

## Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Georg Bitter, und Dr. Sebastian Heim, M.Sc. (LSE), Rechtsanwalt

4. Auflage 2018. Buch. XVIII, 398 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8006 5678 3  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

ist, ergibt sich ein **Fortbestand der Geldeinlagepflicht in Höhe des Differenzbetrags** aus der Wertung jener Vorschrift bzw. dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung (→ Rn. 196), wenn es eine Vorabsprache (→ Rn. 192 und 196) über die Vergütungszahlung gibt. Fraglich ist, wer die **Darlegungs- und Beweislast** dafür trägt, dass der Wert der nicht sacheinlagefähigen Leistung die Höhe der gezahlten Vergütung erreicht. Bei einer verdeckten Sacheinlage muss der Gesellschafter darlegen und beweisen, dass die verdeckt eingelegte Sache werthaltig ist, um ein Erlöschen seiner Einlageverpflichtung durch Anrechnung zu erreichen (→ Rn. 187). Die hier zu beurteilende Konstellation ist dem insofern vergleichbar, als das Erlöschen der Einlageverpflichtung ebenfalls von der Werthaltigkeit einer Leistung des Gesellschafters abhängt. Jedoch kommt verschärfend hinzu, dass der Leistung des Gesellschafters gerade wegen der fehlenden/schwierigen Bewertbarkeit (oder sonstiger, die Werthaltigkeit beeinträchtigender Umstände) die Sacheinlagefähigkeit abgesprochen wird. Daher bedarf es *umso mehr* des Schutzes der Gläubiger und muss der Gesellschafter *erst recht* die Darlegungs- und Beweislast für die Werthaltigkeit seiner Leistung tragen.<sup>656</sup> Gelingt ihm der Nachweis (ganz oder teilweise) nicht, besteht die Einlageforderung der Gesellschaft – wie im Fall der verdeckten Sacheinlage – (ganz oder teilweise) fort.

#### dd) Aufrechnung

Eine Erfüllung der Einlageforderung durch Aufrechnung ist einerseits in der Weise denkbar, dass der Gesellschafter mit einer Forderung, die ihm gegenüber der GmbH zusteht, *gegen* die Einlageforderung aufrechnet. Andererseits kann auch die Gesellschaft *mit* der Einlageforderung gegen eine Forderung des Gesellschafters aufrechnen oder eine zweiseitige Aufrechnungsvereinbarung mit dem Gesellschafter schließen. Bei der Frage, ob diese Wege der Erfüllung gangbar sind, ist erneut zwischen der Mindesteinzahlung (→ Rn. 177) und der Resteinzahlung (→ Rn. 178) zu differenzieren. Außerdem ist – wie bereits zum Aktienrecht näher dargelegt (→ § 3 Rn. 172 ff.) – seit der Abmilderung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen auch bei unzulässigen Aufrechnungen in Zukunft in erweitertem Umfang eine Wertanrechnung zuzulassen.

#### aaa) Mindesteinzahlung

Hinsichtlich der Mindesteinzahlung (§ 7 II 1 GmbHG) kann grundsätzlich durch eine Aufrechnung keine Erfüllung eintreten (zu Einschränkungen → Rn. 208), und zwar unabhängig davon, wer die Aufrechnung erklärt: Wie bereits ausgeführt (→ Rn. 177), leitet die h.M. aus § 7 II 1 GmbHG ab, dass der Mindestbetrag nur durch **bare oder barzahlungsgleiche Zahlung** zu erbringen ist.<sup>657</sup> Dann ist auch eine Anrechnung des durch Aufrechnung zugeführten Wertes ausgeschlossen. Wie jedoch schon zur Kapitalaufbringung bei der AG dargelegt wurde, dürfte eine Aufrechnung gegen die Mindesteinzahlung ohnehin praktisch nicht vorkommen, weil bei der Anmeldung zum Handelsregister zu versichern ist, dass die Mindesteinzahlung ordnungsgemäß, also bar oder barzahlungsgleich, erbracht ist (→ § 3 Rn. 185 zur AG). Obwohl § 8 II GmbHG, anders als § 37 I 2 AktG, keinen Nachweis der Einzahlung verlangt, dürfte die Diskussion zur Mindesteinzahlung auch bei der GmbH eher theoretischer Natur sein, weil jedenfalls sehr konkret zu versichern ist,

<sup>656</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 59.

<sup>657</sup> Dazu, dass dies die Aufrechnung hindert, Wilhelm, KapitalGesR, Rn. 339 m. w. N.; a. A. MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 94 m. w. N. zur h. M.

wann welcher Gesellschafter wie viel eingezahlt hat und verschiedene Registergerichte sogar trotz des Wortlauts von § 8 II GmbHG Nachweise der Einzahlung anfordern.<sup>658</sup>

- 208 Sollte eine Aufrechnung trotzdem einmal vorkommen, ist – in Abweichung von der in Rn. 207 beschriebenen Rechtsfolge – die **Anrechnung des Werts der Gesellschafterforderung auf die Einlageschuld** jedenfalls dann möglich, wenn der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt ist, die aufgerechnete Gegenforderung des Gesellschafters also bei Begründung der Einlagepflicht bereits bestand (sog. **Altforderung**) und die Aufrechnung vorabgesprochen ist. Die Regelung zur verdeckten Sacheinlage in § 19 IV GmbHG ist nämlich als abschließende Sonderregelung auch im Verhältnis zu § 7 II 1 GmbHG anzusehen (→ § 3 Rn. 164 zur AG).

#### bbb) Resteinzahlung

- 209 In Bezug auf die Resteinzahlung ist ebenfalls auf die bereits für die AG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Danach ist zwar im Ansatz zwischen einer Aufrechnung des Gesellschafters einerseits und einer Aufrechnung der Gesellschaft oder einer Aufrechnungsvereinbarung andererseits zu unterscheiden. Die Rechtsfolgen sind jedoch richtigerweise einander anzugleichen:

##### (1) Aufrechnung des Gesellschafters

- 210 Für die Aufrechnung des Gesellschafters findet sich in § 19 II 2 GmbHG eine dem § 66 I 2 AktG vergleichbare Regelung. Die Aufrechnung gegen die Einlageforderung ist danach grundsätzlich unzulässig.<sup>659</sup> Wie jedoch schon zum Aktienrecht näher dargelegt, hindert diese grundsätzliche „Unzulässigkeit“ der Aufrechnung nach neuem Recht richtigerweise nicht mehr die Wertanrechnung der Gegenforderung.
- 211 Soweit die Aufrechnung im Zusammenhang mit einer verdeckten Sacheinlage erfolgt, ergibt sich dies unmittelbar aus § 19 IV 3 GmbHG (→ Rn. 187). Es kann insoweit nämlich keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter zunächst seine Einlage tatsächlich leistet und die Gesellschaft mit diesen Mitteln sodann die Gesellschafterforderung befriedigt (Hin- und Herzahlung) oder der Gesellschafter sogleich seine Forderung gegen die Einlageschuld aufrechnet. Im Moment der Eintragung der Gesellschaft oder der späteren Aufrechnung<sup>660</sup> erfolgt deshalb eine **Anrechnung des Wertes der Gegenforderung des Gesellschafters** (h. M.; → § 3 Rn. 178 zur AG). Dieser Wert ist abhängig von der Bonität der GmbH.
- 212 Fehlt es an einer Vorabsprache über die spätere Aufrechnung des Gesellschafters bei Begründung der Einlagepflicht, ist zwar der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage nicht erfüllt. Gleichwohl ist auch in diesem Fall entgegen der h. M. eine Wertanrechnung analog § 19 IV 3 GmbHG zuzulassen, um Systembrüche im neuen Recht zu vermeiden (→ § 3 Rn. 179 f. zur AG).<sup>661</sup>

<sup>658</sup> Dazu Scholz/Veil, GmbHG, § 8 Rn. 26.

<sup>659</sup> Dabei findet sich allerdings in § 19 II 2 GmbHG eine ausdrückliche Ausnahme für offengelegte Sachübernahmen. Bei diesen wird die Aufrechnung ausdrücklich für zulässig erklärt.

<sup>660</sup> Die Aufrechnung entspricht der „Überlassung an die Gesellschaft“ i. S. v. § 19 IV 3 GmbHG.

<sup>661</sup> Die h. M. (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19 Rn. 32; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 25, 36 a. E.; Scholz/Veil, GmbHG, § 19 Rn. 85; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 49, 89; jeweils m. w. N.) beruft sich auf die ausdrückliche gesetzliche Regelung, berücksichtigt allerdings nicht, dass diese gerade nicht von der „Unwirksamkeit“ der Aufrechnung spricht.

## (2) Aufrechnung der Gesellschaft und Aufrechnungsvereinbarung

Eine Aufrechnung der Gesellschaft mit der Einlageforderung verbietet § 19 II 2 GmbHG ebenso wenig wie eine Aufrechnungsvereinbarung zwischen den Parteien. Dennoch ist die Aufrechnung der Gesellschaft nicht stets zulässig.

Geht es um Forderungen des Gesellschafters, die zur Zeit der Begründung der Geldeinlagepflicht bereits bestanden (sog. **Altforderungen**), so gelten die soeben für eine Aufrechnung des Gesellschafters entwickelten Grundsätze. Die Aufrechnung gegen eine Altforderung des Gesellschafters ist zwar grundsätzlich unzulässig, weil eine solche Forderung im Wege der Sacheinlage hätte eingebracht werden können, so dass sich die Aufrechnung als unzulässige Umgehung der Sacheinlagevorschriften darstellt.<sup>662</sup> Dies hindert jedoch nach § 19 IV 3 GmbHG eine **Wertanrechnung** nicht. Bei fehlender Vorabsprache ist die Vorschrift analog anwendbar.<sup>663</sup>

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man richtigerweise für Forderungen, die zur Zeit der Begründung der Einlagenschuld noch nicht bestanden (sog. **Neuforderungen**). Weil diese nicht als Sacheinlage hätten eingebracht werden können, kann die Aufrechnung nicht wegen Umgehung der Sacheinlagevorschriften unzulässig sein. Wie bereits zum Aktienrecht dargelegt, können sich aber Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis der *Gesellschaft* und parallel laufende Grenzen einer zweiseitigen *Aufrechnungsvereinbarung* aus dem **Verbot der Befreiung von der Einlagepflicht** (§ 19 II 1 GmbHG) und dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ergeben (→ § 3 Rn. 181 zur AG). Die Aufrechnung bzw. Aufrechnungsvereinbarung ist deshalb nur zulässig, wenn die **Forderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide** (= unstreitig) ist.<sup>664</sup>

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wurde früher davon ausgegangen, dass die Aufrechnung vollends scheitert mit der Folge, dass die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters insgesamt fortbesteht.<sup>665</sup> Es trat also nicht etwa insoweit Erfüllung ein, wie die Forderung unter Berücksichtigung aller Umstände einen nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen zu ermittelnden wirtschaftlichen Wert hatte. Nach der durch das MoMiG erfolgten Neuregelung der verdeckten Sacheinlage mit der dort vorgesehenen Anrechnung wird aber nun richtigerweise von der wohl h.M. vertreten, dass auch bei der Aufrechnung der **Forderungswert auf die Einlagepflicht anzurechnen** sei (→ auch § 3 Rn. 182 zur AG).<sup>666</sup> Nach dem hier zur Vermeidung von Systembrüchen entwickelten einheitlichen Anrechnungsmodell muss dies schon deshalb gelten, weil bei einer weder dem Aufrechnungsverbot des § 19 II 2 GmbHG unterfallenden noch wegen Umgehung der Sacheinlagevorschriften unzulässigen Aufrechnung keine schärferen Sanktionen eingreifen können. Im Ergebnis kommt es also im Hinblick auf die Resteinlagepflicht in jedem Fall zu einer Anrechnung des Wertes der Gegenforderung des Gesellschafters.

<sup>662</sup> Schäfer, GesR, § 35 Rn. 6; Wicke, GmbHG, § 19 Rn. 14; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 87.

<sup>663</sup> So im Ergebnis auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 36 m.w.N.; wohl auch Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 89.

<sup>664</sup> Vgl. Wilhelm, KapitalGesR, Rn. 348 m.w.N.

<sup>665</sup> Vgl. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 19 Rn. 22 m.w.N.

<sup>666</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 19 Rn. 14; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 36; MüKoGmbHG/Schwandtner, § 19 Rn. 111; Scholz/Veil, GmbHG, § 19 Rn. 82; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 88; jeweils m.w.N.; a.A. für den Fall der einseitigen Aufrechnung durch die *Gesellschaft* MüKoGmbHG/Lieder, § 56 Rn. 108; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19 Rn. 53 a.E.; MüKoAktG/Bayer, § 66 Rn. 60 ff. (zur AG).

## ee) Leistung an Erfüllung statt

- 217 Vor dem MoMiG war es ausdrücklich unzulässig, auf die Geldeinlagepflicht eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB) zu erbringen, wenn sie nicht nach den Sacheinlagevorschriften vereinbart worden war (§ 19 V Alt. 1 GmbHG a. F.). Dieses ausdrückliche umfassende Verbot der Leistung an Erfüllung statt ist im neuen Recht nicht mehr explizit enthalten.<sup>667</sup> Fraglich ist daher, ob sich die Rechtslage insoweit durch das MoMiG geändert hat.
- 218 Die **Mindesteinzahlung** gemäß § 7 II GmbHG ist nach h. M. durch bare oder barzahlungsgleiche Leistung zu erbringen (→ Rn. 177). Eine Leistung an Erfüllung statt ist insofern also grundsätzlich unzulässig. Dies hindert jedoch eine Wertanrechnung nicht, soweit der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt ist (→ Rn. 211, 214 zur Aufrechnung).
- 219 Im Hinblick auf die **Resteinzahlung** entspricht es der ganz h. M., dass eine Leistung an Erfüllung statt nach wie vor unzulässig ist, wenn sie nicht entsprechend den Vorschriften über Sacheinlagen vereinbart wurde.<sup>668</sup> Grundlage dieser h. M. ist eine weite Auslegung des § 19 II 1 GmbHG, wonach der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht nicht befreit werden kann. Dies verbietet jede quantitative wie qualitative Verminderungen der Einlagepflicht.<sup>669</sup>
- 220 Von der Frage der **Unzulässigkeit der Leistung an Erfüllung statt** zu trennen ist aber mit der inzwischen wohl h. M.<sup>670</sup> die **Frage der Rechtsfolge**, ob also die (unzulässige) Leistung an Erfüllung statt gleichwohl ganz oder teilweise zur Erfüllung der Einlageschuld führen kann.<sup>671</sup> Vor dem Hintergrund der hier zur Vermeidung von Systembrüchen angestellten Überlegungen hindert nämlich seit Einführung der neuen Regeln über verdeckte Sacheinlagen die rechtliche „Unzulässigkeit“ einer Maßnahme ganz generell die **Wertanrechnung** nicht mehr (→ § 3 Rn. 180 ff. zur AG).
- 221 Zunächst erscheint klar, dass – ähnlich wie bei der Aufrechnung im Zusammenhang mit einer verdeckten Sacheinlage (→ Rn. 211) – weder auf das Erfordernis der baren/bargeldgleichen Zahlung noch auf § 19 II 1 GmbHG zurückzugreifen ist, wenn der Anwendungsbereich des § 19 IV GmbHG unmittelbar eröffnet ist.<sup>672</sup> Es existiert eine speziellere Regelung. Ein Fall des § 19 IV GmbHG liegt vor, wenn die spätere Leistung an Erfüllung statt schon bei der Übernahme der Geldeinlage vereinbart worden ist (was bei einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang vermutet wird; → § 3 Rn. 160). Dann ist wirtschaftlich eine Sacheinlage gewollt und auch verwirklicht. Die Geldeinlageforderung besteht fort, aber der Wert der Leistung an Erfüllung statt wird angerechnet (§ 19 IV 1, 3, 4 GmbHG).<sup>673</sup>

<sup>667</sup> Wilhelm, KapitalGesR, Rn. 283.

<sup>668</sup> Vgl. MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 58; BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 91; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 18; MüKoGmbHG/Schwandtner, § 19 Rn. 63; jeweils m. w. N.; siehe auch Schäfer, GesR, § 35 Rn. 4.

<sup>669</sup> BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 86 m. w. N.

<sup>670</sup> Nachweise → Rn. 221 f.

<sup>671</sup> So auch MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 58 (Differenzierung bei der Rechtsfolge) und Rn. 145.

<sup>672</sup> So auch MüKoGmbHG/Schwandtner, § 19 Rn. 63, 220; Wicke, GmbHG, § 19 Rn. 24; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 25, 45; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn. 70; ferner wohl BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 159.

<sup>673</sup> Zu beachten ist jedoch: Da die Anrechnungswirkung erst mit Eintragung oder der späteren Leistung an Erfüllung statt eintritt, besteht die Geldeinlagepflicht bis dahin fort. Die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG ist also falsch.

Gibt es keine Vorabsprache über die spätere Leistung an Erfüllung statt, erfolgt die Wertanrechnung über eine analoge Anwendung des § 19 IV 3 GmbHG (→ Rn. 212 zur Aufrechnung).<sup>674</sup> Weil § 19 IV 3 GmbHG auf den tatsächlichen und nachweisbaren Wert abstellt, ergeben sich aus § 19 II 1 GmbHG keine Bedenken.<sup>675</sup>

Erbringt der Gesellschafter an Erfüllung statt eine Leistung, die nicht sacheinlagefähig ist, etwa eine Dienstleistung,<sup>676</sup> sollte ebenfalls eine Anrechnung des tatsächlichen Wertes erfolgen, auch wenn die Regeln über verdeckte Sacheinlagen nur bei Gegenständen anwendbar sind, die grundsätzlich sacheinlagefähig sind (→ Rn. 188). Der Gesellschafter hätte nämlich ebenso die aus seiner Leistung resultierende Forderung gegen die Einlageforderung aufrechnen können und bei einer solchen Aufrechnung würde eine Wertanrechnung erfolgen (→ Rn. 211 f.). Um das Verbot der Befreiung von der Einlageschuld aus § 19 II 1 GmbHG nicht zu tangieren, sind allerdings bei nicht sacheinlagefähigen Leistungen besonders hohe Anforderungen an den Nachweis der Wertdeckung zu stellen.

## 2. Kapitalerhaltung

Ist das Kapital wirksam aufgebracht, greift anschließend das System der Kapitalerhaltung ein. Dieses ist bei der GmbH komplexer als jenes bei der AG. Zu unterscheiden ist im Ansatz zwischen der **Vermögensbindung** einerseits und dem Verbot existenzvernichtender Eingriffe andererseits. In Bezug auf die Vermögensbindung ist sodann weiter zu differenzieren zwischen Gläubiger- und Mitgesellschafterinteresse, weshalb diese Bindung auf mehreren dogmatischen Säulen ruht (→ Rn. 225 ff.). Das **Verbot existenzvernichtender Eingriffe** dient demgegenüber allein den Interessen der Gläubiger und flankiert insoweit die bei der GmbH nicht so stark wie bei der AG ausgeprägte Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (→ Rn. 251 ff.). Abgerundet wird die Kapitalerhaltung im Gläubigerinteresse, indem die Gesellschaft eigene Anteile nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben darf (→ Rn. 261 ff.).

### a) Vermögensbindung in der GmbH

Die Vermögensbindung in der GmbH unterscheidet sich von derjenigen bei der AG. Während für die AG eine umfassende, auf das ganze Gesellschaftsvermögen bezogene Vermögensbindung festgestellt werden konnte, die gleichzeitig dem Gläubiger- und Minderheitenschutz dient (§ 57 AktG mit der Rechtsfolge des § 62 AktG; → § 3 Rn. 188 ff.), ist bei der GmbH zwischen der auf das Stammkapital beschränkten Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (§§ 30, 31 GmbHG) und der umfassenden Vermögensbindung im Interesse der Mitgesellschafter zu differenzieren.<sup>677</sup>

#### aa) Beschränkte Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (§§ 30, 31 GmbHG)

Die dem Gläubigerinteresse dienenden Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts (§§ 30, 31 GmbHG) sind weniger streng als die des Aktienrechts. Aus § 30 I

<sup>674</sup> Ausdrücklich wie hier MüKoGmbHG/Schwandtner, § 19 Rn. 63 m. w. N.; ebenso Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 25, 45, 89 a. E.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19 Rn. 53 m. w. N.; Scholz/Veil, GmbHG, § 19 Rn. 102 a. E.; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 58, 145; in diesem Sinne wohl auch Wicke, GmbHG, § 19 Rn. 24.

<sup>675</sup> Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn. 25.

<sup>676</sup> Auch eine Dienstleistung kann an Erfüllung statt erbracht werden; vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 364 Rn. 3.

<sup>677</sup> Umfassend zur Vermögensbindung bei Kapital- und Personengesellschaften Bitter, ZHR 168 (2004), 302 ff.



1 GmbHG ergibt sich (nur) ein **Verbot der Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens**. Der Begriff der „Auszahlung“ ist dabei – wie im Aktienrecht – im weiteren Sinne zu verstehen und nicht auf Leistungen von Bar- oder Buchgeld beschränkt.<sup>678</sup> Nur soweit eine **offene oder verdeckte Ausschüttung von Vermögen** allerdings das Stammkapital angreift, trifft den GmbH-Gesellschafter im Interesse der auf das Stammkapital vertrauenden Gläubiger die verschuldensunabhängige Rückgewährpflicht des § 31 GmbHG.

*aaa) Schutz des Stammkapitals (Haftung bei Unterbilanz)*

- 227 Ob eine Zuwendung der Gesellschaft gemäß § 30 I 1 GmbHG verboten ist, weil sie das Stammkapital angreift, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Dafür erforderlich ist zweierlei: Die Zuwendung muss erstens auf Basis des Gesellschaftsverhältnisses (*causa societatis*) erfolgen; zweitens muss sie eine Unterbilanz herbeiführen oder eine bestehende Unterbilanz vertiefen.<sup>679</sup>
- 228 Eine Zuwendung erfolgt ohne weiteres **causa societatis**, wenn die Zuwendung ihren Grund unmittelbar in dem Gesellschaftsverhältnis hat, also zum Beispiel als „Gewinnauszahlung“, „Sonderzuwendung“ oder schlicht als „Rückzahlung der Einlage“ deklariert ist. Auch die an einen ausgeschiedenen Gesellschafter gezahlte Abfindung ist eine Leistung *causa societatis* (vgl. auch § 34 III GmbHG). Die Voraussetzung ist aber regelmäßig ebenso erfüllt, wenn im Rahmen von Austauschgeschäften, die zum Nachteil der Gesellschaft unausgeglichen sind, eine **verdeckte Vermögensverlagerung** erfolgt, die Gesellschaft also eine Leistung zu günstig erbringt oder eine Leistung zu teuer erwirbt (= teilweise objektive Unentgeltlichkeit).<sup>680</sup> Ist die Unausgewogenheit des Austauschgeschäfts nicht ausnahmsweise durch besondere, vom Gesellschafter darzulegende Umstände im Einzelfall gerechtfertigt, ist nämlich (im Zweifel) anzunehmen, dass die Unausgewogenheit aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührt, dass also die Gesellschaft die Unausgewogenheit bei einem externen Dritten nicht hingenommen hätte.<sup>681</sup>
- 229 Eine **Unterbilanz** wird herbeigeführt oder vertieft, wenn das Nettovermögen der GmbH (Differenz zwischen Aktivvermögen und Verbindlichkeiten) durch die Zuwendung unter den Betrag des Stammkapitals (Stammkapitalziffer) fällt oder – wenn es schon zuvor darunter gelegen hat – die Lücke vergrößert wird. Im ersten Fall ist die Zuwendung unzulässig, *soweit* sie eine Unterbilanz herstellt; im zweiten Fall ist sie verboten, *soweit* sie die bestehende Unterbilanz vertieft. Die für die Bestimmung des Nettovermögens maßgeblichen Größen „Aktivvermögen“ und „Verbindlichkeiten“ sind – ganz im Sinne der durch das MoMiG intendierten Rückkehr zu einer rein bilanziellen Betrachtungsweise (→ Rn. 243) – jeweils nach den bilanz-

<sup>678</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 1194; hierfür spricht nach dem MoMiG auch § 30 I 2 GmbHG, der den Begriff „Leistung“ verwendet.

<sup>679</sup> Zum Begriff der Unterbilanz schon → Rn. 42.

<sup>680</sup> Ausführlich *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 234 ff., zur objektiven Abgrenzung insbesondere S. 239 ff.

<sup>681</sup> Vgl. Scholz/*Verse*, GmbHG, § 30 Rn. 31 (auch mit Gegenbeispielen) und Rn. 115. BGH und h.M. stellen darauf ab, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen mit einem Nichtgesellschafter nicht abgeschlossen hätte (sog. Drittvergleich; vgl. z. B. BGH NJW 1987, 1194, 1195; WM 1996, 116, 117 = NJW 1996, 589 f.). Damit wird jedoch kein subjektives Merkmal in den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. verdeckten Vermögensverlagerung eingeführt (vgl. *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 240 f. m. w. N.; gegen die rein objektive Betrachtung allerdings *Wilhelm*, KapitalGesR, Rn. 441).

rechtlichen **Regeln des HGB** zu ermitteln.<sup>682</sup> Es geht also jeweils um die (zutreffenden) Buchwerte der einzelnen Vermögensgegenstände und Schulden, so dass insbesondere stille Reserven des Aktivvermögens unberücksichtigt bleiben.<sup>683</sup>

**Beispiel:** Eine GmbH mit einem Stammkapital von 40.000 EUR hat ein (bilanzielles) Nettovermögen von 50.000 EUR. Ein Gesellschafter erhält ohne Gegenleistung eine Sonderzuwendung von 20.000 EUR. Hierdurch sinkt das Nettovermögen auf 30.000 EUR, weil sich der auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesene Geldbestand um den Betrag der Sonderzuwendung reduziert, während die Verbindlichkeiten in unveränderter Höhe bestehen bleiben. Die Sonderzuwendung hat daher in Höhe von 10.000 EUR eine Unterbilanz herbeigeführt (= Differenz zwischen Stammkapitalziffer und Nettovermögen) und ist daher insoweit verboten. Hätte das Nettovermögen bereits vor der Sonderzuwendung nur noch 30.000 EUR betragen, würde sie eine bestehende Unterbilanz um 20.000 EUR vertiefen (von 10.000 EUR auf 30.000 EUR) und wäre daher in voller Höhe verboten. 230

Das Auszahlungsverbot ist nicht auf den Betrag der Stammkapitalziffer begrenzt, sondern greift *erst recht* ein, wenn das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen bereits aufgebraucht ist, das Nettovermögen also durch die Zuwendung negativ wird (**bilanzielle Überschuldung** bzw. durch Eigenkapital nicht gedeckter Fehlbetrag i.S.v. § 268 III HGB). Im Zustand der Überschuldung kann nämlich die Zahlung überhaupt nur noch aus Fremdmitteln, also unmittelbar auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger geleistet werden.<sup>684</sup> 231

**Beispiel:** Beträgt die Sonderzuwendung in dem o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 EUR; Nettovermögen: 50.000 EUR) nicht 20.000 EUR, sondern 100.000 EUR, so dass das Nettovermögen danach bei minus 50.000 EUR steht (Überschuldung), erfasst das Verbot nicht nur das (komplett) verlorene Stammkapital (= 40.000 EUR), sondern erst recht auch die weiteren 50.000 EUR, um die das Nettovermögen negativ ist. Die verbotene Auszahlung beträgt also insgesamt 90.000 EUR. 232

Eine Unterbilanz kann auch durch eine **verdeckte Vermögensverlagerung** im Rahmen eines unausgeglichenen Austauschgeschäfts hergestellt oder vertieft werden. 233

**Beispiel:** Verkauft im o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 EUR; Nettovermögen: 50.000 EUR) ein Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand im Wert von 5.000 EUR für 20.000 EUR und werden die Leistungen ausgetauscht, so hat die Gesellschaft dem Gesellschafter im Saldo 15.000 EUR (Differenzbetrag) als verdeckte Vermögensverlagerung zugewendet (teilweise objektive Unentgeltlichkeit). Nunmehr ist zu prüfen, inwieweit diese verdeckte Vermögensverlagerung zulasten des gemäß § 30 I 1 GmbHG geschützten Stammkapitals geht (d.h. eine Unterbilanz herstellt) und daher verboten ist. Durch die verdeckte Vermögensverlagerung ist das Nettovermögen der Gesellschaft auf 35.000 EUR gemindert worden. In Höhe von 5.000 EUR hat die verdeckte Vermögensverlagerung also eine Unterbilanz hergestellt; insoweit ist sie daher gemäß § 30 I 1 GmbHG verboten. Hätte das Nettovermögen bereits vor dem Austauschgeschäft nur 35.000 EUR betragen, würde die verdeckte Vermögensverlagerung die Unterbilanz um 15.000 EUR vertiefen (von 5.000 EUR auf 20.000 EUR) und wäre daher in voller Höhe verboten. 234

Für ein **ausgeglichenes** Austauschgeschäft gilt hingegen: Weil sich die Werte der erbrachten Leistungen entsprechen, liegt keine verbotene Auszahlung gemäß § 30 GmbHG vor, auch wenn schon eine Unterbilanz besteht: Sie wird durch das Ge- 235

<sup>682</sup> Vgl. im Einzelnen Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 10 ff.

<sup>683</sup> Stille Reserven im Aktivvermögen bestehen, wenn der tatsächliche (Verkehrs-)Wert eines Vermögensgegenstandes über dem Buchwert liegt, was etwa aufgrund (nicht realisierter) Werterhöhungen nach der Anschaffung der Fall sein kann.

<sup>684</sup> Zur Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG bei Überschuldung siehe BGH NJW 1990, 1730, 1732; näher Bitter, Durchgriffshaftung, S. 233 f.



schäft nicht vertieft. Bei der Prüfung, ob ein Austauschgeschäft ausgeglichen ist, kommt es nicht auf den Buchwert, sondern auf den **Verkehrs-/Marktwert der ausgetauschten Vermögensgegenstände** an,<sup>685</sup> so dass beispielsweise der Verkauf eines Grundstücks, welches mit 1 Mio. EUR in der Bilanz steht, zu jenem Preis von 1 Mio. EUR unausgeglichen ist, wenn der Marktwert (inzwischen) bei 2 Mio. EUR liegt (sog. stille Reserven; → Rn. 229).<sup>686</sup> Insoweit gilt für den Wertvergleich also anderes als bei der Frage, ob eine Unterbilanz vorliegt; für jene Feststellung sind die Vermögensgegenstände mit ihrem Buchwert anzusetzen (→ Rn. 229).

236 Nach § 30 GmbHG verbotene Leistungen sind der Gesellschaft vom *Gesellschafter* zu erstatten, lösen also den **verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch** des § 31 I GmbHG aus.<sup>687</sup> War der Empfänger allerdings gutgläubig, gilt dies nur insoweit, wie die Rückgewähr zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 31 II GmbHG). Der Anspruch gemäß § 31 GmbHG entfällt nach der Rechtsprechung nicht nachträglich wieder, wenn das Nettovermögen zwischenzeitlich anderweit bis zur Höhe der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist.<sup>688</sup> Es kommt also ausschließlich darauf an, dass die **Zuwendung im Zeitpunkt der Leistung unzulässig** war.

237 Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, begründet § 31 III 1 GmbHG eine **Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter** für den zu erstattenden Betrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, soweit die Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Soweit einer dieser übrigen Gesellschafter ausfällt, wird sein Anteil wiederum anteilmäßig auf die restlichen Gesellschafter verteilt (§ 31 III 2 GmbHG). Für diese Ausfallhaftung ist allerdings zu beachten, dass sie nach der Rechtsprechung **auf den Betrag der Stammkapitalziffer begrenzt** ist und daher nicht auch den Betrag umfasst, um den das Nettovermögen durch eine verbotene Auszahlung negativ geworden ist (Überschuldung).<sup>689</sup>

238 **Beispiel:** In dem o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 EUR; Nettovermögen: 50.000 EUR) muss zwar der eine Zuwendung von 100.000 EUR empfangende Gesellschafter 90.000 EUR erstatten (→ Rn. 232). Die Ausfallhaftung aller Gesellschafter *gemeinsam* beschränkt sich hingegen auf das verlorene Stammkapital von 40.000 EUR. Der jeweilige Anteil eines einzelnen Gesellschafters an dieser Ausfallhaftung bestimmt sich nach seinem Geschäftsanteil. Sind etwa der Gesellschafter, der die 100.000 EUR erhalten hat, zur Hälfte und zwei weitere Gesellschafter zu je ¼ beteiligt, so haften die beiden weiteren Gesellschafter nicht auf jeweils 40.000 EUR, sondern der Betrag von 40.000 EUR, auf den sie *in der Summe* haften, ist hälftig auf sie aufzuteilen, weil ihre Beteiligungen gleich hoch sind (je ¼). Jeder haftet also auf 20.000 EUR. Ist dieser Betrag von einem der beiden allerdings nicht zu erlangen, so muss ihn der andere tragen (§ 31 III 2 GmbHG).

239 Die Gesellschafter, die gemäß § 31 III GmbHG Beträge erstattet haben, können von Geschäftsführern, die ein Verschulden an den Zahlungen trifft, Ersatz verlangen (§ 31 VI GmbHG).

240 Die Erstattungsansprüche verjähren gemäß § 31 V GmbHG erst nach zehn bzw. gegenüber Mitgesellschaftern nach fünf Jahren. Noch nicht höchstrichterlich ent-

<sup>685</sup> Vgl. (primär zur Leistung der Gesellschaft) Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 30 Rn. 37, 39 m. w. N.; Wicke, GmbHG, § 30 Rn. 13.

<sup>686</sup> Allgemein zur Veräußerung eines Gegenstands zum Buchwert statt zum Verkehrswert BGH ZIP 2017, 472 (Rn. 16) und 971 (Rn. 16), für BGHZ vorgesehen.

<sup>687</sup> Zur Haftung des *Geschäftsführers* für verbotene Auszahlungen (§ 43 III GmbHG) → Rn. 142.

<sup>688</sup> BGHZ 144, 336 (Leitsatz 1); BGHZ 193, 96 = ZIP 2012, 1071 (Rn. 28 ff.); dagegen durchaus überzeugend *Altmeppen*, ZIP 2015, 1657.

<sup>689</sup> BGHZ 150, 61 (Leitsatz 1).