

Gleicher wie für stille Beteiligungen gilt grundsätzlich für **partiarische Rechtsverhältnisse**. Von diesen spricht man, wenn bei einem Austauschvertrag die Gegenleistung des Geldschuldners und Sachleistungsgläubigers – im vorliegenden Zusammenhang z.B. die Gegenleistung der Gesellschaft für die Gewährung eines Darlehens, für die Einräumung eines Schutzrechtes oder für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen – ganz oder teilweise in einer Beteiligung an dem Gewinn der Gesellschaft besteht. Auch hier geht es aus Sicht der GmbH um den Gewinn mindernde Verbindlichkeiten. Eine Anwendung der §§ 53 f., wie sie bei Gewinnabführungsverträgen anerkannt ist, kommt bei partiarischen Verträgen ebenso wenig in Betracht wie bei stillen Gesellschaften (Rdnr. 139)¹. Ob eine Vorlage nach § 49 Abs. 2 erforderlich ist, hängt vom Einzelfall ab.

4. Genussrechte

Genussrechte, die in der Regel zum Zwecke der Kapitalbeschaffung ausgegeben werden, in der GmbH-Praxis aber anders als im Aktienrecht bisher nur vergleichsweise geringe Bedeutung haben, begründen **schuldrechtliche Ansprüche** auf gesellschaftstypische Vermögensrechte, namentlich einen Anteil am Gewinn und/oder am Liquidationserlös. Eine gesetzliche Regelung im GmbHG fehlt, auch das AktG erwähnt sie nur am Rande (§§ 160 Abs. 3 Nr. 6, 221 Abs. 3 AktG). In der Praxis weist die Gestaltung von Genussrechten eine große Vielfalt auf, weil sich die Rechte und Pflichten der Beteiligten ausschließlich nach den Abreden der Beteiligten richten (§ 311 Abs. 1 BGB). Da die Genussrechtsinhaber die Rechtsstellung von Gläubigern haben, schmälern ihre Ansprüche als normale Forderungsrechte den zur Verteilung nach § 29 anstehenden Gewinn. Das gilt auch, wenn die Genussrechte für Gesellschafter begründet werden, etwa als Gründervorteile (§ 3 Rdnr. 100), als Gegenleistung für Nebenleistungen im Sinne des § 3 Abs. 2 oder als Teilentgelt für eine Sacheinlage (§ 5 Abs. 4). Steuerrechtlich handelt es sich bei Zahlungen auf Genussrechte um Betriebsausgaben, es sei denn, das Genussrecht gewährt kumulativ sowohl ein Recht auf Beteiligung am Gewinn als auch ein Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG)². Einzelheiten zu den Genussrechten sind an anderer Stelle erörtert (§ 14 Rdnr. 67–82).

§ 30

Kapitalerhaltung

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdar-

1 Jebens, BB 1996, 701, 703.

2 Näher dazu W. Müller, in: Ulmer, Anh. § 29 Rdnr. 41.

lehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

(2) Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluss nach § 12 bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Zurückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.

Abs. 2 geändert durch das JKOMG vom 22.3.2005 (BGBl. I 2005, 837), Abs. 1 geändert durch das MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026).

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen 1. Regelungsgegenstand 1 2. Normzweck 2 3. Grenzen und Ergänzungsbefürftigkeit der Kapitalerhaltung 4 4. Zwingender Charakter 6 5. Vergleich mit der Vermögensbindung in der AG 7 6. Besonderheiten in der UG (haftungsbeschränkt) 10 7. Besonderheiten im Gründungs- und Liquidationsstadium 12 8. Rechtspolitische Diskussion und Perspektiven a) Bilanz- vs. Solvenztest 13 b) Entwicklung des Bilanzrechts 14 c) „KG-Modell“ als rechtspolitische Alternative 16	c) Auszahlung an künftige oder ehemalige Gesellschafter 33 d) Auszahlung an Dritte – Allgemeines 35 e) Auszahlungen an Dritte, die dem Gesellschafter nahestehen 38 3. Zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen a) Allgemeines 52 b) Stammkapital 55 c) Nettoaktivvermögen (Reinvermögen) 58	III. Ausnahmen vom Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 Satz 2-3) 71 1. Vertragskonzern (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1) a) Allgemeines 72 b) Voraussetzungen im Einzelnen 74 2. Deckung durch vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2) a) Entstehungsgeschichte und Normzweck 76 b) Anwendungsbereich 79 c) Deckungsgebot 81 d) Vollwertigkeit 84 e) Bedeutung der Verzinsung 93 f) Sicherheitenbestellung 96 3. Rückgewähr von Gesellschafterdarlehenen (§ 30 Abs. 1 Satz 3) a) Neuordnung des Rechts der Gesellschafterdarlehenen durch das MoMiG 107
II. Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 Satz 1) 17 1. Auszahlung a) Grundlagen 18 b) Präzisierung und Fallgruppen 21 c) Veranlassung durch die Gesellschaft 24 d) Auszahlung durch Dritte 25 2. Auszahlungsempfänger a) Allgemeines 28 b) Auszahlung an Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als solche (<i>causa societatis</i>) 30		

b) Folgen für die Kapitalerhaltung	109	2. Auszahlungen aus dem KG-Vermögen	
c) Zeitlicher Anwendungsbereich, Übergangsregelung	110	a) Mittelbare Auszahlung aus dem Stammkapital der GmbH	130
IV. Darlegungs- und Beweislast	115	b) Auszahlungsempfänger	131
V. Rechtsfolgen		c) Rechtsfolgen	132
1. Auszahlungsverbot und Erstattungsanspruch	117	3. Auszahlungen aus dem GmbH-Vermögen	133
2. Auswirkungen auf den Auszahlungsbeschluss	119	VII. Rückzahlung von Nachschüssen (§ 30 Abs. 2)	
3. Auswirkungen auf das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft		1. Allgemeines, Normzweck	135
a) Keine Nichtigkeit nach § 134 BGB	120	2. Anwendungsbereich	138
b) Unwirksamkeit wegen mangelnder Vertretungsmacht?	122	3. Voraussetzungen der Rückzahlung (§ 30 Abs. 2 Satz 1–3)	
c) Sittenwidrigkeit	124	a) Rückzahlung	139
d) Unwirksamkeit aus anderen Gründen	125	b) Materielle Voraussetzungen ..	140
4. Schadensersatz	126	c) Formelle Voraussetzungen ..	142
VI. Auszahlungsverbot in der GmbH & Co. KG		4. Rechtsfolgen	
1. Ausgangspunkt	129	a) Rechtsfolgen bei zulässiger Rückzahlung (§ 30 Abs. 2 Satz 4)	144
		b) Rechtsfolgen bei unzulässiger Rückzahlung	145

Schrifttum: *Altmeppen*, „Upstream-loans“, Cash Pooling & Kapitalerhaltung nach neuem Recht, ZIP 2009, 49; *Altmeppen*, Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, NZG 2010, 361; *Altmeppen*, Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern, NZG 2010, 401; *Altmeppen*, Wie lange noch gilt das alte Kapitalersatzrecht?, ZIP 2011, 641; *Armbrüster*, Treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001; *A. Arnold*, Zur ökonomischen Theorie des Solvenztests, Der Konzern 2007, 118; *Ballerstedt*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949; *Bayer*, Moderner Kapitalschutz, ZGR 2007, 220; *Bayer*, „MoMiG II“ – Plädoyer für eine Fortführung der GmbH-Reform, GmbHR 2010, 1289; *Berg*, Rechtsdogmatische Fragen zu § 30 I GmbHG, 1995; *Bitter*, Rechtsperson und Kapitalerhaltung, ZHR 168 (2004), 302; *Blasche/König*, Upstream-Darlehen vor dem Hintergrund des neuen § 30 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2009, 897; *Bormann/Urlichs*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nach dem MoMiG, in: *Römermann/Wachter* (Hrsg.), GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 37; *Brandes*, Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung unter Gesichtspunkten des Kapitalersatzes und der Kapitalerhaltung, ZGR 1989, 244; *Brocke/Rockstroh*, Upstream-Darlehen und Cash-Pooling in der GmbH nach der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, BB 2009, 730; *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1997; *Cahn*, Kredite an Gesellschafter, Der Konzern 2009, 67; *Canaris*, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendung an Dritte, in: *FS Fischer*, 1979, S. 31; *Dampf*, Die Gewährung von Upstream-Sicherheiten im Konzern, Der Konzern 2007, 157; *Drygala/Kremer*, Alles neu macht der Mai – Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG, ZIP 2007, 1289; *Drygala*, Für eine alternative Rechtsform neben einer reformierten GmbH – Leipziger Entwurf einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KmbH), ZIP 2006, 1797; *Eidenmüller*, Die GmbH im Wett-

bewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168; *Ekkenga*, Einzelabschlüsse nach IFRS – Ende der aktien- und GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltung?, AG 2006, 389; *Engert*, Insolvenzanforderung als gesetzliche Ausschüttungssperre bei Kapitalgesellschaften, ZHR 170 (2006), 296; *Erne*, Haftungsvermeidung des Geschäftsführers durch Frühwarnsysteme bei Nutzung von Cash-Pooling, GWR 2010, 314; *Eusani*, Das neue Deckungsgebot und Leistungen *causa societatis* nach § 30 Abs. 1 GmbHG, GmbHHR 2009, 512; *Eusani*, Darlehensverzinsung und Kapitalerhaltung beim Cash Pooling, GmbHHR 2009, 795; *Fabritius*, Vermögensbindung in AG und GmbH – tiefgreifender Unterschied oder grundsätzliche Identität?, ZHR 144 (1980), 628; *Fleck*, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 391; *Fleischer/Schmolke*, Klumpenrisiken im Bankaufsichts-, Investment- und Aktienrecht, ZHR 173 (2009), 649; *J. Flume*, Kapitalerhaltung und Konzernfinanzierung, GmbHHR 2011, 1258; *W. Flume*, Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144 (1980), 18; *Fromm*, Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in Kommanditgesellschaft und GmbH, 1979; *Goette*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, KTS 2006, 217; *Goette/Habersack* (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006; *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach dem MoMiG, 2009; *Haas*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Bd. I, S. E1; *Haas*, Eigenkapitalersatzrecht und Übergangsrecht, DStR 2009, 976; *Habersack*, Aufsteigende Kredite im Lichte des MoMiG und des „Dezember“-Urteils des BGH, ZGR 2009, 347; *Habersack*, Aufsteigende Kredite nach MoMiG, in: FS Schaumburg, 2009, S. 1291; *Habersack/Schürnbrand*, Cash-Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011; *Hager*, Die verdeckte Gewinnausschüttung in der GmbH – ein Beitrag zu den gesellschaftsrechtlichen Sanktionen, ZGR 1989, 71; *Hennrichs*, Unternehmensfinanzierung und IFRS im deutschen Mittelstand, ZHR 170 (2006), 498; *Hennrichs*, IFRS und Mittelstand – Auswirkungen der GmbH-Reform und Zukunft der Kapitalerhaltung, ZGR 2008, 361; *Hennrichs*, Zur Zukunft der Kapitalerhaltung: Bilanztest – Insolvenztest – oder beides?, Der Konzern 2008, 42; *Hennrichs*, Auswirkungen des BilMoG auf Bilanzpolitik, Gläubigerschutz und Ausschüttungsbemessung in Familienunternehmen, in: *Winkeljohann/Uhl* (Hrsg.), Zukunft des Bilanzrechts in Familienunternehmen, 2009, S. 99; *Hentzen*, Gewinnfinanzierung nach BGHZ 157, 72, ZGR 2005, 480; *Hirte/Knof/Mock*, Ein Abschied auf Raten? – Zum zeitlichen Anwendungsbereich des alten und neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen, NZG 2009, 48; *Hommelhoff*, Modernisiertes HGB-Bilanzrecht im Wettbewerb der Regelungssysteme, ZGR 2008, 250; *Hunscha*, Die Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG auf Zahlungen der GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten, GmbHHR 1973, 257; *Joost*, Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984), 27; *Joost*, Systematische Betrachtungen zur Neuregelung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im Recht der GmbH, in: FS Hüffer, 2010, S. 405; *Jungmann*, Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln, ZGR 2006, 639; *Kerber*, Die Übernahme von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Buy-Out-Verfahren, WM 1989, 473; *Kiefner/Theusinger*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheitenbegebung im Aktienrecht nach dem MoMiG, NZG 2008, 801; *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, 1994; *A. Koch*, Die Abkehr von der „bilanziellen Betrachtungsweise“ und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, 2007; *Kollmorgen/Santelmann/Weiß*, Upstream-Besicherung und Limitation Language nach Inkrafttreten des MoMiG, BB 2009, 1819; *Kort*, Das Verhältnis von Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 GmbHG) und Erstattungspflicht (§ 31 GmbHG), ZGR 2001, 615; *Kropff*, Einlagenrückgewähr und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, NJW 2009, 814; *Kuhn*, Haftungsprobleme bei der GmbH & Co., in: *Festgabe Heusinger*, 1968, S. 203; *Kunkel/Lanzius*, Zum Verhältnis der Darlehensgewährung

der Komplementär-GmbH an ihre KG und der Leistung der Stammeinlage, NZG 2007, 527; *Lanfermann/Röhricht*, § 268 Abs. 8 HGB als neue Generalnorm für außerbilanzielle Ausschüttungssperren, DStR 2009, 1216; *Lieder*, Kapitalaufbringung im Cash Pool nach neuem Recht, GmbHR 2009, 1177; *Lorenz*, Die Auswirkungen des MoMiG auf vor dem 1.11.2008 entstandene Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG (analog), GmbHR 2009, 135; *Lutter*, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964; *Lutter* (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006; *Lutter/Hommelhoff*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung der GmbH, ZGR 1979, 31; *Maul/Lanfermann/Richard*, Zur Leistungsfähigkeit der Ausschüttungsmodelle in Europa und Drittstaaten, AG 2010, 279; *Maul/Lanfermann/Richard*, Zur Zukunft des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes in Europa, in: *FS Hellwig*, 2010, S. 221; *Meister*, Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten, WM 1980, 390; *Mock*, Finanzverfassung der Kapitalgesellschaften und internationale Rechnungslegung, 2008; *Mülbert*, Sicherheiten einer Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters, ZGR 1995, 578; *Mülbert*, Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2004, 151; *Mülbert/Leuschner*, Aufsteigende Darlehen im Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht – Gesetzgeber und BGH haben gesprochen, NZG 2009, 281; *H.-F. Müller*, Der Prokurst und das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG, ZGR 2003, 441; *H.-F. Müller*, Die gesetzliche Rücklage bei der Unternehmertesgesellschaft, ZGR 2012, 81; *K. J. Müller*, Kapitalerhaltung und Bilanzierung: zur Ermittlung der Unterbilanz bei § 30 Abs. 1 GmbHG, DStR 1997, 1577; *Neideck*, Rückforderungsansprüche der Unternehmertesgesellschaft bei Verstoß gegen die Rücklagenverpflichtung, GmbHR 2010, 624; *Oetker*, Rückzahlungsverbot (§ 30 I GmbHG) und Sicherheitsleistungen abhängiger GmbH's für Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften – am Beispiel der Bürgschaft, KTS 1991, 521; *Perwein*, Die Rechte der GmbH nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz – Verjährungsfalle für den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters?, GmbHR 2006, 1149; *Priester*, Kapitalaufbringung, in: *FS 100 Jahre GmbHG*, 1992, S. 159; *Rammert*, Der Solvenztest – eine unausgereifte Alternative zur Kapitalerhaltung, in: *Festgabe 100 Jahre Südtreu-Deutsche*, 2008, S. 429; *Rellermeyer/Gröblinghoff*, Keine Ewigkeitsgeltung der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalsatz, ZIP 2009, 1933; *Rickford et al.*, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, EBLR 15 (2004), 919; *Riedel*, Unzulässige Vermögenszuwendungen und ihre Rechtsfolgen im Recht der Aktiengesellschaft, 2004; *Rieger*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Finanzierung von Unternehmensübernahmen durch Finanzinvestoren, ZGR 2008, 233; *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, in: *FS 50 Jahre BGH*, Bd. I, 2000, S. 83; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009; *Schickerling/Blunk*, Die Haftung im Zusammenhang mit Upstream Loans – quo vadis?, GmbHR 2009, 1294; *Karsten Schmidt*, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Unterkapitalisierung bei der GmbH & Co. KG, DB 1973, 2227; *Karsten Schmidt*, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?, GmbHR 2008, 449; *Karsten Schmidt*, Mittelaufbringung und Mittelverwendung bei der GmbH & Co. KG – Funktionelles oder formelles Denken im Recht der Unternehmensfinanzierung?, ZIP 2009, 481; *Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, 2009; *Schnelle*, Haftung des Nur-Kommanditisten nach §§ 30, 31 GmbHG, GmbHR 1995, 853; *Schön*, Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), 351; *Schön*, Bestandskraft fehlerhafter Bilanzen, in: *Festgabe 50 Jahre BGH*, Bd. II, 2000, S. 153; *Schön*, Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both?, EBOR 7 (2006), 181; *Schulze-Osterloh*, Bilanzielle Voraussetzungen und bilanzielle Folgen unzulässiger Darlehensgewährung an GmbH-Gesellschafter, in: *FS Eisenhardt*, 2007, S. 505; *Sernetz/Haas*, Kapitalaufbringung- und Erhaltung in der GmbH, 2003; *Servatius*, Nutzungsweise Überlassung von Betriebsmitteln der GmbH an Gesellschafter als Auszahlung gemäß §§ 30, 31 GmbHG, GmbHR 1998, 723; *Söhner*, Leveraged Buy-outs und Kapitalschutz, ZIP 2011, 2085; *Sonnenholz/Groß*, Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen, ZHR 159 (1995), 388; *Sonnenholz/Stützle*, Bestellung von Sicherheiten durch ei-

ne GmbH und der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG), DB 1979, 925; *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 2006, 839; *Steinbeck*, Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten durch die GmbH, WM 1999, 885; *Stimpel*, Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 335; *Theusinger/Kapteina*, Upstream-Sicherheiten und Limitation Language, NZG 2011, 881; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010; *Thole*, Konzernfinanzierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, ZInsO 2011, 1425; *Tillmann*, Upstream-Sicherheiten der GmbH im Licht der Kapitalerhaltung – Ausblick auf das MoMiG, NZG 2008, 401; *Tries*, Die verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, 1991; *Ulmer*, Der „Federstrich des Gesetzgebers“ und die Anforderungen der Rechtsdogmatik, ZIP 2008, 45; *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006; *Verse*, Auswirkungen der Bilanzrechtsmodernisierung auf den Kapitalschutz, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, Bd. 15, 2010, S. 67; *J. Vetter*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Bd. II/1, S. P 75; *J. Vetter*, Kapitalerhaltung nach MoMiG, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Kap. 4; *J. Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH, AG 2009, 148; *Weitzel/Socher*, Cash-Pooling-Risiken für die GmbH-Geschäftsführung und ihre Vermeidung, ZIP 2010, 1069; *H. P. Westermann*, Gesellschaftsrechtliche Risiken bei der bankmäßigen Projektfinanzierung, in: FS Odersky, 1996, S. 897; *Wilhelm*, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, in: FS Flume II, 1978, S. 337; *Wilhelmi*, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung im System des GmbH-Rechts, 2001; *Winkler*, Die Haftungsverfassung der GmbH & Co. KG, NJW 1969, 1009; *Ma. Winter*, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, ZHR 148 (1984), 579; *Ma. Winter*, Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-RegE, DStR 2007, 1484; *Wirsch*, Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs, Der Konzern 2009, 443.

I. Grundlagen

1. Regelungsgegenstand

- 1 §§ 30, 31 normieren in Bezug auf die GmbH den für die Kapitalgesellschaften zentralen **Grundsatz der Kapitalerhaltung**, der sich als Ergänzung zu den Vorschriften über die Aufbringung des Stammkapitals (insbes. §§ 5, 7 Abs. 2–3, 19) versteht und vom BGH als „Kernstück des GmbH-Rechts“ bezeichnet wird¹. Von herausragender Bedeutung ist das **Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1**. Dieses errichtet eine **bilanzielle Ausschüttungssperre**, die sowohl für offene Ausschüttungen als auch für verdeckte Vermögenszuwendungen (§ 29 Rdnr. 115) an die Gesellschafter gilt und der Höhe nach denjenigen wertmäßigen Betrag des Vermögens der Gesellschaft bindet, der nach bilanziellen Grundsätzen zur Deckung des Stammkapitals erforderlich ist. Seit der Reform durch das **MoMiG**² wird der Anwendungsbereich des Auszahlungsverbots durch die Ausnahmen nach **§ 30 Abs. 1 Satz 2 und 3 n.F.** präzisiert (vgl. auch § 57 Abs. 1 Satz 3 und 4 AktG n.F.). § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 suspendiert die Kapitalbindung bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags, was sich daraus erklärt, dass die Gesellschaft und ihre Gläubiger in diesem Fall durch andere Schutz-

1 BGHZ 28, 77, 78.

2 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

mechanismen geschützt sind, namentlich die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG (Rdnr. 72 ff.). § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 reagiert auf eine als übermäßig streng empfundene Rechtsprechung des BGH zur Kreditvergabe an Gesellschafter¹ und stellt klar, dass Leistungen an Gesellschafter mit der Kapitalerhaltung stets vereinbar sind, wenn sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch an Gesellschafter gedeckt sind (Rdnr. 76 ff.). Ebenfalls in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bestimmt § 30 Abs. 1 Satz 3, dass die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens oder vergleichbarer Kreditgewährungen nicht unter das Auszahlungsverbot fällt. Damit hat der Gesetzgeber die über Jahrzehnte gewachsenen Rechtsprechungsregeln über eigenkapitalersetzende Darlehen aufgehoben. Stattdessen unterliegen Gesellschafterdarlehen nunmehr einem rein insolvenzrechtlichen Regelungsregime (Rdnr. 107 ff.). Neben das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 treten in § 30 Abs. 2 zusätzliche Einschränkungen für die **Rückzahlung von eingezahlten Nachschüssen** im Sinne der §§ 26 ff. (Rdnr. 135 ff.). Ihre praktische Bedeutung ist allerdings gering, da Nachschusspflichten kaum verbreitet sind. Sieht man von den genannten Ergänzungen durch das MoMiG und einer marginalen Änderung des § 30 Abs. 2 Satz 2 durch das Justizkommunikationsgesetz (Rdnr. 143) ab, ist § 30 seit Inkrafttreten des GmbHG von 1892 unverändert.

2. Normzweck

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung bezieht sich auf die **Schutz der Gläubiger der Gesellschaft**, die einen Ausgleich für das Privileg der Haftungsbeschränkung der GmbH-Gesellschafter (§ 13 Abs. 2) erhalten sollen; er bildet damit für die Gesellschafter gewissermaßen den Preis für die beschränkte Haftung². Dem Anliegen des Gläubigerschutzes dient die gesetzliche Kapitalbindung auf mehrfache Weise: Zunächst soll die Aussicht, ein Mindeststammkapital von 25 000 Euro (§ 5 Abs. 1) aufzubringen zu müssen und dieses gemäß § 30 Abs. 1 nicht wieder abziehen zu dürfen, unseriöse Gründer abschrecken und so für eine gewisse Seriosität der Gründung sorgen³. Ferner sorgt die Kapitalbindung dafür, dass jedenfalls zunächst eine gewisse Eigenkapitaldecke vorhanden ist, die in Krisenzeiten als Puffer Verluste aufzufangen hilft und damit der Insolvenzprophylaxe dient⁴. Zudem entfaltet die Existenz eines gebundenen Kapitals eine disziplinierende, risikodämpfende Wirkung, die im Interesse der regelmäßig nicht am Gewinn partizipierenden und deshalb risikoaversen Gläubiger der Gesellschaft liegt; denn die Gefahr, dass die Gesellschafter ihre GmbH zur Einge-

1 BGHZ 157, 72 = GmbHR 2004, 302; nach Inkrafttreten des MoMiG auch für Altfälle aufgegeben in BGHZ 179, 71 Rdnr. 12 = NJW 2009, 850 – „MPS“.

2 So schon Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1891, S. 40; ferner BGHZ 142, 315, 322 = GmbHR 1999, 1134; Thiessen, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 1.

3 Vgl. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1891, S. 54; ferner Begr. des (später zurückgezogenen) RegE MindestkapG, BT-Drucks. 15/5673, S. 4; Goette, DStR 2005, 197, 198.

4 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 2; Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 15; näher T. Bezzenger, Kapital, S. 120, 135 f.; Haas, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, S. E 125 ff.

hung unverantwortlicher Risiken veranlassen, ist umso geringer, je mehr Eigenkapital auf dem Spiel steht¹. Schließlich wird durch die Ausschüttungssperre auch die Vorrangstellung der Gläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft abgesichert².

- 3 Bisweilen wird neben dem Gläubigerschutz auch der **Schutz der Gesellschafter** als weiterer Zweck der Kapitalerhaltung genannt³. Dass die Gesellschafter davor geschützt werden, dass ein Mitgesellschafter Zuwendungen aus dem gebundenen Vermögen erhält, ist jedoch nach richtiger Ansicht nicht Zweck, sondern **allenfalls Schutzreflex** der Kapitalerhaltung⁴. Dem Gesellschafterschutz wird bereits durch andere Instrumente, namentlich den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für Gewinnausschüttungen (§ 46 Nr. 1), Rechnung getragen.

3. Grenzen und Ergänzungsbedürftigkeit der Kapitalerhaltung

- 4 Das angestrebte Ziel des Gläubigerschutzes vermag der gesetzliche Kapitalschutz allerdings **nur mit erheblichen Einschränkungen** zu erreichen. Nicht zu erkennen ist erstens, dass – anders als bei Inkrafttreten des GmbHG 1892⁵ – schon das für die „Normal“-GmbH geltende Mindeststammkapitalerfordernis von 25 000 Euro sehr gering ist und damit nur einen schmalen Haftungspuffer bildet, der rasch aufgezehrt sein kann⁶. In der durch das MoMiG eingeführten Rechtsformvariante der UG (haftungsbeschränkt) mit einem gesetzlichen Mindeststammkapital von nur 1 Euro (§§ 5a Abs. 1, 5 Abs. 2) sind Seriositätsgewähr und Haftungspuffer sogar praktisch aufgehoben, wenngleich die gesetzliche Rücklage nach § 5a Abs. 3 einen gewissen Ausgleich zu schaffen sucht. Hinzu kommt zweitens, dass § 30 das gebundene Vermögen nur vor Zuwendungen an die Gesellschafter schützt, nicht aber davor, dass es für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft eingesetzt und bei schlechtem Geschäftsverlauf u.U. vollends **verwirtschaftet** wird⁷. Da eine Verpflichtung der Gesellschafter, das Stammkapital nach Eintritt operativer Verluste wieder aufzufüllen, nicht besteht – und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschafter zuvor ohne Verstoß gegen § 30 Gewinne entnommen haben⁸ –, kann selbst bei Gesellschaften mit hoher Stammkapitalziffer der Fall eintreten, dass sie an der Grenze zur Insolvenz praktisch keinen Haftungspuffer mehr aufweisen und die Kapitalbindung ihre risikodämpfende

1 Statt vieler *T. Bezzemberger*, Kapital, S. 103 ff., 119 f.; *Sernetz/Haas*, Kapitalaufbringung, Rdnr. 370 f. m.w.N.

2 Näher dazu *Haas*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, S. E 127, 130 ff.

3 *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 3; *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 16.

4 Wie hier *Bayer*, ZGR 2007, 220, 228 („geschützt werden sollen allein die Gläubiger, nicht dagegen die Mitgesellschafter“); *Thole*, Gläubigerschutz, S. 553 f.

5 Damals war der geforderte Mindestbetrag von 20 000 Goldmark noch so bemessen, dass man sich davon eine „relativ noble Villa kaufen“ konnte; *Priester*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 159, 161.

6 *Haas*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, S. E 127 f.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 3; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung, S. 76.

7 Allg. M. s. nur BGHZ 174, 370 Rdnr. 11 = GmbHR 2008, 203; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 8.

8 Gleichfalls allg. M.; BGHZ 76, 326, 333 f.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 1 a.E.

Funktion kaum noch entfalten kann. Drittens stellt § 30 Abs. 1 im Sinne einer Momentaufnahme nur darauf ab, ob im Zeitpunkt des Vermögensentzugs das Stammkapital noch bilanziell gedeckt ist. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der Abzug von Produktionsmitteln, Liquidität oder Geschäftschancen Spätfolgen nach sich ziehen kann, welche die Fähigkeit der Gesellschaft zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs nachhaltig beeinträchtigen¹. Viertens schließlich beschränkt § 31 die Rückgewähr bei Verstößen gegen die Kapitalbindung auf den entnommenen Geldwert, während der durch die Entnahme von dringend benötigten Produktionsmitteln angerichtete Kollateralschaden vielfach weit über jenen Betrag hinausgeht².

Es versteht sich daher, dass die §§ 30 f. der **Ergänzung durch weitere Gläubigerschutzinstrumente** bedürfen. So waren insbesondere die beiden zuletzt genannten Defizite des Kapitalschutzes Anlass dafür, dass der BGH als „Verlängerung des Schutzsystems der §§ 30, 31“³ die Haftung der Gesellschafter für existenzvernichtende Eingriffe entwickelt hat, die inzwischen in § 826 BGB verortet wird (§ 13 Rdnr. 152 ff.). Aber auch jenseits dieser Fallgruppe kommt bei Missbräuchen der Haftungsbeschränkung in eng begrenzten Einzelfällen eine Haftung der Gesellschafter in Betracht, sei es über § 826 BGB, sei es – wie in Fällen der Vermögensvermischung – als gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung⁴. Allein der Umstand, dass die Gesellschaft mit einer Eigenkapitalausstattung betrieben wird, die in keinem angemessenen Verhältnis zu den Risiken ihrer Geschäftstätigkeit steht („**materielle Unterkapitalisierung**“), führt jedoch nach h.M. nicht zu einer Durchgriffshaftung und vorbehaltlich äußerster Ausnahmefälle auch nicht zu einer Haftung aus § 826 BGB, da ein derartiger Unterkapitalisierungstatbestand nicht mit hinreichender Rechtssicherheit bestimmbar wäre und nicht zuletzt die Einführung der UG (haftungsbeschränkt) zeigt, dass der Gesetzgeber die Existenz materiell unterkapitalisierter Gesellschaften bewusst in Kauf nimmt⁵. Ergänzt wird der gesetzliche Kapitalschutz des Weiteren durch gläubigerschützende Pflichten der Geschäftsführer, die über die Respektierung der Kapitalbindung (§ 43 Abs. 3 Satz 1) hinausgehen. Hierher gehören das Verbot zur Zahlungsunfähigkeit führender Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 Satz 3), das Parallelen zum Solvenztest US-amerikanischer Prägung aufweist (Rdnr. 13), sowie die Verlustanzeigepflicht nach § 49 Abs. 3, sobald die Hälfte des Stammkapitals aufgezehrt ist. Mit Eintritt der Insolvenzreife treten das Verbot der Masseschmälerung (§ 64 Satz 1) und die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) hinzu.

1 Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 93.

2 Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 94.

3 BGHZ 173, 246 Rdnr. 33 = GmbHR 2007, 927 – „Trihotel“.

4 S. dazu im Einzelnen oben § 13 Rdnr. 110 ff.; Verse, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 13 GmbHG Rdnr. 28 ff., 35 ff.

5 Explizit gegen eine Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung BGHZ 176, 204 Rdnr. 15 ff. = GmbHR 2008, 805 – „Gamma“, wo aber offen gelassen wird, ob sich nicht im Rahmen des § 826 BGB eine besondere Fallgruppe der „Haftung wegen Unterkapitalisierung einer GmbH“ bilden lässt (BGHZ 176, 204 Rdnr. 25); vor Letzterem warnend etwa Wacławik, DStR 2008, 1486, 1490 f.; Wackerbarth, JZ 2008, 1166, 1167 f. Näher zu diesem Fragenkreis oben § 13 Rdnr. 138 ff.

4. Zwingender Charakter

- 6 Da § 30 Abs. 1 dem Gläubigerschutz dient, kann die Kapitalerhaltung im Gesellschaftsvertrag **weder abbedungen noch abgeschwächt** werden¹. Die Kapitalbindung kann nur durch Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags außer Kraft gesetzt werden (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1, Rdnr. 72 ff.). Ferner kann die Ausschüttungssperre durch Kapitalherabsetzung abgesenkt werden, was nach §§ 58 ff. freilich nur unter einschränkenden, dem Gläubigerschutz Rechnung tragenden Voraussetzungen möglich ist. Umgekehrt steht es den Gesellschaftern frei, im Gesellschaftsvertrag über § 30 Abs. 1 hinausgehende Ausschüttungssperren festzulegen.

5. Vergleich mit der Vermögensbindung in der AG

- 7 Wiewohl GmbH-rechtliche und aktienrechtliche Kapitalerhaltung den gleichen Zweck verfolgen und unverkennbare Parallelen aufweisen², bleibt der Umfang der Kapitalbindung nach § 30 Abs. 1 hinter den **aktienrechtlichen Parallelregelungen** in § 57 Abs. 1 und Abs. 3 AktG zurück. Das Aktienrecht stellt sowohl in materieller als auch in prozeduraler Hinsicht **strenge Anforderungen**. In materieller Hinsicht erstreckt sich die aktienrechtliche Vermögensbindung im Unterschied zu § 30 Abs. 1 nicht allein auf die Bindung des gezeichneten Kapitals, sondern auch auf die der GmbH unbekannte³ **gesetzliche Rücklage** nach § 150 Abs. 1 AktG sowie die **Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1-3 HGB**. Diese Rücklagen können nach Maßgabe des § 150 Abs. 3-4 AktG nur zum Verlustausgleich und zu Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Eine Auflösung zu Ausschüttungszwecken ist dagegen in § 150 AktG nicht vorgesehen. Hinzu kommt in prozeduraler Hinsicht die sich aus § 57 Abs. 3 AktG ergebende Einschränkung, dass selbst diejenigen Rücklagen, die in der AG für Ausschüttungszwecke verfügbar sind (Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB und andere Gewinnrücklagen als die gesetzliche Rücklage) erst aufgelöst und im Jahresabschluss als **Bilanzgewinn** ausgewiesen werden müssen, bevor die Hauptversammlung (§§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 AktG) eine Ausschüttung beschließen kann. Unterjährige Ausschüttungen und verdeckte Vermögenszuwendungen sind daher in der AG rundweg verboten⁴. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Kompetenz der Hauptversammlung hinsichtlich der Gewinnverwendung nicht unterlaufen wird und die Aktionäre gleichmäßig an den Gewinnen partizipieren⁵. Insoweit dient also die umfassendere Vermögensbindung im Aktienrecht auch dem Schutz der Aktionäre⁶, während es im Rahmen des § 30 Abs. 1 allein um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger geht (Rdnr. 2 f.).

1 Unstr., statt aller *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 9; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 4.

2 Dazu *Fabritius*, ZHR 144 (1980), 628 ff. im Anschluss an *Wilhelm*, in: FS Flume II, S. 337, 348 ff.

3 S. aber noch Rdnr. 10 zur gesetzlichen Rücklage bei der UG (haftungsbeschränkt).

4 Zulässig ist unter den Voraussetzungen des § 59 AktG nur eine Abschlagszahlung auf den erwarteten Bilanzgewinn nach Ablauf des Geschäftsjahres und Aufstellung eines vorläufigen Jahresabschlusses.

5 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 2.

6 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 2; abw. *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 3; jew. m.w.N.

Das strikte Verbot verdeckter Vermögenszuwendungen dürfte im Aktienrecht durch Art. 15 Abs. 1 der **europäischen Kapitalrichtlinie**¹, die nur für die AG, nicht für die GmbH gilt, sogar unionsrechtlich vorgegeben sein². In der GmbH sind demgegenüber – wenn man von der Rechtsformvariante der UG (haftungsbeschränkt) absieht (Rdnr. 10 f.) – auch unterjährige Ausschüttungen und verdeckte Vermögenszuwendungen mit § 30 Abs. 1 vereinbar, solange nur der Gesellschaft nach der Ausschüttung ein das Stammkapital deckendes Nettoaktivvermögen verbleibt³.

Sofern ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltung vorliegt, fällt allerdings auf der **Rechtsfolgenseite** die Haftung der Gesellschafter im GmbH-Recht strenger aus als im Aktienrecht. So bleibt der Gutgläubensschutz des Empfängers nach § 31 Abs. 2 hinter demjenigen des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG zurück. Zudem kennt das Aktienrecht keine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach Art des § 31 Abs. 3, wenn der zurückzugewährende Betrag von dem Empfänger nicht zu erlangen ist. 8

Diese rechtsformspezifischen Unterschiede im Kapitalerhaltungsschutz werden im Schrifttum darauf zurückgeführt, dass der umfassendere Vermögensschutz im Aktienrecht dem Schutz der ständig wechselnden und oft nur geringfügig beteiligten (Anleger-) Aktionäre diene, während diese Erwägung bei der GmbH als einer **personalistisch geprägten Gesellschaft** mit geschlossenem Gesellschafterkreis zurücktreten könne⁴. Die personalistische Prägung der GmbH rechtfertige es, die Abrechnung unter den Gesellschaftern weniger stark zu formalisieren als in der AG⁵, zugleich aber auch eine größere gemeinsame Verantwortung der Gesellschafter für die Erhaltung des Stammkapitals in Gestalt der Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 vorzusehen⁶. Ungeachtet dieser Begründungsansätze sind die bestehenden Unterschiede insbesondere aus rechtsvergleichender Sicht keineswegs selbstverständlich⁷. In **ausländischen Rechtsordnungen** orientiert sich das System der Kapitalerhaltung in den „kleinen“ Kapitalgesellschaftsformen, die 9

1 Richtlinie 77/91/EWG vom 13.12.1976, ABl. Nr. L 26/1 (in der aktuellen Fassung abgedruckt bei *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 92).

2 Str.; wie hier *Bayer/J. Schmidt*, in: *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, 2007, 18. Kap. Rdnr. 37; *Fleischer*, WM 2007, 909, 910 f.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 42 m.w.N.; a.A. etwa *T. Bezzemberger*, Kapital, S. 259 ff.; *Schall*, Gläubigerschutz, S. 31 ff.

3 Zwar sind neben § 30 auch im GmbH-Recht weitere Schranken zu beachten, nämlich die Wahrung der Kompetenzordnung (Zuständigkeit der Gesellschafter) und das Gebot der Gleichbehandlung der Gesellschafter (§ 29 Rdnr. 119 ff.). Diese Schranken sind jedoch im Gegensatz zur Kapitalbindung nicht zwingend und stehen daher verdeckten Vermögenszuwendungen, die vom Konsens aller Gesellschafter getragen sind, nicht im Wege.

4 *Bayer*, ZGR 2007, 220, 227.

5 10. Aufl., Rdnr. 8; *Fabritius*, ZHR 144 (1980), 628, 632; vgl. auch *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 21; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 6; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung, S. 110.

6 10. Aufl., Rdnr. 8; *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 21.

7 *De lege ferenda* für Angleichung an das aktienrechtliche Schutzniveau *Fleischer*, in: *Michalski*, Syst. Darst. 5 Rdnr. 90 (Angleichung „liegt nahe“); kritisch auch *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 37.

das Pendant zur GmbH bilden, häufig am aktienrechtlichen Modell mit der Folge, dass nur der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf¹.

6. Besonderheiten in der UG (haftungsbeschränkt)

- 10 Besonderheiten sind in der UG (haftungsbeschränkt) zu beachten. Zwar gelten in Bezug auf die Erhaltung des Stammkapitals uneingeschränkt die §§ 30 f.², da die UG (haftungsbeschränkt) lediglich eine Variante der GmbH ist (§ 5a Rdnr. 7) und als solche auch ein Stammkapital aufweisen muss, mag dieses auch hinter dem für die GmbH vorgeschriebenen Mindestbetrag von 25 000 Euro zurückbleiben. Besonderheiten ergeben sich aber hinsichtlich der **gesetzlichen Rücklage** nach § 5a Abs. 3, die jeweils mit einem Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses dotiert werden muss und nicht zur Ausschüttung verwendet werden darf. Dieser Thesaurierungzwang soll im Interesse des Gläubigerschutzes einen gewissen Ausgleich für den Verzicht auf das Mindestkapitalerfordernis der GmbH schaffen (s. dazu im Einzelnen § 5a Rdnr. 24 ff.).
- 11 Die in die gesetzliche Rücklage eingestellten Beträge nehmen nach herrschender und zutreffender Ansicht an der Kapitalbindung **entsprechend §§ 30 f.** teil³. Auszahlungen sind daher nicht nur dann unzulässig, wenn das Nettoaktivvermögen unter das Stammkapital absinkt, sondern auch dann, wenn das Nettoaktivvermögen unter die Summe aus Stammkapital und gesetzlicher Rücklage sinkt. Damit allein ist die Kapitalerhaltung in der UG (haftungsbeschränkt) jedoch nur unvollständig beschrieben. Zu berücksichtigen ist nämlich nicht nur die bereits gebildete gesetzliche Rücklage, sondern auch die nach jedem Geschäftsjahr wiederkehrende Verpflichtung, auch *künftig* ein Viertel des Jahresüberschusses der gesetzlichen Rücklage zuzuführen. Diese Verpflichtung könnte nach Belieben unterlaufen werden, wenn durch offene oder verdeckte Auszahlungen an die Gesellschafter außerhalb der jährlichen Gewinnverteilung nach § 29 das Jahresergebnis beeinträchtigt werden könnte. Daher ist davon auszugehen, dass derartige Auszahlungen in der UG (haftungsbeschränkt) anders als in der GmbH **generell verboten** sind, also auch dann, wenn sie das Stammkapital und die bereits gebildete Rücklage unangetastet lassen⁴. Für die Rückgewähr gleichwohl erfolgter Auszahlungen gilt § 31 entsprechend. Sie beschränkt sich auf ein Viertel des ausgekehrten Betrags⁵; dieses Viertel ist dann in vollem Umfang der gesetzlichen Rücklage zuzuführen.

1 S. den Überblick bei *Fleischer*, in: Michalski, Syst. Darst. 5 Rdnr. 68 ff.; sowie die Länderberichte in *van Hulle/Gesell*, European Corporate Law, 2006.

2 Allg. M.; statt vieler *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 32.

3 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 5a Rdnr. 22; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 15; *H.-F. Müller*, ZGR 2012, 81, 92 f.; *Neideck*, GmbHR 2010, 624, 625 ff.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 51 m.w.N.; a.A. *Wachter*, in: GmbHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 25, 34.

4 *Rieder*, in: MünchKomm. GmbHG, § 5a Rdnr. 31 ff.; *C. Schäfer*, ZIP 2011, 53, 58; *H.-F. Müller*, ZGR 2012, 81, 98 ff.; *Fastrich*, in: VGR 16 (2010), S. 119, 144; *Eusani*, GmbHR 2009, 512, 516; a.A. *Römermann*, NJW 2010, 905, 908. S. dazu auch oben § 5a Rdnr. 28.

5 *C. Schäfer*, ZIP 2011, 53, 58; *H.-F. Müller*, ZGR 2012, 81, 99.

7. Besonderheiten im Gründungs- und Liquidationsstadium

Im Stadium der **Vorgesellschaft**, d.h. vor Eintragung der GmbH oder UG (haftungsbeschränkt), finden die §§ 30 f. noch **keine Anwendung**¹. Dies erklärt sich daraus, dass die Kapitalerhaltung Korrelat der Haftungsbeschränkung ist (Rdnr. 2), Letztere aber im Gründungsstadium noch nicht eingreift. Entnahmen der Gesellschafter, die vor Eintragung der Gesellschaft erfolgen, können vielmehr zur Verlustdeckungshaftung (§ 11 Rdnr. 88 ff.) bzw. Unterbilanzhaftung (§ 11 Rdnr. 139 ff.) der Gesellschafter führen. Im **Stadium der Liquidation** der Gesellschaft bleiben die §§ 30 f. dagegen anwendbar. Allerdings ist daneben die umfassende Ausschüttungssperre des § 73 zu beachten (näher 10. Aufl., § 69 Rdnr. 28).

12

8. Rechtspolitische Diskussion und Perspektiven

a) Bilanz- vs. Solvenztest

Im letzten Jahrzehnt ist sowohl auf nationaler Ebene als auch – bezüglich der für Aktiengesellschaften geltenden Kapitalrichtlinie (Rdnr. 7) – auf europäischer Ebene intensiv über die **rechtspolitische Berechtigung** und eine mögliche **Reform** des herkömmlichen Kapitalschutzsystems gestritten worden². Die Kritiker halten das bestehende Regelwerk für ineffizient, da es nur begrenzt leistungsfähig sei (Rdnr. 4), zugleich aber im Rahmen der Kapitalaufbringung unverhältnismäßige Kosten verursache. Zudem führe es im Bereich der Kapitalerhaltung zu Fehlallokationen, weil das investierte Kapital durch die starr an Bilanzgrößen orientierte Ausschüttungssperre u.U. unnötig in der Gesellschaft gebunden werde, anstatt andernorts höhere Renditen abzuwerfen³. Teil dieser breit angelegten Reformdebatte war die Forderung, die bilanzgestützte Kapitalerhaltung durch **Solvenztests** nach US-amerikanischem Vorbild⁴ zu ersetzen, die Ausschüttungen nur, aber immer dann gestatten, wenn in einem bestimmten Prognosezeitraum die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gewährleistet erscheint⁵. Die wesentlichen Vorteile des Solvenztests werden darin gesehen, dass dieser durch seine Zukunftserichtetheit einen treffgenauereren Gläubigerschutz gewährleisten könne als ein im Wesentlichen vergangenheitsbezogener Bilanztest und zugleich Fehlallokationen vermeide, indem nur so viel Eigenkapital gebunden werde wie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich. Diesen behaupteten Vorteilen stehen allerdings erhebliche Unsicherheiten der Solvenzprognose gegen-

13

1 *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 17; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 33; allg. M.

2 Instruktiver Überblick über die Diskussion bei *Schall*, Gläubigerschutz, S. 37 ff.; s. auch *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 19 ff.

3 Näher zur Kritik am herkömmlichen Kapitalschutzsystem etwa Abschlussbericht der High Level Group of Company Law Experts, S. 94 ff. (abrufbar unter www.ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf); *Rickford et al.*, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, EBLR 15 (2004), 919 ff.; *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151 ff.; *Mülbert/Birke*, EBOR 3 (2002), 695 ff.; *Armour*, EBOR 7 (2006), 5 ff.; *Haas*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, S. E 125 ff.; *Haas*, DStR 2006, 993 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 182 ff.

4 Vgl. sec. 6.40 Revised Model Business Corporation Act (RMBCA).

5 Ausführlich *Engert*, ZHR 170 (2006), 296 ff.; *Jungmann*, ZGR 2006, 638 ff.; *Marx*, Der Solvenztest als Alternative zur Kapitalerhaltung in der Aktiengesellschaft, 2006.

über, während die bilanzielle Ausschüttungssperre den Vorteil einer vergleichsweise rechtssicheren Handhabung für sich hat. Darüber hinaus steht der Solvenztest vor der Schwierigkeit, langfristige Verbindlichkeiten adäquat zu berücksichtigen¹. Daher ist es nachvollziehbar, dass sich weder der deutsche noch (in Bezug auf die Kapitalrichtlinie) der europäische Gesetzgeber dafür entschieden haben, den herkömmlichen Bilanztest durch einen Solvenztest zu ersetzen². Der deutsche Gesetzgeber hat aber mit dem **MoMiG** (Rdnr. 1) den vermittelnden Vorschlag des Schrifttums³ aufgegriffen, Bilanz- und Solvenztest miteinander zu kombinieren: In **§ 64 Satz 3** hat er dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 ein zusätzliches Zahlungsverbot zur Seite gestellt, das Leistungen an Gesellschafter untersagt, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen. Das ist im Ergebnis nichts anderes als ein – freilich nicht durch förmliche Solvenzerklärung oder gar externe Prüfung formalisierter – Solvenztest (zu den Einzelheiten 10. Aufl., § 64 Rdnr. 64 ff.).

b) Entwicklung des Bilanzrechts

- 14 Da die Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 an bilanzielle Größen anknüpft, versteht es sich, dass ihre Wirkung auf das Engste mit der Entwicklung des Bilanzrechts verknüpft ist. Maßgeblich ist der nach den Regeln der **§§ 242 ff. HGB** zu erstellende Jahresabschluss (Einzelabschluss, nicht Konzernabschluss). Dagegen ist ein nach den **internationalen Rechnungslegungsstandards** (IFRS) erstellter Abschluss für die Kapitalerhaltung selbst dann unmaßgeblich, wenn sich eine Gesellschaft nach § 325 Abs. 2a HGB für die Offenlegung eines informatorischen IFRS-Einzelabschlusses entscheidet. Der des Öfteren erhobenen Forderung, der Gesetzgeber möge von der Option des Art. 5 IAS-Verordnung⁴ Gebrauch machen und künftig auch eine IFRS-Bilanz für Zwecke der Ausschüttungsbemessung zulassen⁵, ist der deutsche Gesetzgeber im Unterschied zu vielen anderen EU-Mit-

1 Zur Kritik am Solvenztest näher *A. Arnold*, Der Konzern 2007, 118, 120 ff.; *T. Bezzemberger*, Kapital, S. 191 ff.; *Hennrichs*, Der Konzern 2008, 42 ff.; *Hennrichs*, ZGR 2008, 361, 367 ff.; *Rammert*, in: Festg. 100 Jahre Südtreu/Deloitte, 2008, S. 429 ff.; *Schön*, EBOR 7 (2006), 181, 189 ff.

2 Auf europäischer Ebene hat es vielmehr die EU-Kommission im Jahr 2008 ausdrücklich abgelehnt, das herkömmliche Kapitalschutzsystem der Kapitalrichtlinie einer grundlegenden Revision zu unterziehen, nachdem eine von ihr in Auftrag gegebene Machbarkeitsstudie von KPMG keine Überlegenheit alternativer Gläubigerschutzinstrumente nachweisen konnte; s. dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 20 m.N.; zu den angesprochenen Machbarkeitsstudie auch *Maul/Lanfermann/Richard*, AG 2010, 279 ff.; *Maul/Lanfermann/Richard*, in: *FS Hellwig*, S. 221 ff. Auch der neueste Entwurf der – vorläufig gescheiterten – Verordnung über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea, SPE) hält am Bilanztest fest und stellt es den Mitgliedstaaten lediglich frei, ergänzend einen Solvenztest vorzusehen; s. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 5.

3 S. etwa *Schön*, EBOR 7 (2006), 181 ff.; *Spindler*, JZ 2006, 838, 844.

4 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 vom 11.9.2002, ABl. Nr. L 243/1; dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 9 Rdnr. 62 ff.

5 So etwa *Lutter*, Zusammenfassung der Überlegungen des Arbeitskreises „Kapital in Europa“, in: *Lutter*, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 11 (aber nur in Kombination mit einem stärker formalisierten Solvenztest); ebenso Vorschläge des IDW zur Neukonzeption der Kapitalerhaltung und zur Ausschüttungsbemessung, Presseinformation 8/06 v. 11.9.2006 (abrufbar unter www.idw.de); *J. Vetter*, in: Verhandlungen des 66.

gliedstaaten bisher nicht nachgekommen. Das ist deshalb bedeutsam, weil sich die IFRS im Unterschied zur HGB-Bilanzierung nicht am gläubigerschützenden **Vorsichtsprinzip** (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB), sondern allein an der Informationsfunktion der Rechnungslegung orientieren. Sie streben deshalb eine möglichst realitätsnahe Darstellung der Vermögenslage an, die in Abweichung vom Vorsichtsprinzip auch den Ausweis noch nicht realisierter Gewinne einschließt. Die Verwendung eines IFRS-Abschlusses als Grundlage der Ausschüttungsbe-messung würde folglich – sofern die unvorsichtige Bilanzierung nicht mithilfe von außerbilanziellen Ausschüttungssperren wieder neutralisiert wird¹ – zur Folge haben, dass auch unrealisierte Gewinne ausgekehrt werden, das Niveau des bilanzgestützten Kapitalschutzes mithin absinkt².

Allerdings hat sich der deutsche Gesetzgeber mit dem **BilMoG**³ insoweit auf die IFRS zubewegt, als er das die HGB-Rechnungslegung prägende Vorsichtsprinzip punktuell zugunsten einer stärkeren Informationsorientierung der Bilanz zurückgedrängt hat und nunmehr die Aktivierung von bestimmten Positionen ermöglicht, die nach früherem Recht als zu unvorsichtig galt und deshalb unzulässig war⁴. Um eine Absenkung des Gläubigerschutzniveaus zu vermeiden, hat er diese Positionen in **§ 268 Abs. 8 HGB** aber jeweils mit einer eigenen im Anhang anzugebenden (§ 285 Nr. 28 HGB) **außerbilanziellen Ausschüttungssperre** verknüpft (s. dazu bereits § 29 Rdnr. 48 f.; ferner unten Rdnr. 57, 66). Das damit einhergehende Mehr an Komplexität bei der Ermittlung des ausschüttungsfähigen Vermögens ist im BilMoG noch überschaubar. Richtet man den Blick aber in die Zukunft, so ist zu erwarten, dass sich die Komplexität umso weiter erhöhen wird, je mehr das deutsche Bilanzrecht im Sog der IFRS auf dem Weg voranschreitet, die Informationsfunktion des Jahresabschlusses zu Lasten der Ausschüttungsbemessungsfunktion in den Vordergrund zu rücken; denn umso mehr Korrekturen werden nötig sein, wenn man das herkömmliche Kapitalschutzniveau beibehalten will⁵.

c) „KG-Modell“ als rechtspolitische Alternative

MoMiG (Rdnr. 1) und BilMoG (Rdnr. 15) haben zwar zu einer gewissen Beruhigung der rechtspolitischen Diskussion um eine Reform des Kapitalschutzes ge-

1 DJT, 2006, Bd. II/1, S. P 75, 110 ff.; *Lanfermann/Röhricht*, DStR 2009, 1216, 1221 f.; zur Kritik an diesen Vorschlägen insbes. *Hennrichs*, ZGR 2008, 361, 369 ff.

2 So die Rechtslage in Großbritannien; vgl. section 830 Companies Act 2006 und dazu *Lanfermann/Röhricht*, DStR 2009, 1216, 1220 f.

3 Näher *Ekkenga*, AG 2006, 389 ff.; *Hennrichs*, ZHR 170 (2006), 498, 516 ff.; *Mock*, Finanzverfassung, S. 225 ff., 248 f.

4 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102.

5 Vgl. § 248 Abs. 2 HGB (Aktivierungswahlrecht für selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens), § 274 Abs. 1 HGB (Aktivierungswahlrecht für latente Steuervorteile nunmehr auch für steuerliche Verlustvorträge), §§ 246 Abs. 2 Satz 2, 253 Abs. 1 Satz 4 HGB (Bewertung des sog. Planvermögens für die Altersversorgungsverpflichtungen mit dem Zeitwert, auch wenn dieser über die Anschaffungskosten hinausgeht). Näher dazu *Hennrichs*, in: *Winkeljohann/Uhl* (Hrsg.), Zukunft des Bilanzrechts in Familienunternehmen, 2009, S. 99 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 2008, 250 ff.; *Pel-lens/Kemper/Schmidt*, ZGR 2008, 381, 400 ff.; *Verse*, in: *VGR* 15 (2009), S. 67 ff.

6 Kritisch daher *Lanfermann/Röhricht*, DStR 2009, 1216, 1220 f., unter Hinweis auf die Erfahrungen in Großbritannien.

führt, diese jedoch keineswegs beendet. Zunehmende Unterstützung findet im neueren Schrifttum der Vorschlag, auf jegliche präventive Kontrolle der Kapitalaufbringung zu verzichten und von den GmbH-Gesellschaftern (insoweit wie bei Kommanditisten) lediglich zu verlangen, dass sie zu irgendeinem Zeitpunkt die im Gesellschaftsvertrag zugesagte Einlage wertmäßig leisten¹. Wollte man *de lege ferenda* diesem „KG-Modell“ näher treten, stünde konsequenterweise auch die Beibehaltung der Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1, die im Recht der KG bekanntlich keine Parallele findet², auf dem Prüfstand³. Freilich bedarf jener Vorschlag, wiewohl er den Reiz einer radikalen Vereinfachung des Kapitalschutzrechts für sich hat, noch weiterer Diskussion⁴.

II. Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 Satz 1)

- 17 § 30 Abs. 1 untersagt Auszahlungen, d.h. Zuwendungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens (Rdnr. 18 ff.), an Gesellschafter oder ihnen gleichgestellte Dritte (Rdnr. 28 ff.), die das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen antasten, d.h. eine Unterbilanz herbeiführen oder im Stadium einer bereits eingetretenen Unterbilanz erfolgen (Rdnr. 52 ff.), und die nicht unter die Ausnahmen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 und 3 fallen (Rdnr. 71 ff.).

1. Auszahlung

a) Grundlagen

- 18 Der Begriff der „Auszahlung“ beschränkt sich entgegen dem missverständlichen Wortlaut nicht auf Geldflüsse, sondern erstreckt sich mit Blick auf den Normzweck des Gläubigerschutzes auf **jede reale Verringerung des Gesellschaftsvermögens**⁵. Erfasst werden daher auch die Übertragung von Sachen, Rechten oder sonstigen Gegenständen und der Verzicht auf Ansprüche (Rdnr. 23), sofern dem jeweils keine angemessene, d.h. dem Drittvergleich (Rdnr. 19) standhaltende Leistung gegenübersteht. Unerheblich ist, ob die Auszahlung offen auf der Grundlage eines förmlichen Ausschüttungsbeschlusses der Gesellschafter oder verdeckt im Rahmen eines unausgewogenen Austauschgeschäfts erfolgt⁶. Dass sich die **Vermögensminderung in der Bilanz** der Gesellschaft niederschlägt, ist

1 S. insbes. *Bayer*, ZGR 2007, 220, 233 ff.; *Bayer*, GmbHR 2010, 1289, 1295 ff.; zustimmend *Lieder*, in: MünchKomm. GmbHG, § 56 Rdnr. 59, § 56a Rdnr. 38; ähnlich zuvor bereits der Gesetzentwurf von *Vossius/Wachter*, GmbHR 2005, R 373 (abrufbar unter www.gmbhr.de/volltext.htm); *J. Vetter*, in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. II/1, S. P 75, 97 ff.; *Drygala*, ZIP 2006, 1797 ff. (mit dem Vorschlag einer eigenen „KmbH“); abweichender Reformvorschlag bei *Hentzen/Schwandtner*, ZGR 2009, 1007, 1025 ff.

2 S. nur *Karsten Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2012, §§ 171, 172 HGB Rdnr. 62.

3 So denn auch *Bayer*, ZGR 2007, 220, 239; *Bayer*, GmbHR 2010, 1289, 1295 f.

4 Ablehnend *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 52; *Ma. Winter*, in: FS Priester, S. 867, 872 f.

5 Allg. M. und ständige Rspr., s. RGZ 136, 260, 264 („Herausgabe von Vermögenswerten jeder Art und in jeder rechtlichen Form“); BGHZ 31, 258, 276 („jede Leistung der Gesellschaft [...], der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht“); BGH, NJW 1987, 1194, 1195 = GmbHR 1987, 187; BGHZ 179, 344 Rdnr. 42 = GmbHR 2009, 601; *Haibersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 75; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 135.

6 *Haibersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 75; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 135.

entgegen einem immer wieder anzutreffenden Missverständnis **keine Voraussetzung** für eine Auszahlung¹. Diese seit langem anerkannte Ansicht wird nunmehr durch den neuen § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 bestätigt, wonach die Veräußerung eines Gegenstandes aus dem Gesellschaftsvermögen durch einen vollwertigen Gegenanspruch „gedeckt“ sein muss. Hiermit soll ausweislich der amtlichen Begründung zum Ausdruck gebracht werden, dass der Anspruch nicht nur den Buchwert, sondern auch einen höheren Marktwert des veräußerten Gegenstands kompensieren muss, damit keine Auszahlung vorliegt (Rdnr. 81). Auf bilanzielle Grundsätze kommt es vielmehr erst bei der Ermittlung der Unterbilanz an, mithin bei der Frage, ob das geschützte Stammkapital beeinträchtigt ist (Rdnr. 53, 58 ff.). Eine Auszahlung liegt daher auch vor, wenn die Gesellschaft einen Gegenstand zu einem hinter dem Verkehrswert zurückbleibenden Buchwert veräußert oder sonstwie stille Reserven auskehrt, wenn sie ohne angemessene Gegenleistung Dienstleistungen oder Nutzungsüberlassungen erbringt oder wenn sie auf ihr zugeordnete² Geschäftschancen, mögliche Gewinne oder sonstige nicht aktivierte Vermögenswerte verzichtet³. Sofern die Gesellschaft dagegen nur Leistungen erbringt, die ihr keine Kosten verursachen und nicht anderweitig gegen Entgelt verwertbar sind (also auch nicht zu einem entgangenen Gewinn führen), liegt darin mangels Vermögensminderung auch dann keine Auszahlung, wenn die Leistung dem Gesellschafter einen vermögenswerten Vorteil einbringt⁴. Solche Fälle werden allerdings selten sein; denn in der Regel wird die Nachfrage durch den Gesellschafter den Schluss nahe legen, dass die Gesellschaft für die Leistung anderweitig ein Entgelt hätte erzielen können⁵.

An der für eine Auszahlung erforderlichen realen Vermögensminderung fehlt es, wenn dem Vermögensabfluss bei der Gesellschaft eine angemessene, d.h. einem **Drittvergleich** standhaltende Gegenleistung des Gesellschafters gegenübersteht. Für den Drittvergleich kommt es darauf an, ob ein gewissenhafter, nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer (§ 43 Abs. 1) unter sonst gleichen Umständen das Geschäft zu gleichen Bedingungen auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte, ob die Leistung also aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt ist⁶. Dabei wird dem handelnden Gesellschaftsorgan ein unternehmerischer **Beurteilungsspielraum** zugebilligt, innerhalb dessen eine bestimmte Bemessung der Gegenleistung nicht deshalb als unangemessen bezeichnet werden kann, weil eine andere Bemessung sich eben-

1 Sehr deutlich *Stimpel*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 340 ff.; aus neuerer Zeit *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 43 ff., 75; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 33, 37; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 85 ff., 138; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung, S. 87 f.; ferner *Thole*, Gläubigerschutz, S. 561 ff., 573 ff., der indes zu Unrecht davon ausgeht, die h.M. sei anderer Auffassung.

2 Zu den für die Zuordnung maßgeblichen Kriterien s. 10. Aufl., § 43 Rdnr. 204; *Verse*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb. Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 29 ff.

3 Statt vieler *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 75 i.V.m. Rdnr. 46 f.

4 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 46; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 138; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung, S. 90; a.A. *Brandes*, ZGR 1989, 244, 253; *Servatius*, GmbHR 1998, 723, 726; s. dazu auch die Diskussion bei *Stimpel*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 358 ff., der die Frage aber letztlich offenlässt.

5 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 46; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 138.

6 BGH, NJW 1987, 1194, Leits. 1 und 1195 = GmbHR 1987, 187 mit zahlreichen Nachw.; BGH, GmbHR 1996, 111, 112.

so gut oder besser vertreten ließe¹. Veräußert die GmbH an den Gesellschafter eigene Produkte oder erbringt sie ihm Dienstleistungen, ist dem Drittvergleich nur genügt, wenn **nicht nur die Selbstkosten** in Rechnung gestellt werden, sondern auch eine Gewinnmarge, wenn und soweit die Gesellschaft eine solche bei einem Geschäft mit einem Dritten hätte erzielen können². Fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn das Austauschgeschäft zwischen der GmbH und ihrem Gesellschafter zwar **bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts**, wegen veränderter Marktgegebenheiten aber nicht mehr im Zeitpunkt der Erfüllung einem Drittvergleich standhält. Da die Auszahlung noch nicht in der Eingehung der Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter, sondern erst in der Erfüllung zu sehen ist (Rdnr. 21 f.), könnte man auf den ersten Blick meinen, dass es auf den Drittvergleich im Erfüllungszeitpunkt ankommt. Zu bedenken ist aber, dass § 30 Abs. 1 nur Auszahlungen an den Gesellschafter in seiner Eigenschaft als solcher (*causa societatis*) erfasst (Rdnr. 30). Daran fehlt es, wenn das Verpflichtungsgeschäft einem Drittvergleich standhält, da der Gesellschafter dann eine echte Drittgläubigerforderung erwirbt³. Genügt das Verpflichtungsgeschäft also dem Drittvergleich, darf es selbst dann erfüllt werden, wenn im Erfüllungszeitpunkt der Drittvergleich nicht mehr gewahrt ist.

- 20 Eine neuere, zur AG ergangene Entscheidung des BGH verlangt beiläufig ohne nähere Begründung, dass die der Gesellschaft zufließende Gegenleistung **bilanziell messbar** sein müsse⁴. Nicht aktivierbare Vorteile scheinen danach als gleichwertige Kompensation einer Vermögensminderung auszuscheiden. Ob der BGH wirklich so verstanden werden will, ist allerdings zweifelhaft⁵. Vielmehr ging es ihm wohl nur darum, dass sich die Vorteile hinreichend konkret belegen lassen müssen. In der Tat wäre das Kriterium der Bilanzierbarkeit **nicht überzeugend**, da es auch für die Vermögensminderung nach allgemeiner Ansicht nicht auf eine bilanzielle Betrachtung ankommt (Rdnr. 18) und für die Kompensation der Vermögensminderung nichts anderes gelten kann⁶. Auch die Tatsache, dass die Gesetzesmaterialien zu § 30 Abs. 1 Satz 2 n.F. von einer Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise sprechen⁷, ändert daran nichts, da sich diese Einlas-

1 BGHZ 111, 224, 227 = GmbHR 1990, 344 (zum Parallelproblem im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes); BGH, GmbHR 1992, 605, 606; BGH, GmbHR 1996, 111, 112; *T. Bezzenerger*, Kapital, S. 229 ff.

2 *Stimpel*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 343 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 78; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 34a; zur AG *Bayer*, in: Münch-Komm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 39.

3 BGH, GmbHR 1992, 605, 606 f.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 157, 159; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 236.

4 BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 25 f. = AG 2011, 548 – „Telekom III“ (Interesse der AG an Präsenz auf dem US-amerikanischen Kapitalmarkt und an breiter Streuung der Aktien nach der „maßgeblichen bilanziellen Betrachtungsweise“ keine ausreichende Kompensation für die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos durch die Gesellschaft).

5 Auf der VGR-Jahrestagung am 18.11.2011 hat der Vorsitzende Richter des II. Zivilsenats des BGH *Bergmann* erläutert, es sei dem Senat nicht daran gelegen, nicht bilanzierbare Gegenleistungen generell auszuklammern.

6 *Fleischer/Thaten*, NZG 2011, 1081, 1082; *Leuschner*, NJW 2011, 3275 f.; *Nodoushani*, ZIP 2012, 97, 103 f.; ebenso die allgemeine Ansicht vor der genannten BGH-Entscheidung; s. nur *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 81; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 30.

7 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

sung allein auf die nach BGHZ 157, 72 in die Diskussion geratene Kreditvergabe an Gesellschafter bezieht, nicht aber als genereller Übergang zu einer in jeder Hinsicht rein bilanziellen Betrachtung zu verstehen ist (Rdnr. 78)¹.

b) Präzisierung und Fallgruppen

Allein die **Begründung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter** begründet nach ganz herrschender Ansicht **noch keine Auszahlung** im Sinne des § 30 Abs. 1, auch dann nicht, wenn dieser keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Die Auszahlung liegt vielmehr erst in der Erfüllung der Verbindlichkeit². Hierfür lässt sich anführen, dass der GmbH gegenüber dem Auszahlungsanspruch des Gesellschafters eine Einwendung zusteht, solange eine Unterbilanz besteht (Rdnr. 117). Vor der Erfüllung wird daher das gebundene Vermögen noch nicht geschmälert. **Anders** liegt es aber bei der **Begründung einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten**, der nicht der Kapitalbindung des § 30 unterliegt und dem folglich auch keine Einwendung entgegengehalten werden kann. In diesem Fall liegt bereits in der Begründung der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten eine Auszahlung³. Ob diese auch verboten ist, hängt von der weiteren Voraussetzung ab, ob in der Begründung der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten auch eine Leistung *an den Gesellschafter* zu sehen ist, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn die Eingehung der Verbindlichkeit auf Veranlassung oder im Einverständnis des Gesellschafters und in dessen Interesse erfolgt (Rdnr. 35 ff.)⁴. Praktische Bedeutung hat die Frage, ob erst die Erfüllung oder ausnahmsweise bereits der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts eine Auszahlung darstellt, für den maßgeblichen Zeitpunkt, in dem das Vorliegen einer Unterbilanz ermittelt wird (Rdnr. 53), und für den Verjährungsbeginn (§ 31 Rdnr. 77).

Die **Erfüllung einer Verbindlichkeit** bewirkt für sich genommen keine Vermögensminderung, da dem Mittelabfluss der Wegfall der Verbindlichkeit gegenübersteht⁵. Jedoch muss in die Betrachtung auch einbezogen werden, wie die Verbindlichkeit begründet worden ist, genauer: ob die Gesellschaft für die Eingehung der Verbindlichkeit eine dem Drittvergleich (Rdnr. 19) standhaltende Ge-

1 Treffend *Leuschner*, NJW 2011, 3275, 3276 Fn. 6: „Überinterpretation“ der Regierungsbegründung zum MoMiG.

2 BGHZ 9, 157, 169; BGH, ZIP 1989, 93, 95 = GmbHR 1989, 154; BGHZ 173, 1 Rdnr. 24 = GmbHR 2007, 1102; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 77 f.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 140, 142; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 127, 131; *Joost*, ZHR 148 (1984), 31 f.; a.A. – schon in der Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung – *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 8.

3 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 77; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 141.

4 OLG Rostock, GmbHR 1998, 329, 330; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 77; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 141. Beispiel: Der Gesellschafter veranlasst die GmbH, einen Kaufvertrag mit einem Dritten über einen Gegenstand abzuschließen, den der Dritte an den Gesellschafter zur privaten Nutzung liefern soll.

5 Vgl. Amtl. Begr. zu § 30, RT-Drucks. 1890/92, Aktenstück Nr. 660, S. 3745: „Selbstverständlich ist aber das Verbot des Absatzes 1 nur auf solche Zahlungen zu beziehen, welche sich rechtlich als reine Minderung des Gesellschaftsvermögens darstellen; die Tilgung einer rechtsgültig begründeten Verbindlichkeiten fällt daher niemals unter die Bestimmung.“

genleistung erhalten hat¹. Ist das nicht der Fall, liegt in der Erfüllung eine Auszahlung, sofern nicht ausnahmsweise schon die Begründung der Verbindlichkeit eine Auszahlung enthielt (Rdnr. 21). Hält das Austauschgeschäft dagegen dem Drittvergleich stand, stellt die Erfüllung keine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 dar. Dies gilt nach § 30 Abs. 1 Satz 3 nunmehr uneingeschränkt auch für die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens, also in Abkehr von den bis zum MoMiG praktizierten Rechtsprechungsregeln auch dann, wenn das Darlehen in der Krise der Gesellschaft gewährt oder stehen gelassen wurde und daher nach altem Recht eigenkapitalersetzend war (Rdnr. 107). Zahlt die GmbH indes überhöhte Darlehenszinsen, liegt in Höhe der Differenz zum angemessenen Zins eine Auszahlung vor². Leistet die GmbH vor Fälligkeit ihrer Verbindlichkeit, kann auch darin eine Auszahlung zu erblicken sein, wenn und soweit der GmbH gerade durch die unnötig frühe Leistung ein Nachteil entsteht. Entsprechendes gilt für die Erfüllung einredebehafteter Forderungen. – **Besonderheiten** sind zu beachten, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit eine Vorleistung darstellt (**Kreditgewährung an Gesellschafter**). In diesem Fall wird der Drittvergleich durch § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 modifiziert (Rdnr. 76 ff., insbes. 84, 94), ebenso bei der **Bestellung von Sicherheiten** (Rdnr. 96 ff.).

- 23 Der **Verzicht auf eine bestehende Forderung** oder ein sonstiges Recht bewirkt eine reale Vermögensminderung und fällt daher zwangsläufig unter den Auszahlungsbegriff. Unerheblich ist, ob der Verzicht auf einem förmlichen Erlass beruht oder rein tatsächlich zustande kommt, etwa durch Verjährungenlassen, durch „prozessuale Fallenlassen“ im Wege der Säumnis³ oder dadurch, dass die Forderung trotz sich abzeichnenden Vermögensverfalls des Schuldners nicht geltend gemacht und schließlich unrealisierbar wird⁴. Vom Verzicht auf eine bestehende Forderung sorgsam zu unterscheiden ist jedoch der Fall, dass eine Forderung schon gar nicht entsteht. Wenn etwa sämtliche Gesellschafter mit einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme des geschäftsführenden Gesellschafters einverstanden waren und dieser deshalb nicht nach § 43 Abs. 2 auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, liegt in dem die Anspruchsentstehung hindernden Einverständnis keine „Auszahlung“ im Sinne des § 30 Abs. 1⁵.

c) Veranlassung durch die Gesellschaft

- 24 Nach h.M. muss die reale Vermögensminderung **von der Gesellschaft veranlasst** worden sein, um als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 angesehen werden zu können⁶. Die Ursache für die Vermögensminderung muss mit anderen Worten

1 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 78; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 142. Zu kraft Gesetzes entstehenden Verbindlichkeiten (z.B. Schadensersatzpflichten aus unerlaubter Handlung) s. noch Rdnr. 32.

2 *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 47.

3 BGHZ 179, 344 Rdnr. 42 = GmbHR 2009, 601.

4 BGHZ 122, 333, 338; *T. Fleischer*, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 4; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 79; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 143.

5 BGH, NZG 2000, 544 m. Anm. *Haas*; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 79.

6 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 142; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 80; *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 63; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 30; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 134; vgl. auch BGHZ 31, 258, 276 („Leistung“ der Gesellschaft); ebenso BGH, NJW 1987, 1194, 1195 = GmbHR 1987, 187.

von der Gesellschaft gesetzt werden. Hierfür lässt sich anführen, dass der Gesetzeswortlaut („ausgezahlt“ in § 30, „geleistet“ in § 31) auf einen bewussten oder zumindest zurechenbaren Akt der Gesellschaft hindeutet. Ausgeklammert bleibt daher nach h.M. der Fall, dass ein Gesellschafter die Gesellschaft bestiehlt oder Gesellschaftsvermögen unterschlägt¹. Die Gegenansicht hält es dagegen für ungereimt, dass ausgerechnet der die Gesellschaft bestehlende Gesellschafter vom Rückgewähranspruch aus § 31 Abs. 1 verschont bleiben soll und damit u.U. in Bezug auf die Verjährung privilegiert wird, da die deliktischen Ansprüche gegen den Dieb der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB unterliegen und damit schon vor Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 31 Abs. 5 verjährt sein können². Dem ist indes entgegenzuhalten, dass es in derartigen Fällen am Bezug zur *causa societatis* (Rdnr. 30) fehlt und auch die in der Konsequenz der Gegenansicht liegende Anwendung des § 31 Abs. 3 bedenklich wäre.

d) Auszahlung durch Dritte

Der typische Anwendungsfall des § 30 Abs. 1 besteht darin, dass dem Gesellschafter etwas unmittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen zugewendet wird. Aus Gründen des **Umgehungsschutzes** müssen aber unter bestimmten Voraussetzungen auch Auszahlungen von Dritten erfasst werden, sofern dadurch mittelbar das Vermögen der GmbH geschmälert wird. Die Problematik wird bisher vornehmlich im Aktienrecht diskutiert, stellt sich aber gleichermaßen für die GmbH.

Unter Umgehungsgeichtspunkten bedenklich ist zunächst die Auszahlung durch einen Dritten, der als mittelbarer Stellvertreter **für Rechnung der GmbH** tätig wird. Führt die Auszahlung des mittelbaren Stellvertreters nämlich zu einem Aufwendungsersatzanspruch gegen die GmbH (§ 670 BGB) oder hat sie ihm die Mittel vorab überlassen (§ 669 BGB), so ändert die formale Einschaltung der Mittelperson nichts an dem Ergebnis, dass letztlich das Vermögen der GmbH geschmälert wird. Die h.M. im Aktienrecht sucht die Lösung dieser Fälle im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem mittelbaren Stellvertreter. Läge bei einer gedachten Auszahlung der Gesellschaft ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltung vor, muss sich der anstelle der Gesellschaft zahlende mittelbare Stellvertreter analog § 56 Abs. 3 Satz 1 AktG so behandeln lassen, wie wenn er auf eigene Rechnung gehandelt hätte; er kann daher von der Gesellschaft keinen Aufwendungsersatz beanspruchen³. Folgt man dem – was nahe liegt – auch für die GmbH⁴, steht dieser ein Rückgewähranspruch gegen den mittelbaren Stellvertreter entsprechend § 31 Abs. 1 zu, sofern sie diesem Aufwendungsersatz oder einen Vorschuss gezahlt hat⁵. Die Zuwendung des mittelbaren Stellvertre-

1 Nachw. wie vorige Fn.

2 *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 64; *A. Koch*, Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise, S. 27.

3 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 48; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 58; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 30; *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG Rdnr. 212.

4 So auch *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 174.

5 So für die AG *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 167 (§ 62 AktG analog). Der von *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG

ters an den Gesellschafter soll dagegen nach h.M. in ihrem Bestand unberührt bleiben¹. Letzteres führt im Ergebnis freilich dazu, dass das Risiko eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltung vollständig den mittelbaren Stellvertreter und nicht den eigentlich der Kapitalbindung unterliegenden Gesellschafter trifft. Dieses Ergebnis ist zumindest dann unbefriedigend, wenn Gesellschaft und Gesellschafter den mittelbaren Stellvertreter gemeinsam als gutgläubiges Werkzeug zur Umgehung des Auszahlungsverbots eingesetzt haben. Im Schrifttum ist daher vorgeschlagen worden, zumindest in diesem Fall dem mittelbaren Stellvertreter einen Anspruch gegen den Gesellschafter auf Rückgewähr der Zuwendung zu gewähren².

- 27 Zu denken ist des Weiteren an **Auszahlungen durch von der GmbH abhängige** (§ 17 AktG) oder in ihrem Mehrheitsbesitz (§ 16 AktG) stehende **Unternehmen**. Im aktienrechtlichen Schrifttum ist man sich unter Hinweis auf den Rechtsgedanken der §§ 56 Abs. 2 Satz 1, 71d Satz 2 AktG weithin einig, dass Auszahlungen dieser Unternehmen der Muttergesellschaft zuzurechnen und somit (auch) auf Ebene der Mutter an den Kapitalerhaltungsvorschriften zu messen sind³. Allerdings führt diese Auffassung wohl zu weit. Dieselbe Zurechnungsfrage stellt sich nämlich auch auf Seiten des Gesellschafters, wenn an ein von diesem beherrschtes Unternehmen ausgezahlt wird. Dort beantwortet der BGH die Zurechnungsfrage in inzwischen gefestigter Rechtsprechung so, dass Abhängigkeit oder gar schlichter Mehrheitsbesitz für die Zurechnung nicht genügen, sondern eine **Weisungsbefugnis** der Muttergesellschaft hinzutreten muss (Rdnr. 45 f.). Wenn man dem folgt, ist es konsequent, die Zurechnung auch auf Seiten der Gesellschaft von diesem Kriterium abhängig zu machen. Erst recht ist unterhalb von Abhängigkeit und Mehrheitsbesitz die Zurechnungsfrage zu verneinen⁴. Zum Fall der Auszahlung durch eine **GmbH & Co. KG** s. noch Rdnr. 129 ff.

2. Auszahlungsempfänger

a) Allgemeines

- 28 Der Wortlaut des § 30 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich auf Auszahlungen „**an die Gesellschafter**“. Diese müssen die Zuwendung gerade in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter (*causa societatis*) erhalten (Rdnr. 30 ff.). Unter bestimmten Voraus-

¹ Rdnr. 212, vorgeschlagene Weg über das Bereicherungsrecht ist dagegen jedenfalls für die GmbH nicht gangbar (Rdnr. 120 ff.).

² *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 48; *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG Rdnr. 212.

³ *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 58, die wohl eine entsprechende Anwendung des § 62 Abs. 1 AktG vor Augen haben, übertragen auf die GmbH mithin eine entsprechende Anwendung des § 31 Abs. 1.

⁴ *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 49 f.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 59 ff. (mit Modifikationen bei der Anwendung des § 16 AktG); *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 30; *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG Rdnr. 76; *Riedel*, Vermögenszuwendungen, S. 192 f.

⁴ Allg. M.; s. nur *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 51; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 60.

setzungen werden auch Zuwendungen an bereits ausgeschiedene und künftige Gesellschafter erfasst (Rdnr. 33 f.). Zuwendungen an Nichtgesellschafter fallen dagegen grundsätzlich nicht unter § 30 Abs. 1. Sofern sie für die GmbH nachteilig sind, können sie freilich zu Schadensersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 führen. Darüber hinaus ist stets zu prüfen, ob in der Auszahlung an den Dritten nicht eine Zuwendung an den Gesellschafter enthalten ist oder der Dritte eine gesellschaftergleiche Stellung einnimmt und deshalb doch § 30 Abs. 1 (entsprechend) anzuwenden ist (Rdnr. 35 ff.).

Die **Gesellschaftereigenschaft** bemisst sich für Zwecke des § 30 Abs. 1 nach § 16 Abs. 1 Satz 1, da es um das Verhältnis zur Gesellschaft geht¹. Entscheidend ist mithin die wirksame² Eintragung in die im Handelsregister aufgenommene **Gesellschafterliste**. Dies gilt auch, wenn der Eingetragene nicht der wahre Befreitigte ist. Wenn im Folgenden von Gesellschafterstellung bzw. Mitgliedschaft die Rede ist, ist damit also die nach § 16 Abs. 1 legitimierte (Schein-) Mitgliedschaft gemeint. Auf den Umfang der eingetragenen Beteiligung kommt es nicht an. Ein Kleinbeteiligtenprivileg nach Art des § 39 Abs. 5 InsO existiert im Rahmen des § 30 nicht.

29

**b) Auszahlung an Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als solche
(*causa societatis*)**

Nach einer alten Formulierung der Rechtsprechung erfasst das Auszahlungsverbot nur Zuwendungen an den **Gesellschafter „in seiner Eigenschaft als solcher“**³. Der ganz überwiegende Teil des Schrifttums formuliert denselben Gedanken so, dass die Zuwendung nur unter § 30 fällt, wenn sie ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis hat, mithin **causa societatis** erfolgt⁴. Ausgeklammert bleiben daher Auszahlungen, bei denen der Gesellschafter der GmbH wie ein außenstehender Dritter gegenübersteht. An dieser teleologischen Reduktion sollte entgegen bisweilen geübter Kritik⁵ auch weiterhin festgehalten werden. Wenn die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen (Rdnr. 115) Gesellschafter der

30

1 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 151; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 116.

2 Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Eintragung s. oben § 16 Rdnr. 22 ff.; Verse, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 16 GmbH Rdnr. 29 ff.

3 RG, Recht 1908, Nr. 2248; BGHZ 13, 49, 54; der Sache nach auch BGH, NJW 2005, 2450, 2452 = AG 2005, 609 (zur AG). Nicht konsequent dagegen BGH, NJW 1987, 1194, 1195 = GmbHR 1987, 187, wo der BGH bei einem unausgewogenen Austauschgeschäft zwischen GmbH und Gesellschafter zunächst das Vorliegen einer Zuwendung „mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung“ betont, sodann aber den Einwand für unmaßgeblich erklärt, dass das fragliche Geschäft wegen eines Irrtums der Geschäftsführerin über dessen Marktüblichkeit auch mit einem Dritten zustande gekommen wäre (s. dazu noch Rdnr. 31).

4 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 146; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 81; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 29; Pentsch, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 31; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 146; Grigoleit, Gesellschafterhaftung, S. 86; Kleffner, Erhaltung des Stammkapitals, S. 74 ff. Ebenso zuletzt OLG Düsseldorf, GmbHR 2012, 332, 333.

5 Tries, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 49 ff.; A. Koch, Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise, S. 32 ff.; Eusani, GmbHR 2009, 512, 516 ff.; Thole, Gläubigerschutz, S. 575.

GmbH nachweislich wie Dritte gegenübertreten, die Gesellschafterstellung mit anderen Worten ein rein zufälliger Begleitumstand ist, besteht kein Anlass, die Zuwendungen anders als Drittzuwendungen zu behandeln.

- 31 Der notwendige Bezug zur Mitgliedschaft ist zunächst immer dann gegeben, wenn die Gesellschaftereigenschaft Voraussetzung der Auszahlung ist. So liegt es etwa bei **Gewinnausschüttungen**¹, bei Vorabaußschüttungen, beim Rückerwerb eigener Geschäftsanteile (§ 33 Abs. 2 Satz 1), ferner bei **Abfindungszahlungen** im Fall von Einziehung (§ 34 Abs. 3), Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund². Ein hinreichender Bezug zur Mitgliedschaft ist darüber hinaus auch gegeben, wenn die Gesellschaftereigenschaft zwar keine Voraussetzung der Auszahlung ist, aber diese mitbeeinflusst hat. Das ist nicht nur der Fall, wenn der Mehrheitsgesellschafter die Leistung der GmbH selbst angewiesen hat³, sondern **in der Regel** auch anzunehmen, wenn ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abgeschlossen wird, das ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer nicht abgeschlossen hätte, das also dem Drittvergleich in dem beschriebenen Sinn (Rdnr. 19) nicht genügt. Allerdings ist es entgegen verbreiteter Ansicht **nicht zwingend, bei unausgewogenen Geschäften** stets den erforderlichen Bezug zur Mitgliedschaft anzunehmen und damit zur Anwendbarkeit des Auszahlungsverbots zu gelangen⁴. Denkbar, wenngleich praktisch selten ist vielmehr auch der Fall, dass zwar Leistung und Gegenleistung unausgewogen sind, aber nachweislich (Rdnr. 30, 115) kein Zusammenhang zwischen dieser Unausgewogenheit und der Mitgliedschaft besteht, weil der Geschäftsführer Geschäfte zu denselben unausgewogenen Konditionen sorgfaltswidrig auch mit Dritten tätigt. Man denke etwa an den Fall, dass der Gesellschafter einer Kaufhaus-GmbH wie jeder andere Kunde Waren zu sorgfaltswidrig niedrigen Preisen erwirbt oder die GmbH freiwillige Zuwendungen an alle Arbeitnehmer der Gesellschaft leistet und einzelne dieser Arbeitnehmer (zufällig) zugleich Gesellschafter sind⁵. In derartigen Fällen muss es mangels Bezugs zur Mitgliedschaft bei der Unanwendbarkeit des Auszahlungsverbots bleiben⁶.
- 32 An dem Bezug zum Gesellschaftsverhältnis fehlt es ferner, wenn die GmbH Ansprüche des Gesellschafters erfüllt, die dieser nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erworben hat. Zu denken ist dabei etwa an **Schadensersatzleistungen**

1 Zu dem Fall, dass die Unterbilanz erst nach Verselbständigung des Ausschüttungsanspruchs zum Gläubigerrecht entstanden ist, s. aber § 29 Rdnr. 91 f.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 82; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 148.

3 Dass dieser Fall erfasst ist, versteht sich; s. nur *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 82.

4 So aber BGH, NJW 1987, 1194, 1195 = GmbHR 1987, 187; BGH, GmbHR 1996, 111, 112; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 154; zur AG – jeweils mit dem Argument, dass jedenfalls der begünstigte Aktionär um seine Mitgliedschaft wisse – auch *Lutter*, in: KölnKomm. AktG, 2. Aufl. 1988, § 57 AktG Rdnr. 27; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 45.

5 Beispiele in Anlehnung an *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 20.

6 Wie hier *T. Bezzemberger*, Kapital, S. 232 ff.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 24 ff.; *Drygala*, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2011, § 57 AktG Rdnr. 88 ff. (jeweils zur AG); *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals, S. 74 ff.; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 202 f.; tendenziell wohl auch *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 20 („bedenkenswert“).

der GmbH zur Erfüllung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung¹ oder wegen Pflichtverletzung aus einem dem Drittvergleich standhaltenden Vertrag². Anders verhält es sich aber, wenn der Ersatzanspruch auf einer Verletzung von Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis beruht, wie dies z.B. bei Treuepflichtverletzungen oder Verletzungen des Gleichbehandlungsgebot der Fall ist. Die Erfüllung dieser Ersatzansprüche steht somit unter dem Vorbehalt des § 30 Abs. 1³.

c) Auszahlung an künftige oder ehemalige Gesellschafter

Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit, dass sich das Auszahlungsverbot nicht nur auf Leistungen an Empfänger erstreckt, die im Zeitpunkt der Auszahlung Gesellschafter sind, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen an künftige und bereits ausgeschiedene Gesellschafter erfasst werden. Nach einer zur AG ergangenen Entscheidung des BGH unterliegen Leistungen an **künftige Gesellschafter** immer dann der Kapitalbindung, wenn zwischen der Auszahlung und dem Erwerb der Mitgliedschaft ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht *und* die Leistung mit Rücksicht auf die künftige Gesellschafterstellung erfolgt⁴. Diese Formulierung ist allerdings unpräzise, da nicht einzusehen ist, warum es bei nachgewiesener Rücksichtnahme auf die künftige Mitgliedschaft zusätzlich noch auf den engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang ankommen soll. Treffender erscheint die Formulierung, dass Auszahlungen an künftige Gesellschafter stets erfasst werden, wenn sie **mit Rücksicht auf die künftige Mitgliedschaft** erfolgen⁵. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die GmbH dem künftigen Gesellschafter die finanzielle Unterstützung des Anteilserwerbs zusagt, etwa durch Überlassung von Darlehen oder Bestellung von Sicherheiten⁶. Dem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen Auszahlung und Erwerb der Mitgliedschaft kommt daneben nur, aber immerhin insoweit Bedeutung zu, als er eine widerlegliche Vermutung dafür begründet, dass die Auszahlung mit Rücksicht auf den Anteilserwerb erfolgt⁷. Ansonsten muss diese Tatsache von der Partei, die sich auf

33

1 S. dazu aus der Paralleldiskussion im Aktienrecht insbes. BGH, NJW 2005, 2450, 2452 (zu Ansprüchen aus §§ 826, 31 BGB wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation) mit zust. Anm. *Fleischer*, ZIP 2005, 1805, 1810 f.; *Möllers*, BB 2005, 1637, 1639 ff.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 82; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 32.

3 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 82 a.E.; näher *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 405 ff. m.w.N. auch zu der vereinzelt vertretenen Gegenansicht. Zur AG implizit wie hier BGH, NJW 2005, 2450, 2452, wo die Unanwendbarkeit des § 57 AktG damit begründet wird, dass die Ansprüche der Aktionäre „in erster Linie nicht auf ihrer (...) mitgliedschaftlichen Sonderrechtsbeziehung als Aktionäre, sondern auf ihrer Stellung als Drittgläubiger“ beruhen.

4 BGH, NZG 2008, 106 Rdnr. 13 = AG 2008, 120 (Hervorhebung vom Verf.).

5 So denn auch *Habersack*, in: Ulmer, § 30 Rdnr. 63; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 19; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 18; zur AG *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 33; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 57.

6 BGH, NZG 2008, 106 Rdnr. 13 f. = AG 2008, 120 (zur AG); *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 63 a.E.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 117.

7 So für die AG *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 57 (unter Hinweis auf die ähnliche Vermutung bei der verdeckten Sacheinlage); *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 54; *Riedel*, Vermögenszuwendungen, S. 194 f.

den Verstoß gegen das Auszahlungsverbot beruft (regelmäßig also die GmbH oder ihr Insolvenzverwalter), dargelegt und ggf. nachgewiesen werden. Darin unterscheidet sich die Rechtslage von Zuwendungen an gegenwärtige Gesellschafter, bei denen zwar auch der Bezug zur Mitgliedschaft gegeben sein muss, dieser aber bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen ist (Rdnr. 30, 115).

- 34 Ähnliche Grundsätze gelten für Auszahlungen an bereits **ausgeschiedene Gesellschafter**. In diesem Fall kommt es darauf an, ob die Auszahlung **mit Rücksicht auf die frühere Mitgliedschaft** bewirkt wird. Davon ist grundsätzlich¹ auszugehen, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter im **Zeitpunkt der Begründung der Auszahlungsverpflichtung noch Gesellschafter** war². Denkbar sind aber auch weitere Fälle. So hat der BGH bei einer Geschäftsanteilsveräußerung die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 bejaht, wenn Erwerber und Veräußerer (ausgeschiedener Gesellschafter) bei Vertragsabschluss einvernehmlich davon ausgegangen sind, dass der Kaufpreis aus dem Vermögen der Gesellschaft bezahlt werde und dies dann auch so geschieht³. Erfolgt die Auszahlung in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Beendigung der Mitgliedschaft, so wird man auch hier von einer Vermutung ausgehen können, dass die Auszahlung noch mit Rücksicht auf die frühere Mitgliedschaft erfolgt⁴.

d) Auszahlung an Dritte – Allgemeines

- 35 Auszahlungen an Nichtgesellschafter (Dritte) fallen **grundsätzlich nicht** unter § 30. Allerdings sind in zweierlei Hinsicht praktisch bedeutsame **Ausnahmen** von diesem Grundsatz zu beachten. Zum einen kann die Leistung an einen Dritten zugleich eine Zuwendung an den Gesellschafter beinhalten, die dann an § 30 Abs. 1 zu messen ist und im Fall eines Verstoßes dazu führt, dass der *Gesellschafter* nach § 31 Abs. 1 zur Rückgewähr verpflichtet ist. Zum anderen kann unter im Einzelnen umstrittenen Voraussetzungen die Kapitalbindung ausnahmsweise auch auf den Dritten selbst erstreckt werden, wenn dieser eine gesellschafterähnliche Position einnimmt. Die Folge ist dann, dass ausnahmsweise *auch der Dritte* als Rückgewährschuldner nach § 31 Abs. 1 in Betracht

1 D.h., wenn der Zusammenhang mit der Mitgliedschaft nicht ausnahmsweise nach Maßgabe des zu Rdnr. 30 ff. Gesagten widerlegt wird.

2 Allg. M., s. RGZ 133, 393, 395; RG, JW 1938, 1176; BGHZ 13, 49, 54; BGHZ 81, 252, 258; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 62; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 23; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 116; ebenso zur AG OLG Frankfurt a.M., BB 1996, 445, 446; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 58 m.w.N.

3 BGHZ 13, 49, 55 f.; zust. *Canaris*, in: FS R. Fischer, S. 31, 32; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 23.

4 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 57 (zur AG); *Riedel*, Vermögenszuwendungen, S. 194 f.; ablehnend *Cahn/v. Spannenberg*, in: *Spindler/Stilz*, § 57 AktG Rdnr. 55; *Drygala*, in: KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2011, § 57 AktG Rdnr. 119, jeweils mit dem Argument, dass die Geschäftsleiter mangels gegenwärtiger oder künftiger Einflussmöglichkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters keinen Anlass mehr haben, diesem mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft einen Vorteil zuzuwenden. Das trifft zwar zu, spricht aber nicht zwingend gegen die Vermutung, wenn sie dem Ausgeschiedenen ausnahmsweise doch in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang einen Vorteil zuwenden.

kommt. Im Folgenden sind zunächst die allgemeinen Grundsätze darzustellen, die bei Leistungen an Dritte gelten, ohne dass es dabei auf eine Nähebeziehung zwischen dem Gesellschafter und dem Dritten ankommt (Rdnr. 36 f.). In einem zweiten Schritt sind fallgruppenartig die Besonderheiten in den Blick zu nehmen, die in Näheverhältnissen zwischen Gesellschafter und Drittem zu beachten sind (Rdnr. 38 ff.).

Erbringt die Gesellschaft eine Leistung an einen Dritten, so ist diese Leistung 36 unabhängig von einer möglichen Nähebeziehung zwischen diesem und dem Gesellschafter anerkanntermaßen in **zwei Fallgruppen** als Zuwendung an den Gesellschafter zu bewerten. Die erste Gruppe umfasst Fälle, in denen in der Leistung der Gesellschaft an den Dritten **zugleich eine Zuwendung an den Gesellschafter** enthalten ist. So verhält es sich etwa, wenn die Gesellschaft eine Verbindlichkeit ihres Gesellschafters gegenüber dem Dritten erfüllt oder übernimmt¹ oder hierfür eine Sicherheit bestellt². Leistet die Gesellschaft auf eine eigene Schuld, für die der Gesellschafter seinerseits eine Sicherheit bestellt hat, scheint auf den ersten Blick auch darin eine Zuwendung an den Gesellschafter zu liegen (Ablösung seiner Sicherheit). In diesem Fall ist allerdings § 30 Abs. 1 deshalb unanwendbar, weil sich die Ausnahme des § 30 Abs. 1 Satz 3 n.F. auch auf die mittelbare Gesellschafterfinanzierung erstreckt (Rdnr. 107). Es bewendet dann bei der Anwendung der §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO bzw. §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG (s. dazu 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, §§ 32a, b a.F. Rdnr. 45 ff.).

Die zweite Fallgruppe betrifft Fälle, in denen die Leistung der Gesellschaft an den Dritten **auf Veranlassung des Gesellschafters** bewirkt wird und diese Veranlassung nicht die Förderung des Gesellschaftsinteresses bezweckt, sondern durch das außerbetriebliche **Eigeninteresse des Gesellschafters** motiviert ist³. Anstelle der Veranlassung soll auch das **Einverständnis des Gesellschafters** genügen, sofern nur die genannte Motivation gegeben ist⁴. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist es unerheblich, ob der Gesellschafter selbst begünstigt wird; es genügt, dass er dem Dritten aus dem Gesellschaftsvermögen etwas zuwenden will. Es kann nämlich keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter sich selbst etwas aus dem Gesellschaftsvermögen auszahlen lässt und es dann dem Dritten zuwendet oder die Zuwendung im Wege einer „**abgekürzten Leistung**“

1 BGHZ 60, 324, 330 f.; BGH, NJW 2003, 3629, 3631 f. = GmbHR 2003, 1420; BGH, GmbHR 2008, 1319 Rdnr. 8; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 60; *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 109; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 25; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 112; näher *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 74.

2 S. vorerst nur *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 60; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 112; ausführlich zur Sicherheitenbestellung unten Rdnr. 96 ff.

3 BGH, NZG 2000, 883, 886 – „*Balsam Procedo I*“ (insoweit in BGHZ 144, 336 ff. nicht abgedruckt); *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 61; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 113; zur AG *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 68; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 73; *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG Rdnr. 88 f. Näher dazu, dass die Zuwendung durch das außerbetriebliche Eigeninteresse des Gesellschafters motiviert sein muss, *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 19 ff.; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 247.

4 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 61; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 113; wohl auch BGH, NZG 2000, 883, 886.

direkt von der Gesellschaft an den Dritten erfolgt¹. Bei wertender Betrachtung muss der Gesellschafter vielmehr auch in diesem Fall als Auszahlungsempfänger angesehen werden.

e) Auszahlungen an Dritte, die dem Gesellschafter nahe stehen

- 38 Steht der die Auszahlung empfangende Dritte in einer besonderen Nähebeziehung zum Gesellschafter, stellen sich zwei voneinander zu trennende Fragen: Zum einen fragt sich, ob der Gesellschafter auch über die vorgenannten allgemeinen Grundsätze (Rdnr. 36 f.) hinaus als Auszahlungsempfänger angesehen werden kann, weil ihm der vom Dritten empfangene Vorteil zuzurechnen ist. Zum zweiten stellt sich die Frage, ob der Dritte wegen seiner Nähe zum Gesellschafter ausnahmsweise selbst zum Adressat der Kapitalbindung wird und dementsprechend bei Verstoß gegen § 30 Abs. 1 selbst nach § 31 Abs. 1 auf Rückgewähr haftet. Diese Fragen haben die höchstrichterliche Rechtsprechung schon häufig beschäftigt; dennoch sind zahlreiche Einzelheiten umstritten. Einig ist man sich nur in dem Grundanliegen, einen hinreichenden **Schutz vor Umgehung** der Kapitalbindung zu gewährleisten.
- 39 aa) **Treugeber des Gesellschafters.** Hält ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil treuhänderisch, d.h. im Auftrag und für Rechnung eines anderen, und erfolgt die Auszahlung der GmbH direkt an den **Treugeber (Hintermann)**, so muss sich dieser nach ganz herrschender Ansicht wie ein Gesellschafter behandeln lassen mit der Folge, dass er im Fall eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 selbst analog § 31 Abs. 1 haftet². Zur Begründung lässt sich an den Rechtsgedanken des § 46 Abs. 5 AktG anknüpfen, der ebenfalls den Treugeber wegen seiner bei wirtschaftlicher Betrachtung gesellschaftergleichen Stellung in die Pflicht nimmt³. In gleicher Weise haftet der Treugeber, wenn die verbotene Auszahlung zunächst an den Treuhänder/Gesellschafter erfolgt und dieser die Zuwendung an den Treugeber weiterleitet⁴. Fraglich ist dagegen, ob dasselbe auch dann gilt, wenn der Treuhänder die Zuwendung infolge Zahlungsunfähigkeit, Veruntreuung oder dergleichen nicht weiterleitet⁵. In diesem Fall dürfte mehr dafür spre-

1 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 68; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 39; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 247.

2 Ständige Rechtsprechung des BGH, s. BGHZ 31, 258, 266 f. = GmbHR 1960, 43; BGHZ 75, 334, 335 f. = GmbHR 1980, 28; BGHZ 95, 188, 193 = GmbHR 1986, 21; BGHZ 107, 7, 11 f. = GmbHR 1989, 196; BGHZ 157, 72, 74 f. = GmbHR 2004, 302 m.w.N.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 33; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 40 f.; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 156; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 66; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 28; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, § 31 Rdnr. 20; ebenso die ganz h.M. zur AG, s. *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 68; a.A. *Armbrüster*, Treuhänderische Beteiligung, S. 395 ff.; *Armbrüster*, GmbHR 2001, 1021, 1028 f.

3 BGHZ 31, 258, 267 (unter Hinweis auf § 39 Abs. 5 AktG 1937); *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 40 f.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 62 AktG Rdnr. 15.

4 BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 45 (zur AG); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 33; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 41; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 156; a.A. *Armbrüster*, Treuhänderische Beteiligung, S. 401 f.; zurückhaltend auch *Ulmer*, in: Ulmer, § 2 Rdnr. 65a.

5 Bejahend *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 33; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 62 AktG Rdnr. 18; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 41.

chen, den Treugeber nur dann mit dem Weiterleitungsrisiko zu belasten, wenn er die Zahlung an den Treuhänder selbst veranlasst hat oder mit dieser zumindest einverstanden war¹. Unerheblich ist, ob es sich um eine verdeckte oder um eine offene Treuhand handelt².

Im Verhältnis der GmbH zum **Treuhänder** (Gesellschafter) ist zu unterscheiden. Erfolgte die verbotene Auszahlung an ihn, ist er als Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 unstrittig zur Rückgewähr verpflichtet, auch dann, wenn er die Zuwendung an den Treugeber weitergeleitet hat³. Erfolgte die verbotene Auszahlung dagegen direkt an den Treugeber, kommt es nach den allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 36 f.) darauf an, ob der Treuhänder gleichwohl selbst begünstigt wird oder er die Zuwendung an den Treugeber veranlasst hat bzw. hiermit zumindest einverstanden war⁴. Für eine Veranlassung durch den Treuhänder spricht jedenfalls dann eine widerlegliche Vermutung, wenn er einen beherrschenden Einfluss auf die GmbH hat⁵. Sofern nach diesen Grundsätzen sowohl Treugeber als auch Treuhänder nach § 31 Abs. 1 verantwortlich sind, haften sie als Gesamtschuldner⁶.

bb) Mittelbare Stellvertreter des Gesellschafters. Erfolgt die Auszahlung an einen mittelbaren Stellvertreter (Strohmann) des Gesellschafters, mithin einen Empfänger, der im Auftrag und **für Rechnung des Gesellschafters** tätig wird, so ist dies jedenfalls dann einer **Auszahlung an den Gesellschafter** gleichzustellen, wenn der mittelbare Stellvertreter das Erlangte pflichtgemäß (§ 667 BGB, § 384 Abs. 2 Halbsatz 2 Fall 2 HGB) an den Gesellschafter abführt⁷. Im Fall eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 haftet dann der Gesellschafter nach § 31 Abs. 1. Anderes gilt jedoch auch hier wieder (s. schon Rdnr. 39), wenn der mittelbare Stellvertreter das Erlangte wegen Zahlungsunfähigkeit, Veruntreuung etc. nicht an den Gesellschafter weiterleitet. In diesem Fall haftet der Gesellschafter nur, wenn er die Leistung an den mittelbaren Vertreter veranlasst hat oder mit ihr zumindest einverstanden war⁸, was freilich häufig der Fall sein wird und bei beherrschendem Einfluss des Gesellschafters auf die GmbH zu vermuten ist. Eine Haftung

1 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 66; *Ulmer*, in: Ulmer, § 2 Rdnr. 65a; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 62 AktG Rdnr. 15.

2 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 156; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 66.

3 S. nur BGHZ 31, 258, 263 f. = GmbHR 1960, 43; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 34; zur AG *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 62 AktG Rdnr. 15.

4 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 66; ähnlich (aber ohne Einbeziehung des bloßen Einverständnisses) *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 34 f.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 62 AktG Rdnr. 11; weitergehend *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 41; *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 62 AktG Rdnr. 16.

5 Auch ohne diese Einschränkung für eine Veranlassungsvermutung *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 35; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 66 mit Fn. 188.

6 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 35; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 156.

7 BGHZ 81, 365, 368 = GmbHR 1982, 181; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 37 f.; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 36; *Habersack*, in: Ulmer, § 30 Rdnr. 68 i.V.m. Rdnr. 60; zur AG *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 58; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 75; einschränkend *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 154: nur bei Veranlassung durch den Gesellschafter.

8 Ähnlich *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 75 (allerdings ohne Einbeziehung des bloßen Einverständnisses); weitergehend aber *Altmeppen*, in: FS

des **mittelbaren Vertreters** entsprechend § 31 Abs. 1 scheidet dagegen nach überwiegender Ansicht aus, da dieser auch bei wirtschaftlicher Betrachtung keinem Gesellschafter gleichsteht¹. Ob bei evidentem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 das Geschäft mit dem mittelbaren Vertreter nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam ist und deshalb bürgerlich-rechtliche Ansprüche gegen den mittelbaren Vertreter bestehen, ist umstritten, nach hier vertretener Ansicht aber zu verneinen (Rdnr. 123).

- 42 **cc) Angehörige des Gesellschafters.** Unübersichtlich ist die Rechtslage bei Leistungen der GmbH an **Angehörige** eines Gesellschafters. Klar und – soweit ersichtlich – unstrittig ist im Ausgangspunkt, dass nach allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 36 f.) auch hier eine **Auszahlung an den Gesellschafter** vorliegt, wenn dieser selbst begünstigt wird (z.B. durch die Befreiung von Unterhaltpflichten oder die unentgeltliche Weiterleitung der Zuwendung vom Angehörigen an den Gesellschafter) oder er die Auszahlung an den Angehörigen selbst im Eigeninteresse veranlasst hat bzw. mit ihr einverstanden war. Für eine Veranlassung spricht bei Zuwendungen an Angehörige jedenfalls dann eine widerlegliche Vermutung, wenn der Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss auf die GmbH ausüben kann². Ob die Auszahlung an den Angehörigen selbst erfolgt oder an eine Gesellschaft, an der er maßgeblich beteiligt (Rdnr. 45 f.) ist, macht dabei keinen Unterschied³. Streitig ist dagegen, ob die Zuwendung an den Angehörigen auch jenseits dieser anerkannten Fallgruppen dem Gesellschafter allein wegen der Familienangehörigkeit zugerechnet werden kann. Während dies in Analogie zu §§ 89 Abs. 3 Satz 1, 115 Abs. 2 AktG bei nahen Angehörigen (Ehegatten, minderjährige Kinder, nunmehr auch eingetragene Lebenspartner) verschiedentlich bejaht wird⁴, mehren sich im neueren Schrifttum die ablehnenden Stimmen⁵. Ihnen ist schon deshalb zu folgen, weil im unmittelbaren Anwendungsbereich der §§ 89 Abs. 3 Satz 1, 115 Abs. 2 AktG nur der nahe Angehörige selbst anspruchsverpflichtet ist, die angesprochene Analogie mithin allenfalls dessen Anspruchsnahme, nicht aber die des Gesellschafters begründen könnte.

1 Kropff, S. 641, 645; Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 65; *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 36; Riedel, Vermögenszuwendungen, S. 212.

2 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 41; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 68, § 31 Rdnr. 19; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 126; eine Haftung entsprechend § 31 Abs. 1 ablehnend auch *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 36 f., 54 f., der aber unter Hinweis auf den Rechtsgedanken der §§ 89 Abs. 3 Satz 2, 115 Abs. 2 AktG bürgerlich-rechtliche Rückgewähransprüche (§§ 985 ff., 812 ff. BGB) gegen den mittelbaren Vertreter gewähren will.

3 Für eine Veranlassungsvermutung auch ohne die im Text genannte Einschränkung *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 48; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 159, 162; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 76; enger 10. Aufl., Rdnr. 41: Veranlassung müsse stets festgestellt werden.

4 Vgl. BGH, ZIP 1986, 456, 458.

5 S. etwa *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 69; *Hüffer*, § 57 AktG Rdnr. 15, § 62 AktG Rdnr. 5.

6 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 49; *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 25 ff.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 76. Auch *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 38 f., der häufig für die Gegenansicht zitiert wird, spricht sich für eine Zurechnung nur dann aus, wenn die Zuwendung durch Zutun oder zumindest mit Billigung des Gesellschafters erfolgt ist.

Fraglich ist, ob auch der **Angehörige selbst als Haftungsadressat** analog §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 in Betracht kommt. Die frühere Rechtsprechung des BGH wollte dies für nahe Angehörige analog §§ 89 Abs. 3 Satz 1, 115 Abs. 2 AktG in der Tat annehmen¹. Allerdings hat sich der BGH später im Eigenkapitalersatzrecht, das bis zu seiner Aufhebung durch das MoMiG (auch) auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 30 f. beruhte (Rdnr. 107), wieder von dieser Rechtsprechung distanziert², weil eine typisierende Betrachtungsweise der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht gerecht werde³. Stattdessen hat er auf die Umstände des Einzelfalls abgehoben, insbesondere darauf, ob das vom Angehörigen ausgereichte Darlehen aus Mitteln des Gesellschafters stammt oder umgekehrt der Gesellschafter den Geschäftsanteil nur treuhänderisch für den Darlehensgeber/Angehörigen hält⁴. Noch nicht klar entschieden ist, ob diese Kurskorrektur nur für das Eigenkapitalersatzrecht gilt oder die frühere Rechtsprechung auch im Rahmen der Kapitalerhaltung nach §§ 30 f. obsolet sein soll⁵. Nach vorzugswürdiger und im Schrifttum vordringender Ansicht sollte von der Analogie zu den §§ 89 Abs. 3 Satz 1, 115 Abs. 2 AktG auch im Rahmen der Kapitalerhaltung Abstand genommen werden⁶. Diese provoziert nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 6 Abs. 1 GG)⁷, sondern führt auch zu der Ungereimtheit, dass man bei konsequenter Fortführung des Rechtsgedankens der §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG auch Ansprüche analog § 31 Abs. 1 gegen den in jenen Vorschriften ebenfalls angesprochenen mittelbaren Stellvertreter des Gesellschafters gewähren müsste – eine Konsequenz, die überwiegend abgelehnt wird (Rdnr. 41). Schließlich besteht für die Analogie zu §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG auch kein dringendes Bedürfnis, um eine sonst drohende Lücke im Umgehungsschutz zu schließen, da regelmäßig bereits eine Auszahlung an den Gesellschafter vorliegen wird (Rdnr. 42). Lehnt man somit die Analogie zu §§ 89 Abs. 3 Satz 1, 115 Abs. 2 AktG ab, entfällt die Grundlage für eine **Haftung des Angehörigen** entsprechend § 31 Abs. 1⁸. Sie lässt sich auch nicht anderweitig begründen, da der Angehörige weder rechtlich Gesellschafter ist noch bei wirtschaftlicher Betrachtung diesem

1 BGHZ 81, 365, 368 f. = GmbHR 1982, 181 (wo allerdings noch offen bleibt, ob dies nur bei Erkennbarkeit des Verstoßes für den nahen Angehörigen gilt); ohne diesen Vorbehalt sodann BGH, ZIP 1986, 456, 458 = GmbHR 1986, 113; BGH, ZIP 1987, 575, 577 = GmbHR 1987, 187; ebenso zur AG Bayer, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 62 AktG Rdnr. 20; Cahn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz, § 62 AktG Rdnr. 17; im Ergebnis ähnlich *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 38 i.V.m. 36 f., 54 f., der sich aber auf einen bürgerlich-rechtlichen Rückgewähranspruch gegen den Angehörigen stützt.

2 BGH, GmbHR 1991, 155; BGH, DStR 1999, 810, 811 m. Anm. *Goette*; BGH, GmbHR 2009, 876 Rdnr. 9; s. auch BGH, GmbHR 2011, 413 (zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO); BGH, GmbHR 2011, 705 Rdnr. 15 (zur Kapitalaufbringung).

3 So die Begründung von *Goette*, § 3 Rdnr. 43.

4 BGH, GmbHR 2009, 876 Rdnr. 9.

5 Für Letzteres *Goette*, § 3 Rdnr. 43.

6 Ebenso *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 159; *Goette*, § 3 Rdnr. 43; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 70; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 25; *Tries*, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 85.

7 *Fleck*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 391, 413; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 70 Fn. 203; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 25; *Tries*, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 80.

8 Ablehnend auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 51; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 159, 162; weitergehend dagegen *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 70, der trotz Ablehnung der Analogie zu §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG weiterhin eine Mithaftung der nahen Angehörigen aus § 31 Abs. 1 für möglich hält.

gleichsteht. Zu der – nach hier vertretener Ansicht zu verneinenden – Frage, ob stattdessen bürgerlich-rechtliche Ansprüche wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht in Betracht kommen, s. Rdnr. 123.

- 44 **dd) Mit dem Gesellschafter verbundene Unternehmen.** Von großer praktischer Bedeutung ist die (ebenfalls in vielen Einzelheiten umstrittene) Frage, unter welchen Voraussetzungen Auszahlungen an mit dem Gesellschafter **verbundene Unternehmen** von § 30 Abs. 1 erfasst werden. Zu unterscheiden sind zwei Grundkonstellationen, zum einen Zuwendungen an horizontal verbundene Unternehmen, beispielsweise eine Schwestergesellschaft der GmbH (Rdnr. 45 ff.), und zum anderen Zuwendungen an vertikal verbundene Unternehmen, die nur mittelbar zum Gesellschafterkreis der auszahlenden GmbH zählen, also etwa die Auszahlung von einer Enkel- an eine Muttergesellschaft (Rdnr. 49).
- 45 (1) Betrachtet man zuerst den Fall einer Auszahlung an ein horizontal verbundenes Unternehmen, an dem der Gesellschafter unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist (z.B. ein **Schwesterunternehmen** der GmbH), so ist auch hier wieder von den allgemeinen Grundsätzen auszugehen. Danach liegt eine **Auszahlung an den Gesellschafter** (Muttergesellschaft) vor, wenn die Auszahlung an das Empfängerunternehmen (Schwestergesellschaft) im Interesse und auf Veranlassung¹ bzw. im Einverständnis² des Gesellschafters erfolgt oder ihn selbst bevorteilt (Rdnr. 36 f.). Für eine Veranlassung spricht dabei auch hier eine widerlegliche Vermutung, wenn der Gesellschafter auf die auszahlende GmbH beherrschenden Einfluss ausüben kann³. Fehlt es an der Veranlassung bzw. dem Einverständnis des Gesellschafters und kommt es deshalb darauf an, ob er selbst einen Vorteil empfangen hat, stellt sich die umstrittene Frage, ob sich ein eigener Vorteil des Gesellschafters allein aus seiner Beteiligung an dem Empfängerunternehmen ableiten lässt. Während Teile des Schrifttums diese Frage verneinen⁴, bejahen sie andere immer dann, wenn das Empfängerunternehmen von ihm abhängig ist (§ 17 AktG) oder in seinem Mehrheitsbesitz steht (§ 16 AktG)⁵. Der BGH verfolgt demgegenüber eine mittlere Linie, die zwar nicht zwingend, aber doch immerhin nachvollziehbar erscheint: Eine Leistung an das Empfängerunternehmen steht danach einer Auszahlung an den Gesellschafter gleich, wenn dieser eine **maßgebliche Beteiligung** hält, die ihm derart bestimmenden Einfluss auf das Empfängerunternehmen verschafft, dass er dort „**Zugriff auf die Leistung**“ hat⁶. Dies wiederum ist nach inzwischen gefestigter, im Schrifttum allerdings nicht immer hinreichend wahrgenommener Rechtsprechung nur der Fall, wenn der Gesellschafter dem Geschäftsleitungsorgan des Empfängerunternehmens –

1 BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 42, 44 (zur AG); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 66; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 73; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 76.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 73.

3 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 66; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 76; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 79; näher *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 67 ff.; vgl. auch BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 40 zu § 311 AktG: Beweis des ersten Anscheins oder Vermutung.

4 *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 31 ff.; im Ergebnis auch (jeweils nur auf die Veranlassung abstellend) *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 66; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 76; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 79.

5 *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 72 f. m.w.N.

6 So zuletzt BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 42; ebenso *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 73.

sei es aufgrund Beherrschungsvertrags oder Eingliederung (§§ 308, 323 AktG), sei es aufgrund der allgemeinen Organisationsverfassung des Empfängerunternehmens – **Weisungen** erteilen kann¹.

Auf diese Weise gelangt der BGH zu einer **rechtsformsspezifischen Differenzierung**: Kann der Mehrheitsgesellschafter durch Gesellschafterbeschlüsse Weisungen gegenüber der Geschäftsleitung des Empfängerunternehmens durchsetzen, wie dies etwa bei Empfängerunternehmen in der Rechtsform der GmbH vorbehaltlich abweichender Satzungsregelung der Fall ist (§ 37 Abs. 1), so führt bereits die einfache Mehrheitsbeteiligung an dem Empfängerunternehmen dazu, dass die von diesem empfangene Zuwendung dem Mehrheitsgesellschafter zugerechnet wird². Dagegen genügt selbst die qualifizierte Mehrheitsbeteiligung an einer faktisch konzernierten oder schlicht abhängigen AG für sich genommen nicht für eine Zurechnung, da diese vom Vorstand weisungsfrei in eigener Verantwortung geleitet wird (§ 76 Abs. 1 AktG)³. Allerdings sollte man diese rechtsformsspezifische Differenzierung auch nicht überbetonen, da auch in letzterem Fall die Zurechnung bei Auszahlungen, die auf Veranlassung bzw. mit Einverständnis des Gesellschafters in dessen Interesse erfolgen, unberührt bleibt.

Für die Frage, ob eine maßgebliche Beteiligung eines Gesellschafters an dem Empfängerunternehmen vorliegt, will der BGH allein auf den **Zeitpunkt** der Vornahme der Auszahlung abstellen. Daher sollen §§ 30 f. nicht tangiert sein, wenn die das Empfängerunternehmen beherrschenden Gesellschafter nach Begründung der Auszahlungsverpflichtung, aber vor der Auszahlung aus dem Gesellschafterkreis der GmbH ausscheiden⁴. Dem ist jedoch mit der h.L. zu widersprechen⁵. In dem vom BGH entschiedenen Fall kann nichts anderes gelten als in den Fällen, in denen direkt an den ausgeschiedenen Gesellschafter geleistet wird. Dieser bleibt aber anerkanntermaßen an § 30 gebunden, sofern er nur im Zeitpunkt der Eingehung der Auszahlungsverpflichtung noch Gesellschafter war (Rdnr. 34). Entsprechendes muss auch gelten, wenn der Gesellschafter aus dem Empfängerunternehmen ausscheidet⁶.

Umstritten ist, ob neben dem Gesellschafter **auch das Empfängerunternehmen** (Schwesterunternehmen), an dem der Gesellschafter maßgeblich beteiligt ist, bei einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 analog § 31 Abs. 1 haftet. Der BGH hat sich

1 Zum Erfordernis der Weisungsbefugnis BGH, GmbHR 1999, 916; BGH, GmbHR 2001, 106; BGH, GmbHR 2008, 758 Rdnr. 10 mit krit. Anm. *Blöse* (jeweils zum Eigenkapitalersatz); ferner BGHZ 171, 113 Rdnr. 11 = GmbHR 2007, 433 (zur Kapitalaufbringung); zuletzt BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 42 f. (zur Kapitalerhaltung in der AG).

2 Vgl. zum Eigenkapitalersatz BGH, GmbHR 1999, 916; BGH, NJW 2001, 1490, 1491 = GmbHR 2001, 106.

3 BGH, GmbHR 2008, 758 Rdnr. 13 (zum Eigenkapitalersatz); s. zuvor auch schon BGHZ 171, 113 Rdnr. 11 = GmbHR 2007, 433 (zur Kapitalaufbringung). Zur mangelnden Weisungsabhängigkeit der als Anstalt öffentlichen Rechts verfassten Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) trotz Mehrheitsbeteiligung der Bundesrepublik Deutschland s. BGH, NZG 2011, 829, Rdnr. 43.

4 BGH, GmbHR 1996, 111, 112; *Henze*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2000, § 57 AktG Rdnr. 92.

5 S. etwa *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 28; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 64; *Bay-er*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG Rdnr. 75.

6 Nachw. wie vor.

mit Rücksicht auf die „wirtschaftliche Einheit“ des Konzerns für eine Haftung des Empfängerunternehmens ausgesprochen¹. Im Schrifttum mehren sich demgegenüber aus gutem Grund die ablehnenden Stimmen, da das Empfängerunternehmen als Schwester der auszahlenden GmbH auch bei wirtschaftlicher Betrachtung keine gesellschaftergleiche Stellung in der auszahlenden GmbH einnimmt und für eine Analogie neben der Haftung des Gesellschafters auch kein dringendes Bedürfnis besteht². Zu der – nach hier vertretener Ansicht zu verneinenden – Frage, ob stattdessen bürgerlich-rechtliche Ansprüche wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht in Betracht kommen, s. Rdnr. 123.

- 49 (2) Leistet eine GmbH an einen mittelbaren Gesellschafter, also z.B. die **Enkel- an die Muttergesellschaft**, so liegt darin nach allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 36 f.) eine Auszahlung an die unmittelbar beteiligte Gesellschafterin (Tochter), wenn diese in ihrem Interesse die Auszahlung veranlasst hat bzw. mit ihr einverstanden war oder die Auszahlung ihr (z.B. durch Befreiung von einer Verbindlichkeit der Tochter gegenüber der Mutter) ausnahmsweise zum eigenen Vorteil gereicht³. Eine Veranlassung seitens der Tochter ist auch hier wieder zu vermuten⁴. Anerkanntermaßen ist darüber hinaus **auch die Mutter** analog § 31 Abs. 1 in die Kapitalbindung einzubeziehen, da sie über ihren beherrschenden Einfluss auf die Tochter bei wirtschaftlicher Betrachtung eine gesellschafterähnliche Position einnimmt⁵. Einer Auszahlung an die Mutter steht es gleich, wenn auf ihre Veranlassung oder mit ihrem Einverständnis an einen Dritten, etwa eine andere Tochter, geleistet wird⁶, was bei Leistung an einen der Mutter nahe stehenden Dritten zu vermuten ist⁷. Die analoge Anwendung des § 31 Abs. 1 erstreckt sich aber nur auf Gesellschafter der Tochter, die diese beherrschen, nicht auf Minderheitsgesellschafter der Tochter⁸.
- 50 ee) **Unternehmen, an denen der Gesellschafter keine maßgebliche Beteiligung hält.** Wird an ein Unternehmen ausgezahlt, an dem der Gesellschafter keine

1 BGH, GmbHR 1996, 111, 112; zum Eigenkapitalersatzrecht auch BGH, GmbHR 1992, 165, 166; BGH, GmbHR 2001, 106; zust. *Bayer*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 62 AktG Rdnr. 22; mit der Präzisierung, dass auch hier nur Leistungen *causa societatis* erfasst werden, d.h. Auszahlungen, die mit Rücksicht auf die Beteiligung des Gesellschafters an dem Empfängerunternehmen erfolgen, *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 61 ff.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 80; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 73, differenzierend *Canaris*, in: FS Fischer, S. 31, 42 f.

2 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 65; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 182; *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 182.

3 Statt vieler *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 73.

4 *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 82.

5 BGH, GmbHR 2006, 311, 313 m. Komm. *Bormann* m.w.N. aus der Rechtsprechung; ferner BGH, GmbHR 1997, 125 = DStR 1997, 172 mit Anm. *Goette* (jeweils zum Eigenkapitalersatz); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 59; *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 99 f. (mit der Klarstellung, dass auch hier nur Zuwendungen *causa societatis* erfasst werden); *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 82; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 72.

6 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 72.

7 Ähnlich *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 72.

8 BGH, GmbHR 2006, 311, 313 m. Komm. *Bormann*; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 181; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 72; abw. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 59.

maßgebliche Beteiligung (Rdnr. 45 f.) hält, bewendet es bei den allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 36 f.). Allein der Umstand, dass der Gesellschafter an dem Empfängerunternehmen eine größere Beteiligung hält als an der GmbH, führt nicht dazu, dass die Auszahlung anteilig dem Gesellschafter zuzurechnen ist¹.

ff) Sonstige Dritte, die dem Gesellschafter nahe stehen. Ist ein Geschäftsanteil mit einem **Nießbrauch** belastet, so gelten für den Nießbraucher nach h.M. dieselben Grundsätze wie für einen Treugeber des Gesellschafters, da der Nießbraucher die vermögensrechtlichen Vorteile des Gesellschafters unmittelbar übernimmt (§ 15 Rdnr. 214 ff.)². Wie der Treugeber (Rdnr. 39) kann folglich auch der Nießbraucher Adressat einer Haftung analog §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 sein. **Stille Gesellschafter, Unterbeteiligte und Pfandgläubiger** eines Geschäftsanteils sind dagegen regelmäßig keine Adressaten der Kapitalbindung; erst recht gilt dies für sonstige Gläubiger der Gesellschafters. Wird an sie ausgezahlt, kann darin freilich nach allgemeinen Grundsätzen (Rdnr. 36 f.) eine Auszahlung an den Gesellschafter liegen. Ist allerdings die Rechtsstellung des stillen Gesellschafters, Unterbeteiligten oder Pfandgläubigers ausnahmsweise so ausgestaltet, dass sie **ähnlich wie ein Gesellschafter** die Geschicke der GmbH bestimmen können und an deren Vermögen und Ertrag beteiligt sind, sind nach der Rechtsprechung des BGH auch sie analog §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 für die Kapitalerhaltung verantwortlich³.

3. Zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen

a) Allgemeines

Vorbehaltlich der für die UG (haftungsbeschränkt) geltenden Besonderheiten (Rdnr. 10 f.) erstreckt sich das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 – anders als nach der aktienrechtlichen Parallelvorschrift des § 57 AktG (Rdnr. 7) – nur auf das „zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche“ Vermögen der Gesellschaft. Unzulässig sind daher nur solche Auszahlungen an Gesellschafter oder gleichgestellte Dritte, die (i) entweder zur Folge haben, dass das Reinvermögen (Nettoaktivvermögen) der Gesellschaft unter das Stammkapital absinkt, d.h. eine sog. **Unterbilanz entsteht**, oder (ii) bei denen sich die Gesellschaft im Auszahlungszeitpunkt **bereits im Stadium der Unterbilanz befindet**⁴. In der Sache nichts anderes soll ausgedrückt werden, wenn vielerorts formuliert wird, dass

1 Näher *Cahn*, Kapitalerhaltung, S. 33 f.; abw. *Tries*, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 78 f.

2 *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 67; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 29; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 23; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 123; zur AG *Cahn/v. Spannenberg*, in: *Spindler/Stilz*, § 57 AktG Rdnr. 71 m.w.N.; a.A. *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 69; *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 163.

3 BGHZ 106, 7 = *GmbHR* 1989, 152; BGH, *GmbHR* 2006, 531 (jeweils zum stillen Gesellschafter); BGHZ 119, 191 (zum Pfandgläubiger); zust. etwa *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 28; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 27 f.; abw. zum Pfandgläubiger mit guten Gründen *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 68, §§ 32a/b Rdnr. 151, 153; *Cahn/v. Spannenberg*, in: *Spindler/Stilz*, § 57 AktG Rdnr. 70.

4 Statt vieler *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 19; *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 196; weitergehend unlängst *Thole*, *Gläubigerschutz*, S. 578 f. (s. dazu aber noch Rdnr. 54a).

nur solche Auszahlungen unter das Verbot fallen, die eine Unterbilanz „herbeiführen oder vertiefen“. Letztere Formulierung ist indes ungenau und birgt die Gefahr von Missverständnissen, da sie darauf hinzudeuten scheint, dass nur Vermögensminderungen, die sich auch in der Bilanz niederschlagen, erfasst werden. Das ist jedoch anerkanntermaßen nicht der Fall. Lässt sich ein Gesellschafter im Stadium der Unterbilanz z.B. stille Reserven auskehren, so wird dieser Vorgang unstrittig von § 30 Abs. 1 erfasst, auch wenn dadurch bei bilanzieller Be trachtung die Unterbilanz nicht „vertieft“ wird (s. schon Rdnr. 18).

- 53 Die Prüfung, ob das Stammkapital noch gedeckt ist (**Unterbilanzrechnung**, auch Unterbilanzkontrollrechnung), beurteilt sich nach dem **Zeitpunkt der Auszahlung**¹ und erfolgt in zwei Schritten. Im ersten Schritt ist der maßgebliche Betrag des Stammkapitals zu ermitteln und der Frage nachzugehen, ob dem Stammkapital u.U. weitere Beträge gleichzustellen sind (Rdnr. 55 ff.). Im zweiten Schritt ist dem Stammkapital das Nettoaktivvermögen gegenüberzustellen. Dieses wird mit geringfügigen Modifikationen nach den für die Handelsbilanz geltenden Regeln ermittelt, indem von den Aktiva die echten Passiva (Passiva ohne Eigenkapital) abgezogen werden (Rdnr. 58 ff.). Nur wenn und soweit das Nettoaktivvermögen das Stammkapital übersteigt, darf nach § 30 Abs. 1 ausgezahlt werden. Es geht bei § 30 Abs. 1 mithin um den Schutz des Gesellschaftsvermögens im rechnerischen Wert des Stammkapitals. Die konkrete **gegenständliche Zusammensetzung des Gesellschaftsvermögens** ist dagegen **nicht** geschützt².
- 54 Bleibt das Nettoaktivvermögen nicht nur hinter dem Stammkapital zurück, sondern ist es sogar negativ, weil die echten Passiva die Aktiva übersteigen, liegt nicht nur eine Unterbilanz, sondern eine **bilanzielle Überschuldung** vor, die sich auf der Aktivseite der Bilanz in dem Posten „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ niederschlägt (§ 268 Abs. 3 HGB). Es versteht sich, dass Auszahlungen im Stadium der bilanziellen Überschuldung nach § 30 Abs. 1 erst recht verboten sind. Streitig war lange Zeit nur, ob es sich dabei um eine unmittelbare oder – weil das Stammkapital bereits vollständig aufgezehrt ist – eine entsprechende Anwendung des § 30 Abs. 1 handelt. Die heute ganz h.M. spricht sich mit Recht für Ersteres aus³. Da § 30 Abs. 1 auch bei negativem Reinvermögen zu beachten ist, steht zugleich fest, dass der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger einer verbotenen Auszahlung aus § 31 Abs. 1 auch den Betrag des Stammkapitals übersteigen kann (§ 31 Rdnr. 15). Für die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 gilt dies allerdings nicht (§ 31 Rdnr. 61). Von der

1 Unstr., s. nur *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 88; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 22.

2 Allg. M., BGHZ 157, 72, 75 (insoweit nicht durch das MoMiG überholt); *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 94; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 29, vgl. auch Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

3 BGH, NJW 1990, 1730, 1731 f. = GmbHHR 1990, 249; KG, NZG 2000, 1224, 1225; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 42; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 20; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 81 f.; anders noch BGHZ 60, 324, 331 f.; BGHZ 81, 252, 259 = GmbHHR 1982, 19 (entsprechende Anwendung). Mit der nur entsprechenden Anwendung wollte der BGH vor allem eine unkalkulierbare Haftung der Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 über den Betrag des Stammkapitals hinaus vermeiden. Dieses Problem ist aber inzwischen auch bei unmittelbarer Anwendung des § 30 Abs. 1 gelöst (§ 31 Rdnr. 61).

bilanziellen Überschuldung strikt zu unterscheiden ist die **Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn** (§ 19 InsO), die die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) auslöst und zur Anwendbarkeit des Masseschmälerungsverbots (§ 64 Satz 1) führt. Die bilanzielle Überschuldung allein bewirkt noch keine insolvenzrechtliche Überschuldung, da diese nicht anhand der Buchwerte nach handelsbilanziellen Grundsätzen, sondern anhand der Verkehrswerte, mithin unter Einschluss der stillen Reserven, zu ermitteln ist. Zudem setzt die derzeit gelten-de Fassung des § 19 InsO stets eine negative Fortführungsprognose voraus¹.

Aus dem zu Rdnr. 52 Gesagten ergibt sich bereits, dass **niemals ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1** vorliegen kann, wenn auch nach der Auszahlung das **Stammkapital noch gedeckt** ist. Nicht zu folgen ist daher der unlängst im Schrifttum entwickelten Auffassung, für Zwecke des § 30 Abs. 1 sei zunächst nach handelsbilanziellen Grundsätzen das ausschüttungsfähige Vermögen zu ermitteln und dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die mit der Auszahlung verbundene reale Vermögensminderung diesen Betrag übersteigt². In der Konsequenz dieser Auffassung liegt es, dass z.B. eine GmbH mit Stammkapital von 25 und bilanziellem Nettoaktivvermögen von 35 maximal einen realen Vermögenswert von 10 an ihre Gesellschafter auskehren kann. Überträgt die GmbH in dieser Situation einen Gegenstand, der einen Verkehrswert von 70 hat, zum Buchwert von 50 an ihren Gesellschafter G (reale Vermögensminderung um 20), soll der Gesellschafter in Höhe von 10 nach § 31 Abs. 1 verantwortlich sein. Dieses Ergebnis verstößt jedoch gegen den klaren Wortlaut des § 30 Abs. 1, da das bilanzielle Nettoaktivvermögen nach wie vor 35 beträgt, das Stammkapital also weiterhin (mehr als) gedeckt ist³. Auch in der Sache überzeugt das Ergebnis nicht, wie eine einfache Kontrollüberlegung zeigt: Hätte die GmbH den Gegenstand zum Verkehrswert von 70 an einen Dritten veräußert, wäre ihr ausschüttungsfähiges Vermögen durch die Aufdeckung der stillen Reserven von 10 auf 30 angestiegen. Auch dann hätte nichts dagegen gesprochen, den aus der Veräußerung erlösten Gewinn von 20 an den Gesellschafter auszukehren.

54a

b) Stammkapital

aa) Maßgeblichkeit des statutarischen, nicht des eingezahlten Stammkapitals. Mit der Bezugnahme auf das Stammkapital knüpft § 30 Abs. 1 an den im Gesellschaftsvertrag angegebenen und im Handelsregister eingetragenen **Stammkapitalbetrag** (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 10 Abs. 1 Satz 1) an. Das gilt unstreitig auch dann, wenn die Einlagen noch nicht vollständig eingezahlt sind⁴, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass in der Bilanz, in der das Stammkapital als gezeichnetes Kapital ausgewiesen wird (§ 42 Abs. 1 GmbHG, §§ 266 Abs. 3 A I, 272 Abs. 1 Satz 1 HGB), der Betrag der nicht eingeforderten Einlagen vom gezeichneten Kapital abzusetzen ist (sog. Nettoausweis, § 272 Abs. 1 Satz 3 HGB n.F.)⁵. Der satzungs-

55

1 Ausführlich zu § 19 InsO 10. Aufl., Vor § 64 Rdnr. 15 ff.

2 So *Thole, Gläubigerschutz*, S. 578 f.

3 Diese Konsequenz bewusst in Kauf nehmend aber *Thole, Gläubigerschutz*, S. 579.

4 Allg. M., *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 59; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 14; *Schmolke, Kapitalerhaltung*, Rdnr. 47.

5 Das frühere Bilanzierungswahlrecht zwischen Netto- und Bruttoausweis ist durch das BilMoG (Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102)

mäßige Stammkapitalbetrag bleibt auch dann maßgeblich, wenn die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erworben hat (§ 33), obwohl auch hier nach § 272 Abs. 1a HGB das gezeichnete Kapital in der Bilanz nur noch „netto“, d.h. unter Abzug des Nennbetrags der zurückgeworbenen Anteile, anzusetzen ist¹. Wird das Stammkapital erhöht oder herabgesetzt, ist wegen § 54 Abs. 3 erst nach Eintragung der Kapitalmaßnahme im Handelsregister auf den erhöhten bzw. herabgesetzten Betrag abzustellen². Einlagebeträge, die auf eine noch nicht eingetragsne Kapitalerhöhung eingezahlt worden sind, werden daher noch nicht durch §§ 30 f. geschützt. Ein Rückfluss dieser Mittel an den Inhaber steht aber einer wirksamen Kapitalaufbringung und damit der Durchführung der Kapitalerhöhung entgegen³.

- 56 **bb) Sonstiges gebundenes Vermögen.** Bei Gesellschaften mbH der früheren DDR erstreckt sich das Auszahlungsverbot neben dem Stammkapital nach § 27 Abs. 3 Satz 1 DMBilG auch auf die **Sonderrücklage**, in die nach § 27 Abs. 2 Satz 3 DMBilG ein das Stammkapital übersteigendes Eigenkapital einzustellen war⁴. Wenn im Folgenden vereinfachend von der Deckung des Stammkapitals gesprochen wird, ist bei diesen Gesellschaften somit die Deckung des Stammkapitals nebst der Sonderrücklage gemeint.
- 57 In diversen Einzelvorschriften ordnet das Gesetz an, dass weitere Beträge nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden dürfen. Hierher gehören zunächst die in **§ 268 Abs. 8 HGB** mit einer Ausschüttungssperre belegten Bilanzpositionen (§ 29 Rdnr. 48 f.), ferner der für Anteile an einem herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen aktivierte Betrag, für den nach **§ 272 Abs. 4 HGB** eine Rücklage in gleicher Höhe gebildet werden muss⁵. Um diesen Ausschüttungssperren bei der Anwendung des Auszahlungsverbots nach § 30 Abs. 1 Rechnung zu tragen, kann man zwei unterschiedliche Wege beschreiten, die beide zu demselben Ergebnis führen⁶. Entweder addiert man die genannten Beträge im ersten Schritt zum Stammkapital bei der Ermittlung des gebundenen Vermögens; dann müssen die betreffenden Aktivpositionen freilich auch im zweiten Schritt der Unterbilanzrechnung in die Berechnung des Nettoaktivvermögens einfließen. Oder man lässt die betreffenden Positionen auf beiden Seiten der

abgeschafft worden. Ausführlich zu § 272 Abs. 1 Satz 3 HGB n.F. *Verse*, in: VGR 15 (2009), S. 67, 88 ff.; s. dazu auch noch unten Rdnr. 63.

1 Näher dazu *Verse*, in: VGR 15 (2009), S. 67, 80 ff., insbes. 84 f.; ferner *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 59; *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB Rdnr. 136; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, § 33 Rdnr. 27 f.; *Wicke*, § 33 Rdnr. 7; abw. *Kropff*, ZIP 2009, 1137, 1140 ff., insbes. 1143 f. S. dazu auch noch unten Rdnr. 65.

2 Statt aller *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 26. Nach Eintragung der Kapitalherabsetzung ist neben § 30 Abs. 1 als ergänzende Ausschüttungssperre § 58d zu beachten.

3 Näher *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 60 f.; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 26.

4 S. dazu OLG Brandenburg, GmbHR 1999, 297, 299; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 7.

5 Die früher vorgeschriebene Rücklage für eigene Anteile an der Gesellschaft selbst ist dagegen seit dem BilMoG nicht mehr zu bilden, da die eigenen Anteile auch nicht mehr aktiviert werden dürfen (Rdnr. 65).

6 S. zum Folgenden *K. Müller*, DStR 2007, 1577, 1580; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 36 (jeweils zu § 272 Abs. 4 HGB a.F.).

Unterbilanzrechnung, d.h. sowohl bei der Berechnung des gebundenen Vermögens als auch bei der Berechnung des Nettoaktivvermögens, außer Betracht. Gebräuchlicher ist die zuletzt genannte Vorgehensweise¹; sie wird auch im Folgenden zugrunde gelegt. – In der UG (**haftungsbeschränkt**) ist zusätzlich die Verpflichtung zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage nach § 5a Abs. 3 zu beachten; s. dazu bereits Rdnr. 10 f.

c) Nettoaktivvermögen (Reinvermögen)

aa) Allgemeines. Im zweiten Schritt der Unterbilanzrechnung ist dem Stammkapital das Nettoaktivvermögen (Reinvermögen) der Gesellschaft gegenüberzustellen. Anders als das Vorliegen einer Auszahlung (Rdnr. 18) wird die Höhe des Nettoaktivvermögens grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich einzelner Korrekturen (Rdnr. 62 ff.), **nach den für die Handelsbilanz geltenden Vorschriften** ermittelt. Maßgeblich ist mit anderen Worten die Vermögenssituation der GmbH, wie sie sich aus einer für den Zeitpunkt der Auszahlung aufzustellenden, den Anforderungen des § 42 GmbHG (i.V.m. §§ 242 ff., 264 ff. HGB) entsprechenden Bilanz ergibt². Das Nettoaktivvermögen errechnet sich dabei aus der Differenz von Aktiva und echten Passiva, d.h. den Passiva mit Ausnahme des Eigenkapitals. Auch wenn die GmbH freiwillig neben dem HGB-Abschluss einen Abschluss nach IFRS erstellt, bleibt für Zwecke des § 30 Abs. 1 unstreitig allein die HGB-Bilanzierung maßgeblich³. Das erklärt sich zwanglos aus der Tatsache, dass sich die IFRS ausschließlich an der Informationsfunktion und nicht an der Ausschüttungsbemessungsfunktion der Rechnungslegung orientieren (Rdnr. 14).

Bei der Ermittlung der für den Zeitpunkt der Auszahlung maßgeblichen Bilanzansätze ist von der letzten Jahresbilanz vor der Auszahlung auszugehen. Von dort aus sind die nach den handelsbilanziellen Ansatz- und Bewertungsvorschriften (§§ 246 ff., 252 ff. HGB) ermittelten **Buchwerte auf den Zeitpunkt der Auszahlung fortzuschreiben**⁴. Etwaige stille Reserven bleiben – anders als in der Überschuldungsbilanz im Rahmen des § 19 InsO (Rdnr. 54) – außer Betracht⁵. Damit soll die Unterbilanzrechnung im Interesse des Gläubigerschutzes von den Unsicherheiten, mit denen die Bewertung etwa vorhandener stiller Reserven häufig verbunden ist, entlastet werden⁶. Auch im Übrigen bleiben Positionen außer Betracht, die nach den Vorschriften des Handelsbilanzrechts nicht ak-

1 Vgl. etwa *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 106 a.E., 121.

2 Ganz h.M.; BGHZ 106, 7, 12 = GmbHR 1989, 152; BGHZ 109, 334, 337 = GmbHR 1990, 209; BGH, GmbHR 2008, 1319 Rdnr. 11; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 86 f.; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 30; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 15, 17; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 10; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 54; abw. *Sonnenhol/Stützle*, DB 1979, 925, 928, und *Meister*, WM 1980, 390, 394, die jeweils für die Einbeziehung stiller Reserven plädieren.

3 Statt vieler *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 26; s. auch schon oben § 29 Rdnr. 15.

4 BGHZ 109, 334, 337 = GmbHR 1990, 209; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 30; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 54 m.w.N.

5 BGHZ 109, 334, 339 = GmbHR 1990, 209; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 34; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 58; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 126 ff.; jeweils m.w.N. Zur vereinzelt vertretenen Gegenansicht s. die Nachw. zu Rdnr. 58.

6 BGHZ 109, 334, 337 f. = GmbHR 1990, 209; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 34; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 59; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 127.

tivierungsfähig sind, wie etwa die in § 248 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 HGB angeführten Positionen. Auf einem anderen Blatt steht, ob die Gesellschafter verpflichtet sind, auf die Hebung stiller Reserven hinzuwirken, damit die Gesellschaft das Stadium der Unterbilanz verlässt und dadurch in die Lage versetzt wird, einem ausgeschiedenen Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen. Eine solche Verpflichtung kann sich nach Lage des Einzelfalls aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben¹.

- 60 Im Rahmen der Unterbilanzrechnung ist die Gesellschaft grundsätzlich an die bisherige Bilanzierungspraxis gebunden (**Stetigkeitsgebot**, § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), so dass sie insbesondere die Ausübung von Ansatz- und Bewertungswahlrechten gegenüber der letzten Jahresbilanz nicht willkürlich ändern darf². Sachlich begründete Änderungen, die auch im nächsten Jahresabschluss vorzunehmen wären (etwa zur Fehlerkorrektur oder zur Berücksichtigung nachträglich bekannt gewordener Tatsachen), sind dagegen zu berücksichtigen. Fehlerhafte oder fehlerhaft unterbliebene Ansätze aus der letzten Jahresbilanz entfalten somit keine Bindungswirkung³. Anzusetzen sind nicht Liquidations-, sondern **Fortführungswerte**, sofern diese auch für eine zum Auszahlungszeitpunkt aufzustellende Jahresbilanz maßgeblich wären, sofern also von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB)⁴. Wie auch sonst im Bilanzrecht (§ 29 Rdnr. 23) gilt für die Unterbilanzrechnung der Maßstab der subjektiven Richtigkeit, so dass darauf abzustellen ist, was unter Ausnutzung der verfügbaren rechtlichen und tatsächlichen Erkenntnisse nach bestem Wissen berücksichtigt werden konnte⁵. Entscheidend sind hierfür die **Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt der Auszahlung**, zu diesem Zeitpunkt noch unvorhersehbare Entwicklungen bleiben außer Betracht⁶.
- 61 Ist zweifelhaft, ob genügend Nettoaktivvermögen vorhanden ist, um das Stammkapital zu decken, besteht eine Pflicht der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 1), eine **Zwischenbilanz** auf den Auszahlungszeitpunkt aufzustellen, um sich Gewissheit zu verschaffen, dass nicht gegen § 30 Abs. 1 verstoßen wird⁷. Solange diese Gewissheit nicht besteht, sind sie verpflichtet, die Auszahlung einzubehalten. Allein der Umstand, dass die Aufstellung einer Zwischenbilanz unter-

1 BGH, GmbHR 2006, 531 Rdnr. 37 f.

2 BGHZ 109, 334, 339 = GmbHR 1990, 209; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 30, 32; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 55, 61.

3 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 30; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 55; *Schön*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 153, 167 f.; aus der Rechtsprechung etwa BGH, GmbHR 2003, 1421 f. (zu Unrecht unterbliebene Rückstellung).

4 Näher *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 31; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 57; vgl. auch BGHZ 76, 326, 335 = GmbHR 1980, 178; BGHZ 109, 334, 337, 339 = GmbHR 1990, 209.

5 *Schön*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 153, 168 f. unter Hinweis auf BGH, GmbHR 1987, 390 f. = NJW 1988, 139 („alle vorhersehbaren Risiken und Verluste“, vgl. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB).

6 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 30; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 56; *Schön*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 153, 169; abw. *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 10, unter Bezugnahme auf BGH, GmbHR 1987, 390 f. = NJW 1988, 139; s. dagegen jedoch mit Recht *Schön*, in: FS 50 Jahre BGH, S. 153, 169.

7 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 41; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 9; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 64.

bleibt, führt aber nicht zu einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1¹; hierfür kommt es nur darauf an, ob im Auszahlungszeitpunkt genügend Reinvermögen vorhanden ist. Das Fehlen einer Zwischenbilanz hat allerdings Auswirkungen auf die Beweislastverteilung (Rdnr. 116).

bb) Einzelne Bilanzpositionen – Aktivseite. Die Aktiva sind wie dargelegt (Rdnr. 58) grundsätzlich nach den für die Handelsbilanz geltenden Ansatz- und Bewertungsvorschriften (§§ 246 ff., 252 ff. HGB) anzusetzen. Allerdings sind für einzelne Positionen der Handelsbilanz Korrekturen angezeigt, um dem Zweck der Unterbilanzrechnung, das ausschüttungsfähige Vermögen zu ermitteln, vollumfänglich Rechnung zu tragen. 62

Für **offene Einlageforderungen** differenziert das Handelsbilanzrecht danach, ob die Einlagen bereits eingefordert worden sind oder nicht. Bereits eingeforderte Einlageansprüche sind in der Handelsbilanz in voller Höhe anzusetzen, sofern sie (unter Berücksichtigung der Befriedigungsmöglichkeiten nach §§ 22–24) werthaltig sind; ansonsten sind entsprechende Wertberichtigungen vorzunehmen². Ebenso ist auch im Rahmen der Unterbilanzrechnung zu verfahren. **Noch nicht eingeforderte Einlagen** dürfen dagegen infolge der Änderungen durch das BilMoG, die spätestens für nach dem 31.12.2009 beginnende Geschäftsjahre zu beachten sind (Art. 66 Abs. 3 EGHGB)³, nicht mehr in der Handelsbilanz aktiviert werden. Stattdessen ist auf der Passivseite der Handelsbilanz der Nennwert der nicht eingeforderten Einlagen vom gezeichneten Kapital abzusetzen (§ 272 Abs. 1 Satz 3 HGB n.F.; anders noch § 272 Abs. 1 Satz 2–3 HGB a.F., der insoweit ein Wahlrecht vorsah). Nichts deutet jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber mit dieser Änderung in der Handelsbilanz, die wie diverse andere Neuerungen des BilMoG eine Annäherung an die IFRS bringen soll, das ausschüttungsfähige Vermögen verringern wollte. Daher spricht sich die überwiegende Ansicht aus gutem Grund dafür aus, die nicht eingeforderten Einlageansprüche für Zwecke des § 30 Abs. 1 weiterhin **zum Aktivvermögen zu addieren**⁴. Sind die noch nicht eingeforderten Einlageansprüche nicht mehr vollwertig, kann freilich nur ein entsprechend abgeschriebener Wert angesetzt werden⁵. 63

Dagegen sind **Rückzahlungsansprüche aus § 31** sowie konkurrierende Bereiche- 64
rungs- und Herausgabeansprüche der Gesellschaft trotz Aktivierbarkeit in der

1 *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 41; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 18; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 64; *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 84. Entgegen dem im Schrifttum bisweilen vermittelten Eindruck ist dies unstreitig.

2 Näher *Adler/Düring/Schmaltz*, § 272 HGB Rdnr. 66 ff.; *Förschle/Hoffmann*, in: *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB Rdnr. 36.

3 Nach Art. 66 Abs. 3 Satz 6 EGHGB kann auch dafür optiert werden, die neuen Vorschriften bereits auf das nach dem 31.12.2008 begonnene Geschäftsjahr erstmals anzuwenden; näher dazu *Petersen/Zwirner/Froschhammer*, DB 2009, 2277 ff.

4 In diese Richtung erstmals *Kropff*, ZIP 2009, 1137, 1139 f.; ferner *Verse*, VGR 15 (2009), S. 67, 88 ff.; *T. Fleischer*, in: *Hessler/Strohn*, *Gesellschaftsrecht*, Rdnr. 28; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 13; *Heidinger*, in: *Michalski*, Rdnr. 34; *Wicke*, Rdnr. 5; wohl auch *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 15; a.A. *Mock*, in: *KölnKomm. Rechnungslegungsrecht*, 2011, § 272 HGB Rdnr. 57; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 69; *Thiessen*, in: *Bork/Schäfer*, Rdnr. 20 f.

5 Nachw. wie vor.

Handelsbilanz in der Unterbilanzrechnung **außer Betracht** zu lassen, und zwar nach h.M. auch, soweit sich diese Ansprüche gegen Mitgesellschafter des Empfängers richten und auf früheren verbotenen Auszahlungen beruhen¹. Hierfür spricht die Überlegung, dass ansonsten ein bereits erfolgter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 für die Zulässigkeit weiterer Auszahlungen ohne Konsequenzen bliebe. Nicht zu berücksichtigen sind auch mit § 31 u.U. konkurrierende Ansprüche aus existenzvernichtendem Eingriff (§ 31 Rdnr. 33). Sonstige **Forderungen gegen die Gesellschafter**, etwa aus Kreditgewährung, sind aber nach den für die Handelsbilanz geltenden Regeln anzusetzen (s. noch Rdnr. 84 ff. zu § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2).

- 65 **Eigene Anteile** sind seit dem BilMoG (Rdnr. 15) nicht mehr in der Handelsbilanz zu aktivieren. Stattdessen ist der Nennbetrag der eigenen Anteile nach § 272 Abs. 1a HGB n.F. vom gezeichneten Kapital abzusetzen, und die über den Nennbetrag hinausgehenden Anschaffungskosten sind mit den frei verfügbaren Rücklagen zu verrechnen². Der fehlenden Aktivierung in der Handelsbilanz entspricht es, dass die eigenen Anteile auch bei der Berechnung des Aktivvermögens im Rahmen des § 30 Abs. 1 außer Betracht bleiben³. Im Ergebnis hat sich dadurch gegenüber dem alten Recht für die Unterbilanzrechnung nichts verändert⁴; denn vor dem BilMoG wurden die eigenen Anteile zwar in der Handelsbilanz aktiviert, aber mit Rücksicht auf die damals zu bildende Rücklage für eigene Anteile (§ 272 Abs. 4 HGB a.F.) gleichwohl aus der Unterbilanzrechnung eliminiert⁵. **Anteile an einem herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen** sind dagegen auch nach neuem Recht in der Handelsbilanz zu aktivieren. Da dieser Aktivposten jedoch durch eine gleich hohe Rücklage neutralisiert wird (§ 272 Abs. 4 HGB n.F., früher § 272 Abs. 4 Satz 4 HGB a.F.), sind auch diese Anteile bei der Ermittlung des Aktivvermögens im Rahmen der Unterbilanzrechnung außer Ansatz zu lassen (Rdnr. 57).
- 66 In der Handelsbilanz angesetzte Aktiva, die nach § 268 Abs. 8 HGB mit einer Ausschüttungssperre belegt sind (§ 29 Rdnr. 49), müssen im Rahmen der Unterbilanzrechnung ebenfalls außer Betracht bleiben (Rdnr. 57)⁶. Gleiches war auch für die **Bilanzierungshilfen** des alten Rechts (§§ 269 Abs. 3, 274 Abs. 2 HGB a.F.)

1 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 35; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 18; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 69; a.A. *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 102.

2 Ausführlich dazu *Verse*, in: VGR 15 (2009), S. 67, 80 ff. (dort auch zu dem Fall, dass die Anteile ausnahmsweise zu Anschaffungskosten unter dem Nennbetrag zurückerworben werden).

3 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 103; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16; *Wicke*, Rdnr. 5, § 33 Rdnr. 7.

4 A.A. *Mock*, in: KölnKomm. Rechnungslegungsrecht, 2011, § 272 HGB Rdnr. 86.

5 S. zum alten Recht *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 36; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, 18. Aufl. 2006, Rdnr. 10; K. *Müller*, DStR 1997, 1577, 1580; *Schulze-Osterloh*, in: FS Eisenhardt, S. 505, 507.

6 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 97; *Verse*, in: VGR 15 (2009), S. 67, 73; *Wicke*, Rdnr. 5; im Ergebnis ebenso *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16 (der die Beträge zwar ansetzt, dann aber einen gleich hohen Betrag der Rücklagen wieder abzieht).

anerkannt¹, an deren Regelungstechnik der neue § 268 Abs. 8 HGB anknüpft. Dagegen sind **aktive Rechnungsabgrenzungsposten** (§ 250 Abs. 1, 3 HGB) nach h.M. in der Unterbilanzrechnung in vollem Umfang zu berücksichtigen².

Keine Besonderheiten gelten für die Aktivierung eines entgeltlich erworbenen **Geschäfts- oder Firmenwerts**. Dieser ist seit dem BilMoG (Rdnr. 15) gemäß § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB unter Berücksichtigung der kontinuierlichen Wertabschreibung nach § 253 Abs. 3 HGB nicht nur optional (so noch § 255 Abs. 4 HGB a.F.), sondern zwingend zu aktivieren. Dementsprechend wird er auch in der Unterbilanzrechnung angesetzt³. Die vorsichtige Formulierung des § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB („gilt als“ Vermögensgegenstand) steht dem nicht entgegen, da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, dem entgeltlich erworbenen Geschäfts- oder Firmenwert eine entsprechende Rücklage oder eine außerbilanzielle Ausschüttungssperre nach Art des § 268 Abs. 8 HGB gegenüberzustellen. Ein selbst geschaffener Geschäfts- oder Firmenwert kann dagegen in der Handelsbilanz nicht aktiviert werden⁴ und bleibt demgemäß auch in der Unterbilanzrechnung außer Betracht⁵.

cc) Einzelne Bilanzpositionen – Passivseite. Auf der Passivseite sind bei der Be- 68 rechnung des Nettoaktivvermögens nur die **echten Passiva**, nicht das Eigenkapital, anzusetzen und vom Aktivvermögen abzuziehen⁶. Außer Betracht bleiben daher Rücklagen, Gewinnvorträge und vergleichbare Reserveposten⁷. Zu den gesetzlichen Rücklagen nach § 5a Abs. 3 (Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt), § 272 Abs. 4 HGB (Anteile an einem herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen) und § 27 Abs. 2, 3 DMBilG (Gesellschaften der ehemaligen DDR) s. bereits Rdnr. 10 f., 56 f. Weist die Gesellschaft einen Ver-

1 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 37; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 68; *Schulze-Osterloh*, in: FS Eisenhardt, S. 505, 507.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 33; *Schulze-Osterloh*, in: FS Eisenhardt, S. 505, 507; K. J. Müller, DStR 1997, 1577, 1581; *Fronhöfer*, in: MünchHdb. III, § 51 Rdnr. 22; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 10; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 77; a.A. *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 108; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 16; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 121.

3 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 95; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 12; ferner (noch zu § 255 Abs. 4 HGB a.F.) *Kerber*, WM 1989, 473, 478; K. J. Müller, DStR 1997, 1577, 1579; *Schulze-Osterloh*, in: FS Eisenhardt, S. 505, 507 f.; zweifelnd *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 125 f.

4 *Braun*, in: KölnKomm. Rechnungslegungsrecht, 2011, § 248 HGB Rdnr. 16. A.A. offenbar *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 11, der § 248 Abs. 2 Satz 1 HGB anwenden will; für die hier interessierende Unterbilanzrechnung macht dies indes keinen Unterschied, da nach letzterer Ansicht jedenfalls § 268 Abs. 8 HGB einem Ansatz in der Unterbilanzrechnung entgegenstünde.

5 OLG Celle, GmbHIR 2004, 309 f.; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 12; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 19.

6 S. aber noch Rdnr. 69 zu eigenkapitalähnlich ausgestalteten stillen Beteiligungen und Genussrechten.

7 Statt vieler *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 38; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16. Zu dem früheren, durch das BilMoG (Rdnr. 15) aufgehobenen Sonderposten mit Rücklageanteil nach §§ 247 Abs. 3, 273 HGB a.F., bei dem es sich um einen Mischposten aus Rücklage und Rückstellung handelte, s. *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 40, zum Übergangsrecht Art. 66 Abs. 5 EGHGB.

- lustvortrag** aus, so kommt es darauf an, ob dieser auch nach der Auszahlung noch durch frei verfügbare Rücklagen gedeckt ist¹.
- 69 **Verbindlichkeiten** sind wie in der Handelsbilanz mit ihrem Nennwert anzusetzen². Einzubeziehen sind nicht nur Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, sondern auch solche gegenüber Gesellschaftern³. Zu den zu passivierenden Verbindlichkeiten gehören ungeachtet ihrer Nachrangigkeit in der Insolvenz (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) auch Rückzahlungsverpflichtungen aus **Gesellschafterdarlehen**. Das gilt wie in der Handelsbilanz⁴ selbst dann, wenn ein Rangrücktritt hinter die in § 39 Abs. 1 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart ist⁵. Dass für die Überschuldungsbilanz anderes gilt (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO), steht nicht entgegen, da diese auch sonst anderen Regeln folgt (Rdnr. 54). In gleicher Weise wird auch die Einlage eines typischen oder atypischen **stillen Gesellschafters** im Rahmen der Unterbilanzrechnung als Verbindlichkeit angesetzt, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass bei eigenkapitalähnlicher Ausgestaltung der stillen Einlage in der Handelsbilanz ein Ausweis als Sonderposten im Eigenkapital in Betracht kommt⁶. Entsprechendes gilt für Genussrechtskapital⁷.
- 70 Anzusetzen sind ferner **Rückstellungen** für ungewisse Verbindlichkeiten, Verluste aus schwebenden Geschäften und kulanzweise übernommenen Gewährleistungen (§ 249 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2 HGB). Die h.M. macht auch für Aufwandsrückstellungen (§ 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HGB) keine Ausnahme⁸. Da es für die Unterbilanzrechnung auf den Zeitpunkt der Auszahlung ankommt (Rdnr. 53), ist es unerheblich, wenn sich das Risiko, das im Auszahlungszeitpunkt die Bildung einer Rückstellung erfordert, später nicht realisiert und die Rückstellung deshalb wieder aufgelöst wird⁹. Abzugrenzen sind die Rückstellungen von **bloßen Eventualverbindlichkeiten** (etwa aus der Bestellung von Sicherheiten), bei denen die Inanspruchnahme der Gesellschaft zum Stichtag der

1 OLG Brandenburg, GmbHR 1998, 190, 192; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 38; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 76.

2 Unstr., s. nur BGH, NJW 1989, 139 = GmbHR 1989, 390; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 38.

3 Ganz h.M.; s. nur *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 111 m.w.N.; a.A. *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 124.

4 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 42 Rdnr. 53.

5 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 112 ff.; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 15; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 75; a.A. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 10. Wie hier bereits die ganz h.M. zu eigenkapitalersetzenen Darlehen nach altem Recht, s. BGH, GmbHR 2008, 1319 Rdnr. 11; 10. Aufl., Rdnr. 24 f.; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 39 m.w.N.

6 OLG Brandenburg, GmbHR 1998, 190, 191 f.; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 123; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 39; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 75; zum Ausweis in der Handelsbilanz *Braun*, in: KölnKomm. Rechnungslegungsrecht, 2011, § 272 HGB Rdnr. 32.

7 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 124; zum Ausweis in der Handelsbilanz *Braun*, in: KölnKomm. Rechnungslegungsrecht, 2011, § 272 HGB Rdnr. 31.

8 Abw. aber *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 118, da es sich um einen verdeckten Eigenkapitalposten mit Rücklagenfunktion handle.

9 BGH, GmbHR 2003, 1420, 1422; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 38; s. dazu auch noch § 31 Rdnr. 25 (kein Erlöschen des Anspruchs aus § 31 bei nachträglichem Entfallen der Unterbilanz).

Auszahlung nicht wahrscheinlich ist und die deshalb nicht als Rückstellung, sondern nach § 251 HGB lediglich unter der Bilanz („unter dem Strich“) auszuweisen sind. Wie nicht zuletzt der neue § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 bestätigt (Rdnr. 85), sind solche abstrakten Ausfallrisiken nicht nur in der Handelsbilanz, sondern auch im Rahmen des Auszahlungsverbots außer Betracht zu lassen¹. Dagegen sind nach h.M. **passive Rechnungsabgrenzungsposten** (§ 250 Abs. 2 HGB) auch in der Unterbilanzrechnung volumnäglich zu berücksichtigen².

III. Ausnahmen vom Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 Satz 2–3)

Während § 30 Abs. 1 Satz 1 seit Inkrafttreten des GmbHG 1892 unverändert ist, 71 sind die Ausnahmetatbestände des § 30 Abs. 1 Satz 2 und 3 – ebenso wie die Parallelvorschriften in § 57 Abs. 1 Satz 3 und 4 AktG – erst durch das **MoMiG** (Rdnr. 1) eingeführt worden (zum Übergangsrecht s. Rdnr. 73, 80, 110 ff.). Sie reagieren auf Rechtsentwicklungen und Zweifelsfragen im alten Recht und formulieren insgesamt drei Ausnahmen vom Auszahlungsverbot: § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 suspendiert die Kapitalbindung im **Vertragskonzern**, genauer: bei Bestehen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG), in dem sich die GmbH den Weisungen des anderen Vertragsteils unterworfen bzw. zur Gewinnabführung an diesen verpflichtet hat (Rdnr. 72 ff.). § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 widmet sich den nach altem Recht umstrittenen **Kreditvergaben der GmbH an ihre Gesellschafter** und erklärt diese für unbedenklich, wenn sie durch einen nach bilanziellen Grundsätzen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch der GmbH gedeckt sind. Damit will der Gesetzgeber der GmbH vor allem die Teilnahme an einem konzernweiten Cash Pooling auf rechtssicherer Grundlage ermöglichen (Rdnr. 76 ff.). § 30 Abs. 1 Satz 3 schließlich betrifft den umgekehrten Fall, dass der Gesellschafter seiner GmbH Kredit gewährt hat, und will sicherstellen, dass die **Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen** und vergleichbaren Rechtshandlungen im Interesse der Rechtsvereinfachung nunmehr allein nach insolvenzrechtlichen Regeln beurteilt wird. Der entsprechenden Anwendung der §§ 30 f. auf die Rückzahlung sog. eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, wie sie der früheren Rechtsprechung entsprach, ist damit die Grundlage entzogen (Rdnr. 107, 109).

1. Vertragskonzern (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1)

a) Allgemeines

Besteht ein **Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag** (§ 291 Abs. 1 AktG 72 analog; s. Anh. § 13 Rdnr. 129 ff.) mit der GmbH als beherrschtem bzw. zur Gewinnabführung verpflichtetem Unternehmen, wird die **Kapitalbindung** durch § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 **suspendiert**. Diese Regelung erklärt sich daraus, dass der andere Vertragsteil **analog § 302 AktG** ansonsten entstehende Jahresfehl-

1 Ebenso *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 119; abw. (noch aus der Zeit vor dem MoMiG) *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 122 ff.

2 *Schulze-Osterloh*, in: FS Eisenhardt, S. 505, 508; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 125; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 33; *K. J. Müller*, DStR 1997, 1577, 1581; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 77; a.A. *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 17; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 121.

beträge der Gesellschaft auszugleichen und bei Beendigung des Unternehmensvertrags analog § 303 AktG Sicherheit zu leisten hat (Anh. § 13 Rdnr. 180 ff., 205 ff.). Hierdurch ist bereits für ein der Kapitalbindung gleichwertiges Gläubigerschutzniveau gesorgt, sofern nur die Einbringlichkeit des Verlustausgleichs gesichert erscheint (zu dieser Einschränkung Rdnr. 75). Schon vor dem MoMiG ging daher die h.M. davon aus, dass die Kapitalbindung im Vertragskonzern analog § 291 Abs. 3 AktG a.F. suspendiert sei¹, so dass § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 insoweit lediglich eine Klarstellung enthält.

- 73 Die Regelung belässt es jedoch nicht dabei, sondern geht im Vergleich zum alten Recht noch einen Schritt weiter. Nach § 291 Abs. 3 AktG a.F. waren nur Leistungen „*aufgrund*“ eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags von der Kapitalbindung befreit, beim Beherrschungsvertrag also nur Leistungen, denen eine (rechtmäßige) Weisung zugrunde lag, und beim (isolierten) Gewinnabführungsvertrag nur die jährliche Gewinnabführung. Demgegenüber setzt § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 ebenso wie die aktienrechtlichen Parallelnormen in §§ 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1, 291 Abs. 3 AktG n.F. die Kapitalbindung für sämtliche Leistungen „*bei Bestehen*“ eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags außer Kraft. Damit steht fest, dass nunmehr auch bei einem isolierten Gewinnabführungsvertrag unterjährige Auszahlungen an die Muttergesellschaft – und damit auch die Vergabe von Darlehen an die Muttergesellschaft im Rahmen eines konzernweit betriebenen Cash Pools – nicht mehr an § 30 Abs. 1 Satz 1 zu messen sind². Darin liegt eine erhebliche Erleichterung für die Konzernpraxis, die angesichts des durch die entsprechende Anwendung der §§ 302 f. AktG gewährleisteten Gläubigerschutzes rechtspolitisch unbedenklich ist³. Der Regierungsentwurf zum MoMiG hatte demgegenüber noch auf Leistungen „zwischen den Vertragsteilen“ abgehoben⁴. Diese Formulierung ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren verworfen worden, um klarzustellen, dass auch solche Leistungen vom Auszahlungsverbot ausgenommen sind, die die GmbH auf Veranlassung des anderen Vertragsteils an einen Dritten erbringt (etwa an ein anderes Konzernunternehmen oder ein Unternehmen, mit dem eines der Konzernunternehmen in Geschäftsverbindung steht)⁵. Nach Sinn und Zweck nicht von § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 erfasst sein dürfte dagegen der – freilich seltene – Fall, dass die GmbH neben dem anderen Vertragsteil noch weitere Gesellschafter hat und an diese ohne Veranlassung des anderen Vertragsteils auszahlt. – Der **zeitliche Anwendungsbereich** der neuen Regelung erstreckt sich nach Art. 25 MoMiG auf Auszahlungen der GmbH seit dem 1.11.2008⁶.

1 S. etwa *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 86 mit zahlreichen Nachw.

2 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 55; *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 11; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 44; *Müllert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 287 (dort auch zu der im Ergebnis verneinten Frage, ob bei Mehrpersonengesellschaften andere gesellschaftsrechtliche Schranken wie der Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treuepflicht unterjährigen Zuwendungen entgegenstehen).

3 So auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 55; *Wicke*, Rdnr. 14.

4 Art. 1 Nr. 20 RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 7.

5 Rechtsausschuss, BT-Drucks. 16/9737, S. 56, im Anschluss an eine Anregung des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 735, 740.

6 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 6.

b) Voraussetzungen im Einzelnen

Der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag „besteht“ auch dann, wenn er zwar fehlerhaft abgeschlossen wurde, aber nach den **Grundsätzen des fehlerhaften Unternehmensvertrags** (Anh. § 13 Rdnr. 163 ff.) gleichwohl wirksam ist. Hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs des Unternehmensvertrags ist zu bedenken, dass zwar nicht der Beherrschungs-, wohl aber der Gewinnabführungsvertrag auch **rückwirkend** auf den Beginn des im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung des Vertrags laufenden Geschäftsjahrs abgeschlossen werden kann¹. Daraus wird man ableiten müssen, dass eine im Rückwirkungszeitraum vorgenommene, ursprünglich gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 verstößende Auszahlung rückwirkend geheilt wird, so dass auch der bereits entstandene Rückgewähranspruch aus § 31 mit Wirkung ex tunc erlöschen muss (§ 31 Rdnr. 27). Auf **andere Unternehmensverträge** als Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge ist § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 dagegen nicht, auch nicht entsprechend anwendbar². Diskutabel wäre eine Anwendung allenfalls für Betriebspacht- oder -überlassungsverträge (§ 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG) in den Fällen der Verlustausgleichspflicht nach § 302 Abs. 2 AktG, doch dürfte es auch insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen.

Die Aufhebung der Kapitalbindung im Vertragskonzern beruht auf der Annahme, dass die Verlustausgleichspflicht des anderen Vertragsteils analog § 302 AktG ein im Wesentlichen gleichwertiges Gläubigerschutzniveau gewährleistet (Rdnr. 72). Das ist jedoch nur der Fall, wenn der Verlustausgleichsanspruch auch durchgesetzt werden kann. Daher stellt sich die Frage, ob im Wege einer teleologischen Reduktion die **Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs** im Zeitpunkt der Auszahlung als ungeschriebene Voraussetzung in § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 hineinzulesen ist, so wie dies bereits zum alten Recht im Rahmen der analogen Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG a.F. überwiegend vertreten wurde³. Die wohl h.L. spricht sich in der Tat für eine derartige Einschränkung aus⁴. Für die Vollwertigkeit soll dabei der zu § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 anerkannte Maßstab (Rdnr. 84 ff.) gelten, so dass bereits ein konkretes Ausfallrisiko hinsichtlich des Verlustausgleichsanspruchs als schädlich angesehen wird⁵. Die Gegenansicht hält dem entgegen, dass durch diese Einschränkung § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 neben der zweiten Alternative weitgehend überflüssig werde. Deshalb und im Interesse der Rechtssicherheit müsse das Privileg des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 so lange anwendbar bleiben, bis der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag wegen der zweifelhaften Leistungsfähigkeit des anderen Vertragsteils analog

1 Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 291 AktG Rdnr. 15, 54 f.

2 Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 170; Thiessen, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 108; zur AG Cahn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 136.

3 S. zum alten Recht nur Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 86 m.w.N.

4 Altmeppen, ZIP 2009, 49, 55 f.; Altmeppen, NZG 2010, 361, 364; Bormann/Urlich, in: GmbHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 37, 47 f.; Blasche/König, GmbHR 2009, 897, 902; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 45; Mülbert/Leuschner, NZG 2009, 281, 287; Thiessen, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 114 ff.; J. Vetter, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.108; Wicke, Rdnr. 14; Wilhelmi, WM 2009, 1917, 1920 f.

5 Deutlich in diesem Sinne Wilhelmi, WM 2009, 1917, 1920 f.

§ 297 Abs. 1 AktG gekündigt wird oder aus einem sonstigen Grund endet¹. Auch diese Ansicht erkennt aber immerhin eine Pflicht der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 1) an, die Solvenz und Liquidität des anderen Vertragsteils fortwährend zu prüfen und ggf. unter Androhung der Kündigung des Unternehmensvertrags auf Besicherung des Verlustausgleichsanspruchs zu bestehen. Schließlich wird als dritte, vermittelnde Auffassung vertreten, dass die teleologische Reduktion zur Meidung eines Leerlaufens der gesetzlichen Privilegierung des Vertragskonzerns erst in Betracht komme, wenn die fehlende Werthaltigkeit des Verlustausgleichsanspruchs sicher und offenkundig ist². Letztlich dürfte jedoch der ersten Ansicht der Vorzug gebühren, denn es ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum das Ausfallrisiko bezüglich des Verlustausgleichsanspruchs im Vertragskonzern weniger ins Gewicht fallen sollte als das Ausfallrisiko im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2. Ist die Einbringlichkeit des Verlustausgleichs zweifelhaft, stößt im Übrigen auch das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht des anderen Vertragsteils (§ 308 AktG analog) an seine Grenzen³.

2. Deckung durch vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch (§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2)

a) Entstehungsgeschichte und Normzweck

- 76 Zahlreiche Zweifelsfragen wirft die in § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 vorgesehene, ebenfalls durch das MoMiG (Rdnr. 1) eingeführte zweite Ausnahme vom Auszahlungsverbot auf. Sie nimmt Leistungen der Gesellschaft vom Auszahlungsverbot aus, die durch einen **vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch** gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Die Vorschrift versteht sich ausweislich der amtlichen Begründung⁴ als Reaktion auf Unsicherheiten der Praxis, die im Anschluss an das sog. *Novemberurteil* des BGH vom 24.11.2003⁵ eingetreten waren. In dieser Entscheidung hatte der II. Zivilsenat befunden, dass **Kreditgewährungen der GmbH an ihre Gesellschafter** aus gebundenem Vermögen grundsätzlich auch dann als verbotene Auszahlung zu bewerten seien, wenn sie angemessen verzinst sind und der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist. Etwas anderes könne allenfalls dann gelten, wenn die Kreditvergabe nicht nur im Interesse der Gesellschaft liege und einem Drittvergleich standhalte, sondern darüber hinaus auch die Rückzahlung „bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels“ stehe oder durch werthaltige Sicherheit voll gewährleistet sei. Begründet wurde diese strenge Sichtweise vor allem mit dem Argument, dass der Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung die Be-

1 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 11; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 48; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 171; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 270; zur AG *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 37.

2 *Grigoleit/Rieder*, MoMiG, Rdnr. 221; ähnlich zur AG *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 136.

3 Näher *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 308 AktG Rdnr. 122 ff.; s. auch oben Anh. § 13 Rdnr. 179; großzügiger *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 136.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

5 BGHZ 157, 72 = GmbHR 2004, 302. Eingehend zu diesem Urteil und der dadurch ausgelösten Diskussion im Schrifttum 10. Aufl., Rdnr. 19 ff.

friedigungsaussichten der Gesellschaftsgläubiger verschlechtere, da hierdurch die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft einen vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft erlangten. Im Stadium der Unterbilanz der Gesellschaft dürfe es daher nicht nur darum gehen, das Gesellschaftsvermögen in seinem bilanziellen Wert zu erhalten, sondern auch dessen reale Substanz zusammenzuhalten¹.

Die Praxis sah durch dieses Urteil vor allem das heute in Konzernen übliche **Cash Pooling** bedroht, bei dem zum Zwecke eines effizienteren Liquiditätsmanagements täglich sämtliche Haben- und Sollstände der angeschlossenen Konzerngesellschaften zu Gunsten und zu Lasten eines zentralen Kontos der Konzernobergesellschaft oder einer von dieser kontrollierten Betreibergesellschaft „auf Null gestellt“ werden (sog. zero balancing). Sofern dabei Liquidität von den Tochtergesellschaften an das Zentralkonto abgeführt wird, handelt es sich rechtlich um Darlehen der jeweiligen Tochter an die Mutter (bzw. die ihr gleichgestellte Betreibergesellschaft)², so dass die Anwendbarkeit der Grundsätze des „Novemberurteils“ auf das Cash Pooling in der Tat nahe lag³. Zwar wollte das Urteil entgegen anderslautenden Deutungen wohl nicht davon abgehen, dass der Rückzahlungsanspruch bei der Frage, ob überhaupt eine Unterbilanz vorliegt, mit zu berücksichtigen ist; stattdessen sollte es offenbar nur den Fall betreffen, dass sich die kreditgewährende Gesellschaft nach bilanziellen Grundsätzen bereits im Stadium der Unterbilanz befand⁴. Auch mit dieser Einschränkung hatte das Urteil aber immerhin die Konsequenz, dass nicht vertraglich konzernierte Gesellschaften unmittelbar nach Eintritt einer Unterbilanz vom Cash Pooling abgetrennt werden mussten, um keinen Verstoß gegen § 30 zu risieren.

Vor diesem Hintergrund zielt § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 darauf ab, wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zwischen den Gesellschaften und ihren Gesellschaftern – gerade auch im Konzern – zu erleichtern und zu diesem Zweck die Unsicherheiten für aufsteigende Kreditvergaben im Allgemeinen sowie das vom Gesetzgeber ausdrücklich als „**im Grundsatz ökonomisch sinnvoll**“ anerkannte Cash Pooling im Besonderen zu beseitigen⁵. Daher regelt das Gesetz nunmehr, dass kein Verstoß gegen das Auszahlungsverbot vorliegt, wenn die Leistung der Gesellschaft durch einen nach bilanziellen Grundsätzen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch gedeckt ist. Das ist insofern eine Erleichterung gegenüber der Novemberentscheidung, als die bilanzielle Vollwertigkeit schon bei Fehlen eines konkreten Ausfallrisikos zu bejahen ist (Rdnr. 85) und nicht erst, wenn die Rückzahlung „bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb

1 BGHZ 157, 72, 76 = GmbHR 2004, 302.

2 BGHZ 166, 8 Rdnr. 12 = GmbHR 2006, 477; BGHZ 182, 103 Rdnr. 11 = GmbHR 2009, 926; ebenso die h.L., s. *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 28 m.w.N.; für Qualifikation als unregelmäßige Verwahrung *C. Schäfer*, GmbHR 2005, 133, 135 f.; für Einordnung als Geschäftsbesorgung *Karsten Schmidt*, DB 2009, 1971, 1974.

3 So denn auch die seinerzeit h.M.; s. nur OLG München, BB 2006, 286 m. zust. Anm. *Habersack/Schürnbrand; Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 50 mit Nachw. zum Streitstand.

4 Näher dazu *Goette*, KTS 2006, 217, 227; *Goette*, DStR 2006, 767, 768; *J. Vetter*, in: *Goette/Habersack*, MoMiG, Rdnr. 4.26 f.; für die Gegenansicht *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289, 1290; jeweils mit zahlreichen Nachw.

5 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

jedes vernünftigen Zweifels“ steht. Die Gesetzesbegründung sieht in dieser Korrektur der Rechtsprechung eine „**Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise**“, die vor dem Novemberurteil „problemlos anerkannt“ gewesen sei, bevor der BGH hiervon abgewichen sei. Diese Aussage ist allerdings **schiefl**, da sie nicht hinreichend berücksichtigt, dass zwischen der Ermittlung der Unterbilanz und dem Begriff der Auszahlung zu differenzieren ist. Die Ermittlung der Unterbilanz richtet sich seit jeher nach bilanziellen Grundsätzen (Rdnr. 58 ff.). Hier von ist wie erwähnt (Rdnr. 77) nach zutreffendem Verständnis auch der BGH nicht abgewichen, so dass es insoweit keiner „Rückkehr“, sondern allenfalls einer Klarstellung der bilanziellen Betrachtung bedurfte. Für den Begriff der Auszahlung ist dagegen seit jeher gerade keine bilanzielle Betrachtung maßgebend, weshalb auch insoweit die Formel von der „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“ deplaziert ist. Vielmehr kommt es auf eine reale Vermögensminderung an mit der Folge, dass sich auch die Auskehr stiller Reserven (z.B. durch Veräußerung eines Gegenstands zu einem hinter dem Marktwert zurückbleibenden Buchwert) im Stadium der Unterbilanz trotz ihrer bilanziellen Neutralität anerkanntermaßen als verbotene Auszahlung darstellt (Rdnr. 18). Dieses Verständnis will auch die Gesetzesbegründung letztlich nicht in Frage stellen. Insofern verweist sie darauf, dass der Anspruch der Gesellschaft nach dem Wortlaut des neuen § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht nur vollwertig sein muss, sondern auch wertmäßig den Marktwert (nicht nur den Buchwert) des veräußerten Gegenstands „decken“ muss (Deckungsgebot, Rdnr. 81 ff.)¹. Nach alledem ist die in Rechtsprechung und Schrifttum vielerorts bereitwillig aufgegriffene Formel von der „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“ geeignet, **mehr Verwirrung als Nutzen zu stiften**³.

b) Anwendungsbereich

- 79 Auf die Ausnahme nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 kommt es immer nur an, sofern **nicht bereits nach § 30 Abs. 1 Satz 1 eine unbedenkliche Auszahlung** vorliegt. Wenn etwa die GmbH einem Gesellschafter ein Darlehen gewährt, obwohl ein konkretes Ausfallsrisiko besteht und der Rückzahlungsanspruch der GmbH daher nicht vollwertig im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ist, bleibt dieser Vorgang unter Kapitalschutzgesichtspunkten⁴ nach § 30 Abs. 1 Satz 1 zulässig, sofern keine Unterbilanz besteht oder durch die Kreditvergabe herbeigeführt wird, sofern also die Kreditvergabe aus ungebundenem Vermögen erfolgt. Nur wo das nicht der Fall ist, kommt es auf § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 an. Der **sachliche Anwendungsbereich** der Vorschrift erstreckt sich im Übrigen auf sämtliche Austauschbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern oder diesen gleichgestellten Dritten (Rdnr. 35 ff.), die durch die **Gewährung von Kredit** seitens der Gesellschaft und die damit einhergehende Begründung eines Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruchs gekennzeichnet sind. Neben der

1 So bereits *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 8; auf die Missverständlichkeit jener Formel hinweisend auch *Thole*, ZInsO 2011, 1425 f.

2 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

3 Exemplarisch die irrite Bezugnahme auf die bilanzielle Betrachtungsweise in BGH, NZG 2011, 829 Rdnr. 25 = AG 2011, 548 – „Telekom III“; dazu bereits oben Rdnr. 20.

4 Ob sich der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 haftbar macht, steht auf einem anderen Blatt.

Gewährung von Darlehen (einschließlich des Cash Pooling) sind also auch Vorleistungen auf Austauschverträge (z.B. Veräußerung eines Gegenstands auf Ziel) und **Finanzierungshilfen aller Art** erfasst¹. Gleches gilt auch für die **Bestellung von Sicherheiten** aus dem Gesellschaftsvermögen für einen Kredit des Gesellschafters (oder eines gleichgestellten Dritten), da es sich dabei um nichts anderes als eine mittelbare Kreditgewährung der Gesellschaft an den Gesellschafter handelt (s. zur Sicherheitenbestellung noch gesondert unter Rdnr. 96 ff.).

Was den **zeitlichen Anwendungsbereich** betrifft, so ist § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 80 zwar erst am 1.11.2008 in Kraft getreten (Art. 25 MoMiG). Zu beachten ist aber, dass der Gesetzgeber die Vorschrift nicht als konstitutive Neuregelung, sondern als lediglich klarstellende „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung“ verstanden wissen will (Rdnr. 78). In Reaktion hierauf hat der BGH entschieden, dass er an den strengereren Grundsätzen des Novemberurteils auch für Altfälle nicht festhält². Im Ergebnis finden daher die Vorgaben des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 auch auf Kreditgewährungen vor dem 1.11.2008 Anwendung³.

c) Deckungsgebot

§ 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 setzt voraus, dass die Leistung der Gesellschaft durch 81 einen vollwertigen (Rdnr. 84 ff.) Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch „gedeckt“ ist. Damit ist nach der amtlichen Begründung gemeint, dass der Vermögensabfluss bei der Gesellschaft nicht nur mit dem bilanziellen Wert, sondern mit seinem Marktwert anzusetzen ist⁴. Bei der Gewährung eines Gelddarlehens an einen Gesellschafter ist dies nicht weiter bemerkenswert, da die Bewertung des weggegebenen Geldbetrags keine Probleme bereitet. Bedeutung gewinnt das Deckungsgebot jedoch in Fällen, in denen die Gesellschaft einen Sachwert auf Ziel veräußert. Für diesen Fall stellt das Deckungsgebot klar, dass der Kaufpreisanspruch der Gesellschaft die Höhe nicht nur des Buchwerts, sondern des Verkehrswerts des veräußerten Gegenstands erreichen muss. Das steht im Einklang mit dem seit jeher zu § 30 Abs. 1 Satz 1 anerkannten Grundsatz, dass es für den Begriff der Auszahlung nicht auf einen bilanziellen, sondern einen realen Vermögensabfluss ankommt (Rdnr. 18)⁵.

Hinsichtlich des **maßgeblichen Zeitpunkts**, in dem der von der Gesellschaft 82 weggegebene Gegenstand zu bewerten ist, fragt sich, ob auf den Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts oder die Erfüllung der Gesellschaftsverpflichtung abzustellen ist. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Marktwert zwischen dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und der Erfüllung gestiegen ist, so dass zwar im ersten, nicht aber im zweiten Zeitpunkt die Deckung gegeben ist. Soweit die Frage im Schrifttum erörtert wird, plädiert man dafür, im

1 Habersack, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 14; einschränkend in Bezug auf Vorleistungen aus Austauschverträgen Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 240.

2 BGHZ 179, 71 Rdnr. 12 a.E. = NJW 2009, 850 – „MPS“ (zu § 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 AktG, der § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 entspricht).

3 Habersack, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 6.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

5 In diesem Sinne auch Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 801, 804: „bare Selbstverständlichkeit“.

Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 auf den Zeitpunkt der Erfüllung abzustellen¹. Hierfür spricht, dass es auch für die Vollwertigkeit des Anspruchs der Gesellschaft auf diesen Zeitpunkt ankommt (Rdnr. 88). Die Frage dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang nur theoretischer Natur sein. Sofern die Parteien den von der Gesellschaft veräußerten Gegenstand im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts angemessen bewertet haben und das Austauschgeschäft daher in diesem Zeitpunkt einem Drittvergleich standhielt, liegt schon nach § 30 Abs. 1 Satz 1 keine Auszahlung vor (Rdnr. 19)², so dass es auf § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht mehr ankommt.

- 83 **Fehlt es an der Deckung**, führt das dazu, dass die Ausnahme des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht eingreift und der Vorgang an den allgemeinen Grundsätzen des § 30 Abs. 1 Satz 1 zu messen ist. Veräußert also die Gesellschaft einen Gegenstand auf Ziel zum Buchwert von 100, obwohl der Verkehrswert 120 beträgt, liegt eine reale Vermögensminderung von 20 und damit eine Auszahlung in dieser Höhe vor, die bei Herbeiführung einer Unterbilanz oder bei bereits bestehender Unterbilanz unzulässig ist.

d) Vollwertigkeit

- 84 **aa) Allgemeines.** § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 setzt weiter voraus, dass der Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft **vollwertig** ist. Darauf, dass der Anspruch jederzeit fällig gestellt werden kann, kommt es dagegen nach der klaren und bewussten Regelung des Gesetzgebers im Unterschied zu der Parallelvorschrift im Rahmen der Kapitalaufbringung (§ 19 Abs. 5) nicht an³. Die Vollwertigkeit richtet sich nach dem Willen des Gesetzgebers – und insoweit in Übereinstimmung mit § 19 Abs. 5 (§ 19 Rdnr. 181 ff.) – nach **bilanziellen Grundsätzen**, also danach, ob der Anspruch nach § 253 HGB zum Nominalwert in der Bilanz angesetzt werden kann⁴. Damit wird der sonst im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 1 anzustellende **Drittvergleich** (Rdnr. 19) **insoweit** für **entbehrlich** erklärt, um namentlich das Cash Pooling zu erleichtern. Die zu prüfende Frage lautet nicht, ob ein ordentlicher Geschäftsführer unter vergleichbaren Bedingungen auch einem Dritten einen unbesicherten Kredit gewähren würde, sondern nur, ob der Anspruch in der Bilanz mit 100 % angesetzt werden kann. Diese Eliminierung des Drittvergleichs ist allerdings, wenngleich sich das aus dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht erschließt, nach richtiger Ansicht nur eine punktuelle. Sie bezieht sich nach ihrem Sinn und Zweck nur auf das

1 Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 159 (soweit nicht ausnahmsweise bereits die Eingehung der Verbindlichkeit eine Auszahlung im Sinne des Abs. 1 enthält); Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 44.

2 Ebenso Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 159.

3 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 119; Bormann/Urlachs, in: GmbHHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 37, 48; Habersack, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 20; a.A. Joost, in: FS Hüffer, S. 405, 412 f.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41; BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHHR 2009, 199 – „MPS“ (zu § 311 AktG, aber auch zu § 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 AktG, der § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 entspricht); Habersack, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 19; Hueck/Fasstrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 42; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 96; J. Vetter, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.37; allg. M.

Ausfallrisiko des Kredits, nicht auf die sonstigen Kreditkonditionen, insbesondere nicht auf die Frage der Verzinsung (Rdnr. 94).

bb) Bilanzieller Maßstab. Für die Beantwortung der Frage, ob der Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch zu 100 % in der Bilanz angesetzt werden kann, gelten grundsätzlich (s. aber noch Rdnr. 94 zur Verzinsung) dieselben Vorgaben, die auch für die bilanzielle Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften gelten. Die Forderung kann demnach mit dem vollen Nennwert angesetzt werden, wenn sie bei „**vernünftiger kaufmännischer Betrachtung**“ als einbringlich anzusehen ist¹. Dabei wird man auf die Sicht eines objektiven, über die Vermögenssituation des Gesellschafters informierten Betrachters abzustellen haben². Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Zahlung wird nicht verlangt³. Allein das allgemeine, theoretisch nie ganz auszuschließende Risiko eines Zahlungsausfalls schadet mit anderen Worten nicht. Daher kann **auch ohne Gewährung von banküblichen Sicherheiten** Vollwertigkeit gegeben sein⁴. Wenn jedoch ein **konkretes Ausfallrisiko** besteht, d.h. konkrete Zweifel an der Einbringlichkeit der Forderung bestehen, ist – sofern der Bonitätsmangel nicht durch die Stellung werthaltiger Sicherheiten wieder aufgefangen wird – bilanzieller Abwertungsbedarf gegeben, so dass es an der Vollwertigkeit fehlt⁵. Auf derselben Linie liegt es, wenn die Gesetzesmaterialien die Vollwertigkeit verneinen, wenn die Durchsetzbarkeit der Forderung „absehbar in Frage gestellt“ ist⁶.

Im Rahmen der Prüfung, ob ein konkretes Ausfallrisiko besteht, kommt insbesondere einem **Rating** des Gesellschafters Bedeutung zu, wenngleich daraus keine ohne weiteres bindende Vorgabe für die Beurteilung der Vollwertigkeit folgt. So bildet ein Investment Grade Rating ein gewichtiges **Indiz** für das Fehlen eines konkreten Ausfallrisikos, während umgekehrt ein Rating unterhalb von Investment Grade die fehlende Vollwertigkeit indiziert⁷. Allerdings ist das Rating nicht allein entscheidend, sondern nur ein wertvolles Hilfsmittel bei der Beurteilung der Vollwertigkeit – nicht mehr und nicht weniger⁸. Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob auch ein mögliches „**Klumpenrisiko**“, d.h. das Risiko, das sich unabhängig von der Bonität des Schuldners aus einer mangelnden Diversifizierung des Kreditrisikos ergibt⁹, zu einem Bewertungsab-

1 BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHR 2009, 199.

2 Ähnlich *Bormann/Urlachs*, in: GmbHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 37, 44, 48.

3 BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHR 2009, 199; *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 20; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 96.

4 BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHR 2009, 199; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 56; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 48.

5 BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHR 2009, 199.

6 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

7 Vgl. *Cahn*, Der Konzern 2009, 67, 72 ff., sowie *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 143 ff., die – je nachdem, ob das Rating Investment Grade erreicht oder nicht – von einer widerlegbaren „Vermutung“ zugunsten bzw. zuungunsten der Vollwertigkeit ausgehen.

8 So wörtlich *J. Vetter*, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.41; ähnlich *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 152; gegen alleinige Maßgeblichkeit des Ratings auch *Altmeppen*, NZG 2010, 401, 402; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 47.

9 Eingehend zu Begriff und rechtlicher Einordnung von Klumpenrisiken *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649 ff.

schlag und damit zur mangelnden Vollwertigkeit führen muss¹. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Vollwertigkeit nach bilanziellen Grundsätzen bestimmt wissen wollte, ein Bewertungsabschlag bei Klumpenrisiken im Bilanzrecht aber bisher nicht anerkannt ist und auch kaum plausibel zu bemessen wäre, sowie vor allem die Tatsache, dass Klumpenrisiken gerade beim konzernweiten Cash Pooling auftreten, der Gesetzgeber dieses aber erleichtern wollte, sprechen im Ergebnis gegen einen solchen Bewertungsabschlag². Aus demselben Grund liegt allein in der Inkaufnahme allfälliger Klumpenrisiken durch Beteiligung an einem konzernweiten Cash Pooling auch keine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsführer im Sinne des § 43³.

- 87 Als Beispiel, in dem die Durchsetzbarkeit der Forderung „absehbar in Frage gestellt“ ist, nennt die amtliche Begründung Forderungen gegen eine „mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaft“⁴. Im Anschluss an diese Bemerkung wird im Schrifttum verschiedentlich bezweifelt, ob in der für **Leveraged Buy-Out** (LBO)-Transaktionen typischen Konstellation, in der das Akquisitionsvehikel als einziges wesentliches Aktivum die Anteile an der das Darlehen vergebenden Zielgesellschaft hält, von der Vollwertigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs ausgegangen werden kann⁵. Diese Zweifel lassen sich jedoch nicht verallgemeinern. Letztlich kommt es – wie sonst auch – darauf an, wie sich das Reinvermögen des Darlehensschuldners im konkreten Einzelfall darstellt, also vor allem darauf, in welchem Umfang das Erwerbsvehikel den Kaufpreis für die Anteile an der Zielgesellschaft nicht nur mit Fremdkapital, sondern auch mit Eigenkapital finanziert hat⁶.
- 88 **cc) Maßgeblicher Zeitpunkt.** Für die Beurteilung der Vollwertigkeit kommt es auf den **Zeitpunkt der Ausreichung** der Darlehensvaluta bzw. der sonstigen Vorleistung der Gesellschaft an, nicht schon auf den Zeitpunkt, in dem die Leistungspflicht der Gesellschaft durch Abschluss des Darlehensvertrags oder sonstigen Verpflichtungsgeschäfts begründet wird⁷. Im Rahmen des Cash Pooling

1 BGHZ 179, 71 = GmbHR 2009, 199 lässt diese Frage unerörtert; kritisch deshalb *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 681 ff.; *Kropff*, NJW 2009, 814, 815. Für einen Bewertungsabschlag zur Abbildung des Klumpenrisikos *Hentzen*, ZGR 2005, 480, 504 f. (Pauschalwertberichtigung); *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 20; dagegen die Nachw. in folgender Fn.

2 *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 683 ff.; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 49; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 244; *Thole*, ZInsO 2011, 1425, 1426.

3 Ebenso zur AG *Fleischer/Schmolke*, ZHR 173 (2009), 649, 685 f., die jedoch für Kreditvergaben an Gesellschafter außerhalb des Cash Pools aus guten Gründen anders entscheiden wollen.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

5 *Riegger*, ZGR 2008, 233, 238 f.; v. *Braunschweig*, FD-MA 2009, 273906; vgl. auch *Söhner*, ZIP 2011, 2085, 2087.

6 Näher *Käpplinger*, NZG 2010, 1411 ff.; *Thun*, in: *Bunnemann/Zirngibl*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 130.

7 Wie hier *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 241; *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 23; *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 282; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 97; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 152; a.A. – Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts maßgeblich – *Rothley/Weinberger*, NZG 2010, 1001, 1003, unter Berufung auf BGHZ 179, 71 Rdnr. 13 = GmbHR 2009, 199, wo der BGH sich je-

bedeutet dies, dass die Vollwertigkeit bei jeder einzelnen Abführung von Liquidität an das Zentralkonto gegeben sein muss¹. Später, im Zeitpunkt der Auszahlung noch nicht vorhersehbare negative Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter lassen die Vollwertigkeit nicht rückwirkend entfallen. Allerdings ist zu beachten, dass die **Verlängerung** eines Kredits der Kreditausreichung gleichsteht, so dass die Vollwertigkeit auch in diesem Zeitpunkt gegeben sein muss². Dagegen scheint die amtliche Begründung zu § 30 Abs. 1 Satz 2 davon auszugehen, dass das bloße Unterlassen der Geltendmachung („**Stehenlassen**“) des Anspruchs nach Ende der Laufzeit des Kredits oder nach Eintritt eines Kündigungsrechts keine verbotene Auszahlung begründen könne³. Eine Differenzierung zwischen ausdrücklicher Verlängerung des Kredits und rein faktischer Verlängerung durch Stehenlassen leuchtet jedoch schwerlich ein; sie widerspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des BGH⁴. Daher spricht viel für die Annahme, dass auch im Zeitpunkt des Stehenlassens Vollwertigkeit vorliegen und sich das Stehenlassen andernfalls an § 30 Abs. 1 Satz 1 messen lassen muss⁵.

Im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht sind die Geschäftsführer verpflichtet, **laufend das Kreditrisiko zu überwachen** und auf eine nach der Kreditausreichung eintretende Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners unverzüglich mit einer Kreditkündigung (§ 490 Abs. 1 BGB) und der Geltendmachung des Zahlungsanspruchs oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren⁶. Diese Überwachungspflicht der Geschäftsführer kann bei umfangreichen langfristigen Darlehen oder bei einem Cash-Management-System die Einrichtung eines geeigneten Informations- oder „**Frühwarnsystems**“ erforderlich machen⁷. Solange das Stadium der Unterbilanz nicht erreicht ist, ergibt sich diese

doch nur zu § 311 AktG äußert und auch nicht den für die hier interessierende Frage entscheidenden Fall behandelt, dass sich die für die Vollwertigkeit maßgeblichen Umstände zwischen dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und der Valutierung des Darlehens verändern.

1 Wirsch, Der Konzern 2009, 443, 450; a.A. zum Cash Pooling *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 38, der auf den Abschluss des Cash-Management-Vertrags abstellt, zu diesem Ergebnis aber nur unter Zugrundelegung der ganz h.M. (Rdnr. 21) widersprechenden Prämisse gelangt, dass schon die bloße Begründung einer Verbindlichkeit eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 darstellt; ihm gleichwohl folgend Erne, GWR 2010, 314.

2 Allg. M.; s. nur *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 23; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 43.

3 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41; dem folgend *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 43; J. Vetter, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.57; ferner *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 111.

4 BGHZ 122, 333, 338 = GmbHR 1993, 427 (s. dazu bereits oben Rdnr. 23); vgl. auch BGHZ 179, 71 Rdnr. 14 = GmbHR 2009, 199: Stehenlassen als Nachteil im Sinne des § 311 AktG.

5 So auch *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 23, 26; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 97, 99; *Wilhelmi*, WM 2009, 1917, 1922; *Wirsch*, Der Konzern 2009, 443, 450; zur AG *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 57; tendenziell auch *Müller/Leuschner*, NZG 2009, 281, 283.

6 BGHZ 179, 71 Rdnr. 14 = GmbHR 2009, 199 (zur AG); *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 23; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 97; vgl. auch Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 41.

7 BGHZ 179, 71 Rdnr. 14 = GmbHR 2009, 199 (zur AG) unter Bezugnahme insbes. auf J. Vetter/Stadler, Haftungsrisiken, Rdnr. 194 ff.

Überwachungs- und Reaktionspflicht aus § 43 Abs. 1, danach aus § 43 Abs. 3 Satz 1, da das Stehenlassen des Anspruchs trotz Vermögensverfalls des Schuldners eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 darstellt (Rdnr. 88). In diesem Fall vermag den Geschäftsführer auch eine Weisung der Gesellschafter, den Anspruch nicht geltend zu machen, nicht zu entlasten (§ 43 Abs. 3 Satz 3)¹.

- 90 Wie das angesprochene **Frühwarnsystem** konkret auszustalten ist, hat der BGH bislang nicht präzisiert. Als geklärt gelten kann immerhin, dass nicht jede Kreditgewährung die Einrichtung eines umfassenden Informationssystems erfordert, das die ständige Information über die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters gewährleistet. Vielmehr zieht der BGH die Einrichtung eines solchen Systems nur bei umfangreichen langfristigen Darlehen und beim Cash-Management in Betracht². Ihm schwebt mithin offensichtlich ein flexibler, die Verhältnismäßigkeit wahrender Ansatz vor, bei dem die Anforderungen an die Überwachung des Kreditrisikos umso mehr zunehmen, je schwerer das Ausfallrisiko für die Gesellschaft wiegt³. Nimmt dieses Risiko, wie beim Cash Management häufig der Fall, für die Gesellschaft existenzbedrohende Dimensionen an, sind freilich strenge Anforderungen zu stellen. Zu verlangen ist dann insbesondere, dass sich die Gesellschaft ein **vertragliches Informationsrecht** ausbedingt, das ihr Zugang zu den für die fortlaufende Überwachung des Kreditrisikos erforderlichen Informationen verschafft, und dass sich die Konzernobergesellschaft verpflichtet, die Gesellschaft unverzüglich von einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der an den Cash Pool angeschlossenen Konzerngesellschaften zu benachrichtigen⁴. Darauf, dass sich eine solche Benachrichtigungspflicht der Obergesellschaft wohl schon aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ableiten lässt⁵, sollten sich die Geschäftsführer zur Vermeidung von Zweifelsfragen nicht verlassen. Gefordert ist vielmehr eine klare vertragliche Grundlage, um den Informationsfluss auch tatsächlich sicherzustellen⁶. Zudem sollte vertragliche Vorsorge getroffen werden, dass die Gesellschaft im Fall eines drohenden Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften sofort den Cash Pool verlassen kann⁷. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein eines etwa erforderlichen Frühwarnsystems und dessen sachgerechte Aus-

1 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 26; *Wilhelmi*, WM 2009, 1917, 1922, z.T. auch diejenigen, die eine Auszahlung durch bloßes Stehenlassen ablehnen oder beziehen, s. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 110; *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897, 901 (jeweils für § 43 Abs. 3 analog); abw. *J. Vetter*, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.60.

2 BGHZ 179, 71 Rdnr. 14 = GmbHR 2009, 199 (zur AG).

3 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 27.

4 Näher dazu *J. Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken, Rdnr. 196 ff.; *Erne*, GWR 2010, 314, 316 f., Formulierungsvorschlag bei *Weitzel/Socher*, ZIP 2010, 1069, 1070.

5 Bejahend mit guten Gründen *Lieder*, GmbHR 2009, 1177, 1184; *Schickerling/Blunk*, GmbHR 2009, 1294, 1299; vgl. zur Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens für den Informationsfluss auch BGHZ 179, 71 Rdnr. 14 = GmbHR 2009, 199 (zur AG); ferner *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 AktG Rdnr. 246.

6 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 27.

7 *J. Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken, Rdnr. 195; *Erne*, GWR 2010, 314, 317; Formulierungsvorschlag bei *Weitzel/Socher*, ZIP 2010, 1069, 1070.

gestaltung liegt entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG (10. Aufl., § 43 Rdnr. 234) bei den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Geschäftsführern¹.

dd) Fehlende oder „teilweise“ Vollwertigkeit. Fehlt es im maßgeblichen Zeitpunkt an der Vollwertigkeit, führt das ebenso wie bei Nichteinhaltung des Deckungsgebots (Rdnr. 83) dazu, dass die Ausnahme des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht eingreift und der Vorgang an den allgemeinen Grundsätzen des § 30 Abs. 1 Satz 1 zu messen ist. Fraglich ist allerdings, was das konkret bedeutet, wenn die Forderung nur „teilweise vollwertig“ ist, also z.B. bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung die Darlehensrückzahlungsforderung nicht mit dem Nennwert von 100, sondern wegen zweifelhafter Bonität nur mit 60 zu bewerten ist. In Anwendung der sonst zu § 30 Abs. 1 Satz 1 anerkannten Grundsätze sollte man meinen, dass die Forderung dann in der Unterbilanzrechnung mit diesem Wert (60) anzusetzen ist. Eine verbreitete Auffassung im Schrifttum will denn auch in diesem Sinne verfahren². Die mindestens ebenso verbreitete Gegenansicht setzt den Anspruch der Gesellschaft bei nur teilweiser Werthaltigkeit dagegen mit null an und nimmt dementsprechend eine Auszahlung in voller Höhe des ausgereichten Kredits an³. Diese Ansicht verweist darauf, dass der Gesetzgeber das Parallelproblem im Rahmen der Kapitalaufbringung (§ 19 Abs. 5, „Hin- und Herzahlen“) ausdrücklich im Sinne einer derartigen Alles-oder-nichts-Lösung entschieden hat⁴. Für die Übertragung dieser Lösung auf die Kapitalerhaltung führt sie an, dass die Bewertung der Forderung bei Bestehen eines konkreten Ausfallrisikos zu unsicher sei⁵.

Beizutreten ist der ersten Ansicht. Für sie spricht, dass auch sonst Ansprüche gegen die Gesellschafter von zweifelhafter Bonität (etwa offene Einlageansprüche) **in der Unterbilanzrechnung nicht mit null**, sondern mit ihrem nach den Bilanzregeln abgeschriebenen Wert angesetzt werden (Rdnr. 63). Es bliebe unerfindlich, warum ausgerechnet für Rückzahlungs- und Entgeltforderungen im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 Abweichendes gelten sollte. In dem genannten Beispiel ist die Forderung daher mit 60 anzusetzen. Verfügte die Gesellschaft vor der Auszahlung über freie Rücklagen von 20, entsteht somit durch die Valutierung des Darlehens von 100 eine Unterbilanz im Betrag von $(20 - 100 + 60 =) 20$. Folglich liegt auch nur in diesem Umfang (und nicht etwa im Betrag von 80) eine gegen § 30 Abs. 1 verstößende Auszahlung vor. Besteht schon vor der Valutierung eine Unterbilanz, muss Entsprechendes gelten, d.h. auch hier ist die

1 BGHZ 179, 71 Rdnr. 20 = GmbHR 2009, 199 (zur AG).

2 Mülbert/Leuschner, NZG 2009, 281, 284; J. Vetter, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.51; J. Flume, GmbHR 2011, 1258, 1264; Habersack, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 18.

3 In diesem Sinne Altmeppen, ZIP 2009, 49, 53; Altmeppen, NZG 2010, 401, 406; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 98; Bormann/Urlichs, in: GmbHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 37, 48; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 27; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 55; zu § 57 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 AktG auch Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 50; differenzierend Heidinger, in: Michalski, Rdnr. 199.

4 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, S. 76. Für § 19 Abs. 5 ist die Alles-oder-nichts-Lösung denn auch unstreitig, s. oben § 19 Rdnr. 189; Verse, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 19 GmbH Rdnr. 92.

5 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 55.

Rückzahlungsforderung im Wert von 60 zu berücksichtigen, so dass „nur“ in Höhe von 40 eine verbotene Auszahlung vorliegt. Für eine Differenzierung zwischen beiden Fallgruppen ist kein sachlicher Grund ersichtlich¹.

e) Bedeutung der Verzinsung

- 93 Umstritten ist, welche Bedeutung der **Verzinsung** der Kreditgewährung im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 zukommt. In bilanzieller Hinsicht führt eine fehlende oder marktunüblich niedrige Verzinsung bei Kreditgewährungen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr dazu, dass die Forderung zu diskontieren ist, während bei einer Laufzeit von bis zu einem Jahr die Forderung trotz fehlender oder unzulänglicher Verzinsung aus Vereinfachungsgründen zu 100 % angesetzt werden kann². Eine verbreitete Ansicht im Schrifttum leitet daraus ab, dass Ausleihungen mit einer Laufzeit von bis zu einem Jahr selbst bei völlig fehlender Verzinsung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 unbedenklich seien, solange nur kein konkretes Ausfallrisiko besteht³. Zur Begründung wird angeführt, dass der Reformgesetzgeber in Bezug auf den Anspruch der Gesellschaft allein auf die bilanzielle Vollwertigkeit abgestellt und auf einen Drittvergleich der übrigen Kreditkonditionen bewusst verzichtet habe. Wollte man dem folgen, müssten insbesondere Darlehensgewährungen im Cash Pool, die die Tochtergesellschaft kurzfristig zurückfordern kann, nicht verzinst werden⁴.
- 94 Der genannten Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Die Verzinsung des Kredits ist vielmehr nach zutreffender Auffassung schon im Ansatz **von der Vollwertigkeit** im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 **zu trennen** und gesondert **am Maßstab des Drittvergleichs** zu messen⁵. Hierfür spricht schon die Überlegung, dass es andernfalls möglich sein müsste, ein konkretes Ausfallrisiko durch einen erhöhten Zins auszugleichen, was aber der vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzung des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ersichtlich nicht entspräche⁶. Vor allem aber lag es dem Gesetzgeber fern, zinslose Darlehen mit einer Laufzeit von bis zu einem Jahr zu privilegieren. Der Gesetzgeber wollte lediglich „wirtschaftlich sinnvolle“ Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erleichtern

1 Anders offenbar *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 199.

2 *Adler/Düring/Schmaltz*, § 253 HGB Rdnr. 532; *Kozikowski/Roscher*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 253 HGB Rdnr. 592.

3 *Brocke/Rockstroh*, BB 2009, 730, 732; *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289, 1293; *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 801, 804; *Rothley/Weinberger*, NZG 2010, 1001, 1005; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 98; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2010, 148, 152; die Grenze bei sechsmonatiger Laufzeit ziehend *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 252.

4 So speziell zum Cash Pooling auch *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 54.

5 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 21; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 56; *Cahn*, Der Konzern 2009, 67, 71; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 139 f.; *Müllert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 282 f.; im Ergebnis auch *J. Vetter*, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.66 f.; *Eusani*, GmbHHR 2009, 795, 796 ff.; *Wirsch*, Der Konzern 2009, 443, 449. Für eine klare Trennung zwischen Ausfallrisiko und Verzinsung auch BGHZ 179, 71 Rdnr. 17 = GmbHHR 2009, 199 (zu § 311 AktG).

6 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 21; *Müllert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 284.

und insbesondere das Cash Pooling auf eine rechtssichere Grundlage stellen (Rdnr. 78). Die Unsicherheiten, mit denen das Cash Pooling vor der Reform belastet war, beruhten jedoch nicht auf der Frage der Verzinsung. Es wäre auch durch nichts gerechtfertigt, warum ausgerechnet zinslose Kreditgewährungen gegenüber anderen unausgewogenen Austauschgeschäften privilegiert werden sollten. Nach Sinn und Zweck der Neuregelung ist deshalb davon auszugehen, dass mit der **Vollwertigkeit allein die Einbringlichkeit** der Forderung angeprochen ist. Nur insoweit eliminiert die Neuregelung den Drittvergleich und entlastet damit die Rechtsanwendung von der schwierigen Frage, unter welchen Umständen die Gesellschaft das Ausfallrisiko bei Drittgeschäften in Kauf nehmen würde. Bezuglich der Verzinsung muss es dagegen wie nach altem Recht dabei bleiben, dass die Kreditvergabe einem Drittvergleich standhalten muss. Ob man dieses Erfordernis mit in das Deckungsgebot (Rdnr. 81) hineinliest¹ oder aber § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 einschränkend so auslegt, dass die Kreditgewährung nur hinsichtlich des Ausfallrisikos vom Drittvergleich nach § 30 Abs. 1 Satz 1 ausgenommen wird², macht im Ergebnis keinen Unterschied. Auf beiden Wegen gelangt man dazu, dass unabhängig von der Laufzeit des Kredits eine unzulängliche Verzinsung in Höhe der Differenz zum angemessenen Zins eine reale Vermögensminderung und damit eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 darstellt, die im Stadium der Unterbilanz verboten ist.

Bei der **Ermittlung des angemessenen Zinssatzes** ist den Parteien – wie sonst im Rahmen des Drittvergleichs auch (Rdnr. 19) – ein gewisser **Beurteilungsspielraum** zuzugestehen. Welchen Zins ein gewissenhafter, nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer (§ 43 Abs. 1) von einem Dritten verlangen würde, hängt insbesondere davon ab, welche Kapitalerträge die Gesellschaft sonst erzielen könnte. Speziell für den **Cash Pool** wird teilweise vertreten, dass anstelle einer angemessenen Verzinsung eine hinreichende Gegenleistung auch darin bestehen könne, dass der Gesellschaft ihrerseits die Möglichkeit gewährt wird, zinslos auf die Liquidität im Cash Pool zuzugreifen³. Dem wird man jedoch nur beitreten können, wenn zu erwarten ist, dass die Gesellschaft von dieser Möglichkeit in annähernd gleichem oder größerem Umfang Gebrauch machen wird, als sie dem Cash Pool umgekehrt Liquidität zur Verfügung stellt⁴. Dies im Vorhinein abzuschätzen wird aber kaum möglich sein⁵. Daher sehen die Cash-Management-Verträge in der Praxis regelmäßig eine Verzinsung vor. Da die Gesellschaft bei eigenem Liquiditätsbedarf die an den Cash Pool abgeführten Mittel jederzeit wieder zurückfordern kann, erscheint es grundsätzlich angemessen, sich bei der Bemessung des Zinssatzes an den für Tagesgeld-

95

1 So *Cahn*, Der Konzern 2009, 67, 71; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 57 AktG Rdnr. 139 f.; *Eusani*, GmbHHR 2009, 795, 800; *Mi. Winter*, DStR 2007, 1484, 1487.

2 So *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 283; *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 21.

3 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 100; *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 AktG Rdnr. 255; jeweils mit dem Zusatz, dass insoweit auf den Einzelfall abzustellen sei.

4 *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 283.

5 Ebenso *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281, 283: „kaum praktikabel“; ablehnend auch *Eusani*, GmbHHR 2009, 795, 798; *Wirsch*, Der Konzern 2009, 443, 449 f.

einlagen gebotenen Zinssätzen zu orientieren¹. Sofern die an den Cash Pool abgeführten Beträge allerdings ein solches Volumen erreichen, dass mit einer kurzfristigen Rückforderung der Mittel aus dem Cash Pool nicht mehr zu rechnen ist, liegt es nahe, einen höheren Zinssatz anzusetzen. Im Schrifttum wird daher eine nach Kreditvolumen gestaffelte Verzinsung empfohlen².

f) Sicherheitenbestellung

- 96 aa) **Ausgangspunkt.** Bestellt die GmbH eine Sicherheit, um eine Verbindlichkeit des Gesellschafters (oder einer gleichgestellten Person, Rdnr. 38 ff.) gegenüber einem Dritten³ abzusichern, spricht man von **aufsteigenden Sicherheiten**. Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit, dass solche Besicherungen an § 30 Abs. 1 zu messen sind. Zwar ist der Dritte nicht an die Kapitalschutzbüroschriften gebunden, so dass er vorbehaltlich abweichender Abreden⁴ die Sicherheit auch dann entgegennehmen und verwerten kann, wenn sich die Gesellschaft im Stadium der Unterbilanz befindet. Die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 ergibt sich aber daraus, dass mit der Sicherheit für den Dritten im Außenverhältnis zugleich im Innenverhältnis dem Gesellschafter ein Vermögensvorteil zugewandt wird. Die Einzelheiten der Anwendung des § 30 Abs. 1 auf aufsteigende Sicherheiten sind jedoch seit jeher umstritten⁵. Da der Reformgesetzgeber hierzu nicht ausdrücklich Stellung bezogen hat, wird die rechtliche Behandlung aufsteigender Sicherheiten auch nach neuem Recht kontrovers diskutiert. Ihre Brisanz bezieht die Kontroverse daraus, dass die Gewährung aufsteigender Sicherheiten insbesondere in der Praxis der Konzernfinanzierung (etwa zur Besicherung der Bankkredite der Betreibergesellschaft eines Cash Pools) und im Rahmen von *leveraged buy-out*-Transaktionen (zur Besicherung der Bankverbindlichkeiten des Erwerbsvehikels) weit verbreitet ist. Problematik und Streitstand erschließen sich am besten, wenn man nach den einzelnen Zeitpunkten differenziert, in denen eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 vorliegen könnte.
- 97 bb) **Auszahlung durch Bestellung der Sicherheit.** Betrachtet man zunächst den Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung bzw., soweit sich die GmbH vorab zur Bestellung der Sicherheit gegenüber dem Dritten verpflichtet hat, den Zeitpunkt der Eingehung dieser Verpflichtung⁶, so liegt unstrittig keine verbotene Auszahlung vor, wenn die Sicherheitenbestellung weder eine Unterbilanz herbeiführt noch im Stadium der Unterbilanz erfolgt (**Fallgruppe 1: keine Unterbilanz**)⁷. In diesem Fall ist die Sicherheitenbestellung schon nach § 30 Abs. 1 Satz 1 unbedenklich, so dass es auf die Ausnahme des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht an-

1 Wirsch, Der Konzern 2009, 443, 448 f.

2 Wirsch, Der Konzern 2009, 443, 448 f.

3 Zu dem Sonderfall, dass der Kreditgeber/Sicherungsnehmer seinerseits Gesellschafter ist, s. noch Rdnr. 104.

4 Zur sog. *limitation language* s. noch Rdnr. 102 f.

5 Zum Streitstand vor dem MoMiG etwa Dampf, Der Konzern 2007, 157, 159 f.; 10. Aufl., Rdnr. 43 ff.

6 Zur Vorverlagerung auf diesen Zeitpunkt s. bereits Rdnr. 21; speziell im vorliegenden Kontext auch Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 105 a.E.; abw. Mi. Winter, DStR 2007, 1484, 1488.

7 Statt aller J. Vetter, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.78.

kommt. Die Unterbilanzrechnung folgt dabei wie immer (Rdnr. 58 ff.) bilanziellen Grundsätzen. Die **bilanziellen Auswirkungen der Sicherheitenbestellung** hängen ihrerseits davon ab, ob bereits in diesem Zeitpunkt wahrscheinlich, d.h. ernsthaft damit zu rechnen ist, dass es zu einer Verwertung der Sicherheit kommen wird¹. Ist das nicht der Fall, ist die Sicherheit nach §§ 251, 268 Abs. 7 HGB nur unter der Bilanz („**unter dem Strich**“) zu vermerken, so dass sich das bilanzielle Nettoaktivvermögen nicht vermindert. Andernfalls ist eine Rückstellung (§ 249 HGB) oder, soweit die Inanspruchnahme der Sicherheit bereits gewiss ist, eine Verbindlichkeit zu bilden. Dann stellt sich die Frage, ob dieser Passivposten durch Aktivierung eines bilanziell vollwertigen Rückgriffsanspruchs gegen den Gesellschafter wieder ausgeglichen wird. Letzteres wird aber selten der Fall sein; denn wenn die zukünftige Verwertung der Sicherheit wahrscheinlich ist, wird dies regelmäßig dem Umstand geschuldet sein, dass konkrete Zweifel an der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesellschafters bestehen, so dass der Rückgriffsanspruch nicht vollwertig ist. Wenn der Gesellschaft gleichwohl noch Nettoaktivvermögen in Höhe des Stammkapitals verbleibt, bleibt es freilich bei der Unbedenklichkeit der Sicherheitenbestellung.

Führt die Sicherheitenbestellung dagegen zu einer Unterbilanz oder vertieft sie 98 diese noch, weil nach den genannten Grundsätzen ein Passivposten zu bilden ist, der nicht durch einen vollwertigen Rückgriffsanspruch ausgeglichen wird und der Gesellschaft kein hinreichendes Nettoaktivvermögen mehr verbleibt (**Fallgruppe 2: Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz**), liegt darin zweifelsfrei ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, an dem mangels Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs auch § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nichts zu ändern vermag².

Diskussionswürdig ist daher im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung nur der Fall, dass bereits eine Unterbilanz vorliegt und die Sicherheitenbestellung nicht zu einer weiteren Vertiefung der Unterbilanz führt, sei es, weil wegen der Bonität des Schuldners/Gesellschafters schon nicht mit einer Inanspruchnahme der Sicherheit zu rechnen ist, sei es, weil ausnahmsweise trotz konkreter Anhaltspunkte für eine drohende Verwertung ein vollwertiger Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter besteht (**Fallgruppe 3: bereits bestehende, aber nicht weiter vertiefte Unterbilanz**). Für diesen Fall wird im Schrifttum teilweise ohne weiteres eine verbotene Auszahlung angenommen, da im Stadium der Unterbilanz jede reale Vermögensminderung verboten sei³. Dieser Ansicht ist jedoch zu widersprechen, da sie der **Wertungsparallele zwischen aufsteigenden Sicherheiten und aufsteigenden Kreditvergaben** im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht Rechnung trägt⁴. Aus Sicht der Gläubiger macht es keinen Unterschied, ob die

1 Näher zum Erfordernis der Wahrscheinlichkeit im Rahmen des § 249 HGB etwa *Kozikowski/Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 249 HGB Rdnr. 42 f.; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, § 249 HGB Rdnr. 2.

2 Allg. M.; s. nur *J. Vetter*, in: *Goette/Habersack, MoMiG*, Rdnr. 4.77.

3 *J. Vetter*, in: *Goette/Habersack, MoMiG*, Rdnr. 4.76 f.

4 Diese Wertungsparallele betonen auch *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 135; *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289, 1295; *Fleischer*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 57 AktG Rdnr. 59 (zur AG); *Habersack*, in: *Ulmer*, Erg.-Band *MoMiG*, Rdnr. 16; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 104; *Theusinger/Kapteina*, NZG 2011, 881, 883 f.

Gesellschaft dem Gesellschafter ein Darlehen gewährt oder für ihn eine Sicherheit bestellt. In beiden Fällen trägt sie das Risiko der Insolvenz des Gesellschafters in gleicher Weise, im einen Fall hinsichtlich ihres Darlehensanspruchs, im anderen Fall hinsichtlich ihres für den Fall der Verwertung der Sicherheit bestehenden Rückgriffsanspruchs¹. Es wäre daher wertungswidersprüchlich, beide Fälle ungleich zu behandeln. Daraus folgt, dass allein das abstrakte, theoretisch nie ganz auszuschließende Ausfallrisiko der Gesellschaft im Fall der Sicherheitenbestellung ebenso wenig eine verbotene Auszahlung begründen kann wie im Fall der Kreditvergabe². Entscheidend ist vielmehr auch hier das Vorliegen eines **konkreten Ausfallrisikos** in dem beschriebenen Sinn (Rdnr. 85 ff.). Zu beachten ist dabei, dass ein konkretes Ausfallrisiko auch schon dann gegeben sein kann, wenn der Eintritt des Sicherungsfalls noch nicht so wahrscheinlich ist, dass eine Rückstellung zu bilden ist³.

- 100 Eine von der eigentlichen Sicherheitenbestellung zu trennende, eigenständig an § 30 Abs. 1 Satz 1 zu messende Auszahlung liegt allerdings auch bei Fehlen eines konkreten Ausfallrisikos vor, wenn der Gesellschaft keine **angemessene Avalprovision** gewährt wird⁴. Auch insoweit besteht eine Parallele zur Kreditvergabe, wo die Frage der angemessenen Verzinsung ebenfalls von derjenigen der Vollwertigkeit zu trennen ist (Rdnr. 94). Die Höhe der Auszahlung ergibt sich dann aus der Differenz zwischen der vereinbarten und der angemessenen, d.h. einem Drittvergleich standhaltenden Avalprovision.
- 101 **cc) Auszahlung durch „Stehenlassen“ des Freistellungsanspruchs.** Aus der Wertungsparallele zur Kreditgewährung folgt des Weiteren, dass die Geschäftsführer nach der Sicherheitenbestellung das Ausfallrisiko ebenso überwachen müssen wie nach Ausreichung eines Darlehens an den Gesellschafter⁵. Auf das zur Kreditvergabe Gesagte (Rdnr. 88) kann daher auch insoweit Bezug genommen werden. Zeigt sich eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gesellschafters, sind die Geschäftsführer gehalten, gegenüber dem Gesellschafter auf Freistellung zu dringen. Ein entsprechender Freistellungsanspruch ergibt sich bei Bürgschaften unmittelbar aus § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB, ist aber nach richtiger Ansicht auch bei anderen Sicherheiten anzuerkennen⁶. Wird die-

1 Sehr deutlich bereits *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 360: „Wirtschaftlich übernimmt die Tochtergesellschaft mit der Bestellung einer Kreditsicherheit das Insolvenzrisiko ihres Gesellschafters in derselben Weise wie durch Hingabe eines ungesicherten Darlehens.“

2 Gleichsinnig *Habersack*, in: *Ulmer, Erg.-Band MoMiG*, Rdnr. 16 f.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 104 f.; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 129 f. m.w.N.

3 *Grigoleit/Rieder*, *MoMiG*, Rdnr. 217 a.E.; ferner *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 133, der jedoch die Anforderungen an das Fehlen eines konkreten Ausfallrisikos überspannt, wenn er formuliert, dass die Inanspruchnahme der Sicherheit „zu 100 % ausgeschlossen“ sein müsse. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit wird gerade nicht verlangt (Rdnr. 85).

4 *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 141; einschränkend *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 139: angemessene Avalprovision nur bei längerfristiger Besicherung erforderlich.

5 *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 63; *Theusinger/Kapteina*, NZG 2011, 881, 886.

6 *Habersack*, in: *MünchKomm. BGB*, 5. Aufl. 2009, § 775 BGB Rdnr. 3; *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 355; jeweils m.w.N. auch zur Gegenansicht.

ser Anspruch nicht geltend gemacht, liegt darin das Pendant zum Stehenlassen des Rückzahlungsanspruchs aus einer Kreditvergabe. Geht man davon aus, dass auch das Stehenlassen eines Anspruchs im Stadium der Unterbilanz eine verbotene Auszahlung darstellen kann (Rdnr. 88), ist es daher nur konsequent, dasselbe auch beim Stehenlassen des Freistellungsanspruchs anzunehmen¹.

dd) Auszahlung durch Verwertung der Sicherheit? Damit bleibt die Frage, ob eine Auszahlung auch noch in der Verwertung der Sicherheit erblickt werden kann. Die Meinungen zu dieser Frage sind geteilt. Die bejahende Ansicht verweist darauf, dass die Sicherheit gerade für den Fall mangelnder Solvenz des Gesellschafters bestellt werde, der zeitlich gestreckte Sachverhalt der Besicherung erst mit der Verwertung der Sicherheit abgeschlossen sei und bei Ausblendung des Verwertungszeitpunkts Lücken im Gläubigerschutz entstünden². Teilweise wird stattdessen auch auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem die Verwertung mit Wahrscheinlichkeit droht, die Besicherung mithin bilanzwirksam wird³. In der Konsequenz dieser Ansichten liegt es, dass auch im Zeitpunkt der (drohenden) Verwertung keine Unterbilanz bestehen oder eintreten darf. Andernfalls läge ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 vor, an dem auch § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 regelmäßig nichts mehr ändern könnte, da im Zeitpunkt der (drohenden) Verwertung in aller Regel kein vollwertiger Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter mehr bestehen wird. Um dieses Risiko zu vermeiden, behilft sich die Praxis üblicherweise mit einer Abrede im Sicherungsvertrag zwischen Gesellschaft und Sicherungsnehmer, der zufolge die Verwertung der Sicherheit nicht erfolgen darf, soweit sie zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen würde (sog. *limitation language*)⁴. Für den Sicherungsnehmer bedeutet das freilich eine erhebliche Einschränkung.

Der überwiegende Teil des Schrifttums steht dagegen auf dem Standpunkt, dass es **auf den Zeitpunkt der Verwertung** oder der drohenden Verwertung der Sicherheit **nicht ankommt**⁵. Dieser Auffassung ist beizutreten. Den Ausschlag muss auch hier wieder die Wertungsparallele zur Kreditvergabe geben, bei der es eben-

102

103

1 Ablehnend *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 135, der aber auch die Parallelfrage im Rahmen der Kreditvergabe abweichend entscheidet.

2 So mit Unterschieden im Einzelnen *J. Vetter*, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rdnr. 4.79 ff.; *Grigoleit/Rieder*, MoMiG, Rdnr. 217; *Komo*, GmbHR 2010, 230, 233 f., für schuldrechtliche, nicht aber für dingliche Sicherheiten auch *Ekkenga*, in: Münch-Komm. GmbHG, Rdnr. 140.

3 *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 119 ff.; *Söhner*, ZIP 2011, 2085, 2088; *Tillmann*, NZG 2008, 401, 404 f. (mit Fn. 45); wohl auch *Kollmorgen/Santelmann/Weiß*, BB 2009, 1818, 1819; zum alten Recht auch *Dampf*, Der Konzern 2007, 157, 165, 167.

4 Näher zu Inhalt und Ausgestaltung derartiger Abreden *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, § 43 Rdnr. 106 ff.; ferner etwa *Theusinger/Kapteina*, NZG 2011, 881, 886.

5 *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289, 1295 (zum RegE); *J. Flume*, GmbHR 2011, 1258, 1264; *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 17; *Hueck/Fastrich*, in: Baum-bach/Hueck, Rdnr. 61, 63; *Schall*, Gläubigerschutz, S. 161 f.; *Schmolke*, Kapitalerhal-tung, Rdnr. 105; *Theusinger/Kapteina*, NZG 2011, 881, 883 f.; zur AG *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 61 m.w.N.; für dingliche, nicht aber für schuld-rechtliche Sicherheiten auch *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 140. Zu dem Sonderfall, dass der Sicherungsnehmer/Kreditgeber kein außenstehender Dritter, son-dern Gesellschafter ist, s. aber noch Rdnr. 104.

falls nur auf den Zeitpunkt der Kreditvergabe und ggf. das Stehenlassen des Rückzahlungsanspruchs ankommt, nicht aber auf den späteren Zeitpunkt, in dem sich das Ausfallrisiko endgültig realisiert. Einer „limitation language“ bedarf es deshalb sub specie des § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht¹. Der Wertungsparallele zur Kreditvergabe lässt sich insbesondere nicht entgegenhalten, dass es der GmbH anders als bei der Kreditvergabe nicht möglich sei, auf eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gesellschafters mit einer Kündigung zu reagieren². Vielmehr stellt der Freistellungsanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter (Rdnr. 101) das Pendant zur Kündigungsmöglichkeit im Rahmen der Kreditvergabe dar³. Dass der Freistellungsanspruch bei Vermögensverfall des Gesellschafters nicht immer durchsetzbar sein wird, ändert daran nichts, da es sich bei dem Rückzahlungsanspruch nach außerordentlicher Kündigung eines Darlehens ganz genauso verhält. Entgegen anderslautenden Stimmen⁴ steht die hier befürwortete Ansicht auch nicht in Widerspruch zu einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007, die für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 31 Abs. 5 auf den Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit abstellt⁵. Abgesehen davon, dass die Entscheidung noch zum alten Recht ergangen ist, betrifft sie nicht den hier interessierenden Fall der Sicherheitenbestellung für einen außenstehenden Dritten, sondern den abweichend zu beurteilenden Sonderfall der Sicherheitenbestellung für eine Gesellschafterforderung (Rdnr. 104). Überdies hebt die Entscheidung auch nur vorsorglich zur Berechnung des spätestmöglichen Verjährungsbeginns auf die Verwertung als letzten denkbaren Auszahlungszeitpunkt ab, ohne abschließend zu entscheiden, ob nicht stattdessen der Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung maßgeblich ist⁶.

- 104 **ee) Sonderfall: Gesellschafter als Sicherungsnehmer.** Die vorstehenden Ausführungen bezogen sich auf den Fall, dass die Sicherheit einem Dritten gewährt wird. Denkbar ist aber natürlich auch, dass die Gesellschaft ihrem Gesellschafter eine Sicherheit bestellt, um dessen Forderung gegen einen Mitgesellschafter oder einen Dritten zu sichern. Diese Konstellation hat die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit Geschäftsanteilsveräußerungen, bei denen es um die Absicherung der Kaufpreisforderung des veräußernden Gesellschafters ging, schon mehrfach beschäftigt⁷. Nach wohl überwiegender Ansicht tritt in dieser Konstellation – anders als bei der Sicherheitenbestellung an Dritte – eine Auszahlung erst **im Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit** ein, so dass

1 Ebenso ausdrücklich *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, Rdnr. 18. Dass vorsichtige Geschäftsführer dennoch vorsorglich auf einer „limitation language“ bestehen werden, solange die Frage nicht höchstrichterlich geklärt ist, steht auf einem anderen Blatt.

2 So aber *Grigoleit/Rieder*, MoMiG, Rdnr. 217 a.E.

3 *Habersack*, in: Ulmer, Erg.-Band MoMiG, § 30 Rdnr. 17.

4 Etwa *J. Vetter*, in: *Goette/Habersack*, MoMiG, Rdnr. 4.86.

5 BGHZ 173, 1 = GmbHR 2007, 1102 m. Komm. *Bormann* = DStR 2007, 1874 m. Anm. *Goette*.

6 S. BGHZ 173, 1 Rdnr. 25 = GmbHR 2007, 1102; dort wird ausdrücklich offengelassen, ob der Ansicht von *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 356 ff. zu folgen ist, der allein die Bestellung der Sicherheit und nicht die Verwertung für maßgeblich hält.

7 RGZ 133, 393 ff.; RGZ 136, 261 ff.; RGZ 168, 297 ff.; BGHZ 173, 1 ff. = GmbHR 2007, 1102 m. Komm. *Bormann* = DStR 2007, 1874 m. Anm. *Goette*.

es auf die Unversehrtheit des Stammkapitals in diesem Zeitpunkt ankommt¹. Auch wenn der BGH die Frage in einer neueren Entscheidung offen gelassen hat², sollte man daran auch in Zukunft festhalten. Für schuldrechtliche Sicherheiten (z.B. Bürgschaft, Schuldbeitritt) entspricht sie dem allgemeinen Grundsatz, dass nicht schon in der Eingehung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter, sondern erst in deren Erfüllung eine Auszahlung liegt, da die Gesellschaft die Verbindlichkeit in der Zone der Unterbilanz nicht erfüllen muss und darf (Rdnr. 21). Darin liegt der entscheidende Unterschied zu einer schuldrechtlichen Sicherheit für einen außenstehenden Dritten, die auch im Stadium der Unterbilanz erfüllt werden muss, da der Dritte nicht an die Kapitalschutzvorschriften gebunden ist. Aber auch bei dinglichen Sicherheiten gibt es wohl keinen zwingenden Grund, von der traditionierten Ansicht abzuweichen. Zwar mag man einwenden, dass namentlich bei einer Sicherungsübereignung oder -zession das Sicherungsgut sachenrechtlich bereits mit der Bestellung der Sicherheit aus dem Gesellschaftsvermögen ausscheidet. Bedenkt man jedoch, dass der Gegenstand auch danach noch den schuldrechtlichen Bindungen aus dem Sicherungsvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter unterliegt, kann man in einem weiteren Sinn davon sprechen, dass sich der Vermögenstransfer zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erst mit der Verwertung endgültig vollzieht und daher bis zu diesem Zeitpunkt unter dem Vorbehalt des § 30 Abs. 1 steht. Folgt man dem, wird man der GmbH im Stadium der Unterbilanz einen Anspruch gegen ihren Gesellschafter auf Unterlassung der Verwertung zuerkennen müssen, um den drohenden Verstoß gegen die Kapitalbindung abwenden zu können.

ff) Rechtsfolgen von Verstößen. Verstößt die Bestellung einer Sicherheit an einen **Dritten** gegen die Kapitalbindung, ist der Gesellschafter/Schuldner im Innenverhältnis zur GmbH nach § 31 Abs. 1 verpflichtet, die GmbH vor der Verwertung **von der Belastung zu befreien**³. Stimmt der Dritte der Ablösung der Sicherheit nicht zu (wozu er mangels Bindung an die Kapitalschutzvorschriften grundsätzlich nicht verpflichtet ist), muss die Befreiung im Innenverhältnis durch Gewährung einer Sicherheit des Gesellschafters an die GmbH erfolgen, damit sich die GmbH im Fall der Verwertung der von ihr bestellten Sicherheit schadlos halten kann⁴. Dagegen führt der Verstoß gegen § 30 Abs. 1 nicht zur Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung im Außenverhältnis zum Dritten, auch nicht über die Grundsätze vom Missbrauch der Vertretungsmacht (Rdnr. 120 ff.). Äußerstenfalls kann allerdings die Schwelle zur Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) überschritten sein (Rdnr. 124). Kommt es zur Verwertung der wirksam bestellten Sicherheit, hat die GmbH Ansprüche gegen den begünstigten Gesellschafter (§ 31 Abs. 1), ggf. dessen Mitgesellschafter (§ 31 Abs. 3) und die Geschäftsführer (§ 43 Abs. 3), nicht aber gegen den Sicherungsnehmer.

1 RGZ 133, 393, 395; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 60; im Ergebnis auch *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 36; differenzierend hingegen *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 106 f., und *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 61, die nur bei schuldrechtlichen Sicherheiten auf den Verwertungszeitpunkt abstellen, bei dinglichen Sicherheiten aber den Zeitpunkt der Bestellung für maßgeblich halten.

2 BGHZ 173, 1 = GmbHR 2007, 1102 m. Komm. *Bormann* = DStR 2007, 1874 m. Anm. *Goette*.

3 *Altmeppen*, in: Roth/*Altmeppen*, Rdnr. 142.

4 *Altmeppen*, in: Roth/*Altmeppen*, Rdnr. 142.

- 106 Ist dagegen keinem Dritten, sondern einem **Gesellschafter** eine Sicherheit aus dem Gesellschaftsvermögen bestellt worden, so liegt darin nach dem Gesagten noch keine verbotene Auszahlung (Rdnr. 104). Die Sicherheit darf aber nicht verwertet werden, solange sich die Gesellschaft im Stadium der Unterbilanz befindet oder eine Unterbilanz durch die Verwertung herbeigeführt würde. Sonst werden auch hier die Ansprüche aus §§ 31 Abs. 1, Abs. 3, 43 Abs. 3 gegen die Gesellschafter und die Geschäftsführer ausgelöst.

3. Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (§ 30 Abs. 1 Satz 3)

a) Neuordnung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG

- 107 Die dritte Ausnahme vom Auszahlungsverbot, die das MoMiG (Rdnr. 1) einführt hat, bezieht sich auf die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Leistungen auf Forderungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 30 Abs. 1 Satz 3, vgl. auch § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG). Diese Vorschrift dient der **Abschaffung der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen**¹. Diese Regeln beruhten auf dem Grundgedanken, dass die Gesellschafter ihre GmbH im Stadium der Krise, d.h. bei fehlender Kreditwürdigkeit, nur durch die Zuführung von Eigenkapital oder ihm gleichstehender Mittel stützen dürfen, um ein Spekulieren zum Nachteil der Gläubiger zu verhindern. Daher wurde Gesellschafterdarlehen, die der GmbH im Stadium der Krise gewährt oder belassen („stehen gelassen“) wurden, eigenkapitalersetzende Funktion zuerkannt mit der Folge, dass sie (einschließlich Zinsen) **analog § 30 Abs. 1** nur zurückgezahlt werden durften, wenn im Zeitpunkt der Rückzahlung das Stammkapital gedeckt war; widrigenfalls konnte die Rückzahlung nach § 31 zurückgefördert werden². Entsprechendes galt für Fälle der mittelbaren Gesellschafterfinanzierung durch eigenkapitalersetzende Sicherheitsleistungen (gesellschafterbesicherte Drittdarlehen)³. Vor dem MoMiG konkurrierten diese Rechtsprechungsregeln mit den auf die GmbH-Novelle von 1980 zurückgehenden gesetzlichen Vorschriften über eigenkapitalersetzende Darlehen, die insbesondere in §§ 32a, b a.F. und § 135 InsO, § 6 AnfG a.F. geregelt waren (sog. Novellenregeln). Daraus ergab sich ein kompliziertes Nebeneinander von Rechtsprechungs- und Novellenregeln, dem der MoMiG-Gesetzgeber **im Interesse der Rechtsvereinfachung** ein Ende gesetzt hat⁴.
- 108 Der Gesetzgeber hat freilich nicht nur die Rechtsprechungsregeln abgeschafft, sondern – aufbauend auf Vorarbeiten im Schrifttum⁵ – auch die gesetzlichen Vorschriften über Gesellschafterdarlehen **von Grund auf reformiert**, indem er sich von dem früher zentralen Kriterium der Kreditvergabe bzw. -belassung in der Krise verabschiedet und damit die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden

1 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

2 Erstmals BGHZ 31, 258, 272 f. = GmbHR 1960, 43; eingehende Darstellung der Rechtsprechungsregeln in 10. Aufl., §§ 32a, b Rdnr. 77 ff.; *Habersack*, in: Ulmer, §§ 32a, b Rdnr. 206 ff.

3 *Habersack*, in: Ulmer, §§ 32a, b Rdnr. 212, 224.

4 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

5 Grundlegend *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 ff.

Darlehens insgesamt aufgegeben hat¹. Stattdessen bestimmt die neue Regelung nicht nur für eigenkapitalersetzende, sondern vorbehaltlich des Sanierungs- und des Kleinbeteiligtenprivilegs (§ 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO) für *sämtliche* Gesellschafterdarlehen, dass sie in der Insolvenz nachrangig sind (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und Rückzahlungen innerhalb eines Jahres vor der Insolvenzantragstellung der Anfechtung unterliegen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AnfG). Die Regeln zur mittelbaren Gesellschafterfinanzierung finden sich nunmehr in §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO und §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG. Wegen aller Einzelheiten kann auf die Darstellung an anderer Stelle Bezug genommen werden².

b) Folgen für die Kapitalerhaltung

Aus § 30 Abs. 1 Satz 3 folgt, dass die GmbH einem Gesellschafter, der vor Eintritt der Insolvenz die Rückzahlung eines fälligen Gesellschafterdarlehens verlangt, **keine Einwendung analog § 30** mehr entgegenhalten kann³. Das gilt auch für die Zinsen, es sei denn, diese halten einem Drittvergleich nicht stand und begründen deshalb einen eigenen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 (Rdnr. 22). Zahlt die GmbH das Darlehen ohne betriebliche Veranlassung vor Fälligkeit zurück und entsteht ihr hierdurch ein Nachteil, wird man allerdings ungeachtet des § 30 Abs. 1 Satz 3 auch darin eine an § 30 Abs. 1 Satz 1 zu messende Auszahlung sehen müssen⁴, da nicht einzusehen ist, warum für die Begleichung von Darlehensforderungen anderes gelten sollte als für sonstige Forderungen. Zu der streitigen Frage, ob einem fälligen Anspruch auf Darlehensrückzahlung nach § 64 Satz 3 auch die drohende Zahlungsunfähigkeit der GmbH entgegengehalten werden kann, s. bereits § 29 Rdnr. 93. **Keine Auswirkungen** hat § 30 Abs. 1 Satz 3 auf die Rechtsprechung zu sog. **Finanzplankrediten**, da die in diesen Fällen angenommene Kapitalbindung nicht aus § 30 Abs. 1, sondern aus einer Vereinbarung zwischen GmbH und Gesellschafter resultiert (10. Aufl., Nachtrag MoMiG, §§ 32a, b a.F. Rdnr. 95).

109

c) Zeitlicher Anwendungsbereich, Übergangsregelung

Die wegen der einschneidenden Veränderungen praktisch sehr bedeutsame Frage, für welche Fälle die alten Rechtsprechungsregeln auch nach Inkrafttreten des MoMiG (1.11.2008) noch fortgelten und ab wann der neue § 30 Abs. 1 Satz 3 eingreift, bereitet Schwierigkeiten, da die **Übergangsvorschriften zu den Gesellschafterdarlehen** (Art. 103d EGInsO, § 20 Abs. 3 AnfG) nur die Novellenregeln, nicht aber die Rechtsprechungsregeln explizit ansprechen. Diese Unklarheit hat zu einer lebhaften Diskussion geführt, die erst zum Teil höchstrichterlich entschieden ist.

110

1 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42: „Die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens wird damit aufgegeben“.

2 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, Erl. zu §§ 32a/b a.F.

3 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

4 Freilich nicht in Höhe der zurückgezahlten Darlehensvaluta, sondern nur in Höhe des dem Gesellschafter zugewandten Vorteils, über die Valuta schon vorzeitig disponieren zu können.

- 111 **aa)** Für **(echte) Altfälle**, in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 eröffnet wurde, bestimmt **Art. 103d Satz 1 EGInsO**, dass noch die bis dahin geltenden „gesetzlichen Vorschriften“ anzuwenden sind. Damit sind, wie der BGH mit Recht entschieden hat, nicht nur die bisherigen Novellenregeln, sondern kraft Sachzusammenhangs auch die bisher analog angewandten §§ 30 f. gemeint. Die **Rechtsprechungsregeln** bleiben daher in derartigen Altfällen **uneingeschränkt anwendbar**¹. Ergänzend hat der BGH – allerdings nur *obiter* – darauf verwiesen, dass sich dasselbe Ergebnis auch durch Anwendung der Grundsätze des intertemporalen Schuldrechts begründen lasse². Danach untersteht ein Schuldverhältnis dem Recht, das zu seiner Entstehung galt (Artt. 170, 229 § 5, 232 § 1 EGBGB analog)³.
- 112 **bb)** Für die **übrigen Fälle** (keine Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor dem 1.11.2008) ist die Rechtslage noch nicht höchstrichterlich geklärt. Gestritten wird vor allem darum, ob sich auch hier das Übergangsrecht nach den für die Novellenregeln gesetzlich normierten Übergangsvorschriften richtet (**Art. 103d Satz 2 EGInsO, § 20 Abs. 3 AnfG**)⁴ oder diese Vorschriften das Übergangsrecht der Rechtsprechungsregeln ungeregelt lassen und daher an die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Schuldrechts anzuknüpfen ist⁵. Diejenigen Stimmen in Rechtsprechung und Schrifttum, die für Letzteres plädieren, gelangen zu dem Ergebnis, dass Ansprüche aus § 31 analog, die bereits vor dem 1.11.2008 aus der Rückzahlung eines kapitalersetzen Darlehens entstanden sind, auch weiterhin fortbestehen⁶. Anderes soll jedoch gelten, wenn das kapitalersetzende Darlehen vor dem 1.11.2008 noch nicht zurückgezahlt worden ist. In diesem Fall soll sich die GmbH ab dem 1.11.2008 gemäß § 30 Abs. 1 Satz 3 nicht mehr auf ihre frühere Einwendung aus § 30 analog berufen können⁷. Ob sich diese Differenzierung wirklich aus einer konsequenten Anwendung der Grundsätze des intertemporalen Schuldrechts ableiten lässt, mag indes dahinstehen. Richtigerweise kommt es auf diese Grundsätze nicht an, da die Lösung mit der ersten Ansicht aus den Übergangsregeln in **Art. 103d Satz 2 EGInsO, § 20 Abs. 3 AnfG** abzuleiten ist. Ergab sich die zutreffende Lösung für die echten

1 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 179, 249 Rdnr. 17 f. = GmbHR 2009, 427 mit Komm. *Blöse*; zuletzt BGH, GmbHR 2011, 301 Rdnr. 20; ebenso die ganz h.L., 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, §§ 32a/b a.F. Rdnr. 12; *Goette*, in: *Goette/Habersack, MoMiG*, Rdnr. 9.53; *Haas, DStR* 2009, 976, 979; *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 642 m.w.N.; a.A. *Hirte/Knof/Mock*, NZG 2009, 48, 50 (Fall 5).

2 BGHZ 179, 249 Rdnr. 19 ff. = GmbHR 2009, 427 mit Komm. *Blöse*.

3 *Grüneberg*, in: *Palandt, Einl. v. § 241 BGB* Rdnr. 14.

4 So namentlich *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 645 ff., insbes. 647; *Haas, DStR* 2009, 976, 979.

5 So vor allem OLG Jena, GmbHR 2009, 431, 432 f.; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 111.

6 OLG Jena, GmbHR 2009, 431, 432 f.; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 111 m.w.N.; mit abw. Begründung auch *Grigoleit/Rieder, MoMiG*, Rdnr. 257; *Lorenz*, GmbHR 2009, 135, 136 f.; ferner OLG München, GmbHR 2011, 195, 196 (allerdings unter unzutr. Berufung auf BGHZ 179, 249 = GmbHR 2009, 427, wo sich der BGH allein mit echten Altfällen im Sinne des Art. 103d Satz 1 EGInsO befasst). Differenzierend *Rellermeyer/Gröblinghoff*, ZIP 2009, 1933, 1934 ff.

7 OLG Frankfurt a.M., ZInsO 2010, 235, 237; OLG München, GmbHR 2011, 195, 196; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Anh. § 30 Rdnr. 112 (unter Hinweis auf Art. 171 EGBGB).

Altfälle aus einer Ausdehnung des Art. 103d Satz 1 EGInsO auf die Rechtsprechungsregeln (Rdnr. 111), ist es nur folgerichtig, auch den Regelungsgehalt des Art. 103d Satz 2 EGInsO und des § 20 Abs. 3 AnfG auf die Rechtsprechungsregeln zu erstrecken. Art. 103d Satz 2 EGInsO spricht zwar nur von der Fortgeltung der „bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung“. Der Sachzusammenhang streitet jedoch auch hier für einen **Gleichlauf von Novellen- und Rechtsprechungsregeln**.

Folgt man dem, gelangt man zu folgenden Ergebnissen: (1) Soweit es um Rechts-
handlungen vor dem 1.11.2008 geht und die **alte Rechtslage** für den Kreditgeber/
Gesellschafter **günstiger** ist als die neue Rechtslage, findet nach Art. 103d Satz 2
EGInsO, § 20 Abs. 3 AnfG noch das alte Recht Anwendung („unechter“ Altfall).
War das Darlehen nach altem Recht nicht eigenkapitalersetzend, weil es nicht
in der Krise gewährt oder stehen gelassen wurde, und wurde das Darlehen vor
dem 1.11.2008 zurückgezahlt, bleibt es somit zugunsten des Gesellschafters bei
der nach altem Recht gegebenen Unbedenklichkeit der Rückzahlung. Diese
kann selbst dann nicht angefochten werden, wenn innerhalb eines Jahres nach
der Rückzahlung Insolvenzantrag gestellt wird und sie daher nach neuem Recht
(§ 135 Nr. 2 InsO n.F.) anfechtbar wäre¹. Liegt zwischen der vor dem 1.11.2008
erfolgten Rückzahlung und der Insolvenzantragstellung dagegen mehr als ein
Jahr, ist die Rückzahlung schon nach neuem Recht unangreifbar. Die in
Art. 103d Satz 2 EGInsO und § 20 Abs. 3 AnfG angeordnete Fortgeltung des alten
Rechts zugunsten des Gesellschafters kann daher nur in Fällen relevant werden,
in denen der Insolvenzantrag vor dem 1.11.2009 gestellt wurde².

(2) In den **verbleibenden Fällen** findet dagegen nach Art. 103d Satz 2 EGInsO,
§ 20 Abs. 3 AnfG das neue Recht Anwendung. Der GmbH steht daher seit dem
1.11.2008 **keine Einwendung analog § 30** mehr zu, wenn der Gesellschafter das
nach altem Recht kapitalersetzende, nach neuem Recht (§ 30 Abs. 1 Satz 3) aber
nicht mehr verstrickte Darlehen nach Eintritt der Fälligkeit zurückfordert³. An
der Anwendung des neuen Rechts ändert sich – und darin liegt der entscheidende
Unterschied zu der auf die Grundsätze des intertemporalen Schuldrechts re-
kurrierenden Gegenansicht (Rdnr. 112) – auch dann nichts, wenn vor Inkrafttre-
ten des MoMiG durch Rückzahlung des kapitalersetzenden Darlehens bereits
ein **Rückgewähranspruch analog § 31** entstanden war. Dieser Anspruch ist, so-
weit kein echter Altfall im Sinne des Art. 103d Satz 1 EGInsO (Rdnr. 111) vor-
liegt, mit Beginn des 1.11.2008 **erloschen**, da ihn das anwendbare neue Recht
nicht mehr anerkennt⁴. Der Einwand, diese Lösung könne gegen das verfas-
sungsrechtliche Rückwirkungsverbot verstößen, überzeugt im Ergebnis nicht⁵.

1 *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 647; insoweit allg. M.

2 *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 647.

3 *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 647 f.; *Haas*, DStR 2009, 976, 979; mit abw. Begründung auch
diejenigen, die auf die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Schuldrechts abstel-
len wollen (Rdnr. 112).

4 *Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 647 f.; implizit auch *Haas*, DStR 2009, 976, 979; weiterge-
hend (Erlöschen auch in echten Altfällen im Sinne des Art. 103d Satz 1 InsO, allerdings
analog § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht bei bereits rechtskräftig festgestellten Ansprüchen)
Hirte/Knof/Mock, NZG 2009, 48, 49 f. (Fälle 4 und 5).

5 *Ebenso Altmeppen*, ZIP 2011, 641, 648; skeptisch aber OLG Jena, GmbHR 2009, 431,
433.

Insoweit kann nichts anderes gelten als zu dem vom BGH entschiedenen Parallelproblem zur Neuregelung der verdeckten Sacheinlage¹.

IV. Darlegungs- und Beweislast

- 115 Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Tatsachen, die einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 begründen, liegt nach allgemeinen Regeln grundsätzlich bei dem, der sich auf den Verstoß beruft, typischerweise also bei der Gesellschaft bzw. ihrem Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO). Allerdings gilt das nicht ausnahmslos. So muss die GmbH bezüglich der Auszahlung nur den Vermögenstransfer an den Gesellschafter darlegen und beweisen. Der Einwand, dass dem eine dem Drittvergleich standhaltende Gegenleistung des Gesellschafters gegenübersteht, ist sodann von diesem darzulegen und zu beweisen². Gleiches gilt für den Einwand, dass eine dem Gesellschafter zugeflossene Auszahlung ihm ausnahmsweise nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter (*causa societatis*, Rdnr. 30) gewährt worden ist³. Der Nachweis, dass die Auszahlung zu Lasten des Stammkapitals ging, obliegt demgegenüber grundsätzlich der Gesellschaft⁴. Er kann, muss aber nicht zwingend anhand einer Zwischenbilanz zum Auszahlungsstichtag erbracht werden. Trägt die Gesellschaft konkret und detailliert das Vorliegen einer Unterbilanz vor, darf sich der Gesellschafter zur Meidung der Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO nicht auf allgemeines Bestreiten beschränken, sondern muss substantiiert vortragen, in welchen Punkten die Bilanz unrichtig sein soll⁵.
- 116 Besteht sowohl zu Beginn als auch am Ende des Geschäftsjahres eine Unterbilanz, so spricht ein **Beweis des ersten Anscheins** dafür, dass auch während des Geschäftsjahres das Stammkapital nicht gedeckt war⁶. Im Übrigen ist den Beweisschwierigkeiten, denen vor allem der Insolvenzverwalter ausgesetzt sein kann, wenn eine Zwischenbilanz fehlt und wenn nicht einmal geordnete Geschäftsaufzeichnungen vorhanden sind, nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast zu begegnen⁷. Es genügt dann, dass der Insolvenzverwalter hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Unterbilanz darlegt; anschließend obliegt es dem Gesellschafter, darzulegen und zu beweisen, dass im

1 BGHZ 185, 44 Rdnr. 29 f. = GmbHR 2010, 700; dazu oben § 19 Rdnr. 170; *Verse*, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 19 GmbHG Rdnr. 99 m.w.N.

2 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 291; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 65; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 189.

3 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 146, 291; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 189. Zu den Besonderheiten, die bei der Auszahlung an künftige oder ausgeschiedene Gesellschafter zu beachten sind, s. aber Rdnr. 33 f.

4 BGH, NJW 2000, 2577, 2578 f. – „Balsam Procedo I“ (insoweit in BGHZ 144, 336 = GmbHR 2000, 771 nicht abgedruckt); *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 58; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 188; abw. *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 291 f.

5 BGH, NJW 2000, 2577, 2578 f.; *T. Fleischer*, in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 35.

6 KG, NZG 2000, 1224, 1225; *zust. Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 16; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 58; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 188.

7 BGH, GmbHR 2003, 466, 467 m. Komm. *Schulze* (zur Unterbilanzhaftung); BGH, GmbHR 2006, 537 Rdnr. 11 (zum Anspruch gegen den Geschäftsführer aus §§ 43 Abs. 3 Satz 1, 30 Abs. 1).

Auszahlungszeitpunkt das Stammkapital gedeckt war¹. Auszunehmen von dieser Beweislastumkehr ist allerdings der Fall, dass der Gesellschafter nicht Geschäftsführer war und substantiiert darlegt, dass er über die Verhältnisse der Gesellschaft nicht hinreichend informiert war². Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die einen Ausnahmetatbestand nach § 30 Abs. 1 Satz 2–3 begründen, trägt dagegen der Gesellschafter³.

V. Rechtsfolgen

1. Auszahlungsverbot und Erstattungsanspruch

Würde eine beabsichtigte Auszahlung gegen § 30 Abs. 1 verstoßen, muss sie zwingend unterbleiben. In einem auf Auszahlung gerichteten Rechtsstreit ist dieses Verbot als von Amts wegen zu berücksichtigende **Einwendung**, nicht nur als Einrede, zu berücksichtigen⁴. Die Einwendung besteht nur temporär, solange der Verstoß gegen § 30 Abs. 1 droht, d.h. eine Unterbilanz besteht oder durch die Auszahlung herbeigeführt würde. Solange der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters einwendungsbehaftet ist, kann er nach zutreffender, allerdings bestrittener Ansicht auch nicht verjähren⁵. Bis zur Klärung dieser Streitfrage wird dem Gesellschafter empfohlen, rechtzeitig Feststellungsklage zu erheben⁶. Die Einwendung aus § 30 Abs. 1 muss sich bei Abtretung, Pfändung oder Verpfändung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters nach §§ 404, 1275 BGB auch der **Zessionär/Pfandgläubiger** entgegenhalten lassen⁷. Im Fall einer Vorausabtretung greift § 404 BGB anerkanntermaßen auch ein, wenn das Auszahlungshindernis infolge einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft erst nach der Abtretung, aber bereits vor Entstehung des abgetretenen Anspruchs entstanden ist⁸. Da § 404 BGB nicht voraussetzt, dass im Zeitpunkt der Abtretung bereits der gesamte Einwendungstatbestand erfüllt war, sondern die Einwendung lediglich dem Grunde nach in dem Schuldverhältnis angelegt gewesen

1 BGH, GmbHR 2003, 466, 467 (zur Unterbilanzaftung); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 16; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 58; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 188.

2 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 58; vgl. auch BGH, GmbHR 2006, 537 Rdnr. 11 (zur Haltung des inzwischen ausgeschiedenen Geschäftsführers aus §§ 43 Abs. 3 Satz 1, 30 Abs. 1).

3 *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 36; zu § 30 Abs. 1 Satz 2 auch *Bormann/Urlich*, in: GmbHR-Sonderheft MoMiG, 2008, S. 37, 49; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 189.

4 BGH, GmbHR 1996, 285, 286; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 282; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 94; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 190; *Stimpel*, in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 356; abw. *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals, S. 121; *Berg*, Rechtsdogmatische Fragen, S. 174 m.W.N. aus dem älteren Schrifttum.

5 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 282 (§ 205 BGB analog); dagegen jedoch *Perwein*, GmbHR 2006, 1149, 1150 f.; *Grothe*, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2012, § 205 BGB Rdnr. 2.

6 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 282; *Perwein*, GmbHR 2006, 1149, 1150 f.

7 BGHZ 166, 125 Rdnr. 12 = GmbHR 2006, 487; BGH, GmbHR 2007, 43 Rdnr. 9; BGH, GmbHR 2008, 198 Rdnr. 30 (jeweils zur Zession); *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 285; *Habersack*, in: Ulmer, § 31 Rdnr. 18. Zur Frage, gegen wen sich in diesem Fall der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 richtet, wenn gleichwohl ausgezahlt wird, s. § 31 Rdnr. 14.

8 BGH, GmbHR 2008, 198 Rdnr. 32 f.

sein muss¹, dürfte das Auszahlungshindernis aber auch in sonstigen Fällen einer nachträglichen Vermögensverschlechterung gegen den Zessionar bzw. Pfandgläubiger wirken².

- 117a Solange der Gesellschafter wegen § 30 Abs. 1 seinen Auszahlungsanspruch nicht durchsetzen kann, ist er bei Austauschverträgen **auch nicht zur Gegenleistung verpflichtet**³. Bietet der Gesellschafter an, das Austauschgeschäft so zu Gunsten der Gesellschaft abzuändern, dass es nicht mehr gegen § 30 Abs. 1 verstößt (z.B. den Differenzbetrag zum marktgerechten Preis zuzuzahlen), stellt sich die umstrittene Frage, ob die GmbH verpflichtet ist, dieser **Vertragsanpassung** zuzustimmen⁴. Die Frage ist richtigerweise ebenso zu verneinen wie die viel diskutierte Parallelfrage zu § 31, ob der Empfänger einer verbotenen Auszahlung die Rückgewähr des erlangten Gegenstands dadurch abwehren kann, dass er den zur Behebung des Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 erforderlichen Differenzbetrag erstattet (§ 31 Rdnr. 17).
- 118 Wird unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 ausgezahlt, steht der Gesellschaft ein sofort fälliger **Erstattungsanspruch** nach § 31 Abs. 1 gegen den begünstigten Gesellschafter bzw. den ihm gleich gestellten Dritten (Rdnr. 38 ff.) zu. Daneben trifft die Mitgesellschafter eine **Ausfallhaftung** (§ 31 Abs. 3), die allerdings auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt ist. Zu den Einzelheiten s. Erl. zu § 31, dort auch zu konkurrierenden Ansprüchen aus **Insolvenzanfechtung** nach §§ 129 ff. InsO (§ 31 Rdnr. 34 f.).

2. Auswirkungen auf den Auszahlungsbeschluss

- 119 Ein **Gesellschafterbeschluss**, der eine Auszahlung vorsieht, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt mit § 30 Abs. 1 unvereinbar ist, ist weder richtig noch anfechtbar, sondern so lange **nicht vollziehbar**, bis sich die Auszahlung (wegen zwischenzeitlich eingetretener Deckung des Stammkapitals) mit § 30 Abs. 1 vereinbaren lässt⁵. Allerdings soll der Beschluss nach überwiegender Ansicht ausnahmsweise analog § 241 Nr. 3 AktG richtig sein, wenn er auf eine Auszahlung trotz Verletzung des § 30 Abs. 1 geradezu abzielt⁶. In diesem Sinne hat der BGH für die Einziehung von Geschäftsanteilen wiederholt entschieden, dass ein darauf gerichteter Beschluss nichtig ist, wenn bereits bei der Beschlussfassung

1 Grüneberg, in: Palandt, § 404 BGB Rdnr. 4; G.H. Roth, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2007, § 404 BGB Rdnr. 12; jeweils m.N. aus der Rechtsprechung.

2 Ebenso Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 285; abw. Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 31 Rdnr. 8; zum Einwand der Verstrickung von Ansprüchen nach altem Kapitalersatzrecht auch BGHZ 104, 33, 37 = GmbHR 1988, 301.

3 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 83; Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 288; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 202.

4 Bejahend Kleffner, Erhaltung des Stammkapitals, S. 122 f.; Karsten Schmidt, GesR, § 37 III 2c; differenzierend Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 84 f.; ablehnend Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 288; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 202.

5 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 282; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 95; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 66; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 193.

6 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 281; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 95; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 193; zweifelnd Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 66.

feststeht, dass die sofort fällige Abfindung des Gesellschafters ganz oder teilweise nicht aus ungebundenem Vermögen gezahlt werden kann (§§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1)¹. Im Übrigen können Auszahlungsbeschlüsse selbstverständlich auch aus anderen Gründen nichtig oder anfechtbar sein, Letzteres etwa dann, wenn sie einzelnen Gesellschaftern ungerechtfertigte Sondervorteile verschaffen und deshalb gegen das Gleichbehandlungsgebot (§ 13 Rdnr. 52 ff.) verstößen.

3. Auswirkungen auf das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft

a) Keine Nichtigkeit nach § 134 BGB

Das der Auszahlung zugrunde liegende **Verpflichtungsgeschäft** und das die Auszahlung bewirkende **Verfügungsgeschäft** sind im Fall eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 nach ganz h.M. **nicht gemäß § 134 BGB nichtig**². Für das **Verpflichtungsgeschäft** ergibt sich die Richtigkeit dieser Auffassung schon aus der Überlegung, dass bei dessen Abschluss häufig noch gar nicht feststeht, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der Erfüllung das Stammkapital angetastet wird³. Davon abgesehen ist für die Gewährung eines durch die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts eröffneten Bereicherungsanspruchs neben dem Erstattungsanspruch aus § 31 auch kein Bedürfnis erkennbar. Aber auch für das **Verfügungsgeschäft** trifft die h.M. das Richtige. Zwar wurde dies früher mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass insoweit nichts anderes als im Aktienrecht gelten dürfe und dort die Nichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen § 57 AktG weithin anerkannt sei⁴. Inzwischen spricht sich jedoch auch im Aktienrecht die wohl h.L. gegen die Nichtigkeit aus⁵. Unabhängig davon sprechen mindestens drei Gründe dafür, dass neben der auf den besonderen Fall zugeschnittenen **Spezialnorm des § 31** für eine Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts nach § 134 BGB bei Verstößen gegen § 30 Abs. 1 kein Raum ist. Erstens hat die Annahme der Nichtigkeit in denjenigen Fällen, in denen die Auszahlung nur teilweise das Stammkapital angreift, überschießenden Charakter⁶. Zweitens wäre der sich aus einer Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts ergebende Anspruch aus § 985 BGB geeignet, den in § 31 Abs. 2 vorgesehenen Schutz des gutgläubigen Empfängers auszuhöhlen⁷.

1 BGHZ 144, 365, 368 ff. = GmbHR 2000, 822; BGH, DStR 2001, 1898 m. Anm. *Goette*, BGH, DStR 2006, 1900, 1901 m. Anm. *Goette*; BGH, GmbHR 2011, 761 Rdnr. 19; BGH, ZIP 2012, 422 Rdnr. 7 mit insoweit krit. Bespr. *Priester*, ZIP 2012, 658, 659 f.; s. auch schon BGHZ 9, 157, 173 f.

2 BGHZ 136, 125, 129 ff. = GmbHR 1997, 790; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 79 f.; *Ekkenga*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Rdnr. 276 f.; *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 96 f.; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 67; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 45 f.; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 194 ff.

3 So bereits RGZ 113, 241, 244; BGH, LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; ferner etwa *Canaris*, in: *FS Fischer*, S. 31, 55; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 67; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 196.

4 So namentlich *Canaris*, in: *FS Fischer*, S. 31, 56 m.w.N.

5 S. nur *Fleischer*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 57 AktG Rdnr. 73 f. mit zahlreichen Nachw.

6 *Habersack*, in: *Ulmer*, Rdnr. 97; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 195; vgl. auch BGHZ 136, 125, 130 = GmbHR 1997, 790.

7 S. zu diesem Argument schon RGZ 168, 292, 302; BGH, LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 46; *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals, S. 108.

Und drittens – diese Erwägung gilt gleichermaßen für die AG¹ – würde das mit dem Anspruch aus § 985 BGB verbundene Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) in der Insolvenz des Gesellschafters zu einer Privilegierung der Gesellschaft gegenüber den übrigen Gläubigern des Gesellschafters führen. Es ist jedoch nicht Sinn des Kapitalschutzes, die Gesellschaft in der Insolvenz ihres Gesellschafters besser zu stellen als dessen andere Gläubiger. An etwas anderes ließe sich nur denken, wenn der Kapitalschutz auf den Schutz des Gesellschaftsvermögens in seiner konkreten gegenständlichen Zusammensetzung gerichtet wäre, was jedoch gerade nicht der Fall ist (Rdnr. 53)². Diese Erwägungen gelten **auch bei bewusstem Verstoß gegen § 30 Abs. 1**. Mit Recht hat daher der BGH die frühere Rechtsprechung, die bei bewusstem Verstoß ausnahmsweise doch von Nichtigkeit ausgehen wollte³, ausdrücklich aufgegeben⁴.

- 121 Die vorstehenden Grundsätze gelten auch, wenn das Verfügungsgeschäft in einer **Aufrechnung** seitens der GmbH liegt, die gegen § 30 Abs. 1 verstößt (denkbar z.B. bei Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung des Gesellschafters). Die Aufrechnung ist folglich nicht richtig, löst aber den Rückgewähranspruch nach § 31 aus⁵. Besonderheiten gelten, wenn die GmbH mit einer Einlageforderung aufrechnet, da dann schon die Kapitalaufbringung und nicht erst die Kapitalerhaltung betroffen ist⁶.

b) Unwirksamkeit wegen mangelnder Vertretungsmacht?

- 122 Nach ganz h.M. führt der bloße Verstoß gegen § 30 Abs. 1 auch **nicht** dazu, dass die **Vertretungsmacht** der GmbH-Geschäftsführer für den Abschluss des Verpflichtungs- oder des Verfügungsgeschäfts **entfällt**⁷. Zwar mag auf den ersten Blick die gegenteilige Annahme nahe liegen, da die Geschäftsführer mit einer gegen § 30 Abs. 1 verstößenden Leistung ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzen (§ 43 Abs. 3) und nach h.M. § 37 Abs. 2 im Verhältnis zu den Gesellschaftern keine Anwendung finden soll, so dass auch interne Beschränkungen auf die Vertretungsbefugnis durchschlagen können (10. Aufl., § 35 Rdnr. 27). Indes sprechen dieselben Gründe, die gegen die Nichtigkeit nach § 134 BGB sprechen (Rdnr. 120), auch dagegen, dass jeder Verstoß gegen § 30 Abs. 1 zur Unwirksamkeit nach § 177 BGB führt.

1 *T. Bezzemberger*, Kapital, S. 246; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 57 AktG Rdnr. 74.

2 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 79; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 277; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 97; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 197.

3 RGZ 168, 292, 302 f.; BGH, LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; BGHZ 69, 274, 280; BGHZ 81, 361, 367 f.; BGHZ 95, 188, 192 = GmbHR 1986, 21.

4 BGHZ 136, 125, 129 ff. = GmbHR 1997, 790; zust. die ganz h.L., s. nur *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 79; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 198 m.w.N.

5 *Habersack*, in: Ulmer, §§ 32a, b Rdnr. 217 m.w.N.; ferner 10. Aufl., §§ 32a/b Rdnr. 81 a.E.; a.A. *Joost*, ZHR 148 (1984), 27, 47 ff.; zweifelnd *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 279.

6 Näher dazu oben § 19 Rdnr. 71 ff.; *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 19 GmbHG Rdnr. 24 ff.

7 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 278 m.w.N.; ausführlich *Kleffner*, Erhaltung des Stammkapitals, S. 106 ff.; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 184 f.; a.A. aber *Wilhelm*, in: FS Flume II, S. 337, 364; für das Verfügungsgeschäft auch *Hager*, ZGR 1989, 71, 97 Fn. 113.

Entfällt die Vertretungsmacht somit jedenfalls nicht generell, bleibt die Frage, ob nicht wenigstens in denjenigen Fällen, in denen der Verstoß gegen § 30 Abs. 1 für den begünstigten Gesellschafter **evident** ist, nach den Grundsätzen des **Missbrauchs der Vertretungsmacht**¹ der Pflichtverstoß der Geschäftsführer aus dem Innenverhältnis zur Gesellschaft auch auf das Außenverhältnis zum Gesellschafter durchschlägt mit der Folge, dass entsprechend § 177 BGB von der Unwirksamkeit des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts auszugehen wäre². Dafür spricht immerhin, dass das gegen eine generelle Unwirksamkeit angeführte Argument aus § 31 Abs. 2 bei Evidenz des Verstoßes nicht verfängt, da der Empfänger dann gerade nicht gutgläubig ist. Die weiteren angeführten Gründe (Rdnr. 120) gegen die Unwirksamkeit behalten dagegen auch hier ihre Gültigkeit. Mit der h.M. ist daher davon auszugehen, dass die Spezialregelung des § 31 auch für die **Anwendung der Grundsätze vom Missbrauch der Vertretungsmacht keinen Raum** lässt³. Daran sollte entgegen einer verbreiteten Ge- genansicht⁴ auch im Verhältnis zu Dritten festgehalten werden⁵, was namentlich für die Fälle von Bedeutung ist, in denen die GmbH unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 eine Verbindlichkeit ihres Gesellschafters gegenüber einem Dritten erfüllt oder besichert. Auch hier würde die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts mit dem Dritten überschließenden Charakter haben, wenn die Leistung nur teilweise zu Lasten des Stammkapitals geht.

c) Sittenwidrigkeit

Nur unter engen **Voraussetzungen** können nach § 30 Abs. 1 verbotswidrige Auszahlungen **sittenwidrig** sein und damit zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führen. Dass die Beteiligten im Zeitpunkt der Auszahlung Kenntnis von dem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 hatten oder sie sich dieser Kenntnis leichtfertig verschlossen haben, genügt hierfür nicht⁶. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit wird aber überschritten, wenn bei einer gegen § 30 Abs. 1 verstoßenden Sicherheitsbestellung der GmbH für eine Gesellschafterverbindlichkeit der Sicherheitsnehmer mit dem Gesellschafter **kollusiv zusammenwirkt**, um die Gesellschaft oder deren Gläubiger bewusst zu schädigen, namentlich um die Gläubiger über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft zu täuschen und zur Vergabe weiterer

1 Zu diesen etwa *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 BGB Rdnr. 14 ff.; *Habersack*, in: Staub, 5. Aufl. 2009, § 126 HGB Rdnr. 23 ff.

2 So namentlich *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 82, 86; ferner für das Verhältnis zu Dritten die Nachw. in übernächster Fn.

3 *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 278; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 67; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 200; *Wilhelmi*, Kapitalerhaltung, S. 185 f.; implizit auch BGHZ 136, 125, 129 ff. = GmbHR 1997, 790, wo trotz bewussten Verstoßes der Beteiligten die Grundsätze vom Missbrauch der Vertretungsmacht unerwähnt bleiben.

4 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 82, 86 i.V.m. Rdnr. 42 ff.; *Hager*, ZGR 1989, 71, 101 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 53; *Steinbeck*, WM 1989, 885, 889 f.; zweifelnd *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 201.

5 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 99; *Oetker*, KTS 1991, 521, 535; *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 366 Fn. 59; *Sonnenhol/Groß*, ZHR 159 (1995), 388, 407 f.

6 BGHZ 138, 291, 299 = GmbHR 1998, 935; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 99; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 199; *Sonnenhol/Groß*, ZHR 159 (1995), 388, 411 f.; a.A. *Müllert*, ZGR 1995, 578, 608; *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 366 f.

Kredite zu verleiten¹. In einem solchen Fall ist die Sicherheitenbestellung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Allein die Gläubigergefährdung, die sich aus dem Umstand ergibt, dass die Gesellschaft nahezu ihr gesamtes Vermögen als Sicherheit zur Verfügung stellt, reicht für die Annahme der Sittenwidrigkeit jedoch nicht aus².

d) Unwirksamkeit aus anderen Gründen

- 125 Unberührt bleibt die Unwirksamkeit aus anderen Gründen als dem Verstoß gegen § 30 Abs. 1. So kann in **Mehrpersonengesellschaften** in der Gewährung von Sonderzuwendungen an einen Gesellschafter ohne entsprechenden Gesellschafterbeschluss neben dem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 auch ein Verstoß gegen die **Zuständigkeitsordnung** sowie das **Gleichbehandlungsgebot** liegen, und zwar auch und gerade, soweit das Stammkapital nicht tangiert ist (§ 29 Rdnr. 118 ff.). Diese weiteren Verstöße führen nach überwiegender Ansicht zur Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts (§ 29 Rdnr. 125).

4. Schadensersatz

- 126 Trifft die **Geschäftsführer** ein Verschulden hinsichtlich des Verstoßes gegen § 30 Abs. 1, was analog § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vermutet wird, sind sie der GmbH nach Maßgabe des **§ 43 Abs. 3** gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichtet (zu den Einzelheiten 10. Aufl., § 43 Rdnr. 268 ff.). Dies kommt nicht nur in Betracht, wenn die Geschäftsführer die Auszahlung selbst vorgenommen haben, sondern auch, wenn sie es versäumt haben, im Rahmen des Zumutbaren dafür zu sorgen, dass nicht ein anderer Geschäftsführer oder ein Angestellter der Gesellschaft eine verbotswidrige Zahlung vornimmt³. Die Geschäftsführer sind zudem bei (wiederum vermutetem) Verschulden nach **§ 31 Abs. 6** den Mitgesellschaftern des begünstigten Gesellschafters verantwortlich, soweit diese im Rahmen der Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 in Anspruch genommen worden sind (§ 31 Rdnr. 82 ff.). Die Haftung nach diesen Vorschriften trifft auch den nur „faktischen“ Geschäftsführer⁴. Dagegen bestehen anerkanntermaßen keine Ansprüche der Gläubiger der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer aus § 30 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Da eine unmittelbare Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der auf eine Innenhaftung angelegten Konzeption der §§ 31, 43 Abs. 3 zuwider liefe, ist das Auszahlungsverbot **nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen**⁵.

1 BGHZ 138, 291, 298 f.

2 BGHZ 138, 291, 299 f.

3 BGHZ 148, 167, 170 = GmbHR 2001, 771; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 23; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 43.

4 BGHZ 148, 167, 169 f. = GmbHR 2001, 771; *zust. H.-F. Müller*, ZGR 2003, 441, 449; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 43; s. auch noch § 31 Rdnr. 84 m.w.N.; zur Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, § 43 Rdnr. 220 ff.; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 ff.

5 Heute wohl allg. M.; BGHZ 110, 342, 359 f. = GmbHR 1990, 251; BGHZ 148, 167, 170 = GmbHR 2001, 771; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 22; *Hueck/Fastrich*, in: Baum-bach/Hueck, Rdnr. 1; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 192; alle m.w.N.

Nimmt ein den Geschäftsführern nachgeordneter **Angestellter der Gesellschaft** – etwa ein Prokurst – eine gegen § 30 Abs. 1 verstößende Auszahlung vor, so kann darin eine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber der GmbH liegen, die ihn nach Maßgabe der arbeitsrechtlichen Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs¹ zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280 Abs. 1, 619a BGB). Eine Pflichtverletzung ist jedoch grundsätzlich ausgeschlossen, wenn er auf Weisung der (dann ihrerseits nach § 43 Abs. 3 verantwortlichen) Geschäftsführer gehandelt hat². Etwas anderes gilt freilich, wenn die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung des Angestellten nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB gegeben sind³.

Zu der Frage, ob und inwieweit die an der verbotenen Auszahlung mitwirkenden **Gesellschafter** (neben dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 bzw. Abs. 3) Schadensersatzansprüchen der GmbH wegen **Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht** ausgesetzt sein können, s. noch § 31 Rdnr. 32. Eine Haftung der Gesellschafter aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 30 Abs. 1 scheidet wegen des fehlenden Schutzgesetzcharakters (Rdnr. 126) aus.

VI. Auszahlungsverbot in der GmbH & Co. KG

1. Ausgangspunkt

Die Auszahlungssperre des § 30 Abs. 1 gilt auch für die Komplementär-GmbH einer **GmbH & Co. KG**. Insoweit sind zwei Fragenkreise zu unterscheiden. Zum einen fragt sich, ob unter § 30 Abs. 1 auch Auszahlungen aus dem KG-Vermögen fallen, die sich mittelbar auf die Komplementär-GmbH auswirken (Rdnr. 130 ff.). Zum zweiten stellt sich die Frage, ob auch für Auszahlungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH selbst Besonderheiten zu beachten sind (Rdnr. 133 f.). Die gleichen Fragen stellen sich auch für die **UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG**. Für sie gelten die nachstehenden Ausführungen entsprechend, freilich mit der Besonderheit, dass in der UG (haftungsbeschränkt) anders als in der GmbH nicht nur Auszahlungen zu Lasten des Stammkapitals, sondern auch sonstige Auszahlungen an die Gesellschafter außerhalb der jährlichen Gewinnverteilung verboten sind (Rdnr. 10 f.).

2. Auszahlungen aus dem KG-Vermögen

a) Mittelbare Auszahlung aus dem Stammkapital der GmbH

Eine Auszahlung (Rdnr. 18 ff.) aus dem **Vermögen der KG** kann sich in zweierlei Hinsicht als **mittelbare Auszahlung der GmbH** darstellen und deshalb in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 fallen. Zum einen liegt eine mittelbare Auszahlung der GmbH vor, soweit sich infolge der Auszahlung aus dem KG-Vermögen der **Wert der Beteiligung** der GmbH an der KG verringert (was nicht zwangsläufig der Fall sein muss, da die GmbH nicht am Gewinn und Vermögen

1 Dazu statt vieler *Henssler*, in: *MünchKomm. BGB*, 5. Aufl. 2009, § 619a BGB Rdnr. 5 ff.

2 BGHZ 148, 167, 171 ff. = GmbHR 2001, 771; zust. *H.-F. Müller*, ZGR 2003, 441, 452 f.; ferner OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 854, 856.

3 BGHZ 148, 167, 173 = GmbHR 2001, 771.

der KG beteiligt sein muss). Zum anderen ist an den Fall zu denken, dass die KG auszahlt, obwohl konkrete Zweifel daran bestehen, ob sie ihre Verbindlichkeiten noch vollständig bedienen kann. In diesem Fall wird die **Haftung der Komplementär-GmbH** für die Verbindlichkeiten der KG (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB) nicht mehr durch einen vollwertigen Freistellungsanspruch gegen die KG (§§ 161 Abs. 2, 110 Abs. 1 HGB) neutralisiert, so dass jede Auszahlung der KG eine Vermögensminderung der GmbH bewirkt. Befindet sich die GmbH im Stadium der Unterbilanz oder gerät sie durch die mittelbare Auszahlung in dieses Stadium, so sind beide Fallgruppen anerkanntermaßen an § 30 Abs. 1 zu messen¹.

b) Auszahlungsempfänger

- 131 In den genannten Fällen verbietet § 30 Abs. 1 fraglos die Auszahlung an einen Kommanditisten, der zugleich **GmbH-Gesellschafter** ist², sowie an etwaige sonstige Gesellschafter der GmbH³. Nach den auch sonst geltenden Grundsätzen können unter besonderen Voraussetzungen auch Auszahlungen an Dritte unter § 30 Abs. 1 fallen, soweit sie dem Gesellschafter zuzurechnen sind oder der Dritte eine gesellschafterähnliche Position einnimmt (Rdnr. 35 ff.). Darüber hinaus ist das Auszahlungsverbot nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und heute h.L. generell auf Auszahlungen an Kommanditisten der GmbH & Co. KG analog anzuwenden, selbst wenn sie an der GmbH weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt sind („**Nur-Kommanditisten**“)⁴. Diese Rechtsfortbildung erscheint zwar nicht unbedingt zwingend, sie ist im Interesse des Gläubigerschutzes aber doch grundsätzlich zu begrüßen. Zwar wird der Kommanditist damit einem Haftungsrisiko ausgesetzt, das weit über das Haftungsrisiko des Kommanditisten einer normalen KG nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1, 4 HGB hinausgeht (Rdnr. 132). Als Gesellschafter einer GmbH & Co. KG muss er sich jedoch entgegenhalten lassen, dass die Besetzung der Komplementär-Stelle mit einer Kapitalgesellschaft auch von ihm besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger verlangt. Nicht zweifelsfrei ist allerdings, ob die ent-

1 Grundlegend BGHZ 60, 324, 328 f. (im Anschluss an *Kuhn*, in: Ehrengabe Heusinger, S. 203, 213 ff.); ferner BGHZ 76, 326, 336 = GmbHR 1980, 178; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 102; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 68; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 71; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 225; zur zweiten Fallgruppe auch BGHZ 95, 188, 191 = GmbHR 1986, 21; BGHZ 110, 342, 357 = GmbHR 1990, 251; BGHZ 123, 289, 296 = GmbHR 1994, 50; OLG Celle, OLG-Report 2007, 403.

2 BGHZ 60, 324, 328 ff.; BGHZ 69, 274, 279 = GmbHR 1978, 64; BGHZ 76, 326, 331 ff. = GmbHR 1980, 178; OLG Celle, OLG-Report 2007, 403; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 103; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 71; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 227.

3 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 104; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 70; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 73; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 230.

4 BGHZ 110, 342, 355 ff. = GmbHR 1990, 251 (gegen die früher h.L.); BGH, GmbHR 1991, 99, 100; OLG Celle, GmbHR 2003, 900 f.; zust. *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 169 ff.; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 70; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 72; *Karsten Schmidt*, GesR, § 56 V 1b; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 229; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, Rdnr. 100; zuvor bereits *Hunscha*, GmbHR 1973, 257, 260 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31, 48; einschränkend die Nachw. in folgender Fn. Erst recht erfasst sind Auszahlungen an die Kommanditisten, wenn diese über die KG an der GmbH beteiligt sind (Einheitsgesellschaft), insoweit allg. M.

sprechende Anwendung des § 30 Abs. 1 auch dann gerechtfertigt ist, wenn der Kommanditist – wie etwa in der typischen Publikums-KG – nicht über Informationsmöglichkeiten verfügt, die denjenigen eines GmbH-Gesellschafters (§ 51a) nahe kommen und ihm die Prüfung der Vereinbarkeit der Auszahlung mit § 30 Abs. 1 ermöglichen¹. Ungeachtet dessen scheint der BGH von einer umfassenden Anwendung des Auszahlungsverbots auf alle Kommanditisten ausgehen zu wollen².

c) Rechtsfolgen

Für die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln (Rdnr. 117 ff.). Allerdings soll der **Erstattungsanspruch** aus § 31 (analog) bei Auszahlungen aus dem KG-Vermögen nach ständiger Rechtsprechung nicht der GmbH, sondern **der KG** zustehen und auf Leistung an diese gerichtet sein (§ 31 Rdnr. 91). Unberührt von der Geltung der §§ 30 f. bleibt die **Kommanditistenhaftung nach §§ 171 f. HGB**, die durch die Auszahlung aus dem KG-Vermögen wieder auflieben kann (§ 172 Abs. 4 HGB). Beide Haftungsregime sind **nebeneinander anwendbar**³. Die Kommanditistenhaftung unterscheidet sich freilich in Voraussetzungen und Rechtsfolgen erheblich von der Haftung aus § 31. Abgesehen von der unterschiedlichen Ausgestaltung als Außenhaftung gegenüber den Gläubigern (Kommanditistenhaftung) bzw. Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft (§ 31) ist auch der Haftungsumfang grundverschieden. So ist die Kommanditistenhaftung nach §§ 171 f. HGB auch dann auf den Betrag der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme beschränkt, wenn dem Kommanditisten im Einvernehmen der Gesellschafter ein Mehrfaches dieses Betrags ausgezahlt wurde⁴. Dagegen ist nach § 31 Abs. 1 der gesamte Betrag der Auszahlung zu erstatten, soweit er zur Deckung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH benötigt wird. Zur Frage der Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 in der GmbH & Co. KG s. § 31 Rdnr. 92 f.

132

3. Auszahlungen aus dem GmbH-Vermögen

Auszahlungen, die aus **dem Vermögen der GmbH** an ihre Gesellschafter erfolgen, sind unmittelbar an § 30 Abs. 1 zu messen. Insoweit gelten keine Besonderheiten, auch nicht, wenn sich die GmbH die ausgezahlten Mittel zuvor von der KG verschafft hat⁵. Gleiches gilt, wenn die Auszahlung zwar an einen Dritten

133

1 Verneinend *Berg*, Rechtsdogmatische Fragen, S. 166; *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 105; *Ekkenga*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 192; aus Gründen des Anlegerschutzes zurückhaltend gegenüber der Einbeziehung von Publikumsgesellschaften auch *Bergmann*, EWiR 1990, 479, 480.

2 Vgl. BGHZ 110, 342, 358 = GmbHR 1990, 251 (bloßes Anlegerinteresse genügt). Gegen eine Ausnahme für die Publikums-KG auch *Schnelle*, GmbHR 1995, 853, 856 f.

3 Allg. M., BGHZ 110, 342, 358 = GmbHR 1990, 251 („ungeachtet seiner Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB“); *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 111; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 239 m.w.N.

4 BGHZ 60, 324, 327 f.; BGHZ 110, 342, 356 = GmbHR 1990, 251; *Karsten Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2012, §§ 171 f. HGB Rdnr. 65.

5 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 106.

erfolgt, aber dem GmbH-Gesellschafter zuzurechnen ist (Rdnr. 35 ff.). Zudem sind in analoger Anwendung des § 30 Abs. 1 auch hier wieder Auszahlungen an **Nur-Kommanditisten** dem Auszahlungsverbot zu unterstellen¹. Wenn nämlich der Kommanditist selbst bei Auszahlungen aus dem KG-Vermögen, die nur *mittelbar* das gebundene Vermögen der Komplementär-GmbH angreifen, analog §§ 30 f. haftet (Rdnr. 131), so muss dies erst recht gelten, wenn das gebundene Vermögen *unmittelbar* geschmälert wird². Gläubiger des Erstattungsanspruchs aus § 31 ist in diesem Fall unstreitig die GmbH.

- 134 Umstritten ist die Anwendung des § 30 Abs. 1, wenn die GmbH eine **Auszahlung an die KG** tätigt und diese nicht (wie in der Einheitsgesellschaft) Gesellschafterin der GmbH ist. Da in der typischen gesellschafteridentischen GmbH & Co. KG die GmbH-Gesellschafter auch an der KG beteiligt sind, stellt sich die Frage, ob die Auszahlung an die KG einer Auszahlung an die GmbH-Gesellschafter gleichzustellen ist. Das ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung verschiedentlich mit dem Argument abgelehnt worden, dass die KG und ihre Komplementärin eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden und Auszahlungen aus dem KG-Vermögen an die Gesellschafter ihrerseits den Beschränkungen der §§ 30 f. unterliegen (Rdnr. 131)³. In der Tat spricht bei wirtschaftlicher Be- trachtung viel dafür, dass die Auszahlung der Komplementärin eher als Unter- stützung für das Unternehmen „ihrer“ KG anzusehen ist denn als Zahlung an ihre Gesellschafter. Der BGH hat dieser Sichtweise jedoch in einer Entscheidung zum Parallelproblem im Rahmen der Kapitalaufbringung („Hin- und Her- zahlen“) eine Absage erteilt und entschieden, dass eine Zahlung an die von den GmbH-Gesellschaftern „jedenfalls gemeinsam beherrschte KG“ einer Zahlung an die GmbH-Gesellschafter gleichsteht⁴. Folgt man dieser – freilich sehr weit- gehenden – Rechtsprechung, so wird man im Rahmen der Kapitalerhaltung konsequenterweise ebenso entscheiden und Auszahlungen an die KG in den An-wendungsbereich des § 30 Abs. 1 einbeziehen müssen⁵. Für den praktisch be- deutsamen Fall der **Darlehensgewährung** der Komplementär-GmbH an die KG folgt daraus, dass es im Stadium der Unterbilanz auf die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ankommt. Soweit aller- dings die Darlehensgewährung im Zusammenhang mit der Gründung oder einer Kapitalerhöhung der GmbH erfolgt, ist nicht erst die Kapitalerhaltung, sondern schon die Kapitalaufbringung betroffen; Prüfungsmaßstab ist dann § 19 Abs. 5 (§ 19 Rdnr. 171 ff.). Misst man Auszahlungen an die KG an § 30 Abs. 1, ist es zu-

1 *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 107; *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 166 f.; *Pentz*, in: Ro- wedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 72; *Schmolke*, Kapitalerhaltung, Rdnr. 233.

2 Zu dem möglichen Vorbehalt bei unzureichenden Informationsmöglichkeiten des Kom- manditisten s. aber Rdnr. 131.

3 OLG Köln, GmbHR 2002, 968; OLG Jena, GmbHR 2006, 940, 942 mit zust. Anm. *Pries- ter*, EWiR 2006, 497 f. (jeweils zum Parallelproblem im Rahmen der Kapitalaufbringung); aus dem Schrifttum etwa *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 108; *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 481 ff.; *Kunkel/Lanzius*, NZG 2007, 527 ff.

4 BGHZ 174, 370 Rdnr. 5 ff. = GmbHR 2007, 203; ferner OLG Hamm, GmbHR 2007, 201 f.; allgemein zur Zurechnung bei maßgeblicher Beteiligung am Empfängerunterneh- men oben Rdnr. 44 ff.

5 So denn auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 159.

dem konsequent, auch die Nichtgewährung einer angemessenen Vergütung für die Übernahme des Haftungsrisikos der GmbH zu erfassen¹.

VII. Rückzahlung von Nachschüssen (§ 30 Abs. 2)

1. Allgemeines, Normzweck

§ 30 Abs. 2 knüpft an die Regelung der §§ 26–28 über die – in der Praxis wenig verbreiteten – Nachschusspflichten der Gesellschafter an und regelt die **Rückzahlung erbrachter Nachschüsse**. Bei Nachschüssen handelt es sich um Gesellschafterbeiträge, die in Geld zu erbringen sind (vgl. § 26: „Einzahlungen“) und **Eigenkapitalcharakter** haben, aber nicht zum Stammkapital gehören, sondern über die Stammeinlagen hinaus zu erbringen sind (s. Erl. zu § 26). Der Eigenkapitalcharakter zeigt sich in der Bilanzierung eingeforderter und erbrachter Nachschüsse in der Kapitalrücklage (§ 42 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 266 Abs. 3 Posten A II HGB)² sowie darin, dass das Nachschusskapital in der Insolvenz der Gesellschaft nicht wie eine Fremdforderung angemeldet werden kann³. Anders als die Vorschriften zum Schutz des Stammkapitals dienen die Nachschusspflichten nicht in erster Linie den Belangen des Gläubigerschutzes, sondern vielmehr dem Zweck, der Gesellschaft eine flexible Reaktion auf wechselnde Kapitalbedürfnisse zu ermöglichen⁴. Daraus erklärt sich, dass die besonderen Vorschriften der §§ 19, 24 zum Schutz der Kapitalaufbringung auf Nachschussforderungen keine Anwendung finden (§ 26 Rdnr. 5) und weder der Insolvenzverwalter noch die Gläubiger den Beschluss über die Einforderung der Nachschüsse nach § 26 Abs. 1 erzwingen können⁵. Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, warum § 30 Abs. 2 die Rückzahlung eingezahlter Nachschüsse ermöglicht, ohne dass es hierfür – wie beim Stammkapital – zuvor einer Kapitalherabsetzung bedarf.

§ 30 Abs. 2 Satz 1 stellt zunächst klar, dass das Nachschusskapital die Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 nicht erhöht, sondern Rückzahlungen der Nachschüsse zulässig sind, solange das Stammkapital gedeckt ist. Insoweit gilt also nichts anderes als für alle anderen Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen; die Aussage des § 30 Abs. 1 Satz 1 wird lediglich wiederholt (Rdnr. 140). Ergänzend sehen allerdings **§ 30 Abs. 2 Satz 2 und 3** zusätzliche **Einschränkungen** (bekanntzumachender Rückzahlungsbeschluss, Sperrfrist von drei Monaten, Volleinzahlung des Stammkapitals) für die Rückzahlung des eingezahlten Nachschusskapitals vor (Rdnr. 141 ff.). Insoweit kommt somit doch noch der **Gläubigerschutz** zum Tragen, wenngleich in viel schwächerem Umfang als hinsichtlich des Stammkapitals. **§ 30 Abs. 2 Satz 4** schließlich bestimmt, dass zu-

1 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 164; *Heidinger*, in: Michalski, Rdnr. 158; a.A. *Habersack*, in: Ulmer, Rdnr. 108.

2 Näher zur Bilanzierung des Nachschusskapitals *Adler/Düring/Schmaltz*, § 42 GmbHG Rdnr. 23 ff.

3 *W. Müller*, in: Ulmer, § 26 Rdnr. 18; *Verse*, in: Henssler/Strohn, *Gesellschaftsrecht*, § 26 GmbHG Rdnr. 3.

4 Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660, 3730.

5 Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660, 3730; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 26 Rdnr. 8; *Verse*, in: Henssler/Strohn, *Gesellschaftsrecht*, § 26 GmbHG Rdnr. 2.

rückgezahlte Nachschüsse als nicht eingezogen gelten, was für die Berechnung der Beträge nach §§ 26 Abs. 3, 27 Abs. 4 von Bedeutung ist (Rdnr. 144).

- 137 Die Nachschusspflicht als solche muss durch den Gesellschaftsvertrag begründet werden (§ 26 Abs. 1). Wenn dies aber geschehen ist, sind die in **§ 30 Abs. 2 Satz 1–3** getroffenen Regeln wie alle der Kapitalerhaltung dienenden Vorschriften in dem Sinne **zwingend**, dass sie im Gesellschaftsvertrag nur verschärft, aber nicht abgemildert werden können¹. Dagegen ist § 30 Abs. 2 Satz 4 disponibel².

2. Anwendungsbereich

- 138 § 30 Abs. 2 findet nur auf **echte Nachschüsse** im Sinne der §§ 26 ff. Anwendung. Freiwillige Zuschüsse der Gesellschafter, die ohne gesellschaftsvertragliche Verpflichtung erbracht werden, fallen nicht unter § 30 Abs. 2³. Ebenso wenig werden Nebenleistungspflichten im Sinne des § 3 Abs. 2, etwa ein Agio, erfasst (zur Abgrenzung § 26 Rdnr. 6a)⁴. Für die nicht erfassten Beträge bewendet es bei der Anwendung des § 30 Abs. 1. Abs. 2 gilt ferner nur für bereits **eingezahlte Nachschüsse** und betrifft nicht die Rechtslage zwischen Einforderung und Leistung eines Nachschusses. Eine Aufhebung des Einforderungsbeschlusses ist zulässig (§ 26 Rdnr. 19), desgleichen – da § 19 Abs. 2 nicht gilt – der Erlass, die Stundung oder die Aufrechnung der Nachschussforderung, sofern nur die Grenzen des § 30 Abs. 1 eingehalten werden (d.h. keine Unterbilanz be- oder entsteht)⁵. Wenn allerdings einer der zur Erfüllung der Nachschusspflicht aufgeforderten Gesellschafter schon gezahlt hat, ist ein Wiederaufhebungsbeschluss nicht mehr möglich, und es müssen die Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 beachtet werden⁶. Wird die dem Nachschusskapital entsprechende Kapitalrücklage (§ 42 Abs. 2 Satz 3) zur Deckung von Verlusten aufgelöst, ist sie in späteren Jahren nicht wieder durch Dotierung aus den Jahresüberschüssen aufzufüllen. Werden stattdessen Gewinnrücklagen gebildet, so unterliegt deren Auflösung nicht den Beschränkungen des § 30 Abs. 2⁷.

3. Voraussetzungen der Rückzahlung (§ 30 Abs. 2 Satz 1–3)

a) Rückzahlung

- 139 Unter dem Begriff „**Rückzahlung**“ ist dasselbe zu verstehen wie unter „**Auszahlung**“ im Sinne des § 30 Abs. 1 (Rdnr. 18 ff.)⁸. Gemeint ist also jeder Vermögens-

1 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 294; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 114 Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 205 (alle mit dem zutr. Hinweis, dass bei abweichen- der Regelung im Gesellschaftsvertrag zu prüfen ist, ob überhaupt eine Nachschuss- pflicht oder nicht eher eine Nebenleistungspflicht im Sinne des § 3 Abs. 2 gewollt ist).

2 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 294, 298; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 127; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 219.

3 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 116.

4 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 116.

5 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 115; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 72.

6 S. oben § 26 Rdnr. 19; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 72.

7 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 115; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 207.

8 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 125; Heidinger, in: Michalski, Rdnr. 220; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 208.

transfer von der GmbH an einen Gesellschafter, einschließlich verdeckter Ausschüttungen und – unter den in Rdnr. 35 ff. erörterten Bedingungen – Zahlungen an Dritte. Eine Rückzahlung der „eingezahlten Nachschüsse“ liegt vor, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Auszahlung gerade zu Lasten des erbrachten Nachschusskapitals und nicht zu Lasten sonstiger Kapital- oder Gewinnrücklagen gehen soll. Auch die Umbuchung der das erbrachte Nachschusskapital ausweisenden Kapitalrücklage in ein Darlehen der Gesellschafter erfüllt nach diesen Kriterien den Tatbestand einer Rückzahlung im Sinne des § 30 Abs. 2¹.

b) Materielle Voraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rückzahlung ergeben sich aus § 30 Abs. 2 Satz 1 und 3. **§ 30 Abs. 2 Satz 1** knüpft die Zulässigkeit an die Deckung des Stammkapitals und wiederholt damit **rein deklaratorisch** die Aussage des § 30 Abs. 1 Satz 1²: Die Rückzahlung muss unterbleiben, soweit sie zu einer Unterbilanz führen würde oder wenn eine Unterbilanz bereits besteht. Wegen der Einzelheiten kann auf die Erl. zu § 30 Abs. 1 Satz 1 Bezug genommen werden. Maßgebend ist auch im Rahmen des § 30 Abs. 2 Satz 1 der **Zeitpunkt der Auszahlung**, nicht derjenige, in dem der Rückzahlungsbeschluss gefasst wird³. Daher darf auch ein an sich einwandfreier Rückzahlungsbeschluss nicht durchgeführt werden, soweit dies eine Unterbilanz verursachen würde oder eine solche inzwischen eingetreten ist. Wenn die verfügbaren Mittel nicht zur Rückzahlung aller Nachschüsse ausreichen, muss unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes jeder Anspruch verhältnismäßig gekürzt werden. Stellt sich der Fehlbetrag erst heraus, nachdem mit der Auszahlung begonnen wurde, ist direkt unter den Gesellschaftern so auszugleichen, dass die Rückzahlungsempfänger anteilmäßig an die anderen zu zahlen haben⁴.

Eine über § 30 Abs. 1 hinausgehende Verschärfung der Auszahlungsvoraussetzungen enthält dagegen **§ 30 Abs. 2 Satz 3**. Danach darf im Fall des § 28 Abs. 2, in dem der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise die Einforderbarkeit von Nachschüssen schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen ermöglicht, die Rückzahlung der Nachschüsse erst erfolgen, wenn das **Stammkapital** (inzwischen) **voll eingezahlt** ist. Die bloße Einforderung der Stammeinlagen genügt nicht⁵. Das Gesetz sichert mit dieser Regelung die Aufbringung des Stammkapitals zusätzlich ab. Der in Bezug genommene § 28 Abs. 2 betrifft freilich nur einen Sonderfall; in der Regel verhält es sich so, dass die Nachschüsse erst eingefordert werden können, nachdem die Stammeinlagen vollständig eingefordert wurden (§ 28 Rdnr. 6). Auch in diesem Regelfall kann sich die Situation ergeben, dass das Stammkapital zwar bereits vollständig *eingefordert*, aber noch nicht tatsächlich *eingezahlt* wurde, bevor die Nachschüsse eingefordert und erbracht wurden. Daher stellt sich die Frage, ob es in diesem in § 30 Abs. 2 Satz 3 nicht

1 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 125; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 208.

2 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 296; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 118.

3 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 119; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 71; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 211.

4 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 119; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 212.

5 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 120; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 59.

ausdrücklich geregelten Fall möglich ist, die Nachschüsse schon vor voller Einzahlung des Stammkapitals zurückzuzahlen. Die Frage ist mit der ganz h.M. zu verneinen¹; entsprechend § 30 Abs. 2 Satz 3 muss vielmehr auch in diesem Fall das Stammkapital vollständig eingezahlt sein, da das Interesse an vollständiger Kapitalaufbringung hier in genau derselben Weise besteht wie im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift. Die Volleinzahlung des Stammkapitals ist mit anderen Worten **generell Voraussetzung** für die Rückzahlung von Nachschüssen. Sind allerdings ausnahmsweise nur einzelne Gesellschafter nachschusspflichtig, so kommt es nur auf die vollständige Einzahlung der auf sie entfallenden Stammeinlagen an².

c) Formelle Voraussetzungen

- 142 aa) In formeller Hinsicht bedarf es nach § 30 Abs. 2 Satz 2 zunächst eines **Rückzahlungsbeschlusses**. Eine einfache Kündigung durch die Gesellschaft oder den Gesellschafter, wie sie bei einem Darlehen genügen würde, reicht nicht aus. Nach §§ 46 Nr. 3, 47 Abs. 1 ist der Beschluss mit einfacher Mehrheit von der **Gesellschafterversammlung** zu fassen. Dabei sind auch diejenigen Gesellschafter stimmberechtigt, die die Rückzahlung erhalten sollen; § 47 Abs. 4 steht nicht entgegen (10. Aufl., § 46 Rdnr. 62). Gemäß § 45 Abs. 2 kann der Gesellschaftsvertrag die Zuständigkeit auch einem anderen Organ, etwa einem Aufsichts- oder Beirat oder den Geschäftsführern, zuweisen³. Der Rückzahlungsbeschluss muss im Übrigen nicht unbedingt gesondert gefasst werden. Er kann auch mit einem Ergebnisverwendungsbeschluss nach § 46 Nr. 1 verbunden sein, wenn eine Ausschüttung über den Bilanzgewinn hinaus beschlossen wird (10. Aufl., § 46 Rdnr. 62). Mit der Beschlussfassung entsteht der **Rückzahlungsanspruch** der Gesellschafter als selbständig abtretbares und pfändbares Forderungsrecht⁴, und zwar in der Person desjenigen, der in diesem Zeitpunkt nach § 16 Abs. 1 als Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils gilt, also nicht zwingend der Person, die den Nachschuss eingezahlt hat⁵. Fällig wird der Anspruch aber erst mit Ablauf der Sperrfrist (Rdnr. 143). Zudem steht er unter dem Vorbehalt, dass auch dann noch das Stammkapital gedeckt ist (Rdnr. 140). Wird die Rückzahlung bereits im Gesellschaftsvertrag oder im Einforderungsbeschluss unter bestimmten Bedingungen zugesagt, soll der Rückzahlungsanspruch bereits mit der Einzahlung des Nachschusses aufschiebend bedingt entstehen⁶. Als Voraussetzung für die Rückzahlung ist aber auch in diesem Fall das Be-

1 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 296; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 120; Heidinger, in: Michalski, Rdnr. 222; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 71; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 59; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 213; abw. wohl Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 158.

2 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 120 a.E.; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 213.

3 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 121; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 60; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 214.

4 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 122.

5 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 128; Heidinger, in: Michalski, Rdnr. 228; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 220. Ob der neue Gesellschafter seinem Rechtsvorgänger ausgleichspflichtig ist, richtet sich nach deren Innenverhältnis und ist im Zweifel nicht anzunehmen; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 128 und Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 220.

6 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 122; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 216.

schlusserfordernis wegen des zwingenden Charakters des § 30 Abs. 2 Satz 2 (Rdnr. 137) unverzichtbar¹.

bb) Der Beschluss bedarf ferner der **Bekanntmachung**, und zwar seit der Neufassung des § 30 Abs. 2 Satz 2 durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.3.2005² zumindest im **Bundesanzeiger** (§ 12 Satz 1) und je nach Regelung im Gesellschaftsvertrag auch noch in weiteren Gesellschaftsblättern (§ 12 Satz 2). Seit dieser Bekanntmachung muss schließlich eine **Sperrfrist** von drei Monaten vergangen sein. Die Frist läuft im Fall des § 12 Satz 2 ab dem Zeitpunkt, in dem die Bekanntmachung in dem zuletzt erschienenen Gesellschaftsblatt erfolgt ist³. Die Dreimonatsfrist soll es den Gesellschaftsgläubigern ermöglichen, durch geeignete Maßnahmen (Einklagen fälliger Beträge, Erwirkung von Arresten etc.) die Wahrung ihrer Rechte zu ermöglichen⁴. Ein weitergehender Schutz der Gläubiger, wie er für den Fall der Kapitalherabsetzung in § 58 in Gestalt der Befriedigung oder Sicherstellung dissentierender Gläubiger vorgesehen ist, besteht dagegen nicht.

143

4. Rechtsfolgen

a) Rechtsfolgen bei zulässiger Rückzahlung (§ 30 Abs. 2 Satz 4)

Zulässig zurückgezahlte Nachschüsse gelten nach § 30 **Abs. 2 Satz 4** als „nicht eingezogen“. Treffender wäre die Formulierung „nicht eingefordert“; denn andernfalls könnte man auf den Gedanken kommen, dass der ursprüngliche Einforderungsbeschluss noch Bestand hat und die Gesellschafter noch aufgrund dieses Beschlusses zur Nachschussleistung verpflichtet sind, was aber ersichtlich nicht gewollt ist⁵. Vielmehr soll der Zustand vor der Einforderung des Nachschusses wieder hergestellt werden. Auswirkungen hat diese Regelung für Nachschusspflichten, die auf einen bestimmten Betrag beschränkt sind (§ 26 Abs. 3), sowie für Nachschusspflichten, bei denen das Recht zum Abandon erst ab einer bestimmten Höhe eintritt (§ 27 Abs. 4). Die zurückgezahlten Nachschüsse gelten bei dieser Berechnung als nicht eingefordert und nicht eingezahlt; die mit der ursprünglichen Einzahlung eingetretene Verminderung der Nachschusssumme wird mit anderen Worten durch die Rückzahlung wieder beseitigt⁶. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch Abweichendes bestimmen (Rdnr. 137).

144

b) Rechtsfolgen bei unzulässiger Rückzahlung

Fehlt es an einer der Voraussetzungen nach § 30 Abs. 2 Satz 1–3, ist Rechtsfolge des Verstoßes ein **Erstattungsanspruch** gegen den Zahlungsempfänger (§ 31 Abs. 1, Abs. 2) und ggf. auch dessen Mitgesellschafter (§ 31 Abs. 3). Die früher

145

1 Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 216.

2 BGBl. I 2005, 837 (Art. 12 Nr. 2).

3 Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 124; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 218.

4 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 71; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 218.

5 Feine, S. 328; Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 298; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 127; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 219.

6 Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660, 3745; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 127; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 219.

vertretene Ansicht, dies gelte bei Verletzung der formellen Erfordernisse nicht¹, lässt sich angesichts des Wortlauts des § 31, der jeden Verstoß gegen § 30 erfasst, nicht halten². Die Geschäftsführer haften bei einem Verstoß gegen § 30 Abs. 2 Satz 1, da darin zugleich ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 liegt (Rdnr. 140), nach § 43 Abs. 3³. Ob Gleicher auch bei Verstößen gegen § 30 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 gilt oder stattdessen „nur“ § 43 Abs. 2 eingreift, ist wegen des im Vergleich zu § 31 engeren Wortlauts des § 43 Abs. 3 Satz 1⁴ zweifelhaft und umstritten⁵. Da § 31 Abs. 3 eingreift, trifft die Geschäftsführer ggf. auch die Haftung nach § 31 Abs. 6.

§ 31

Erstattung von verbotenen Rückzahlungen

- (1) **Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.**
- (2) **War der Empfänger in gutem Glauben, so kann die Erstattung nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.**
- (3) **Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, so haften für den zu erstattenden Betrag, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, die übrigen Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftanteile. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.**
- (4) **Zahlungen, welche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen zu leisten sind, können den Verpflichteten nicht erlassen werden.**
- (5) **Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in den Fällen des Absatzes 1 in zehn Jahren sowie in den Fällen des Absatzes 3 in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Zahlung, deren Erstattung beansprucht wird, geleistet ist. In den Fällen des Absatzes 1 findet § 19 Abs. 6 Satz 2 entsprechende Anwendung.**
- (6) **Für die in den Fällen des Absatzes 3 geleistete Erstattung einer Zahlung sind den Gesellschaftern die Geschäftsführer, welchen in betreff der geleisteten Zahlung ein Verschulden zur Last fällt, solidarisch zum Ersatz verpflichtet. Die Bestimmungen in § 43 Abs. 1 und 4 finden entsprechende Anwendung.**

Text von 1892; Abs. 5 geändert, Abs. 6 Satz 2 angefügt durch Gesetz vom 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3214).

1 Feine, S. 329.

2 Ekkenga, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 297; Habersack, in: Ulmer, Rdnr. 126; Schmolke, Kapitalerhaltung, Rdnr. 221.

3 A.A. (aber ohne Begründung) Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 43 Rdnr. 49c.

4 § 31 spricht nur von einer dem § 30 zuwider geleisteten Zahlung, § 43 Abs. 3 Satz 1 fügt hinzu: „aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen“.

5 Für § 43 Abs. 2 Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 145; differenzierend dagegen Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 43 Rdnr. 49c (§ 43 Abs. 2 bei Verstößen gegen § 30 Abs. 2 Satz 2, § 43 Abs. 3 bei Verstößen gegen § 30 Abs. 2 Satz 3).