

Entscheidungsanmerkung

Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistungen bei AG – Eurobike

1. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden auf Dienstleistungen, die der Bezieher neuer Aktien im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung entgeltlich für die Aktiengesellschaft erbracht hat oder durch eine von ihm abhängige Gesellschaft hat erbringen lassen, keine Anwendung (Fortführung von BGHZ 180, 38 = NJW 2009, 2375 = NZG 2009, 463 – Qivive). Entgeltliche Dienstverträge zwischen der Gesellschaft und dem Inferenten sind im Aktienrecht nicht verboten.

2. Die Bezahlung von Beratungsleistungen vor Leistung der Einlage ist keine verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft im Sinn eines rechtlich dem Hin- und Herzahlen gleichstehenden Her- und Hinzahlens, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist. (Amtliche Leitsätze)

AktG §§ 27, 205

BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08 (OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Mit diesem Urteil bestätigt der 2. Zivilsenat des BGH seine bereits zum GmbH-Recht ergangene „Qivive“-Entscheidung (BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 [KG], NJW 2009, 2375) und überträgt seine dort entwickelten Grundsätze auf die Aktiengesellschaft. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob die Erbringung von Dienstleistungen im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Durchführung einer Kapitalerhöhung (genehmigtes Kapital) einer Aktiengesellschaft eine verdeckte Sacheinlage i.S.v. § 27 Abs. 3 AktG oder ein verbotenes Hin- und Herzahlen i.S.v. § 27 Abs. 4 AktG darstellt. Grundsätzlich müssen Gesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung ihre Einlagen in Höhe des gesetzlichen Mindestbetrags erbringen. Diese können sie als Bar- oder Sacheinlagen leisten. Dabei wird jedoch die Möglichkeit der Einlagenerbringung in Gestalt einer Sacheinlage an das Einhalten strengerer Voraussetzungen geknüpft. Gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 1 AktG kommen als mögliche Sacheinlagen nur solche Vermögensgegenstände in Betracht, deren wirtschaft-

licher Wert feststellbar ist. Dienstleistungen sind gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG nicht einlagefähig, weil ihr objektiver Wert nur schwierig zu ermitteln ist.

In seinem „Qivive“-Urteil hatte der BGH deshalb entschieden, dass solche Dienstleistungen, die ein Gesellschafter der GmbH im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung derselben GmbH erbringt, weder eine verdeckte Sacheinlage noch ein verbotenes Hin- und Herzahlen darstellen. Diese Frage hat der BGH nun gleichermaßen für Dienstleistungen eines Aktionärs an eine Aktiengesellschaft entschieden. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden demnach auf entgeltliche Dienstleistungen keine Anwendung. Dadurch wird eine einheitliche Auslegung der Regelungen über die verdeckte Sacheinlage und das Hin- und Herzahlen für die GmbH und die Aktiengesellschaft gewährleistet. Diese einheitliche Auslegung entspricht auch der mit dem ARUG² verfolgten Intention des Gesetzgebers, die Regelungen des GmbH-Rechts zur verdeckten Sacheinlage auf die Aktiengesellschaft zu übertragen.³

2. Sachverhalt

Die Eurobike-AG war im Mai 2001 in finanziellen Schwierigkeiten und erteilte einer Unternehmensberatungsgesellschaft, der Beklagten zu 2, einer 100%-igen Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1, den Auftrag zur Beratung über eine Restrukturierung. Im Lauf der Beratung erwies sich die Durchführung einer Kapitalerhöhung für die Schuldnerin als notwendige Sanierungsmaßnahme. Nachdem die Hauptversammlung der Eurobike-AG die Schaffung eines genehmigten Kapitals beschlossen hatte, erhöhte der Vorstand das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien um gut 7 Mio. Euro. Die Durchführung der Kapitalerhöhung wurde daraufhin im Oktober 2002 im Handelsregister eingetragen. Die Beklagte zu 1 erwarb neue Aktien der Eurobike-AG für gut 3,6 Mio. Euro. Der Beklagten zu 2 zahlte die Eurobike-AG ein Beratungshonorar von knapp 2,7 Mio. Euro. Die Sanierung scheiterte und im November 2003 wurde schließlich das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Der klagende Insolvenzverwalter verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldern die Zahlung von knapp 2,7 Mio. Euro und macht geltend, die Beklagte zu 1 habe ihre Bareinlageverpflichtung in Höhe des bezahlten Beratungshonorars nicht erfüllt. Es bestünde ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den Beratungsleistungen der Beklagten zu 2. Durch die Vergütung dieser Leistungen habe sich die Beklagte zu 1 das Kapital beschafft, um ihre Beteiligung an der Eurobike-AG zu erhöhen. Es liege eine verdeckte Sacheinlage vor.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Keine verdeckte Sacheinlage gemäß § 27 Abs. 3 AktG

Auch im Rahmen der Ausgabe neuer Aktien gegen Sacheinlagen bei einem genehmigten Kapital gelten gemäß §§ 205

¹ BGH NJW 2010, 1747 – Eurobike; die Entscheidung ist unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1b5cdf41423afafd-01fc9b2f165c8f51&nr=51133&pos=0&anz=1> abrufbar (27.7.2010, Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.6.2008 – 18 U 25/08 = BeckRS 2008, 17841 = DStR 2008, 2079; erste Instanz: LG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.2007 – 36 O 138/06 = BeckRS 2009, 89155).

² Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) v. 30.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2479.

³ BT-Drs. 16/13098, S. 2, 36 ff.

Abs. 3, 27 Abs. 3 AktG die Grundsätze über verdeckte Sacheinlagen. Als eine verdeckte Sacheinlage wäre die Beratungsleistung einzuordnen gewesen, wenn trotz vordergründiger Vereinbarung der Bareinlage der Beklagten zu 1 nicht diese, sondern aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Abrede bei wirtschaftlicher Betrachtung die Beratung als Sachwert eingelegt worden wäre.⁴ Eine derartige Einordnung der Beratungsleistung der Beklagten zu 2 lehnt der BGH ab.

Zwar stehe der Einordnung als verdeckte Sacheinlage nicht entgegen, dass die neuen Aktien aus der Kapitalerhöhung zunächst von einer Emissionsbank übernommen und erst in einem zweiten Schritt (unter anderem) an die Beklagte zu 1 weiterplatziert worden waren. Handele eine Emissionsbank beim Aktienwerb ohne Eigeninteresse, gelte derjenige als Ersterwerber, der die Aktien von der Emissionsbank erwirbt.⁵

Ebenso seien die Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage nicht von vornherein deshalb ausgeschlossen, weil nicht die Beklagte zu 1 die Beratungsleistungen erbracht hat, sondern ihre 100%-ige Tochtergesellschaft (die Beklagte zu 2). Die Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln setze nicht voraus, dass Inferent und Auszahlungsempfänger identisch sind. Es sei ausreichend, dass der Inferent durch die Leistung der Gesellschaft „in gleicher Weise begünstigt [werde] wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst“⁶. Dies sei insbesondere bei der Leistung an ein vom Gesellschafter beherrschtes Unternehmen der Fall.⁷

Doch könne Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage nur eine sacheinlagefähige Leistung sein.⁸ Dienstleistungen wie eine Beratung könnten dagegen gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG nicht als sacheinlagefähig qualifiziert werden. Es spreche auch nichts dafür, die Umgehungsvorschriften auf Dienstleistungen entsprechend anzuwenden. Die Rechtsordnung könne die für den Einlageschuldner aus der Regelung über die verdeckte Sacheinlage resultierenden nachteiligen Rechtsfolgen nicht daran knüpfen, dass die für Sacheinlagen geltenden besonderen Voraussetzungen nicht eingehalten seien, wenn diese Voraussetzungen für die Einbringung einer Dienstleistung gar nicht gelten.⁹ Ferner würde für den Fall der Annahme einer verdeckten Sacheinlage die Vorschrift des § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG „ausgehobelt“ und gezeichnetes Kapital könnte auch aus Dienstleistungen gebildet werden.¹⁰ Der BGH verneint auch, dass statt der Bareinlage alte oder, nach

Begründung der Einlageschuld entstandene, neue Forderungen nach Vergütung der Beratungsleistungen eingebracht worden seien.¹¹ Die Ablehnung der Einlagefähigkeit von Dienstleistungen führt nach Ansicht des BGH jedoch nicht zu einem Verbot, Dienstverträge mit Gründern bzw. Alt- oder Neuaktionären abzuschließen.¹²

2. Kein Hin- und Herzahlen nach § 27 Abs. 4 AktG

Der BGH geht ferner auf den Umgehungstatbestand des Hin- und Herzahlens ein, den der Gesetzgeber des ARUG in § 27 Abs. 4 AktG geregelt hat. Der Tatbestand sei grundsätzlich erfüllt, wenn vorab vereinbart wird, dass der Bareinlagebetrag umgehend wieder an den Einleger zurückfließen soll, und wenn deshalb der Bareinlagebetrag nicht zur freien Verfügung des Vorstands nach § 54 Abs. 3 AktG geleistet wurde.¹³ Dann entspreche das Hin- und Herzahlen wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage. Das sei hier aber nicht anzunehmen, weil die Einlageforderung gegen die Beklagte zu 1 nicht gegen die Vergütungsforderung der Gesellschaft gegen die Beklagte zu 2 ausgetauscht worden sei. Die Einlage sei zur freien Verfügung des Vorstands geleistet worden, solange sie nicht für die Beratungsvergütung „reserviert“ wurde.¹⁴

3. Kein Her- und Hinzahlen entsprechend § 27 Abs. 4 AktG

Aufgrund der Tatsache, dass die meisten Beratungshonorare vor der Übernahme der Aktien durch die Beklagte zu 1 gezahlt worden sind, kam im vorliegenden Fall vielmehr ein Her- und Hinzahlen in Betracht. Ein solches, vom BGH „verdeckte Finanzierung“¹⁵ genanntes Her- und Hinzahlen ist nach Ansicht des BGH gegeben, wenn die Gesellschaft dem Inferenten die Mittel für die Einlage bereits vor Zahlung der Einlage aus dem Gesellschaftsvermögen zukommen lässt. Dies sei aufgrund der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit, für die die Reihenfolge der Leistungen keine Rolle spiele, dem Hin- und Herzahlen i.S.d. § 27 Abs. 4 AktG gleichgestellt.¹⁶ Die Zahlung einer Vergütung für Beratungsleistungen könne ein „Herzahlen“ nur darstellen, wenn der Beratungsvertrag zum Schein geschlossen und die Beratungsvergütung vorgezogen sei oder wenn der Zahlung der Vergütung keine deren Wert entsprechende Gegenleistung gegenüberstehe oder die Beratungsleistung für die Gesellschaft unbrauchbar sei. Im vorliegenden Fall sei der Tatbestand eines Her- und Hinzahlens nicht erfüllt, weil eine tatsächlich erbrachte (Dienst-)Leistung vergütet worden sei, die Höhe der Vergütung einem Drittvergleich standhalte und die Leistung objektiv werthaltig und aus der Sicht der Gesellschaft für diese nicht unbrauchbar und wertlos sei.

⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 15; BGH NJW 2003, 3127; BGH NJW 2006, 1736; BGH NJW 2007, 765; BGH NJW 2009, 2375 f. (Tz. 8 f.) – Qivive.

⁵ Vgl. Rn 11 der Entscheidungsgründe (Fn. 1); BGHZ 122, 180 (185 f.).

⁶ BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 13.

⁷ BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 13.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 15.

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 17; BGH NJW 2009, 2375 (2376, Tz. 11) – Qivive.

¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 18.

¹¹ BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 21.

¹² Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 17.

¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 23; BGH NJW 2009, 2375 – Qivive.

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 23.

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 24.

¹⁶ Siehe auch zum Folgenden BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 24.

III. Würdigung

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 27 Abs. 3 AktG

Die Regelung über die verdeckte Sacheinlage wäre im vorliegenden Fall durchaus anwendbar, wie der BGH zutreffend klarstellt. Für § 27 Abs. 3 S. 1 AktG ist eine wirtschaftliche Betrachtung maßgebend und wirtschaftlich betrachtet ändert die zwischenzeitliche Übernahme der neuen Aktien durch eine Emissionsbank nichts an einer möglichen Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch den ersten Aktienerwerber, sofern dieser tatsächlich erwirbt und eine Verrechnungsabrede geschlossen war.

Auch wenn im vorliegenden Fall die fragliche Beratungsleistung nicht von der Inferentin selbst, sondern durch ein von ihr abhängiges Unternehmen durchgeführt wurde, kann die Leistung wirtschaftlich betrachtet durchaus als verdeckte Sacheinlage der Inferentin gelten. Eine derartige wirtschaftliche Betrachtungsweise drückt der Gesetzgeber auch an anderer Stelle in den §§ 56 Abs. 2, 71d AktG aus.

2. Verdeckte Sacheinlage in direkter Anwendung von § 27 Abs. 3 AktG?

Dem Eurobike-Urteil, mit dem der BGH seine Qivive-Entscheidung zu § 19 Abs. 4, 5 GmbHG im Wesentlichen bestätigt, kann insoweit zugestimmt werden, als der BGH die direkte Anwendung von § 17 Abs. 3 AktG für Dienstleistungen wie die Unternehmensberatung ablehnt.¹⁷ Die Sonderregelung für verdeckte Sacheinlagen soll die Gesellschaft vor einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften schützen. Voraussetzung hierfür ist, dass der zur Einlageleistung verpflichtete Gesellschafter den erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften überhaupt hätte erreichen können.¹⁸ Dies ist bei Dienstleistungen jedoch nicht der Fall, da diese gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG von vornherein nicht als Sacheinlage tauglich sind. Konsequenterweise gilt dies auch hinsichtlich einer möglichen Einbringung von Vergütungsforderungen.

3. Hin- und Herzahlen nach § 27 Abs. 4 AktG?

Im Unterschied zu § 27 Abs. 3 AktG kommt es im Fall eines Hin- und Herzahlens bzw. eines diesem gleichgestellten Her- und Hinzahlens, nicht auf die Sacheinlagefähigkeit an. § 27 Abs. 4 AktG wird vielmehr als ein eigenständiger Fall einer scheiternden Einlageleistung betrachtet.¹⁹

Grundsätzlich muss die Einlage für den Fall einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital gemäß §§ 36 Abs. 2 S. 1, 188 Abs. 2 S. 1, 203 Abs. 1 S. 1 AktG zur freien Verfügung des Vorstands geleistet worden sein. Daran fehlt es, wenn der Einlagebetrag im Sinne eines Hin- und Herzahlens gem. § 27 Abs. 4 AktG gemäß einer vorherigen Absprache umgehend an den Einleger zurückfließen soll.²⁰ Zutreffend

geht der BGH davon aus, dass im vorliegenden Fall der Tatbestand des § 27 Abs. 4 AktG nicht in Betracht kommt, weil im Zeitpunkt der Einlageleistung bereits alle Beratungshonorare bis auf eines bezahlt worden waren und daher jedenfalls insoweit die Bareinlageforderung nicht gegen eine andere schuldrechtliche (Geld-)Forderung der Gesellschaft ausgetauscht wurde. Die Frage, ob das im November 2002 gezahlte Beratungshonorar einen automatischen Rückfluss der Bareinlage darstellt, hat der BGH aus tatsächlichen Gründen verneint, weil die Einlageleistung nicht zur Bezahlung des November-Honorars „reserviert“ worden sei.

4. „Verdeckte Finanzierung“ der Bareinlage durch ein „Her- und Hinzahlen“?

In Betracht kam eine vorherige Finanzierung der Bareinlageleistung der Beklagten zu 1 durch Auszahlung der Beratungshonorare an die Beklagte zu 2. Diese Auszahlung ist nach dem Rechtsgedanken der §§ 56 Abs. 2, 71d AktG der Beklagten zu 1 zuzurechnen. Im Ergebnis zu Recht prüft der BGH – und das ist gegenüber seinem Qivive-Urteil neu –, ob die Beratungsleistung tatsächlich erbracht und objektiv werthaltig ist, ferner ob sie für die Zwecke der Gesellschaft brauchbar und ob die vereinbarte Vergütung angemessen ist. Nur stützt er dies auf eine entsprechende Anwendung von § 27 Abs. 4 AktG, der diese Voraussetzungen nicht hergibt. Eine Anrechnung nur teilweise werthaltiger Dienstleistungen wäre im Übrigen nicht möglich. Ferner ist die Qualifizierung als „verdeckte Einlagenfinanzierung“ ungenau und würde die Annahme nahelegen, das Finanzierungsgeschäft sei gemäß § 71a Abs. 1 S. 1 AktG nichtig. Eine Grenzziehung zwischen einer nur „verdeckten Finanzierung“ und § 71a AktG, der nach der Kapitalrichtlinie²¹ vorgegeben ist, kann nur schwerlich gelingen.²² Soll letztere Vorschrift etwa nur eine offene, ausdrückliche und bewusste Einlagenvorfinanzierung umfassen? Das Eurobike-Urteil wirft insoweit viele ungelöste Fragen auf.

5. Entsprechende Anwendung von § 27 Abs. 3 AktG?

Näher liegt eine entsprechende Anwendung von § 27 Abs. 3 AktG. Die Regelung über verdeckte Sacheinlagen soll die Gesellschaft davor schützen, dass für die, wirtschaftlich betrachtet, „eigentlich“ eingelegten Sachen insbesondere eine Satzungspublizität und eine Prüfung der Werthaltigkeit fehlt. Einen dieser Schutzrichtung nicht unähnlichen Zweck hat § 27 Abs. 2 Hs. 1 AktG: Solche Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert nicht festgestellt, also auch nicht geprüft und in die Satzung aufgenommen werden kann, sind nicht einlagefähig. Hieran knüpft Halbsatz 2 dieser Vorschrift an, wonach Dienstleistungen von vornherein nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein können. Der Zweck dieser Regelung liegt darin, dass sich der wirtschaftliche Wert von Dienstleistungen typischerweise nur schwer feststellen lässt oder dass jedenfalls die Unwägbarkeiten einer Wertfeststellung von Dienstleistungen die Kapitalaufbringung nicht tangieren sollen.

¹⁷ So auch Wachter, NJW 2010, 1715 (1716).

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2009, 2375 (2376, Tz. 11) – Qivive.

¹⁹ Vgl. BGHZ 165, 113 (116 f.) = NJW 2006, 509; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 27 Rn. 39.

²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 23; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 27 Rn. 43.

²¹ Richtlinie 77/91/EWG v. 13.12.1976, ABl. 1977 L 26, S. 1.

²² So wohl auch z.B. Habersack, AG 2009, 557 (561 ff.).

Dieser Schutz der Kapitalaufbringung würde umgangen, wenn ein Alt- oder Neuaktionär im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung statt der vordergründig eingelegten Barleistung eine Dienstleistung „verdeckt“ einlege. Zwar enthält § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG gewiss nicht das Verbot, dass die Gesellschaft mit den Alt- oder Neuaktionären keine Dienstverträge abschließen dürften.²³ Doch dürfen die Aktionäre ihre in solchen Verträgen vereinbarten Dienstleistungen an die Gesellschaft gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG nicht zugleich als Leistung auf ihre bestehende Einlageschuld erbringen. Wenn sie dennoch „verdeckt“ eine nicht einlagefähige Dienstleistung einlegen, besteht eine der verdeckten Sacheinlage ähnliche Interessenlage. Eine Regelungslücke liegt vor, weil weder § 27 Abs. 3 AktG noch § 27 Abs. 4 AktG noch § 71a AktG anwendbar sind. Die Lücke ist auch planwidrig.

Rechtsfolge der verdeckten Einlage einer Dienstleistung ist analog § 27 Abs. 3 S. 2, 3 AktG der wirksame Fortbestand von Einlageverpflichtung und Dienstvertrag sowie die Anrechnung des Werts der Dienstleistung. Dass die Dienstleistung tatsächlich erbracht wurde, dass sie objektiv werthaltig und für die Zwecke der Gesellschaft brauchbar ist und dass die vereinbarte Vergütung angemessen ist, wird im Rahmen der Anrechnungslösung zu prüfen sein. Hiernach wäre im vorliegenden Fall das Ergebnis gleich geblieben, dass nämlich die Eurobike-AG die Bareinlage der Beklagten zu 1 nicht noch einmal verlangen konnte.

Die vorgenannte Lösung einer entsprechenden Anwendung von § 27 Abs. 3 AktG hebt die Vorschrift des § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG genauso wenig aus, wie die Regelungen über verdeckte Sacheinlagen die Vorschriften über Sacheinlagen aushebeln. Vielmehr stellt diese Lösung sicher, dass einerseits Dienstleistungen von Gründern und Alt- oder Neuaktionären im Zuge von Gründungen und Kapitalerhöhungen möglich sind, andererseits aber – sofern diese Dienstleistungen entgegen § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG „verdeckt“ eingelegt werden – der Schutz der effektiven Kapitalaufbringung durch die Nichtbefreiung von der Einlagepflicht und durch Anrechnung des Werts der Dienstleistung gewährleistet wird. Die vorliegende Lösung vermeidet zum Schutz beratender Gesellschafter das Risiko eines Alles-oder-Nichts, dass sie sich mangels Werthaltigkeit ihrer Dienstleistung weiterhin voll der Einlagepflicht ausgesetzt sehen müssten. Es ist nicht einzusehen, weshalb derjenige, der eine nicht einlagefähige Dienstleistung „verdeckt“ einlegt, anders als derjenige, der eine Sache ohne Satzungspublizität und Werthaltigkeitsprüfung ebenfalls „verdeckt“ einlegt, nicht in den Genuss der „Anrechnungslösung“ gemäß § 27 Abs. 3 S. 3 AktG kommen sollte. Freilich wäre der Weg einer etwaigen Heilung der verdeckten Einlage einer Dienstleistung versperrt.

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Heidelberg

²³ So BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 173/08, Rn. 17.