20 Vgl. oben Fn. 12 sowie zusammenfassend Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 9, 14; Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1159.

21 Bayer/J. Lieder/Hoffmann, GmbHR 2023, 709, 717 (Rdn. 22).

22 Bayer/J. Lieder/Hoffmann, GmbHR 2023, 709, 717 (Rdn. 21–23).

23 In Anlehnung an Bayer/J. Lieder/Hoffmann, GmbHR 2023, 709, 717 (Rdn. 23).

ner regulären GmbH? Gesicherte Zahlen gibt es leider nicht. Interessant ist aber ein Blick in die Insolvenzstatistik.²⁴ Schätzungen für die erste Hälfte des letzten Jahrzehnts, also die Dekade zwischen 2010 und 2019, gehen davon aus, dass etwa 3,5 % aller gegründeten Unternehmergesellschaften binnen eines Jahres insolvent wurden.²⁵ Aktuell sieht die Situation günstiger aus. Zieht man die Insolvenzstatistik heran, weist diese für das Jahr 2023 ca. 18.100 Unternehmensinsolvenzen insgesamt auf. Davon entfallen auf die Voll-GmbH 42,7 %, auf die UG weitere 10,7 % aller Insolvenzen. Rechnet man dies in absolute Zahlen um, sind das etwa 2.000 insolvente UGs pro Jahr.²⁶ Das klingt viel. Setzt man diese Zahl aber in Bezug zu dem aktuellen Bestand aller Unternehmergesellschaften,²⁷ werden nur etwa 1,02 % aller existenten UGs innerhalb eines Jahres insolvent. Bei der regulären GmbH sind dies 0,59 %.²⁸ Damit ist die Insolvenzquote der UG trotz des fehlenden Mindeststammkapitals nur etwa doppelt so hoch wie bei der regulären GmbH. Zur Wahrheit gehört allerdings auch, dass die Zahl der masselosen Insolvenzen bei der UG im Vergleich zur regulären GmbH deutlich höher ist. Im Zeitraum 2013–2017 wurden Schätzungen zufolge 50 %–60 % der Insolvenzverfahren einer UG mangels Masse gar nicht erst eröffnet.²⁹ Indes lag die Quote bei allen Unternehmensinsolvenzen 2022 auch bei immerhin knapp 40 %.³⁰ Vergleicht man allerdings die Zahlen mit der ebenfalls nur grobgeschätzten sog. Frühsterblichkeit der eingewanderten Limiteds zwischen 2003 und 2008, steht die UG deutlich besser da. Laut Hochrechnungen von *Wilhelm Niemeier* aus dem Jahr 2007, der irgendwo hier im Raum sitzen müsste, verschwand die Hälfte aller eingewanderten Limiteds binnen eines Jahres wieder aus dem Handelsregister – meist

24 Abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182558/umfrage/anteil-der-unternehmensinsolvenzen-nach-rechtsform-in-deutschland/>.

25 Vgl. die Schätzungen bei *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2012, R289f. In den ersten beiden Jahren ihres Bestehens soll die Insolvenzquote laut einer Erhebung der Creditreform 2,15 % betragen haben, bei GmbHs im Vergleichszeitraum lediglich 0,46 %, vgl. Creditreform, Wirtschaftsdatenbank (2010): abrufbar unter <http://www.creditreform.de/deutsch/creditreform/presse/archiv/insolvenzenneugruendungenloeschungen/de/2010-Jahr/2010-11-29/insolvenzenneugruendungenloeschungen.pdf> und Bürgel, (<http://www.buergel.de/images/content/pdf/firmeninsolvenzen-erstesquartal-2012.pdf>).

26 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 19.

27 Anfang 2023 gab es 1.306.172 Voll-GmbHs und 186.091 Unternehmergesellschaften, vgl. *Bayer/J. Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2023, 709, 715 (Rdn. 13). Von den 18.100 Unternehmensinsolvenzen 2023 entfallen auf die Voll-GmbH 42,7 % aller Insolvenzen, auf die UG 10,7 %. In absoluten Zahlen bedeutet dies: 7.674 Insolvenzen einer Voll-GmbH und 1.936 Insolvenzen einer UG.

28 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 19.

29 Dies für den Zeitraum 2013–2017 nachweisend *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1160, die darauf hinweisen, dass in dieser Periode zwischen 56 % und 60 % aller UG-Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wurden.

30 Vgl. den Nachweis der Insolvenzstatistik in Fn. 24 sowie Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 19.

durch masselose Insolvenz – der Großteil der verbliebenen Hälfte im zweiten Jahr.³¹ Die Überlebensfähigkeit anderer Kapitalgesellschaften soll 23-mal höher gewesen sein.³² Meines Erachtens kann man als vorläufiges Fazit festhalten, dass die UG sich *nicht* zu einem Eldorado für wirtschaftliche Hasardeure oder sonstige Taugenichtse entwickelt hat, die Gläubiger reihenweise in den Abgrund ziehen.³³

II. Anwendungsproblem der UG

Ich komme zu meinem zweiten Schritt. Gegen die These, dass die UG eine Erfolgsgeschichte ist, könnte hingegen sprechen, dass wir uns eine Vielzahl von Rechtsproblemen mit der Anwendung des § 5a GmbHG eingefangen haben. Ökonomen würden insoweit von hohen legislativ bedingten Transaktionskosten sprechen.

Im Stakkato werde ich einige Anwendungsprobleme herausgreifen und möglichen Reformbedarf in den Mittelpunkt stellen.

Der schlichte Satz in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG, wonach „Sacheinlagen ... ausgeschlossen [sind]“, hat mehr Probleme bereitet als erwartet.³⁴

Schließt dieses Sacheinlageverbot die Anwendung der Regelungen über die verdeckte Sacheinlage und somit die Privilegierung durch die Anrechnungslösung aus? *Peter Ulmer* hat sich in einem Beitrag zu Ehren von *Marcus Lutter* anlässlich dessen 80. Geburtstag in der GmbH-Rundschau 2010 nochmals klar positioniert.³⁵ Der Gesetzgeber würde sich wertungswidersprüchlich verhalten, wenn er – hätte er die streitige Frage erkannt – die Sacheinlage bei der UG komplett verboten, das in § 19 Abs. 4 GmbHG enthaltene „Umgehungsprivileg“ aber für anwendbar erklärt hätte.³⁶ Demgegenüber hält die inzwischen wohl überwiegende Auffassung³⁷ die durch eine fehlende Anwendung

31 Laut *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1801, gab die Hälfte der in Deutschland inkorporierten Limiteds binnen eines Jahres auf, der Großteil der verbliebenen Hälfte im zweiten Jahr. Die Überlebensfähigkeit anderer Kapitalgesellschaften soll 23-mal höher gewesen sein. *Niemeier* versuchte auch erste Indikatoren für die ihm prognostizierte „Frühsterblichkeit“ der UG herauszuarbeiten, scheiterte aber letztlich am Fehlen konkreter Erhebungen, die zwischen GmbH und UG differenzieren, vgl. *Niemeier*, FS Roth, 2011, S. 533, 549f.; eine Frühsterblichkeit bezweifelnd hingegen *Bayer/Hoffmann*, NZG 2012, R289f.

32 *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1801.

33 Vgl. bereits *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 19.

34 Formulierung nach *Heckschen*, DStR 2009, 166, 170.

35 *Ulmer*, GmbHR 2010, 1298, 1300ff.

36 *Ulmer*, GmbHR 2010, 1298, 1302.

37 *Habersack*, GWR 2010, 107, 109; *Pentz*, FS Goette, 2011, S. 355, 357ff.; *Kleindiek*, FS Hopt, 2010, S. 941ff.; *Kersting* in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, 2009, S. 101, 122f.; *Henrichs*, NZG 2009, 921, 923f.; *ders.*, NZG 2009, 1161, 1164; *Witt*, ZIP 2009, 1102, 1104f.; *Goette* in: *Goette/Habersack*, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, § 9 Rdn. 24; *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach

des § 19 Abs. 4 GmbHG bedingte „Rückkehr in die Vor-MoMiG-Zeit“ für „anachronistisch“³⁸ und verweist darauf, dass es nicht angehen könne, dass die vom Gesetzgeber als überzogen empfundene Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage nach altem Recht in Gestalt der UG erneut „fröhliche Urstände feiere“, um die Formulierung von *Marcus Lutter* aufzugreifen,³⁹ dessen Position *Peter Ulmer* in dem besagten Festheft zu widerlegen versucht hat.⁴⁰

Andreas Pentz und ich – obgleich treue *Ulmer*-Schüler – neigen der Gegenauffassung zu, da § 19 Abs. 4 GmbHG kein Umgehungsprivileg beinhaltet.⁴¹ Die Debatte muss indes nicht erneut geführt werden. Für die Evaluation der UG als solche können wir festhalten, dass das Sacheinlageverbot auf der rechtspolitischen Checkliste stehen sollte. Nur als Fußnote sei erwähnt, dass diese Frage, um die dogmatisch so anspruchsvoll gerungen wird, die Rechtsprechung bisher nie erreicht hat, da die Streitwerte in der Regel so gering sind, dass es oft nicht einmal für die Zuständigkeit des Landgerichts genügt.⁴²

dem MoMiG, 2009, Rdn. 181; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1066f.; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2349f.; *Karl*, GmbHR 2020, 9, 12; *J. Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 363 sowie aus dem Genre der Kommentarliteratur *Rowedder/Pentz/Pentz*, GmbHG, 6. Aufl. 2024, § 19 Rdn. 179f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2023, § 19 Rdn. 69, als auch *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2023, § 5a Rdn. 28f.; *Scholz/Westermann*, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 5a Rdn. 20f.; *MünchKommGmbHG/J. Lieder*, 4. Aufl. 2022, § 56 Rdn. 109f.; *MünchKommGmbHG/Rieder* (Fn. 15), § 5a Rdn. 26; *MünchKommGmbHG/Schwandtner*, 4. Aufl. 2022, § 19 Rdn. 182; *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Schmidt*, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 5a Rdn. 10; *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 5a Rdn. 24; *Saenger/Inhester/Kruse/Pfisterer*, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 5a Rdn. 14; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 19 Rdn. 48.

38 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* (Fn. 37), § 19 Rdn. 69.

39 *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* (Fn. 37), § 5a Rdn. 28 unter Berufung auf *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, GmbH-Gesetz, 17. Aufl. 2009, § 5a Rdn. 13, dem geistigen Vater dieser Wendung; ebenso noch *Altmeyen/Roth/Roth*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 5a Rdn. 21.

40 Vgl. abermals *Ulmer*, GmbHR 2010, 1298, 1301 ff., ebenso *Schäfer*, ZIP 2011, 53, 56f.; *Bormann*, ZIP 2007, 891, 901; *Bormann/Urlichs*, GmbHR 2008, Sonderheft Oktober, 38, 42; *Markwardt*, BB 2008, 2414, 2421; *Freitag/Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485, 1486; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 19 Rdn. 48; *Bork/Schäfer/Schäfer*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, § 5a Rdn. 23; neuerdings auch *Rowedder/Pentz/Raff*, GmbHG, 6. Aufl. 2024, § 5a Rdn. 23 und im Erg. auch *Wicke*, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 5a Rdn. 8 (§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG sei eine den § 19 Abs. 4 GmbHG verdrängende Spezialvorschrift).

41 *Pentz*, FS Goette, 2011, S. 355, 357ff.; *Rowedder/Pentz/Pentz* (Fn. 37), § 19 Rdn. 179f.; *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 50, § 19 Rdn. 120f.

42 Der maximale Streitwert beträgt knapp 25.000 Euro, wird in der Praxis aber regelmäßig deutlich geringer ausfallen. Praktisches Fallmaterial ist bisher nicht veröffentlicht.

Das Sacheinlageverbot in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG sorgt aber auch an anderer Stelle für Schwierigkeiten. Unter Rückgriff auf eine strenge Wortlautauslegung des § 56 GmbHG, der nicht auf das Sacheinlageverbot verweist, könnte man die These vertreten, dass dieses nur in der Gründungsphase gilt.⁴³ Insofern bin ich mit *Peter Ulmer* einig,⁴⁴ dass eine derartige Sichtweise zu kurz greift.⁴⁵ Der Umgehung wäre Tür und Tor geöffnet, wenn die Gesellschafter der UG mit je einem Euro Stammkapital pro Einlage am Tag nach ihrer Eintragung daherkommen könnten und nun zwei gebrauchte Kraftfahrzeuge im Wert von je 10.000 Euro einlegen könnten. *Ulmer* wollte anders als die heute wohl überwiegende Auffassung die Analogie des Sacheinlageverbots auch dann anwenden, wenn die UG durch die Sachkapitalerhöhung zur Voll-GmbH mutiert, was indes das erklärte Ziel des § 5a Abs. 3, 5 GmbHG ist.⁴⁶ Aufgrund dieses transitorischen Charakters der UG sprechen gute Gründe dafür, an dieser Stelle weniger streng zu sein, denn die GmbH könnte ebenfalls im Wege der Sachgründung entstehen, sodass keine Erosion des Mindestkapitals droht.⁴⁷

Damit kommen wir dann auch schon zu einem wichtigen Webfehler der UG. Nach der derzeitigen Konzeption des Gesetzes besteht kein Zwang, die UG durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in eine reguläre GmbH zu überführen, wenn die zu bildende Gewinnrücklage den erforderlichen Betrag erreicht hat.⁴⁸ Es besteht aber kein Grund dafür, dass die Gesellschafter die UG als solche weiterführen können, wenn die Gewinnrücklage in einer Höhe angespart ist, dass der Wechselbalg, um *Ulrich Noack* zu zitieren,⁴⁹ in eine GmbH überführt werden kann. Meinem rechtspolitischen Petitum für eine Zwangsumwandlung steht auch nicht entgegen, dass die Unternehmergesellschaft in anderen Fällen, in denen kein ausreichender Gewinn wie bei gUG

43 Dafür vor allem *Hennrichs*, NZG 2009, 1161, 1164; *Spies*, Unternehmergesellschaft [haftungsbeschränkt], 2010, S. 159f.; dem folgend auch noch *Ulmer/Habersack/Winter/Paura* (Fn. 8), § 5a Rdn. 49, 66; grds. auch *Klose*, GmbHR 2009, 294, 295f., der dann aber für die Sachkapitalerhöhung in die GmbH differenzieren wollte.

44 *Ulmer*, GmbHR 2010, 1298, 1299f.

45 Ebenso die heute wohl ganz h.M., vgl. nur *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 51 f. m.w.N. sowie den Nachweis in Fn. 47.

46 *Ulmer*, GmbHR 2010, 1298, 1300.

47 So in Anschluss an BGHZ 189, 254 = NJW 2011, 1881 = GmbHR 2011, 699 m. Anm. *Miras*, DStR 2011, 1379, die heute ganz überw. Auffassung, vgl. etwa OLG München NZG 2011, 104; OLG Hamm BeckRS 2011, 13444 = RNotZ 2011, 439; OLG Stuttgart DStR 2011, 2261; MünchKommGmbHG/*Rieder* (Fn. 15), § 5a Rdn. 28; *Bork/Schäfer/Schäfer* (Fn. 40), § 5a Rdn. 21; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* (Fn. 37), § 5a Rdn. 23f.; *Rowedder/Pentz/Raff* (Fn. 40), § 5a Rdn. 29; *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Schmidt* (Fn. 37), § 5a Rdn. 11; *Wicke* (Fn. 40), § 5a Rdn. 7; *Altmeppen* (Fn. 37), § 5a Rdn. 21; *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 51 f. m.w.N.

48 Vgl. statt Vieler *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 74 m.w.N.

49 *Noack*, DB 2007, 1395, 1396; *Bork/Schäfer/Schäfer* (Fn. 40), § 5a Rdn. 1.

oder UG & Co. KG anfällt, auf Dauer als Rechtsformvariante der GmbH bestehen bleiben kann.⁵⁰ Zudem sollte man auch §§ 30, 31 GmbHG auf unterjährige verdeckte Gewinnausschüttungen analog anwenden.⁵¹

Die Liste der Anwendungsprobleme ließe sich fortsetzen. Indes zeigt sich, dass die Probleme nicht über das übliche Maß hinausgehen. Der Ansatz des MoMiG hat sich im Wesentlichen bewährt.⁵² Bei einer Reform könnte man über eine Aufgabe des Sacheinlageverbots nachdenken, denn dafür streitet vor allem der Aspekt der Verfahrensbeschleunigung. Hält man daran fest, sollte man seine grundsätzliche Anwendbarkeit bei der Kapitalerhöhung – vorbehaltlich von § 5a Abs. 5 GmbHG – klarstellen, entsprechendes gilt für die zu bejahende Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 GmbHG.

Abschließend sei noch ein kurzer Hinweis zum zwingenden Rechtsformzusatz UG (haftungsbeschränkt) erlaubt. Rechtspolitischen Forderungen nach einer Vereinfachung wie UG mbH oder schlicht UG⁵³ ist eine klare Absage zu erteilen.⁵⁴ Dem Rechtsformzusatz kommt eine sinnvolle Warnfunktion gegenüber den Gläubigern zu. Gerade auch seine Schwerfälligkeit mit dem Klammerzusatz ist der Preis, den Gesellschafter für den Verzicht auf das Mindeststammkapital zu zahlen haben.

III. Bareinlage mit Sachagio

Mit dem dritten Akt meines Vortrages wechselt das Bühnenbild. Wir verlassen die Unternehmergesellschaft, zumindest vorläufig, und wenden uns mit der Bareinlage unter Einschluss eines Sachagios einer übergreifenden Fragestellung zu, die man ebenfalls als Erosion des Stammkapitals betrachten könnte.

Worum geht es? Lassen Sie mich als Teaser für den dritten Akt einen Fall des Oberlandesgerichts schildern, das für den hiesigen Gerichtssprengel in zweiter Instanz zuständig ist, also das OLG Karlsruhe.⁵⁵ Einzelkaufmann A gründete zunächst eine GmbH. Diese führte sodann eine Kapitalerhöhung über 100 Euro durch, wobei verabredet wurde, dass A auf seine Bareinlage als

50 Vgl. näher zu diesen Fällen Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 90ff. m.w.N.

51 Zutreffend bereits Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485, 1488; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 781; Gehrlein/Witt/Vollmer, GmbH-Recht in der Praxis, 4. Aufl. 2019, Kap. 1, Rdn. 81; Hirte, ZInsO 2008, 933, 935; Joost, ZIP 2007, 2242, 2247; Neideck, GmbHR 2010, 624, 627 sowie eingehend Müller, ZGR 2012, 81, 92ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

52 Ausführlichere Begründung bei Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 18–20.

53 Seibert, FS Krieger, 2020, S. 911, 919; Weinmann, GmbHR 2022, 191, 194f.; ebenfalls Reformbedarf anmahnd Beurskens, NZG 2016, 681, 683.

54 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 36.

55 OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 752f.

Sachagio sein einzelkaufmännisches Unternehmen in die GmbH einlegt, das deutlich mehr als die Bareinlage von 100 Euro wert ist.

Es stellen sich drei Fragen: Erstens, liegt hierin eine unzulässige Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlage oder eine verdeckte Sacheinlage. Zweitens, bedarf das Sachagio einer Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht. Drittens, bedarf es einer Versicherung, dass das eingelegte Unternehmen oder das sonstige Sachagio keinen negativen Wert aufweist.

Eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften liegt meines Erachtens eher fern.⁵⁶ Denn für das Agio, das Aufgeld, wird gerade kein Mitgliedschaftsrecht gewährt und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein korporationsrechtliches oder bloß schuldrechtliches Agio handelt. Der Rechtsverkehr wird auch nicht in die Irre geführt. Es wird eine zusätzliche Einlage von 100 Euro versprochen und nach außen dokumentiert, diese wird auch erbracht. Dass der Inferent eine zusätzliche Leistung als Aufgeld erbringt, ist so lange unproblematisch, wie das Sachagio werthaltig ist. Der Gesellschaft fließt also ein zusätzlicher Wert zu. Eine verdeckte Sacheinlage liegt ebenfalls nicht vor, denn es fehlt regelmäßig an einer Verdeckung.⁵⁷ Für den Fall, dass ein Unternehmen eingelegt wird, wird jedoch vorgeschlagen, dass die damit verbundene Übernahme der Schulden des eingelegten Unternehmens durch die GmbH einer verdeckten Sacheinlage gleichkäme.⁵⁸ Solange das als Sachagio eingelegte Unternehmen werthaltig ist und die Verbindlichkeiten aus seinen Erträgen erwirtschaftet werden, scheint mir dies jedoch nicht zwingend.⁵⁹ Zudem handelt es sich bei der Übernahme der Schulden des Unternehmens um eine dem Sachagio anhaftende Folge, nicht hingegen um die Vergütung aus einem verdeckten

56 Dies deckt sich mit dem bisher eher geringen Diskussionstand zu dieser Frage, vgl. vor allem *Heinze*, ZNotP 2012, 87 ff.; *ders.*, NJW 2020, 3768 ff.; *Lubberich*, DNotZ 2016, 164 ff.; *Heidinger/Knaier*, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467 ff.; *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1107–1109; *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283 ff.; *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2020, 98 ff. mit Replik von *Becker*, BWNotZ 2020, 154 und Duplik von *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2020, 155.

57 Ebenso OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 752, 753; FG Münster BeckRS 2009, 26027479; Noack/Servatius/Haas/Servatius (Fn. 37), § 5 Rdn. 20; *Karl*, GmbHR 2020, 9, 17 f. (Rdn. 39 f., 42); *Späth-Weinrich*, BWNotZ 2020, 155, 156; *Heinze*, NJW 2020, 3768, 3769; *Lubberich*, DNotZ 2016, 164, 175.

58 So vor allem *Heidinger/Knaier*, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467, 475 (erweiternde Auslegung); *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283, 292; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 5a GmbHG Rdn. 19; *Berkefeld* in: *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, S. 1156. Dabei wird teilweise zwischen der Einlage eines einzelkaufmännischen Unternehmens und einer Beteiligung an einer GmbH unterschieden, vgl. *Heidinger/Knaier*, ebda. S. 475 ff.

59 Wie hier im Ergebnis auch *Karl*, GmbHR 2020, 9, 17 (Rdn. 38 f.); *Späth-Weinrich*, BWNotZ 2020, 155, 156; Noack/Servatius/Haas/Servatius (Fn. 37), § 19 Rdn. 52a; so wohl auch MünchKommGmbHG/Schwandtner (Fn. 37), § 19 Rdn. 191; Rowedder/Pentz/Pentz (Fn. 37), § 19 Rdn. 103.

Verkehrsgeschäft.⁶⁰ Schließlich ist die Übernahme von Schulden jeder Unternehmensübernahme und somit auch der Einbringung eines Unternehmens als Sacheinlage oder Sachagio wesensimmanent.⁶¹ Wird das Sachagio hingegen nicht offengelegt und erfolgt sodann eine Vergütung aus der Bareinlage oder dem sonstigen Vermögen des Unternehmens, liegt unstreitig ein Fall der verdeckten Sacheinlage vor.⁶² Jenseits dieser Fälle ist die Kombination aus Bareinlage und Sachagio jedoch zulässig und stellt auch solange keine Erosion des Stammkapitals dar, wie der Wert des Sachagios nicht negativ ist.

Nachdem geklärt ist, dass eine Bareinlage mit Sachagio grundsätzlich zulässig ist, bleibt die zweite Frage zu erörtern, ob nicht zumindest bei der Einlage eines Unternehmens gleichwohl eine Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht vorzunehmen ist.⁶³ Hierfür könnte eine Analogie zu § 36a Abs. 2 S. 3 AktG streiten. Eine derartige Analogie lehnt die h.M. indes mit Recht ab.⁶⁴ Denn aus § 9c Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG ergibt sich unzweideutig, dass bei der Anmeldung der Gesellschaft nur die Mindesteinzahlung auf den Nennbetrag der Geschäftsanteile nachgewiesen werden muss. Aus der Wendung in § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG „soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind“ ergibt sich nichts anderes. Diese Formulierung bringt nur zum Ausdruck, dass bei einer Sacheinlage wegen § 7 Abs. 3 GmbHG die gesamte vor Eintragung zu erbringende Einlage der Werthaltigkeitsprüfung unterliegt, adressiert das Agio aber gerade nicht.⁶⁵

Deshalb ist drittens und abschließend der Fall zu betrachten, wie der Gefahr eines negativen Wertzuflusses z.B. durch Einbringung eines überschuldeten Unternehmens im Wege eines Sachagios begegnet werden kann. Um der Gefahr zu begegnen, dass das Agio die Bareinlage oder das vorhandene Stammkapital in Mitleidenschaft zieht, wird verbreitet ein positiver Wertnachweis über das eingebrachte Unternehmen verlangt.⁶⁶ Dabei handelt es sich um einen Nachweis, dass das Aktivvermögen des eingebrachten Unternehmens

60 *Karl*, GmbHR 2020, 9, 17 (Rdn. 38); dies andeutend auch *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283, 292.

61 Ausführlicher zum Ganzen demnächst Casper in einem Festschriftbeitrag, der in der zweiten Jahreshälfte 2025 erscheinen wird sowie einstweilen Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5 Rdn. 192.

62 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5 Rdn. 192 m.w.N.

63 Gegen eine Werthaltigkeitsprüfung BFHE 229, 518 = NZG 2011, 118, 119f. (Rdn. 31); Lutter/Hommelhoff/Bayer (Fn. 37), Rdn. 44; *Lubberich*, DNotZ 2016, 164, 176f.; *Karl*, GmbHR 2020, 9, 14f. (Rdn. 26ff.); *Späth-Weinrich*, BWNotZ 2020, 155, 157; Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5 Rdn. 192.

64 Vgl. nur die vorstehend Genannten.

65 A.A. aber *Herchen*, Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaft, 2004, S. 139ff., 339ff.; *Herchen*, GmbHR 2008, 150 m.w.N.

66 OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 742, 743; Lutter/Hommelhoff/Bayer (Fn. 37), Rdn. 44 in Anschluss an *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1108; *Karl*, GmbHR 2020, 9, 15ff. (Rdn. 30, 34f.); *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283, 296; enger *Lubberich*, DNotZ 2016, 164, 175ff.; *Heidinger/Knaier*, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467,

dessen Verbindlichkeiten übersteigt. Der Wert muss also mindestens Null sein. Dies ist überzeugend und ist meines Erachtens auch durch den Geschäftsführer sowie dem Inferenten nach § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern.⁶⁷ Das Register kann diese Versicherung dann prüfen. Erforderlich ist aber nicht zwingend eine Unternehmensbewertung durch einen Wirtschaftsprüfer, sondern regelmäßig genügt als Nachweis der letzte Jahresabschluss des eingebrachten Unternehmens,⁶⁸ wofür sich auch der Rechtsgedanke des § 57e GmbHG ins Feld führen lässt.⁶⁹ Liegt dieser Jahresabschluss länger als acht Monate zurück *und* ergibt sich daraus der Verdacht, dass inzwischen ein negativer Wert vorliegt, kann das Registergericht einen aktuellen positiven Wertnachweis auf den Tag der Antragstellung der Eintragung der GmbH bzw. der Barkapitalerhöhung fordern.⁷⁰

Weist das Sachagio entgegen der Versicherung bzw. des Nachweises doch einen negativen Wert auf, haftet der Inferent analog § 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf die Wertdifferenz, der Versichernde zudem als Gesamtschuldner nach § 9a Abs. 1 GmbHG.⁷¹

Auch bei der Bareinlage mit Sachagio kommt es also darauf an, dass man die Stellschrauben an der richtigen Stelle justiert. So lässt sich auch hier einer Erosion des Stammkapitals begegnen, ohne dass man gleich mit einem vollständigen Verbot daherkommen muss.

IV. UG und Bareinlage mit Sachagio

Ob die UG trotz des Sacheinlageverbotes ebenfalls ein Sachagio bei einer Bareinlage wählen kann, wird nur gelegentlich diskutiert, dann aber mit Recht unisono bejaht.⁷² Soweit nicht im Einzelfall eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, sind keine Gründe dafür ersichtlich, die UG anders als die reguläre

486 f.; zweifelnd, aber letztlich offenlassend, *Heinze*, ZNotP 2012, 87, 89 f.; *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5 Rdn. 194.

67 *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5 Rdn. 194 im Anschluss an *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1108; ebenso *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283, 296.

68 *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1108; nur für das eingebrachte einzelkaufmännische Unternehmen bejahend, für GmbH-Geschäftsanteile ablehnend *Heidinger/Knaier*, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467, 487.

69 *Karl*, GmbHR 2020, 9, 16 (Rdn. 30).

70 *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5 Rdn. 194.

71 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* (Fn. 37), § 5 Rdn. 44; ausführlich zum Ganzen *Szalai/Kreuzlein*, notar 2019, 283, 293 ff. m.w.N.; dafür auch *Karl*, GmbHR 2020, 9, 18 (Rdn. 45), der aber (a.a.O. Rdn. 42) zugleich § 19 Abs. 4 anwenden will; eine Differenzhaftung zumindest erwägend auch *Heidinger/Knaier*, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467, 475.

72 Ausdrücklich bejahend *Lubberich*, DNotZ 2016, 164, 172; *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1107 f.; *Karl*, GmbHR 2019, 9, 13; *Heinze*, NJW 2020, 3768, 3769; *Heckschen/Heidinger* (Fn. 58), S. 620 Rdn. 57; *Habersack/Casper/Löbbe/Casper* (Fn. 6), § 5a Rdn. 54; der Sache nach auch OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 752 f.

GmbH zu behandeln. Denn den Gläubigern wird nicht mehr versprochen, als im Handelsregister an Einlage verlaublich. Sieht man den Normzweck des Sacheinlageverbots primär in der Vereinfachung und Verfahrensbeschleunigung,⁷³ so ist die Zulässigkeit eines Sachagios im Zusammenhang mit einer Bareinlage folgerichtig. Ziel des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG ist nämlich gerade nicht, dass die Gesellschafter der Unternehmergesellschaft keine Sachen zuwenden sollen. Nur die Ausgabe von Geschäftsanteilen darf hiermit nicht verknüpft werden. Auch bei der UG genügt die Versicherung nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG, dass das Sachagio keinen negativen Wert aufweist.

Akzeptiert man weiter, dass die gegründete UG auch eine Sachkapitalerhöhung *in die* GmbH vollziehen kann,⁷⁴ kann sich aber ein Umgehungsproblem stellen und zwar in solchen Fällen, in denen die UG quasi nur kurzfristig zwischengeschaltet wird, um die Werthaltigkeitskontrolle bei der Sachgründung einer GmbH zu vermeiden.⁷⁵ Wenn beispielsweise eine UG mit einem Euro Bareinlage gegründet wird, die mit einem Sachagio ausgestattet ist, dessen Wert 25.000 Euro oder mehr aufweist, um diese Kapitalrücklage dann alsbald zu einer Transformation der UG in eine GmbH nach § 5a Abs. 5 GmbHG zu benutzen, wird man das Registergericht für berechtigt, wie für verpflichtet halten müssen, die Werthaltigkeit des Sachagios, das nun praktisch das gesamte Stammkapital der GmbH ausmacht, anhand eines von den Gesellschaftern zu erstellenden Sachgründungsberichts zu überprüfen.

V. Zusammenfassung

Ich komme zum Schluss. Das Mindeststammkapital hat eine wichtige Funktion. Im Interesse des Gläubigerschutzes ist es vor Erosionen zu schützen. Gleichwohl hat sich die Einführung der Unternehmergesellschaft in der Retrospektive bewährt. Nur so konnte der deutsche Gesetzgeber das Stammkapital als Errungenschaft des deutschen Rechts langfristig vor Erosionen infolge des unkontrollierten Zuzugs ausländischer Gesellschaften schützen. Das Sacheinlageverbot bei der UG hätte es hierfür nicht zwingend bedurft. Wichtiger ist es vielmehr, den transitorischen Charakter der UG zu stärken. Auch der Barleinlage mit kombiniertem Sachagio ist mit Augenmaß zu begegnen.

mit insoweit wohl zustimmender Anm. von *Wachter* sowie ferner *Rieder* in: MünchKommGmbHG (Fn. 15), § 5a Rdn. 22.

73 Habersack/Casper/Löbbe/Casper (Fn. 6), § 5a Rdn. 48; MünchKommGmbHG/Rieder (Fn. 15), § 5a Rdn. 22 m.w.N.

74 Vgl. oben II.

75 Dass der in die Kapitalrücklage gebuchte Betrag aus einem Sachagio zu einem späteren Zeitpunkt Grundlage für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sein kann, stellt hingegen keinen Hinderungsgrund für die Zulässigkeit der Bareinlage mit Sachagio dar, da diese aufgrund einer geprüften Bilanz erfolgt, vgl. OLG Hamm DStR 2008, 989 (zur AG); *Priester*, FS Roth, 2011, S. 573, 580f.; *Wicke*, GmbHR 2018, 1105, 1109 m.w.N.

Eine Versicherung, dass das eingelegte Sachagio keinen negativen Wert aufweist, ist allerdings zwingend; dies muss das Registergericht überprüfen können. Wäre *Peter Ulmer* bei all meinen Thesen mitgegangen? Ich fürchte nicht. Aber abweichende Meinungen waren immer erlaubt, jedoch musste man sie sehr gut begründen. Ob mir das gelungen ist, weiß ich nicht. Dass wir ihn nun nicht fragen können und nicht mehr mit ihm diskutieren und von ihm lernen können, ist ein großer, ja ein schmerzlicher Verlust. Ich verneige mich im Andenken an einen großen Rechtsgelehrten und unseren akademischen Lehrer im besten Sinne des Wortes.