

# Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG nach Wiederherstellung des Stammkapitals

Analyse der „Balsam/Procedo“-Entscheidungen des BGH und der  
Rechtsposition des erstattungspflichtigen Gesellschafters

Dissertation  
zur Erlangung des Grades  
eines Doktors der Rechtswissenschaft  
des Fachbereiches Rechtswissenschaft  
der Universität Hamburg

vorgelegt  
von  
Marc Albertus, Erfurt

2004

Erstgutachter: Prof. Dr. Heribert Hirte, LL. M. (Berkeley)  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Reinhard Bork

Tag der mündlichen Prüfung: 27.10.2004

## Gliederung

Seite

	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>X</b>
	<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Teil</b>	<b>Rechtsentwicklung bis hin zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH .....</b>	<b>4</b>
<b>I.</b>	<b>Rechtsprechung und Wissenschaft vor dem 29.05.2000 .....</b>	<b>4</b>
1.	Rechtsprechung und Wissenschaft bis zur Elektroplanentscheidung .....	4
2.	Die Elektroplan-Entscheidung des BGH .....	5
a.	Sachverhalt .....	5
b.	1. Entscheidung des OLG Frankfurt .....	6
c.	Entscheidung des BGH vom 12.12.1983 .....	7
d.	2. Entscheidung des OLG Frankfurt .....	7
e.	Entscheidung des BGH vom 11.05.1987 .....	8
aa.	Argument für den Wegfall des Erstattungsanspruchs .....	8
bb.	Absage an die Aufrechnungslösung der Literatur .....	10
cc.	Dogmatischer Ansatz des BGH .....	11
dd.	Nebenaspekte der Entscheidung .....	12
3.	Zustimmung und Kritik der Wissenschaft .....	13
a.	Zustimmung: Zweckerreichungslösung .....	13
b.	Alternativlösung 1: Aufrechnungslehre .....	15
aa.	Kein Aufrechnungsrecht für den Gesellschafter .....	16
bb.	Aufrechnungsrecht auch für den Gesellschafter .....	17
c.	Alternativlösung 2: Heilungslehre .....	18
d.	Ablehnende Kritik .....	19
<b>II.</b>	<b>Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH .....</b>	<b>23</b>
1.	Der Balsam/Procedo-Komplex .....	23
2.	Entscheidungen der Instanzgerichte .....	26
a.	LG Stuttgart 29.04.1997 Az. 3 KfH O 111/96 (Balsam/Procedo I) .....	26
b.	OLG Stuttgart 18.03.1998 Az. 20 U 84/97 (Balsam/Procedo I) .....	27
c.	LG Heidelberg 29.04.1997 Az. O 102/96 KfH I (Balsam/Procedo II) .....	31
d.	OLG Karlsruhe 19.11.1997 Az. 1 U 150/97 (Balsam/Procedo II) .....	32

3.	Die Entscheidungen des BGH vom 29.05.2000 .....	33
a.	Abkehr von BGH 11.05.1987 Az II ZR 226/86 .....	34
aa.	Argument 1: Entfallen des Erstattungsanspruchs dogmatisch unhaltbar .....	34
bb.	Argument 2: Vergleich mit Grundsätzen der realen Kapitalaufbringung .....	35
cc.	Argument 3: Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG .....	35
dd.	Argument 4: Solidität des Erstattungsanspruchs .....	35
b.	Absage an Aufrechnungs- und Einwendungslösung .....	36
c.	Absage an Alternativlösung über § 31 Abs. 2 GmbHG .....	37
d.	Nebenaspekte der Entscheidung .....	37
aa.	Abtretbarkeit des Erstattungsanspruchs .....	38
bb.	Verteilung der Darlegungs- und Beweislast .....	38
cc.	Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter .....	39
<b>III.</b>	<b>Reaktionen der Wissenschaft .....</b>	<b>40</b>
<b>2. Teil</b>	<b>Stellungnahme zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung .....</b>	<b>41</b>
<b>I.</b>	<b>Stellungnahme zum Abkehr von Elektroplan .....</b>	<b>41</b>
1.	Schlüssigkeit der Argumentation des BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung .....	41
a.	Keine Übertragbarkeit der Elektroplan-Argumentation auf die Balsam/ Procedo-Konstellation .....	42
b.	Zielrichtung des Erstattungsanspruchs .....	42
c.	Entbehrlichkeit der Erstattung aus Gläubigersicht .....	45
aa.	Grenze des berechtigten Gläubigerinteresses an der Erstattung .....	45
bb.	Kausalität der verbotenen Ausschüttung für spätere erneute Unterbilanz nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung .....	46
cc.	Zurechenbarkeit der erneuten Unterbilanz nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung .....	48
d.	Zwischenergebnis .....	50
2.	Gegenargumente des BGH in den Balsam/Procedo-Entscheidungen .....	51
a.	Dogmatische Bedenken .....	51
b.	Parallele zur Einlagepflicht .....	54
c.	Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 GmbHG .....	57
d.	Solidität des Erstattungsanspruchs .....	61
3.	Berechtigung der Aufgabe der Zweckerreichungs-Rechtsprechung .....	62

<b>II.</b>	<b>Konsequenzen aus Balsam/Procedo .....</b>	<b>64</b>
1.	Verabschiedung des Automatismus – Zugzwang für den Gesellschafter .....	64
2.	Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs .....	65
3.	Absage an Alternativlösungen der Wissenschaft .....	66
4.	Einschränkung des § 31 Abs. 2 GmbHG .....	67
<b>III.</b>	<b>Offene Fragen nach Balsam/Procedo .....</b>	<b>68</b>
<b>3. Teil</b>	<b>Kompatibilität der Balsam/Procedo-Entscheidung mit dem System der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung .....</b>	<b>70</b>
<b>I.</b>	<b>Vorbemerkungen .....</b>	<b>70</b>
<b>II.</b>	<b>Betrachtung einzelner Kapitalschutzinstrumente .....</b>	<b>73</b>
1.	Bareinlagepflicht .....	73
2.	Differenzhaftung .....	76
3.	Vorbelastungshaftung .....	79
a.	Entwicklung .....	79
b.	Problem der Solidität der Vorbelastungshaftung .....	82
c.	Parallele zur Differenzhaftung .....	85
d.	Übertragbarkeit der Balsam/Procedo-Rechtsprechung .....	87
aa.	Vergleichende Betrachtung .....	88
bb.	Argument 1: Dogmatische Bedenken .....	89
cc.	Argument 2: Parallele zur Einlagepflicht .....	90
dd.	Argument 3: Umkehrschluß aus § 31 Abs. 2 GmbHG .....	92
ee.	Argument 4: Solidität der Gesellschafterhaftung .....	93
e.	Ergebnis zur Vorbelastungshaftung .....	94
4.	Verlustdeckungshaftung .....	95
a.	Einführung .....	95
b.	Meinungsstand .....	96
c.	Stellungnahme .....	97
aa.	Keine Geltung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung .....	97
bb.	Keine dogmatischen Bedenken gegen den Fortfall der Verlustdeckungshaftung .....	98
d.	Ergebnis zur Verlustdeckungshaftung .....	98

	Seite
5.	Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen .....99
a.	Einführung .....99
b.	Übertragbarkeit der Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf die BGH-Regeln zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen .....103
aa.	Meinungsstand .....104
bb.	Stellungnahme .....104
c.	Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen nach den BGH-Regeln zum Kapitalersatz .....105
aa.	Einleitung .....105
bb.	Meinungsstand nach Balsam/Procedo .....107
cc.	Stellungnahme .....108
(1)	Entsperrung durch Beseitigung der Unterbilanz .....108
(2)	Entsperrung nach Wegfall des Umqualifizierungstatbestandes .....109
(a)	Zweckfortfall nach Überwindung der Krise .....109
(b)	Übertragbarkeit der Argumente aus Balsam/Procedo .....110
(aa)	Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters nach § 31 Abs. 2 GmbHG .....110
(bb)	Verwertung des Erstattungsanspruchs .....111
(cc)	Funktionale Vergleichbarkeit von Erstattungsanspruch und Einlageforderung .....112
(dd)	Dogmatische Bedenken .....113
(c)	Ergebnis .....114
d.	Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen im Rahmen der Haftung des Gesellschafters nach den Regeln der GmbH-Novelle .....114
aa.	Einleitung .....114
bb.	Meinungsstand .....115
cc.	Stellungnahme .....115
<b>III.</b>	<b>Zusammenfassung Teil 3 .....117</b>

<b>4. Teil</b>	<b>Der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters .....</b>	<b>119</b>
<b>I.</b>	<b>Vorbemerkungen .....</b>	<b>119</b>
<b>II.</b>	<b>Fortbestand der Auszahlungsgrundlage .....</b>	<b>120</b>
1.	Verschiedene Leistungsgrundlagen .....	120
2.	Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach §§ 134, 138 BGB ? .....	122
a.	Meinungsstand .....	123
b.	Stellungnahme zur Nichtigkeit nach § 134 BGB .....	124
aa.	§ 30 GmbHG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB .....	124
bb.	§ 31 GmbHG als verdrängende Spezialregelung .....	126
(1)	Verhältnis zum Kondiktions- und Vindikationsrecht .....	126
(2)	Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB trotz Spezialregelung des § 31 GmbHG für Rechtsfolge aus Verstoß gegen § 30 GmbHG .....	127
(a)	Pro-Argument 1:                   § 31 Abs. 2 GmbHG und Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG als Ausschluss der Nichtigkeitsfolge .....	128
(b)	Pro-Argument 2:                   Zeitpunkt des Verstoßes gegen § 30 GmbHG .....	128
(c)	Contra-Argument:                 Parallele zu §§ 57, 62 AktG .....	129
(3)	Zwischenergebnis .....	131
cc.	Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes bei Kenntnis von Verstoß gegen § 30 GmbHG .....	131
c.	Stellungnahme zur Nichtigkeit nach § 138 BGB .....	132
d.	Ergebnis: Keine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts .....	133
3.	Erfüllung des Auszahlungsanspruchs durch verbotswidrige Leistung .....	133
a.	Ausgangsüberlegungen .....	133
b.	Meinungsstand .....	134
c.	Stellungnahme .....	136
aa.	Pro-Argument 1:                   Belastung des Erfüllungsgeschäftes mit der Erstattungspflicht .....	137
bb.	Pro-Argument 2:                   Gleichbehandlung der Gesellschafter .....	137
cc.	Dogmatische Grundlagen .....	139
dd.	Dogmatischer Ansatz 1:         Fehlendes Recht zum Behalten der Leistung .....	140
ee.	Dogmatischer Ansatz 2:         Leistung unter Vorbehalt .....	142
4.	Ergebnis:                           Fortbestand des Auszahlungsanspruchs .....	145

<b>III.</b>	<b>Aufrechnungsrecht des Gesellschafters .....</b>	<b>146</b>
1.	Einführung .....	146
2.	Einschränkung der Aufrechnung für die Gesellschaft und den Gesellschafter .....	147
a.	Aufrechnung durch die Gesellschaft im Kapitalaufbringungsrecht .....	147
b.	Meinungsstand zum Aufrechnungsverbot für die Gesellschaft im Kapitalerhaltungsrecht .....	148
c.	Stellungnahme .....	148
3.	Einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters – Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG .....	152
a.	Meinungsstand .....	152
b.	Relevanz der Streitfrage .....	156
c.	Stellungnahme .....	159
aa.	Betrachtung der Argumentation pro und contra .....	160
(1)	Argumente aus dem Wortlaut .....	160
(2)	Argument der Parallele zum AktG .....	161
(3)	Argument der funktionalen Vergleichbarkeit von Einlage- und Erstattungsanspruch .....	162
bb.	Analogiebildung zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG .....	164
(1)	Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG .....	165
(a)	Vereitelung einer Umgehung der Sachgründungsvorschriften .....	165
(b)	Grundsatz der realen Kapitalaufbringung .....	165
(c)	Kompetenzzuweisung .....	166
(aa)	Abgrenzung zur realen Kapitalaufbringung .....	167
(bb)	Sinn und Zweck der Kompetenzzuweisung .....	168
(cc)	Interessenabwägung .....	170
(2)	Übertragbarkeit des Normzwecks des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch .....	172
(a)	Interesse der Gesellschaft .....	173
(b)	Interesse des Gesellschafters .....	173
(c)	Sicherung einer schnellen Realisierung und effektiven Verwertung des Erstattungsanspruchs .....	174
(d)	Übertragbarkeit der Interessenabwägung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch .....	176
4.	Ergebnis:                                      Recht zur Aufrechnung für den Gesellschafter .....	178
<b>IV.</b>	<b>Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschafters .....</b>	<b>180</b>
1.	Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB .....	181
2.	Dolo-Petit-Einwand .....	184
<b>V.</b>	<b>Zusammenfassung Teil 4.....</b>	<b>185</b>

<b>5. Teil</b>	<b>Gegenseitige Erfüllung von Erstattungsanspruch und Auszahlungsanspruch</b>	<b>187</b>
<b>I.</b>	<b>Vorbemerkungen</b>	<b>187</b>
<b>II.</b>	<b>Probleme des „Hin- und Herzahlens“</b>	<b>188</b>
1.	Einleitung	188
2.	Fallgruppen des unzulässigen Hin- und Herzahlens bei der Leistung der Einlage	189
3.	Übertragbarkeit der Grundsätze zum Unzulässigen „Hin- und Herzahlen“ auf den Erstattungsanspruch	192
a.	Freie Verfügbarkeit des Erstattungsbetrages	193
b.	Verdeckte Sacheinlage	194
c.	Beidseitiges Aufrechnungsverbot	194
d.	Einseitiges Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG analog	195
e.	Zwischenergebnis	196
4.	Tatbestand des unzulässigen Hin- und Herzahlens	197
a.	Streitstand zur verdeckten Sacheinlage	197
aa.	Der sachliche Zusammenhang	199
bb.	Der zeitliche Zusammenhang	200
cc.	Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter	201
b.	Übertragbarkeit des Tatbestandes der verdeckten Sacheinlage durch Hin- und Herzahlen	202
aa.	Standpunkt des BGH	203
bb.	Stellungnahme	203
c.	Voraussetzungen einer Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes	206
aa.	Abrede der wechselseitigen Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch	206
bb.	sachlicher und zeitlicher Zusammenhang	207
cc.	Indizwirkung des zeitlichen Zusammenhangs für das Bestehen einer Abrede	207
5.	Ergebnis	209



<b>III.</b>	<b>Kompetenz zur Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters ....</b>	<b>210</b>
1.	Zuständigkeitssystem der GmbH .....	213
2.	Erstentscheidungskompetenz .....	214
3.	Grenzen des Weisungsrechts und Erfüllung des Auszahlungsanspruchs .....	215
a.	Einführung .....	215
b.	Grundsätze zur Einschränkung des Weisungsrechtes .....	216
aa.	Nichtigkeit bestimmter Weisungen .....	216
bb.	Weisungsfreier Kernbereich .....	217
cc.	Relevanz der Streitfrage .....	218
dd.	Stellungnahme .....	220
(1)	Erforderlichkeit der Einschränkung des Weisungsrechtes .....	220
(2)	Dogmatische Grundlage für die Einschränkung des Weisungsrechtes .....	222
(3)	Zwischenergebnis .....	223
c.	Einfluss der Gesellschafter auf die Behandlung des Erstattungs- und des Auszahlungsanspruchs .....	223
aa.	Weisung zur Verrechnung .....	224
bb.	Weisung zur Geltendmachung des Erstattungsanspruches durch Zahlung des Gesellschafters .....	225
cc.	Weisung zur Befriedigung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters .....	225
dd.	Weisung zur Zurückweisung des Auszahlungsanspruchs .....	226
ee.	Weisungen unter Verstoß gegen Treupflicht und Gleichbehandlungsgebot .....	226
4.	Vorlagepflicht der Geschäftsführung .....	228
a.	Streitstand .....	228
b.	Stellungnahme .....	230
c.	Vorlagepflicht für Behandlung des Auszahlungsanspruchs .....	230
5.	Ergebnis .....	233
	<b>Thesen .....</b>	<b>234</b>

## Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger Anmerkung zu BGH 29.05.2000 – II ZR 75/98, NZG 2000, 888-889
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred GmbH-Gesetz, Kommentar 17. Auflage, München 2000, 16. Auflage 1996, 15. Auflage 1988, 14. Auflage 1985  
[zit.: *Baumbach/Hueck/Autor, Auflage (Jahr) , § ... Rn. ...*]
- Bayer, Walther Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.11.2001 – II ZR 83/00, LM H. 5/2001 § 19 GmbHG Nr. 22
- Benecke, Martina Der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG bei anderweitig aufgefülltem Stammkapital, ZIP 2000, 1969-1974
- Bormann, Michael Umdenken im Kapitalersatzrecht? – Die Auswirkungen der „Balsam/Procedo“-Entscheidungen auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, DB 2001, 907-910
- Brandner, Hans Erich Wegfall oder Beständigkeit des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG bei anderweitiger Wiederherstellung des Stammkapitals, Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin, 1988, 23-34  
[zit.: *Brandner, FS für Fleck (1988), S. ...*]
- Brinkmann, Tomas Begrenzte Haftung der Einmann-GmbH in Gründung, GmbHR 1982, 269-272
- Brodmann, Erich Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, Berlin, 1930, 1. Auflage 1924  
[zit.: *Brodmann, Auflage (Jahr), § ... Ziff. ...*]
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 25. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002  
[zit.: *Brox, BGB AT, Auflage (Jahr) Rn. ...*]
- Buyer, Chistoph Gewinn und Kapital – Die Rückgewähr von verdeckten und sonst fehlerhaften Gewinnausschüttungen im Handels- und Steuerrecht, Berlin, 1989  
[zit.: *Buyer, S. ...*]
- Bülow, Peter Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate, JuS 1991, 529-536
- Butzke, Volker Die Bedeutung anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals für Einlage- oder Erstattungsansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter, ZHR 154 (1990), 357-373
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Rückgewähr von Gesellschaftsleistungen durch Zuwendung an Dritte, Festschrift für Robert Fischer, Berlin, 1979, 31-64  
[zit.: *Canaris FS für R. Fischer (1979), S. ...*]
- Castor, Bernd Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1997  
[zit.: *Castor, S. ...*]
- Dauner-Lieb, Barbara Haftung und Risikoverteilung in der Vor-GmbH, GmbHR 1996, 82-91

- Derwisch-Ottenberg, Gerald Die Haftungsverhältnisse der Vor-GmbH, Marburg, 1987  
[zit.: *Derwisch-Ottenberg, S. ...*]
- Eisenhardt, Ulrich Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH, Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt des Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln, 1988, 839-852.  
[zit.: *FS für Pfeiffer (1988), S. ...*]
- Enneccerus, Ludwig Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band 2. Abteilung, Das Recht der Schuldverhältnisse, 11. Auflage, Marburg, 1915  
[zit.: *Enneccerus Lehrb. d. BürglR 1. Band 2. Abt. § ...*]
- Enneccerus, Ludwig  
Lehmann, Heinrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Schuldrecht, 15. Bearb., Marburg, 1958  
[zit.: *Enneccerus/Lehmann Lehrb. d. BürglR 2. Band § ...*]
- Erman , Walter  
Westermann; Harm Peter (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage, Köln, 2000  
[zit.: *Erman/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...*]
- Fleck, Hans Joachim Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, 2. Auflage, Köln, 1982  
[zit.: *Fleck S. ...*]
- ders. Die Entwicklung in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH  
GmbHHR 1983, 5-17
- ders. Buchbesprechung zu Baumbach/Hueck GmbHG 14. Auflage  
ZIP 1986, 269-272
- Flume, Werner Die Gründung der Einmann-GmbH nach der Novelle zum GmbHG, DB 1980, 1781-1784
- ders. Zur Enträtselung der Vorgesellschaft, NJW 1981, 1753-1756
- ders. Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung,  
ZHR 144 (1980), 18-33
- v. Gerkan, Hartwig (Hrsg.)  
Hommelhoff, Peter (Hrsg.)  
Bayer, Walter (Bearb.) Handbuch des Kapitalersatzrechtes, 2. Auflage, Köln, 2002  
[zit.: *v.Gerkan/Hommelhoff Handb. Rn. ...*]
- v. Gerkan, Hartwig Zum Stand der Rechtsentwicklung bei den kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, GmbHHR 1990, 384-389
- ders. Verdeckte Sacheinlagen in der GmbH, GmbHHR 1992,  
433-437
- ders. Literaturbesprechung von Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz  
1992, ZHR 157 (1993), 519-522
- Gessler, Ernst Zur Problematik bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, ZIP 1981, 228-235
- Goette, Wulf Anmerkung zu BGH 29.05.2000 – II ZR 118/98,  
DStR 2000, 1236

- ders. Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht, DStR 1997, 924-932
- Groß, Wolfgang Verdeckte Sacheinlage, Vorfinanzierung und Emissionskonsortium, AG 1993, 108-118
- Gummert, Hans Die Haftungsverfassung der Vor-GmbH nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH, DStR 1997, 1007-1011
- Hachenburg, Max (Begr.)  
Ulmer, Peter (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung 8. Auflage, Berlin, 1992/97, 7. Auflage, 1975/79/84  
*[zit.: Hachenburg/Ulmer/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]*
- Hautkappe, Andreas Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH, Konstanz, 2000  
*[zit.: Hautkappe S. ...]*
- Heidenhain, Martin Anmerkung zu BGH 29.05.2000 – II ZR 118/98, LM H. 11/2000 § 30 GmbHG Nr. 69
- Henze, Hartwig Zur Problematik der „verdeckten (verschleierte) Sacheinlage“ im Aktien- und GmbH-Recht; ZHR 154 (1990), 105-127
- ders. Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH im GmbH-Recht; GmbHR 2000, 1069-1078
- Hirte, Heribert Kapitalgesellschaftsrecht; 3. Auflage, Köln, 2001  
*[zit.: Hirte KapGesR Rn. ...]*
- ders. Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2002, 2. Teil: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, NJW 2003, 1154-1161
- Hommelhoff, Peter Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119-155
- ders. Jahresabschluss und Gesellschafterinformation in der GmbH, ZIP 1983, 383-392
- ders. Schuldrechtliche Verwendungspflichten und „freie Verfügung“ bei der Barkapitalerhöhung, ZIP 1987, 477-491
- ders. Zum Wegfall des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG, Festschrift für Alfred Kellermann, Berlin, New York, 1991, 165-179  
*[zit.: Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), S. ...]*
- Honsell, Heinrich Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München, 1974  
*[zit.: Honsell, S. ...]*
- Huber, Ulrich Die Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung – de lege ferenda betrachtet, Festschrift für Robert Fischer, Berlin, New York, 1979, 263-296  
*[Huber in FS für Robert Fischer (1979) S. ...]*
- Hüffer, Uwe Kommentar zum AktG, 5. Auflage, München, 2002  
*[zit.: Hüffer Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]*
- ders. Gesellschafterhaftung und Geschäftsführerhaftung in der Vor-GmbH & Co.KG – Begründung und zeitliche Haftungsgrenzen – BGHZ 70, 132, JuS 1980, 485-490

- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, München, 2003  
[zit.: Jauernig/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- John, Uwe Zur Problematik der Vor-GmbH, insbesondere bei der Einmann-Gründung, BB 1982, 505-514
- Joost, Detlev Grundlagen und Rechtsfolgen des Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984), 27-55
- ders. Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln im Aktienrecht, ZHR 149(1985), 419-443
- ders. Verdeckte Sacheinlagen, ZIP 1990, 549-566
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz  
Zöllner, Wolfgang (Hrsg.) Band 1, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986-1988  
[zit.: Kölner Komm/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Kort, Michael Die Änderung der Unternehmenspolitik durch den GmbH-Geschäftsführer, ZIP 1991, 1274-1279
- ders. Das Verhältnis von Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 GmbHG) und Erstattungspflicht (§ 31 GmbHG), ZGR 2001, 615-643
- Kübler, Friedrich Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg, 1998  
[zit.: Kübler GesR Auflage (Jahr) S. ...]
- Kurth, Thomas  
Delhaes, Wolfgang Die Entsperrung kapitalersetzender Darlehen, DB 2000, 2577-2585
- Lange, Oliver Das Verbot der Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG, NJW 2002, 2293-2296
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil  
14. Auflage, München, 1987  
[zit.: Larenz SchuldR Auflage (Jahr) § ... Ziff. ...]
- Lutter, Marcus  
Hommelhoff, Peter Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
15. Auflage, München, 2000, 14. Auflage, 1995, 11. Auflage, 1985  
[zit.: Lutter/Hommelhoff Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Lutter, Marcus Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe, 1964  
[zit.: Lutter Kapital, S. ...]
- ders. Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag, München, 1987, 505-533  
[zit.: Lutter in FS für Stiefel (1987) S. ...]
- Lutter, Marcus  
Gehling, Christian Verdeckte Sacheinlagen – Zur Entwicklung der Lehre und zu den europäischen Aspekten, WM 1989, 1445-1460
- Lieb, Manfred Meilenstein oder Sackgasse?, Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, 1985, Berlin, New York, 399-364  
[zit.: Lieb in FS für Stimpel (1989), S. ...]
- ders. Zum Spannungsverhältnis zwischen Vorbelastungshaftung und Differenzhaftung – Versuch einer Harmonisierung,

- Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, 1998, Köln, Berlin, Bonn, München, 347-362  
[zit.: *Lieb in FS für Zöllner (1998), S. ...*]
- Meister, Burkhardt W. Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten, WM 1980, 390-401
- ders. Zur Vorbelastungsproblematik und zur Haftung der Vorgesellschaft bei der GmbH, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, 1984, Berlin, New York, 521-556  
[zit.: *Meister in FS für Werner (1984), S. ...*]
- Meyer-Landrut, Joachim Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Regelungsabgleichung zum Einzel- wie zum Konzernabschluß, Berlin, New York, 1987  
[zit.: *Meyer-Landrut § ... Rn. ...*]
- Michalski, Lutz Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München, 2002  
[zit.: *Michalski § ... Rn. ...*]
- Monhemius, Jürgen Bilanz, Gründerhaftung und Scheitern der Vor-GmbH, GmbHR 1997, 384-392
- Mülbert, Peter O. Das „Magische Dreieck der Barkapitalaufbringung“ – Verdeckte Sachleistungen im GmbH- und Aktienrecht, ZHR 154 (1990), 145-195
- Müller, Gerd Fortbestand und Untergang des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG bei Wegfall der Auszahlungssperre ?, ZIP 1996, 941-947
- Müller, Klaus J. Anmerkung zu BGH 27.11.2000 – II ZR 83/00, GmbHR 2001, 143-144
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts  
Priester, Hans-Joachim (Hrsg.)  
Mayer, Dieter (Hrsg.) Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
2. Auflage, München, 2003  
[zit.: *Münch. Hdb. GesR III 2. Auflage (2003) § ... Rn ...*]
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Rebmann, Kurt (Hrsg.)  
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)  
Rixecker, Roland (Hrsg.) Band 2, 4. Auflage, München, 2001  
[zit.: *Müko/Autor 4. Auflage (2001) § ... Rn. ...*]
- Muscheler, Karlheinz  
Bloch, Wolfgang Erfüllung und Erfüllungssurrogat, JuS 2000, 729-742
- Palandt, Otto (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München, 2003  
[zit.: *Palandt/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...*]
- Paul, Uwe Kein Entfallen des Erstattungsanspruchs gem. § 31 GmbHG trotz nachträglicher Wiederherstellung des Stammkapitals, ZinsO 2000, 583-586
- ders. Der Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG und die Gläubigerschutzvorschriften des Kapitalaufbringungsrechts, ZinsO 2001, 243-246
- Priester, Hans-Joachim Die Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der GmbH – ein notwendiger Grundsatz? ZIP 1982, 1141-1153

- ders. Kapitalaufbringung bei korrespondierenden Zahlungsvorgängen, ZIP 1991, 345-355
- Raiser, Thomas Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, München, 2001, 2. Auflage, 1992  
[zit.: Raiser Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Röhricht, Volker Die Rechtsprechungs-Regeln zum Eigenkapitalersatz bei GmbH und GmbH & Co.KG, Steuerberater-Jahrbuch 1990/91, 313-343
- Röhrkasten, B. Die Rückzahlung des Stammkapitals, GmbHHR 1974, 36-38
- Roth, Günter H.  
Altmeppen, Holger Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage München, 2003, 3. Auflage 1997  
[zit.: Roth/Altmeppen Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Roth, Günter H. Missbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1984, 305 ff, ZGR 1985, 265-278
- Roth, Wulf-Hennig Die Gründerhaftung im Recht der Vor-GmbH, ZGR 1984, 597-628
- Rowedder, Heinz (Begr.)  
Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, München, 2002, 3. Auflage 1997, 2. Auflage 1990  
[zit.: Rowedder/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Saenger, Ingo Anmerkung zu BGH 29.05.2000 – II ZR 118/98, WuB II C. § 31 GmbHG 1.00
- Schäfer-Gölz, Reinhard Die Lehre vom Vorbelastungsverbot und die Differenzhaftung der Gründer, Bonn, 1983  
[zit.: Schäfer-Gölz S. ...]
- Schmalz, Dieter Methodenlehre, 3. Auflage, Baden-Baden, 1992  
[zit.: Schmalz, Rn. ...]
- Schmidt, Karsten Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, 3. Auflage, 1997  
[zit.: Karsten Schmidt GesR Auflage (Jahr) § ...]
- ders. Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen, ZGR 1980, 567-582
- ders. Die Vor-GmbH als Unternehmerin und als Komplementärin, NJW 1981, 1345-1347
- ders. Unterbilanzhaftung – Vorbelastungshaftung – Gesellschafterhaftung, ZHR 156 (1992), 93-133
- Schmitt, Joachim Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG und Sonderposten mit Rücklagenanteil, GmbHHR 2002, 349-352
- Schneider, Uwe H. Kredite der GmbH an ihre Gesellschafter, GmbHHR 1982, 197-208
- Scholz, Michael Die Haftung im Gründungsstadium der GmbH, Königstein/Ts, 1979

[zit.: Scholz S. ...]

- Scholz, Franz (Begr.)  
Kommentar zum GmbH-Gesetz  
9. Auflage, Köln, 2000/02, 7. Auflage 1986/88, 6. Auflage,  
1978/83  
[zit.: Scholz/Autor Auflage (Jahr) § ... Rn. ...]
- Schön, Paul Andreas  
Aufrechnung und Kapitalaufbringung im Recht der GmbH,  
Hamburg, 1989  
[zit.: Schön S. ...]
- Schultz, Dietrich  
Rechtsfragen der Vor-GmbH im Lichte der jüngsten  
höchstrichterlichen Rechtsprechung – BGHZ 80, 129, JuS  
1982, 732-740
- Schulze-Osterloh, Joachim  
Die Vorbelastungsbilanz der GmbH auf den  
Eintragungszeitpunkt und der Ausweis des Anspruchs aus der  
Vorbelastungshaftung im Jahresabschluß, Festschrift zum  
65.Geburtstag von Dr. Dr. h. c. Reinhard Goerdeler,  
Düsseldorf, 1987, 531-549  
[zit.: Schulze-Osterloh in FS für Goerdeler (1987), S. ...]
- Servatius, Wolfgang  
Über die Beständigkeit des Erstattungsanspruchs wegen  
Verletzung des Stammkapitals – Zugleich eine Besprechung  
der BGH-Urteile vom 29.5.2000-II ZR 347/97 und II ZR  
118/98, GmbHR 2000, 1028-1034
- Simeon, Pierre  
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band 1. Hälfte, 6.  
Auflage, Berlin, 1913  
[zit.: Simeon BürgerlR 6. Auflage (1913) § ...]
- Soergel, Hans Theodor (Begr.)  
Siebert, Wolfgang (Hrsg.)  
Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Band, 12. Auflage, Stuttgart  
Berlin, Köln, Mainz, 1990  
[zit.: Soergel/Autor 12. Auflage (1990) § ... Rn. ...]
- Staudinger, Julius v.  
Amann, Hermann (Hrsg.)  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254 13.  
Bearb., Berlin, 1995, §§ 255-292 Neub. 2001, §§ 362-396 13.  
Bearb. 1995  
[zit.: Staudinger/Autor Bearb. (Jahr) § ... Rn. ...]
- Steinberg, Friedhelm  
Die Erfüllung der Bareinlagepflicht nach Eintragung der  
Gesellschaft und der Kapitalerhöhung, Köln, 1973  
[zit.: Steinberg S. ...]
- Stimpel, Walter  
Unbeschränkte oder beschränkte Außen – der Innenhaftung  
der Gesellschafter der Vor-GmbH, Festschrift für Hans-  
Joachim Fleck zum 70. Gebutstag, Berlin, New York, 1988,  
345 – 364  
[zit.: Stimpel in FS für Fleck (1988) S. ...]
- ders.  
Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, Festschrift  
100 Jahre GmbHG, Köln, 1992, 350-378  
[zit.: Stimpel in FS 100 Jahre GmbHG (1992) S. ...]
- Stodolkowitz, Heinz Dieter  
Literaturbesprechung: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz  
8. Auflage, ZHR 157 (1993), 239-242
- Theobald, Wolfgang  
Vor-GmbH und Gründerhaftung, Köln, Berlin, Bonn, 1984  
[zit.: Theobald S. ...]
- Thümmel, Roderich C.  
Kommentar zu BGH 29.05.2000 – II ZR 118/98, BB 2000,  
1485-1486



- Ulmer, Peter Das Vorbelastungsverbot im Recht der GmbH-Vorgesellschaft notwendiges oder überholtes Dogma? Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70.Geburtstag am 24. Dezember 1975, Berlin, 1975, 279-301  
[zit.: *Ulmer in FS für Ballerstedt (1972) S. ...*]
- ders. Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der GmbH – gelöste und ungelöste Fragen zum echt der Vor-GmbH und der Vor-GmbH & Co.KG, ZGR 1981, 593-621
- ders. Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 154 (1990), 128-144
- ders. Gesellschafterhaftung gegenüber der GmbH bei Vorteilsgewährung unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG, Festschrift 100 Jahre GmbHG, Köln, 1992, 363-389  
[zit.: *Ulmer in FS 100 Jahre GmbHG (1992) S. ...*]
- Wacke, Andreas Dolo facit, qui petit quod (statim) redditurus est, JA 1982, 477-479
- Wagner, Klaus-R.  
Spornac-Wolfer, Constantin Die neue „Balsam/Procedo“-Rechtssprechung des BGH gesellschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte, NZG 2001, 9-21
- Westermann, Harm Peter Anmerkung zu BGH 11.5.1987 – II ZR 226/86, ZIP 1987, 1115-1117
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts – Band 1, München, 1980  
[zit.: *Wiedemann GesR I (1980) § ...*]
- ders. Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht, DB 1993, 141-150
- ders. Die Erfüllung der Geldeinlagepflicht bei Kapitalerhöhungen im Aktienrecht, ZIP 1991, 1257-1269
- Wimmer, Klaus (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung  
3. Auflage, Neuwied, Krieffel, 1999  
[zit.: *Wimmer/Autor 3. Auflage (1999) § ... Rn. ...*]
- Willemsen, Reinhard  
Coenen, Tilman Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen nach den Procedo Urteilen des BGH, DB 2001, 910-913
- Würdinger, Hans Gesellschaften, 2. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg, 1943  
[zit.: *Würdinger Gesellschaften II § ...*]
- ders. Aktien und Konzernrecht, 3. Auflage, Karlsruhe, 1973  
[zit.: *Würdinger Aktien und Konzernrecht § ...*]

## Einleitung

Das zentrale Wesensmerkmal der Kapitalgesellschaften ist die beschränkte Haftung der Gesellschafter. Anders als Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen die Teilhaber einer GmbH für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht einstehen. Haftungsmasse ist nur das Gesellschaftsvermögen. Grundlage und Rechtfertigung der beschränkten Haftung ist die Ausstattung der Gesellschaft mit einem festen Garantiekapital. Das System des festen Nennkapitals kann freilich die angemessene Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital nicht sicherstellen<sup>1</sup>. Das gesetzliche Mindestgarantiekapital für Gesellschaften mbH von EUR 25.000 genügt schon bei kleinen Unternehmen kaum für eine hinreichende Eigenkapitalausstattung. Durch das Garantiekapital soll den Gläubigern aber ein Mindesthaftungsfonds gesichert werden. Die Mindesthaftungsmasse hat jedoch insbesondere bei mittleren und großen Unternehmungen mehr symbolischen Charakter. Das gesetzliche Mindestgarantiekapital ist daher mehr eine Seriositätsschwelle für kapitalgesellschaftliche Rechtsformen<sup>2</sup>. Mit der Aufbringung des Stammkapitals löst der Gesellschafter aber seine Eintrittskarte in das Institut der privilegierten Haftung<sup>3</sup>.

Das System des festen Garantiekapitals beruht auf einer Sicherung der Kapitalaufbringung einerseits und der Kapitalerhaltung andererseits. Angesichts des niedrigen Mindestgarantiekapitals drängt sich der Eindruck auf, dass die Kapitalschutzregeln schon bei Gesellschaften mittlerer Größe relativ bedeutungslos sind. Im Insolvenzfall dürfte Großgläubigern einer GmbH eine noch aufzubringende Mindesteinlage von EUR 25.000 kaum Trost spenden. In der Tat kommt der Kapitalaufbringung daher nur bei kleinen Gesellschaften wirtschaftliche Bedeutung zu.

Die eigentliche Bedeutung der Kapitalschutzregeln liegt aber auf Seiten der Kapitalerhaltung. Durch die §§ 30, 31 GmbHG wird zwischen den Vermögenssphären der GmbH und der Gesellschafter zugunsten der Gesellschaftsgläubiger eine scharfe Grenze gezogen. Es soll sichergestellt werden, dass das Gesellschaftsvermögen, welches zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten erforderlich ist, nicht durch Eingriffe durch die Gesellschafter geschmälert wird. Darüber hinaus sollen die §§ 30, 31 GmbHG auch die Erhaltung der Stammkapitalziffer sicherstellen und greifen daher nicht erst bei drohender Überschuldung, sondern bereits bei drohender Unterbilanz ein. Bei einer niedrigen Stammkapitalziffer liegt die eigentliche Bedeutung jedoch im Schutz vor der Überschuldung. Deshalb wird die große Bedeutung der §§ 30, 31 GmbHG auch nicht durch das niedrige gesetzliche Mindestgarantiekapital beeinträchtigt. Zu Recht werden die §§ 30, 31 GmbHG daher als „Grundpfeiler“ der Haftungsbeschränkung der GmbH bezeichnet<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Die Mindesthöhe des Stammkapitals bemisst sich nicht am tatsächlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft. Die Gesellschafter sind nicht verpflichtet, die Gesellschaft je nach Größe des Unternehmens mit ausreichend Eigenkapital auszustatten. Siehe hierzu Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.781 ff.

<sup>2</sup> K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 18 II 4 a.

<sup>3</sup> Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.614.

<sup>4</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff.1; RGZ 168, 292, 299.

Die Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG sind mit Bekanntmachung am 20.05.1892 in Kraft (RGBl. S.846) getreten. Wegen ihrer großen Bedeutung ist es bemerkenswert, dass die §§ 30, 31 GmbHG bis heute in ihrer ursprünglichen Fassung in Kraft sind. Das zeigt, dass die Normen mit der gebotener Zurückhaltung gefasst wurden. So bleibt der Rechtsprechung genügend Raum, um Entwicklungen in Recht und Wirtschaft aufzufangen und angemessenen Lösungen zuzuführen. Erst im Jahre 1980 wurde den ursprünglichen Kapitalerhaltungsregeln eine Normierung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zur Seite gestellt. Auch darin wurden die vom BGH aufgestellten Grundsätze lediglich in Gesetzesform „gegossen“, um vom BGH hiernach als nicht genügend eingestuft zu werden<sup>5</sup>. An der Notwendigkeit der Normierung mag man denn auch bis heute zweifeln.

Das Auszahlungssperre in § 30 GmbHG verbietet Ausschüttungen an Gesellschafter, sofern hierdurch eine so genannte Unterbilanz entsteht oder verstärkt wird. Verboten sind damit Auszahlungen, die dazu führen, dass das auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesene Vermögen betragsmäßig hinter der Summe zurückbleibt, die sich aus den ausgewiesenen echten Passiva und der Stammkapitalziffer ergibt. Neben den eigentlichen Entnahmen sind von dem Verbot auch verdeckte Gewinnausschüttungen und die Rückführung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen betroffen. Freilich wird durch das Verbot in § 30 GmbHG die Kapitalerhaltung nicht gewährleistet. Oftmals ist der Geschäftsführung und den Gesellschaftern das Bestehen einer Unterbilanz nämlich nicht bewusst. Ist eine Ausschüttung entgegen § 30 GmbHG erfolgt, muss der Gesellschafter die Leistung in das Gesellschaftsvermögen zurückführen. Die Rückführung der verbotenen Ausschüttung wird durch den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG gewährleistet. Die Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist daher ein zentrales Instrument der Kapitalerhaltung.

Die Erstattungspflicht setzt voraus, dass der Gesellschafter eine vermögensmindernde Leistung der GmbHG erhalten hat, und durch die Entnahme eine Unterbilanz entstanden ist bzw. sich verstärkt hat. Welchen Einfluss hat es also auf den Bestand des Erstattungsanspruches aus § 31 Abs. 1 GmbHG, wenn die Unterbilanz der Gesellschaft nach der Entnahme beseitigt wird. Die Ursache hierfür wird meist eine wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft sein. Erzielt die Gesellschaft nach der verbotenen Ausschüttung Gewinne, wirkt sich das positiv auf die Entwicklung des Eigenkapitals, unter Umständen bis zur vollständigen Wiederherstellung des Stammkapitals aus. Bleibt der Gesellschafter nach der anderweitigen Wiederherstellung des Stammkapitals gleichwohl zur Erstattung aus § 31 GmbHG verpflichtet, oder wird er von der Haftung frei?

In seiner Elektroplan-Entscheidung<sup>6</sup> im Jahre 1987 hat sich der BGH für eine Haftungsbefreiung des Gesellschafters entschieden. Mit Beseitigung der Unterbilanz entfalle automatisch und endgültig die Erstattungspflicht des Gesellschafters<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BGHZ 90, 370, 378.

<sup>6</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>7</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

Im Jahre 2000 hatte der BGH erstmals wieder Gelegenheit, sich mit der Frage zu beschäftigen. In seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen vom 29.12.2000<sup>8</sup> wandte er sich von seiner alten Rechtsprechung ab. Der Erstattungsanspruch bestehe auch nach einer nachträglichen Beseitigung der Unterbilanz fort und sei daher von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft unabhängig.

Im ersten und zweiten Teil der vorliegenden Arbeit soll überprüft werden, ob sich der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen zu Recht von seiner alten Rechtsprechung verabschiedet hat. Ist es zutreffend, den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft los zu lösen?

Weiter ist im dritten Teil zu untersuchen, ob sich die geänderte Rechtsprechung des BGH zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG in das Kapitalschutzsystem der GmbH einfügt. Sind andere Instrumente des Kapitalschutzes wie Differenz-, Vorbelastungs- und Verlustdeckungshaftung oder die Regeln zum Eigenkapitalersatz ebenso von einem Grundsatz der Haftungskontinuität durchzogen und damit unabhängig von der Vermögensentwicklung der GmbH?

Im vierten und fünften Teil sollen die Konsequenzen aus der Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH für den erstattungspflichtigen Gesellschafter herausgearbeitet werden. Im Kern steht die Frage, ob der Gesellschafter aus dem ursprünglichen – der verbotenen Ausschüttung zu Grunde liegenden – Kausalgeschäft noch Rechte gegen die Gesellschaft herleiten kann. Es ist zu untersuchen, ob der Gesellschafter mit eigenen Forderungen – möglicherweise eben aus dem alten Ausschüttungsbeschluss – gegen die Erstattungsforderung aus § 31 Abs. 1 GmbHG aufrechnen kann. Selbst wenn eine Aufrechnung mit Forderungen aus dem alten Ausschüttungsbeschluss ausscheidet, könnte es nach einer wirtschaftlichen Erholung der GmbH Möglichkeiten geben, dem Gesellschafter im Gegenzug zur Erstattung einen Ausgleich zu verschaffen. Die Wege zu einer Kompensation der Erstattung für den Gesellschafter, insbesondere auch die Kompetenzfragen innerhalb der Gesellschaft, sollen untersucht werden.

---

<sup>8</sup> BGH 29.05.2000, II ZR 118/98 in BGHZ 144, 336 (Balsam/Procedo I); 29.05.2000, II 347/97 in ZIP 2000, 1256 (Balsam/Procedo II); 29.05.2000, II ZR 75/98 (Balsam/Procedo III; nicht veröffentlicht). In der vorliegenden Arbeit werden ausschließlich die beiden veröffentlichten Entscheidungen des BGH zitiert. Die Entscheidungen sind in den für die folgende Bearbeitung wesentlichen Punkten identisch.

## 1. Teil Rechtsentwicklung bis hin zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH

### I. Rechtsprechung und Wissenschaft vor dem 29.05.2000

#### 1. Rechtsprechung und Wissenschaft bis zur Elektroplanentscheidung

Die Folgen einer anderweitigen Wiederherstellung des Stammkapitals wurden zunächst weder von der Rechtsprechung noch von der Wissenschaft erörtert. Schwer vorstellbar, dass diese Konstellation bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein schlichtweg nicht aufgetreten ist. Vielmehr ist zu vermuten, dass die zahlreiche Jurisdiktion bis ins Jahr 1987 keine Feststellung zur Frage der Wiederauffüllung des Stammkapitals getroffen hat. Hierfür mag auch fehlender Parteivortrag in diese Richtung verantwortlich sein. Zumindest ist das Problem wohl nicht sichtbar geworden.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 15.12.1941 deutet auf den ersten Blick darauf hin, dass die Erstattungspflicht des Gesellschafters aus § 31 Abs. 1 GmbHG nur dann bestehe, wenn eine Unterbilanz nach der Entnahme dauerhaft vorgelegen habe<sup>9</sup>. So stellt das Reichsgericht<sup>10</sup> fest:

„dass ein die Höhe des Stammkapitals erreichendes Reinvermögen der Handelsgesellschaft für Kalk- und Mergelwerke schon im Jahre 1926 nicht mehr vorhanden war und auch später niemals wieder erreicht worden ist.“

Die hervorgehobene Formulierung erweckt den Eindruck, als setze die Erstattungspflicht voraus, dass das Stammkapital nach der verbotenen Entnahme nicht anderweitig wiederhergestellt sein dürfte. Eine solche Deutung lässt sich der Entscheidung allerdings nicht abgewinnen. Aus den Entscheidungsgründen<sup>11</sup> ergibt sich nämlich, dass das Reichsgericht sich nicht mit der Frage eines möglichen Wegfalls des Erstattungsanspruchs auseinandersetzte. Vielmehr stellt das Reichsgericht in der vorzitierten Passage lediglich fest, dass über einen bestimmten Zeitraum hinweg – in welchem die seinerzeit streitgegenständlichen Entnahmen erfolgten – eine Unterbilanz i.S.d. § 30 GmbHG vorlag. Das Reichsgericht betrachtete das Stammkapital daher nur im Zeitraum vor und nicht nach der Entnahme.

---

<sup>9</sup> RGZ 168, 292, 295.

<sup>10</sup> RGZ 168, 292, 295.

<sup>11</sup> RGZ 168, 292, 295.

Die Frage, welches Schicksal der Anspruch aus § 31 GmbHG nimmt, wenn nach der verbotenen Auszahlung das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen, z.B. durch spätere Gewinne oder Wertsteigerungen wieder aufgefüllt wird, wird erstmals im Jahre 1979 öffentlich gestellt<sup>12</sup>. Goerdeler/Müller vertreten den Standpunkt, dass der Erstattungsanspruch der GmbH durch spätere Vermögensveränderungen in seinem Bestand grundsätzlich nicht berührt wird; den Grundsatz durchbrechende Einzelfälle werden nicht genannt. Ein Erlöschensgrund für den Erstattungsanspruch läge nicht vor; insbesondere eine etwaige Zweckerreichung führe nicht zum Erlöschen des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>13</sup>.

Gleichwohl könne eine Beseitigung der Unterbilanz im Ergebnis dazu führen, dass der Gesellschafter keine Rückzahlung leisten müsse. So räumen Goerdeler/Müller dem betroffenen Gesellschafter das Recht ein, mit einem etwa bestehenden Auszahlungsanspruch gegen den Rückzahlungsanspruch der GmbH aufzurechnen<sup>14</sup>. So soll ein unnötiges Hin- und Herschieben der Leistungen vermieden werden.

Erstmals vom Erlöschen des Erstattungsanspruchs spricht Meister<sup>15</sup>. Das Erlöschen des Erstattungsanspruchs soll sich jedoch auf Fälle der Sicherheitsleistung der GmbH zugunsten des Gesellschafters beschränken. Für Leistungsgeschäfte schließt sich Meister der Auffassung von Goerdeler/Müller an.

Der Lösungsvorschlag von Goerdeler/Müller wird in der Literatur bis zur Entscheidung des BGH im Jahre 1987 zustimmend aufgenommen<sup>16</sup>.

## 2. Die Elektroplan-Entscheidungen des BGH

Der Bundesgerichtshof befasste sich in zwei Entscheidungen<sup>17</sup> mit dem Rechtsstreit zwischen einer Planungsgesellschaft für elektrische Anlagen (GmbH) und deren ausgeschiedenem Gesellschafter. Von den beiden Entscheidungen hat das Urteil vom 11.05.1987 grundsätzliche Bedeutung.

---

<sup>12</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

<sup>13</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

<sup>14</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

<sup>15</sup> Meister ZIP 1980, 390, 396.

<sup>16</sup> Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck, S. 34; unklar: Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2. Hier wird auf der einen Seite das Entfallen des Erstattungsanspruchs angenommen, andererseits aber auch die Aufrechnungslösung befürwortet.

<sup>17</sup> BGH ZIP 1984, 170; 1987, 1113.

a. Sachverhalt

Klägerin war eine Planungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH. Von den ursprünglich zwei Gesellschaftern entschloss sich der Beklagte (Mehrheitsgesellschafter) im Jahre 1976, seine Beteiligung an der Klägerin zu beenden. Er trat seinen Geschäftsanteil an den zweiten Gesellschafter ab. Der zweite Gesellschafter zahlte im Gegenzug nur einen Betrag in Höhe eines Bruchteils des Nominalwertes des Geschäftsanteils an den Beklagten. Das Aktivvermögen der klagenden Gesellschaft bildeten im wesentlichen ihre Außenstände. Als eigentliche Gegenleistung für die Anteilsübertragung vereinbarten die Gesellschafter, dass der Beklagte von den einzuziehenden Forderungen der klagenden Gesellschaft einen Anteil von 80% erhalten sollte. Aus den Tatbeständen der Entscheidungen des OLG Frankfurt und des BGH wird nicht deutlich, ob die klagende Gesellschaft die Forderungen an die Gesellschafter abgetreten hat. Offensichtlich haben die Tatsachengerichte hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Jedenfalls wurden die Forderungen durch den beklagten ausgeschiedenen Gesellschafter eingezogen. Der BGH unterstellt denn auch in seinen Entscheidungen, dass die Forderungen zeitgleich mit der Anteilsveräußerung aus der Gesellschaft entnommen wurden<sup>18</sup>. Die Forderungsrealisierung durch den Beklagten verläuft erfolgreich. Die Schuldner zahlen an den Beklagten. Die erlangten Beträge fordert die Klägerin heraus. Die Klägerin behauptet, im Zeitpunkt der Forderungsentnahme sich in einer wirtschaftlich kritischen Situation befunden zu haben. Aktiva und Passiva hätten sich allenfalls die Waage gehalten.

b. 1. Entscheidung des OLG Frankfurt

Zunächst bestand hier ein Auslegungsproblem der zwischen den Gesellschaftern getroffenen Auseinandersetzungsvereinbarung. Das Oberlandesgericht ging davon aus, die Gesellschafter hätten erst zu realisierende Gewinne des nunmehr alleinigen Gesellschafters verteilt. Die Vereinbarung stellte demnach noch keine Entnahme aus dem Vermögen der Gesellschaft dar. Zu dieser Auslegung führte das Oberlandesgericht die Überlegung, die Gesellschafter hätten zum Zeitpunkt der Vereinbarung nichts verteilen – also entnehmen – können, was nicht vorhanden war.

Von diesem Ausgangspunkt beurteilte das Oberlandesgericht den Rechtsstreit nach Bereicherungsrecht. Der ausgeschiedene Gesellschafter hatte die Zahlungen nicht von der Klägerin sondern vielmehr aus den Gewinnen des verbliebenen Gesellschafters erhalten. Somit fehlte es an einer Leistungsbeziehung zwischen den Parteien des Rechtsstreits, was zur Klageabweisung führte.

Zur Überschuldung der klagenden Gesellschaft traf das Oberlandesgericht keine Feststellungen. Dazu hatte es nach seiner Auslegung der Auseinandersetzungsvereinbarung auch keine Veranlassung. Somit war auch ein Erstattungsanspruch zunächst nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

---

<sup>18</sup> BGH ZIP 1984, 170.

c. Entscheidung des BGH vom 12.12.1983

Grundlage der BGH - Entscheidung war zunächst eine korrigierte Auslegung der Vereinbarung über die Verteilung der einzuziehenden Forderungen.

So sah der BGH in der Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern eine Entnahme von Forderungen zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Beklagten. Die Grundlage der Auslegung des Oberlandesgerichts, wonach die Gesellschafter nichts hätten entnehmen können, was nicht vorhanden war – nämlich die erst später erzielten Gewinne – wurde als rechtsfehlerhaft verworfen. Nach dem BGH war es den Gesellschaftern möglich, die Forderungen aus der Gesellschaft zu entnehmen und auf den ausscheidenden Gesellschafter zu übertragen. Somit stellte sich die Vereinbarung für den BGH als Entnahme zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters dar. Da die Entnahme wirksam war, mussten bereicherungsrechtliche Ansprüche von vornherein ausscheiden.

Daraus folgte jedoch nicht die Klageabweisung. Vielmehr griff der BGH den Vortrag der Klägerin in den Tatsacheninstanzen auf, wonach sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Forderungsentnahme in einer wirtschaftlich wenig positiven Lage befunden habe. Nach Entnahme der Forderungen hätten sich Aktiva und Passiva ausgeglichen gegenübergestanden. Sollte dies tatsächlich der Fall gewesen sein, so schloss der BGH – hätte die Gesellschaft durch die Entnahme der Forderungen ihr gesamtes Stammkapital an den ausscheidenden Gesellschafter ausgekehrt – was zwangsläufig zu einem Verstoß gegen § 30 GmbHG und einer Erstattungspflicht aus § 31 GmbHG führe. Im Ergebnis hob der BGH die Berufungsentscheidung auf und wies die Sache zurück zum Oberlandesgericht.

Bemerkenswert ist, dass der BGH bereits in seiner ersten Entscheidung das Ergebnis seiner späteren Grundsatzentscheidung andeutete. So führte der BGH bereits am 12.12.1983 aus, dass der Beklagte im Falle einer Überschuldung zur Rückerstattung verpflichtet sei, sofern das Stammkapital nicht inzwischen wieder aufgefüllt wäre, eine Passage, die in der Literatur unbeachtet blieb.

d. 2. Entscheidung des OLG Frankfurt

Nach der Zurückweisung des Rechtsstreits gab das Berufungsgericht der Klage auf Grundlage des § 31 GmbHG teilweise statt. Dabei untersuchte das Oberlandesgericht das Vorliegen einer Unterbilanz jeweils für die Zeitpunkte, zu welchem die Schuldner Zahlungen an den Beklagten leisteten. So konnte der Klage nur teilweise stattgegeben werden, da sich bei einigen Zahlungen keine Unterbilanz nachweisen ließ. Das Oberlandesgericht prüfte jedoch nicht, inwieweit die Beseitigung der Unterbilanz nach den Entnahmen den Erstattungsanspruch entfallen ließ. Offenbar hat das Oberlandesgericht den BGH in dessen Hinweis auf eine zu beachtende mögliche Wiederauffüllung des Stammkapitals missverstanden und deshalb nicht allein auf den Zeitpunkt der Abtretung, sondern auf die Momente der Zahlungen durch die Schuldner abgestellt.



e. Entscheidung des BGH vom 11.05.1987

Auch mit der neuerlichen Entscheidung des OLG Frankfurt zeigten sich beide Parteien nicht zufrieden und legten erneut Revision ein. Wiederum hob der BGH<sup>19</sup> das Berufungsurteil auf und verwies den Rechtsstreit zurück an das Oberlandesgericht.

Im ersten Schritt stellte der BGH klar, dass die Beurteilung der Unterbilanz nach § 30 GmbHG auf den Zeitpunkt der Forderungsabtretung zu erfolgen habe<sup>20</sup>. So sei die Entnahme mit der Abtretung abgeschlossen. Zum Zeitpunkt der Zahlungen durch die Schuldner war die Klägerin nicht mehr Inhaberin der Forderungen, weshalb die Feststellung einer Unterbilanz zur Zeit der Zahlungen unerheblich seien.

Weiter wies der BGH darauf hin, dass die Höhe der Entnahme – und damit die Höhe des Erstattungsanspruchs – nicht danach zu bestimmen sein, welche Beträge später realisiert werden konnten. Vielmehr sei der Erstattungsanspruch der Höhe nach wie der wirtschaftliche Wert der Forderungen zum Zeitpunkt der Abtretungen zu bemessen<sup>21</sup>. Sofern also bereits zum Zeitpunkt der Abtretung eine Wertberichtigung angezeigt war, so hat dies unmittelbar mindernde Folgen für die Höhe des Erstattungsanspruchs.

Sodann gewinnt das Urteil des BGH grundsätzliche Bedeutung. So kritisiert der BGH das Oberlandesgericht bezüglich der Klagestattgabe dahin, dass es nicht habe ausschließen können, dass das Stammkapital nach der Entnahme anderweitig wieder aufgefüllt worden sei<sup>22</sup>. Hiermit wiederholt der BGH seinen Standpunkt aus der 1. Elektroplan-Entscheidung<sup>23</sup>. So sei ein Erstattungsanspruch nur gegeben, soweit nach der Entnahme das Stammkapital nicht auf andere Weise wieder aufgefüllt wurde. Anderenfalls sei der Erstattungsanspruch weggefallen<sup>24</sup>. Genau hierzu hatte das Berufungsgericht in der Tat – trotz des Hinweises des BGH – keine Feststellung getroffen.

aa. Argument für den Wegfall des Erstattungsanspruchs

In der Argumentation stützt sich der BGH weniger auf eine stichhaltige dogmatische Konstruktion als vielmehr auf das Argument des Zweckfortfalls.

Zunächst räumt der BGH ein, dass der Wortlaut der §§ 30, 31 GmbHG für einen Wegfall des Erstattungsanspruchs keinen Anhaltspunkt liefert<sup>25</sup>. Der Wegfall ergebe sich jedoch aus dem Sinn und Zweck der Erstattungspflicht<sup>26</sup>. Als Kapitalerhaltungsvorschriften verfolge der Regelungsmechanismus der §§ 30, 31 GmbHG das Ziel das angegriffene Gesellschaftskapital bis zur Stammkapitalziffer wieder aufzufüllen.

---

<sup>19</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>20</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>21</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>22</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>23</sup> BGH ZIP 1984, 170.

<sup>24</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>25</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>26</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

Durch anderweitige Wiederauffüllung des Stammkapitals – beispielsweise durch Gewinne, Auflösung von Rückstellungen – werde dieser Zweck bereits anderweitig erfüllt. Daher entfalle auch die Notwendigkeit der Erstattungspflicht des Gesellschafters. Auch aus Gläubigerschutzgesichtspunkten rechtfertige sich keine andere Lösung. So erschöpfe sich der Gläubigerschutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG darin, das Stammkapital der Gesellschaft zu wahren. Sei das Stammkapital – nachhaltig – wiederhergestellt, müssten die Interessen der Gläubiger nicht durch Aufrechterhaltung des Erstattungsanspruches gewahrt werden.

In seiner Argumentation folgt der BGH dem bildlichen Verständnis der Kapitalerhaltungsregeln. Danach kann das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG mit einer Staumauer verglichen werden<sup>27</sup>. Ein Abfluss aus dem Stausee ist nur statthaft, wenn das Wasser – als bildliches Eigenkapital – bis an die Grenze der Staumauer heranreicht. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG soll dem Stausee einen Zufluss schaffen, sofern ein unberechtigter Abfluss erfolgt ist. Die Argumentation des BGH geht hier davon aus, dass der Zufluss sich erübrigt, sofern der Stausee anderweitig wieder gefüllt wurde. Sollte sich der See erneut leeren, so steht dies nicht im Zusammenhang mit dem ersten unberechtigten Abfluss und rechtfertigt daher nicht eine „Auffüllpflicht“ des Gesellschafters.

Gerade der Sachverhalt der Elektroplan-Entscheidungen macht die Argumentation des BGH sehr plausibel. Hier richtet sich der Erstattungsanspruch gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter. Bei seinem Ausscheiden aus der GmbH nahm er – im Einverständnis des anderen Gesellschafters – eine Kapitalentnahme vor, welche zu einer Unterbilanz führte. Der Erstattungsanspruch war mit Entnahme der Forderungen aus der Gesellschaft entstanden. Erwirtschaftete die Gesellschaft nach seinem Ausscheiden Gewinne, so wurde das Stammkapital wiederhergestellt. Die Folgen der unberechtigten Entnahme waren somit – mit Blick auf das Stammkapital – beseitigt. Geriet die Gesellschaft nun erneut in wirtschaftliche Schwierigkeiten, so ist das nicht auf den vergangenen Eingriff auf das Stammkapital zurückzuführen. Im übrigen hatte der ausgeschiedene Gesellschafter keine Möglichkeit auf die Geschäftsentwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Es erscheint daher auf den ersten Blick unbillig, den ehemaligen Gesellschafter auf Rückzahlung in Anspruch zu nehmen, wenn sich die Gesellschaft nach seinem Austritt wirtschaftlich nachhaltig erholen konnte.

Die Argumentation des BGH ist daher gut nachvollziehbar und führte im konkreten Fall auch zu einem akzeptablen Ergebnis. Die Schwäche der Entscheidung liegt – wie im folgenden darzustellen sein wird – aber in ihrer dogmatischen Begründung.

---

<sup>27</sup>Dieses Modell geht zurück auf Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff.1; dem folgend: Würdinger Gesellschaften II § 5 I 2; Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn. 612 f.

bb. Absage an die Aufrechnungslösung der Literatur

Der BGH geht davon aus, dass der Erstattungsanspruch bei anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals schlicht entfällt. Damit erteilt der BGH der bis dahin in der Literatur<sup>28</sup> vertretenen Aufrechnungslösung eine Absage.

Wie bereits dargestellt vertrat das Schrifttum bis zur 2. Elektroplan-Entscheidung fast einstimmig den im Jahre 1979 erstmals öffentlich geäußerten Standpunkt von Goerdeler/Müller<sup>29</sup>. Danach sollte der Erstattungsanspruch selbst von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft nicht berührt werden. Insbesondere sollte der Erstattungsanspruch nicht durch Zweckerreichung automatisch erlöschen.<sup>30</sup> Das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft sollte trotz des Verstoßes gegen § 30 GmbHG wirksam bleiben. Die Anwendung des § 134 BGB auf das Verpflichtungsgeschäft wurde überwiegend abgelehnt. Für den Fall der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft gestand man dem Gesellschafter die Möglichkeit der Aufrechnung mit seinem nach wie vor bestehenden Auszahlungsanspruch zu<sup>31</sup>. Aus welchem Grunde der Auszahlungsanspruch trotz der verbotswidrigen Auszahlung fortbestehen sollte, wurde von der Wissenschaft freilich nicht begründet.

Genau in diesem Punkt setzt die Kritik des BGH an der Aufrechnungslösung an. Für den BGH ist nicht plausibel, aus welchem Grund der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters durch die Entnahme nicht erfüllt wird und damit nicht erlöschen soll<sup>32</sup>. Obwohl die vom BGH zitierten Fundstellen<sup>33</sup> hierfür keinen Anhaltspunkt liefern, unterstellt der BGH den Vertretern der Aufrechnungslösung, sie gingen davon aus, dass ein gegen § 30 GmbHG verstoßendes Erfüllungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig ist und der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters mangels Erfüllungswirkung der Ausschüttung fortbestehe<sup>34</sup>.

Berechtigt an der Kritik des BGH ist, dass die Literatur für das Fortbestehen des Auszahlungsanspruchs bis dahin noch keine konkrete Begründung entwickelt hatte. Die Unterstellung, die Aufrechnungslösung stütze sich auf eine über § 134 BGB hergeleitete Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts, ist jedoch lediglich gegenüber Goerdeler/Müller<sup>35</sup> berechtigt<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fleck, S. 34; Meister ZIP 1980, 390, 396.

<sup>29</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck, S. 34; Meister ZIP 1980, 390, 396.

<sup>30</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

<sup>31</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck, S. 34.

<sup>32</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>33</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4.

<sup>34</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>35</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 30 Rn.8.

<sup>36</sup> so vertraten weder Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 30 Rn.21 noch Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 30 Rn.10 die vom BGH kritisierte Auffassung.

Der BGH unterließ es leider, sich inhaltlich mit der Auffassung der Literatur auseinander zu setzen. Vielmehr weist der BGH lediglich daraufhin, dass Erfüllungsgeschäfte, welche gegen § 30 GmbHG verstoßen, regelmäßig wirksam seien. Die verbotene Zahlung erfülle daher den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters und entziehe einer Aufrechnung die Grundlage<sup>37</sup>.

cc. Dogmatischer Ansatz des BGH

Ausgangspunkt der eigenen dogmatischen Begründung des BGH für den Wegfall des Erstattungsanspruchs ist, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters durch die Entnahme erfüllt werde und damit erlösche<sup>38</sup>. Somit bestehe – mangels Auszahlungsanspruchs – für den Gesellschafter auch bei späterer Auffüllung des Stammkapitals keine Möglichkeit zur Aufrechnung.

Folgt man dem BGH bis dahin lässt sich das letztlich gefundene Ergebnis allerdings kaum noch dogmatisch begründen. So fällt es dem BGH denn erkennbar schwer, das Entfallen des Erstattungsanspruchs nachvollziehbar zu konstruieren.

Zunächst stellt der BGH fest, dass im Falle einer Erstattung durch den Gesellschafter gemäß § 31 GmbHG dessen Auszahlungsanspruch wiederauflebe, sofern sich die Vermögenslage der Gesellschaft nachhaltig verbessert habe<sup>39</sup>. Sodann hätte die Gesellschaft dasjenige zu erstatten, was sie vom Gesellschafter erhalten habe. Um dieses Ergebnis zu verhindern, müsse der Erstattungsanspruch im Falle einer anderweitigen Herstellung des Stammkapitals erlöschen<sup>40</sup>. Eine weitergehende Begründung unterbleibt.

Schon mit der Prämisse, der Auszahlungsanspruch würde nach einer Erstattung wiederaufleben, begibt sich der BGH auf wankenden Boden. Ein „Wiederaufleben“ aus sich heraus ist dem bürgerlichen Recht fremd. Ebenso wenig nachvollziehbar ist der Schluss, der Erstattungsanspruch müsse erlöschen, um ein Wiederaufleben des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters zu verhindern.

Im Ergebnis geht der BGH vom gleichen Grundgedanken wie die bis dahin vertretene Aufrechnungslösung der Literatur aus. Ist das Stammkapital wiederaufgefüllt führt eine Erstattung bzw. eine Erstattungsverpflichtung des Gesellschafters dazu, dass diesem ein Auszahlungsanspruch zusteht. Nach beiden Lösungen soll ein Hin- und Herzahlen vermieden werden.

Die Aufrechnungslösung setzt voraus, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters – trotz der verbotswidrigen Auszahlung - nicht erloschen ist. Der BGH geht zwar von einem Erlöschen des Auszahlungsanspruchs aus, stellt dem jedoch ein Wiederaufleben des Auszahlungsanspruchs für den Fall der Erstattung an die Seite. Um eine solches Wiederaufleben des Auszahlungsanspruchs zu vermeiden, soll der Erstattungsanspruch aus sich heraus erlöschen.

---

<sup>37</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>38</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>39</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>40</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

Der wesentliche Vorteil der BGH-Lösung für den betroffenen Gesellschafter besteht darin, dass sich eine Aufrechnungserklärung während der Phase der wirtschaftlichen Gesundung der Gesellschaft erübrigt und der Erstattungsanspruch automatisch entfällt.

dd. Nebenaspekte der Entscheidung

Die Entscheidung setzt sich weiter mit Fragen der Darlegungs- und Beweislast auseinander. So stellt der BGH klar, dass grundsätzlich der Gesellschafter die volle Darlegungs- und Beweislast für die Umstände trägt, welche den Wegfall des Erstattungsanspruchs begründen. Somit ist es Sache des in Anspruch genommenen Gesellschafters, die nachhaltige Wiederauffüllung des Stammkapitals nach Entstehung des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG darzulegen und zu beweisen.

Im Sachverhalt der Elektroplan-Entscheidung wurde ein ausgeschiedener Gesellschafter in Anspruch genommen. Hierdurch hatte der BGH Gelegenheit, sich zu einer möglichen Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu äußern. Da dem ausgeschiedenen Gesellschafter nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Information über die weitere Vermögensentwicklung der Gesellschaft zu Gebote steht, sei es an der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen, dass seit der verbotswidrigen Entnahme keine nachhaltige Verbesserung der Vermögensverhältnisse eingetreten ist<sup>41</sup>.

Weiter befasst sich der BGH mit der Frage inwieweit die klagende Gesellschaft verpflichtet ist, sich primär an den nunmehrigen Alleingesellschafter zu halten, bevor sie den ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen kann. Anhaltspunkt für die Annahme einer vorrangigen Erstattungspflicht des Alleingesellschafters gegenüber der GmbH war die zutreffende Annahme, dass dem ausgeschiedenen Gesellschafter ein Ausgleichsanspruch gegen den Alleingesellschafter zusteht, sobald er Erstattungszahlungen an die GmbH leistet. Das OLG Frankfurt hatte eine Vorrangigkeit der Inanspruchnahme des Alleingesellschafters verneint. So könne dem Erstattungsanspruch ein noch ausstehender Ausgleich zwischen den ehemaligen Mitgesellschaftern nicht entgegengehalten werden. Dieses Ergebnis folge schon aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes. Gleichwohl ging der BGH in der Entscheidung unter Bezugnahme auf § 242 BGB von einer Vorrangigkeit der Inanspruchnahme des verbliebenen Gesellschafters aus<sup>42</sup>.

Die Vorrangigkeit lässt sich jedoch nur halten, wenn man von einer inzwischen erfolgten Wiederauffüllung des Stammkapitals ausgeht<sup>43</sup>. Unter dieser Prämisse käme die Erstattung tatsächlich dem Alleingesellschafter zugute. Insoweit ist die Entscheidung also nicht verallgemeinerungsfähig.

---

<sup>41</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>42</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>43</sup> So auch Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

### 3. Zustimmung und Kritik der Wissenschaft

In der Wissenschaft traf der Kerngedanke der 2. Elektroplan-Entscheidung auf weitgehende Zustimmung<sup>44</sup>. So schloss sich die Mehrheit der Autoren dem BGH zumindest darin an, dass eine Wiederauffüllung des Stammkapitals nicht ohne Einfluss auf die Erstattungspflicht bleiben könne<sup>45</sup>. Darunter folgten einige Stimmen dem BGH in seiner Entscheidung widerspruchslos<sup>46</sup>. Die Mehrzahl der Autoren mochten sich mit dem vom BGH vorgeschlagenen – da dogmatisch unscharfen – Weg nicht zufrieden geben und versuchten das vom BGH gefundene Ergebnis auf andere Weise zu begründen<sup>47</sup>. Andere Stimmen konnten sich selbst mit dem Ergebnis der BGH - Entscheidung nicht anfreunden<sup>48</sup>.

#### a. Zustimmung: Zweckerreichungslösung

Ein Teil der Literatur folgte dem BGH in seinem Lösungsansatz<sup>49</sup>. Bemerkenswert ist, dass sich selbst die Begründer der Aufrechnungslösung<sup>50</sup> der dogmatisch fraglichen BGH-Konstruktion über ein automatisches Erlöschen des Erstattungsanspruchs anschlossen. Argumentativ wurde hier der Begründung des BGH gefolgt. Karsten Schmidt argumentierte, dass der Erstattungsanspruch nicht handlungs-, sondern zustandsbezogen angelegt sei<sup>51</sup>. So verstehe sich der Anspruch aus § 31 GmbHG nicht als Reaktion auf ein gegen § 30 GmbHG gerichtetes Handeln. Vielmehr sei der Erstattungsanspruch auf Wiederherstellung eines konkreten Zustands gerichtet. Tritt der Zustand – aufgefülltes Stammkapital – anderweitig wieder ein, so entfalle auch der Erstattungsanspruch.

Dogmatische Zweifel an der BGH-Konstruktion äußert Butzke<sup>52</sup>. Anders als der BGH geht Butzke davon aus, dass der Auszahlungsanspruch durch die gegen § 30 GmbHG verstoßende Erfüllung nicht erfüllt werde, also auch nicht erlösche. So sei die Leistung an den Gesellschafter zwangsläufig mit dem Erstattungsanspruch belastet, weshalb allenfalls eine teilweise Erfüllung möglich sei. Quasi als Rest des Auszahlungsanspruchs bliebe der Anspruch auf Befreiung von der Erstattungspflicht enthalten. Insoweit zieht Butzke die Parallele zur Aufrechnungslösung, welche ebenfalls vom Fortbestehen des Auszahlungsanspruchs ausgeht<sup>53</sup>.

<sup>44</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller Auflage 8. Auflage (1992) § 31 Rn.24; Scholz/K.Schmidt 8. Auflage (1995) §§ 32a,b Rn.84; Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.11; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; K.Schmidt GesR 3. Auflage (1997) § 37 III 2 b.; Westermann ZIP 1987, 1115, 1116; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385 ff.; Butzke ZHR 154(1990), 357, 371; Müller ZIP 1996, 941, 944 f.; Castor S.356 ff.

<sup>45</sup> siehe Fn. 44.

<sup>46</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller Auflage 8. Auflage (1992) § 31 Rn.24; Butzke ZHR 154(1990), 357, 371; Scholz/K.Schmidt 8. Auflage (1995) §§ 32a,b Rn.84.

<sup>47</sup> Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.11; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385 ff.; Hommelhoff FS f. Kellermann (1991), 165, 166; Müller ZIP 1996, 941, 944 f.

<sup>48</sup> Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.11; Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30 ff.

<sup>49</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller Auflage 8. Auflage (1992) § 31 Rn.24; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 371; K.Schmidt GesR 3. Auflage (1997) § 37 III 2b; Scholz/K.Schmidt 8. Auflage (1995) §§ 32a,b Rn.84.

<sup>50</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

<sup>51</sup> Scholz/K.Schmidt 8. Auflage (1995) §§ 32a,32b Rn.84.

<sup>52</sup> Butzke ZHR 154(1990), 357, 370.

<sup>53</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4.

Gleichwohl schließt er sich der BGH-Lösung an, wonach der Erstattungsanspruch automatisch – ohne Erfordernis einer Aufrechnung – erlösche<sup>54</sup>.

Castor unternimmt den Versuch, die Lösung des BGH in bürgerlichrechtliche Formen zu gießen<sup>55</sup>. Er nutzt den Ansatzpunkt der Zweckerreichung des BGH, um darauf eine Lösung über das Unmöglichkeitensrecht zu konstruieren. Wie der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung<sup>56</sup> geht er dabei von der Prämisse aus, dass sich der Zweck des Erstattungsanspruchs darauf beschränkt, das durch die Entnahme angegriffene Gesellschaftskapital bis zur Höhe der Stammkapitalziffer wiederherzustellen. So sei der im Interesse der Gläubiger verfolgte Zweck des Erstattungsanspruchs auch ohne Erstattung durch den Gesellschafter anderweitig erreichbar.

Aus diesem Ansatz schließt der BGH auf das Entfallen des Erstattungsanspruchs. Castor – das gleiche Ziel verfolgend – konstruiert eine Befreiung des Gesellschafters über die Regeln der nachträglichen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB a.F.<sup>57</sup>. Im ersten Schritt stellt Castor fest, dass § 275 BGB a.F. auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse und damit auch auf den Erstattungsanspruch Anwendung finde<sup>58</sup>. Weiter knüpfe § 275 BGB a.F. seine befreiende Rechtsfolge nicht an eine unmögliche Handlung, sondern an die unmögliche Erreichung eines Leistungserfolgs an. Somit sei unerheblich, dass die Erstattung nach wie vor jederzeit möglich ist. Entscheidend sei vielmehr, dass der mit der Erstattungspflicht bezweckte Erfolg nicht mehr erreichbar sei.

Nach Auffassung Castors<sup>59</sup> unterfällt die anderweitige Wiederherstellung der Stammkapitalziffer der Fallgruppe der Unmöglichkeit wegen anderweitiger Zweckerreichung, durch Handlung Dritter bzw. durch Naturereignis. Nach Beseitigung der Unterbilanz sei die Erfüllung des Erstattungsanspruchs daher ihrem Zwecke nach nicht mehr erfüllbar, so dass der Gesellschafter von seiner Leistungspflicht gemäß § 275 BGB a.F. befreit wird.

§ 275 BGB a.F. setzt die dauerhafte Unmöglichkeit voraus<sup>60</sup>. So muss sich Castor mit der Frage auseinandersetzen, ob es bei der endgültigen Befreiung nach § 275 BGB a.F. bleibt, wenn nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung erneut eine Unterbilanz auftritt. In diesem Falle könnte der Erstattungsanspruch seinem Zweck, das Stammkapital aufzufüllen, wieder gerecht werden. Nach der Dogmatik der nachträglichen Unmöglichkeit dauert die Befreiung nur solange an, bis die Leistung wieder möglich wird<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> Butzke ZHR 154(1990), 357, 371.

<sup>55</sup> Castor S.356 ff.

<sup>56</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>57</sup> Castor S. 357.

<sup>58</sup> Castor S. 357.

<sup>59</sup> Castor S. 357 f.

<sup>60</sup> MüKo/Emmerich 4. Auflage (2001) § 275 Rn.33; Erman/Battes 10. Auflage (2000) § 275 Rn.10.

<sup>61</sup> Staudinger/Löwisch Neubearb. (2001) § 275 Rn.33; Erman/Battes 10. Auflage (2000) § 275 Rn.11.

Nach der Auffassung Castors stellt aber auch eine vorübergehende – aber nachhaltige – Beseitigung der Unterbilanz eine dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung des Erstattungsanspruchs dar<sup>62</sup>. So sei der Zweck des § 31 Abs. 1 GmbHG mit der Wiederauffüllung des Stammkapitals endgültig erreicht. Eine erneute Unterbilanz stehe in keinem Zusammenhang mehr mit der zurückliegenden verbotswidrigen Entnahme<sup>63</sup>.

Im Ergebnis erreicht Castor mit seiner Unmöglichkeitslösung die gleichen Resultate wie der BGH nach den Grundsätzen der Elektroplan-Entscheidung.

b. Alternativlösung 1: Aufrechnungslehre

Weite Teile der Literatur waren mit dem Kerngedanken des BGH in der Elektroplan-Entscheidung einverstanden, dass dem Erstattungsanspruch durch die Wiederherstellung des Stammkapitals seine Berechtigung entzogen werde<sup>64</sup>. Allerdings wurde dem BGH nicht darin gefolgt, dass der Erstattungsanspruch automatisch entfällt. Kritik wurde dem BGH wegen dessen dogmatisch zweifelhafter Konstruktion entgegengehalten. Demgegenüber wurde die Lösung über eine Verrechnung wechselseitiger Ansprüche gesucht<sup>65</sup>.

Die Vertreter der Aufrechnungslösung gehen im Grundsatz davon aus, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgeschäft trotz Auszahlung an den Gesellschafter nicht erfüllt werde und somit bestehen bleibe<sup>66</sup>. Ulmer weist insbesondere daraufhin, dass allein die Argumentation des BGH, das Erfüllungsgeschäft sei nicht nach § 134 BGB unwirksam<sup>67</sup>, nicht zwingend zu einer Erfüllungswirkung der Leistung der Gesellschaft führe<sup>68</sup>. Vielmehr führe die verbotene Auszahlung zur Entstehung des Erstattungsanspruchs nach § 31 Abs. 1 GmbHG und somit zu einer Belastung des Gesellschafters. Somit könne auch ein wirksames Erfüllungsgeschäft nicht zum Erlöschen des Auszahlungsanspruchs führen<sup>69</sup>.

Durch die Annahme des Fortbestehens des Auszahlungsanspruchs wird die konstruktive Grundlage für die Aufrechnung mit dem Erstattungsanspruch bereitet.

Wie bereits angedeutet folgen die Vertreter der Aufrechnungslösung dem Grundgedanken des BGH. So entfalle dem Erstattungsanspruch nach der Beseitigung der Unterbilanz seine innere Berechtigung.

---

<sup>62</sup> Castor S.360

<sup>63</sup> Castor S.360 spricht von einer sogenannten Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, kritisch hierzu Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

<sup>64</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385 ff.

<sup>65</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 373; erwägend auch Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn.7; zwar mit eigenem Lösungsvorschlag aber keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufrechnungslösung Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>66</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 373.

<sup>67</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>68</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 263, 385.

<sup>69</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385.



Sinn und Zweck des § 31 GmbHG sei die Wiederherstellung der Stammkapitalziffer als garantiertes Haftungskapital der Gesellschaft zum Schutz ihrer Gläubiger<sup>70</sup>. Soweit das Stammkapital anderweitig wiederhergestellt wurde bestehe kein Grund mehr, den Gesellschafter auf Erstattung in Anspruch zu nehmen. Die Kritik der Vertreter der Aufrechnungslösung richtet sich ausschließlich gegen die vom BGH gewählte Konstruktion über ein automatisches Entfallen bzw. Erlöschen des Erstattungsanspruchs. Diese Automatik sei dogmatisch fragwürdig, da mit bürgerlich-rechtlichen Instrumenten nur schwer zu unterlegen<sup>71</sup>.

Der Streit zwischen den Vertretern der Aufrechnungslösung und dem BGH ist keinesfalls nur dogmatischer Natur. Die unterschiedliche Konstruktion über einen automatischen Wegfall des Erstattungsanspruchs und die bloße Möglichkeit zur Aufrechnung führt nämlich nur bedingt zu gleichen Ergebnissen. Insbesondere wenn nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung erneut eine Unterbilanz auftritt zeigen sich schnell die möglichen unterschiedlichen Konsequenzen der beiden Ansätze. Nach der Lösung des BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung erlischt der Erstattungsanspruch automatisch und lebt auch im Falle einer späteren, erneuten Unterbilanz nicht wieder auf<sup>72</sup>. Nach der Aufrechnungslösung bleibt der Erstattungsanspruch trotz Wegfalls der Unterbilanz zunächst bestehen. Den Parteien bleibt es demnach vorbehalten, während der Phase der wirtschaftlichen Erholung über den Fortbestand des Erstattungsanspruch zu disponieren<sup>73</sup>. Einigen sich die Parteien über Abwicklung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen, so entfällt der Erstattungsanspruch. Werden Gesellschaft und Gesellschafter nicht aktiv, bleibt der Erstattungsanspruch bestehen. Im Falle einer später erneut eintretenden Unterbilanz besteht auch die Möglichkeit der Aufrechnung nicht fort, so dass der Gesellschafter dem Erstattungsanspruch nichts entgegenhalten kann<sup>74</sup>. Das Risiko einer späteren, erneuten Unterbilanz liegt daher nach der Aufrechnungslösung beim Gesellschafter<sup>75</sup>. Nach der Lösung des BGH in dessen Elektroplan-Entscheidung fällt das Risiko der Gesellschaft zu. Ein Wiederaufleben der Erstattungspflicht bei erneuter Unterbilanz ist ausgeschlossen<sup>76</sup>.

#### aa. Kein Aufrechnungsrecht für den Gesellschafter

Weiter ist streitig, ob es dem Gesellschafter von sich aus möglich sein soll, den Erstattungsanspruch durch einseitige Aufrechnungserklärung zu erfüllen, oder ob das Recht zur Aufrechnung allein der Gesellschaft zusteht<sup>77</sup>. Der Streit entscheidet sich an der Frage der entsprechenden Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf die Vorschriften der Kapitalerhaltung.

<sup>70</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn 6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387.

<sup>71</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 383 spricht von einer „kühnen These“ des BGH.

<sup>72</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>73</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385.

<sup>74</sup> Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6.

<sup>75</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385.

<sup>76</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>77</sup> Für ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters: Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 13 Rn. 6 ; dagegen: Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.12 ( mit grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufrechnungslösung).

Durch § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist es dem Gesellschafter nicht gestattet, gegen den Einlageanspruch der Gesellschaft die Aufrechnung zu erklären.

Teile der Literatur wollen dem Gesellschafter unter Rückgriff auf § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ein Aufrechnungsrecht absprechen<sup>78</sup>. Hierbei wird mit einer funktionalen Übereinstimmung zwischen Einlage- und Erstattungsverpflichtung des Gesellschafters argumentiert<sup>79</sup>. Nach dem telos des § 19 Abs. 2 GmbHG soll der Gesellschaft die Einlage des Gesellschafters tatsächlich so wie vereinbart zufließen. Dieser Grundsatz der realen Kapitalaufbringung sei auch auf die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG zu übertragen, da § 31 Abs. 1 GmbHG der Wiederaufbringung des durch rechtswidrige Entnahme verletzten Stammkapitals diene<sup>80</sup>.

Probleme bereitet dieser einschränkende Auffassung die Regelung des § 31 Abs. 4 GmbHG. Danach kann die Gesellschaft dem betroffenen Gesellschafter die Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht erlassen. Das Erlassverbot entspricht der Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Da § 31 Abs. 4 GmbHG kein Aufrechnungsverbot wie § 19 Abs. 2 GmbHG vorsieht, wird argumentiert, dass die weitergehenden Regelungen der Kapitalaufbringung – insbesondere das einseitige Aufrechnungsverbot – nicht auf die Kapitalerhaltungsregeln zu übertragen seien<sup>81</sup>. Über diese Bedenken setzen sich die Vertreter der einschränkende Auffassung jedoch hinweg. Mit Hinweis auf die Materialien zum GmbHG<sup>82</sup> wird darauf verwiesen, dass dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen § 19 Abs. 2 und § 31 Abs. 4 GmbHG nicht bewusst war und daher ein redaktionelles Versehen vorläge<sup>83</sup>.

#### bb. Aufrechnungsrecht auch für den Gesellschafter

Nach der gesellschafterfreundlichen Auffassung soll beiden Seiten, also auch dem Gesellschafter, ein Recht zur Aufrechnung zustehen<sup>84</sup>. Diese Meinung entspricht der vor der Elektroplan-Entscheidung fast einhellig vertretenen Auffassung der Literatur<sup>85</sup>.

Nach der Auffassung von Ulmer kann hierbei die grundsätzliche Frage<sup>86</sup> einer analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch dahingestellt bleiben<sup>87</sup>. So komme eine Aufrechnung ohnehin nur in Betracht, sofern das Stammkapital nachhaltig wieder aufgefüllt sei. Mit der Wiederherstellung der Stammkapitalziffer entfallende aber gleichzeitig die Notwendigkeit für die Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

<sup>78</sup> Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.12 ( mit grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufrechnungslösung); erwägend auch Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn.7; wohl auch Roth/Altmeyen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8.

<sup>79</sup> Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175.

<sup>80</sup> Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176.

<sup>81</sup> so schon das ältere Schrifttum: Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4.

<sup>82</sup> Entwurf des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mbH, Amtliche Ausgabe 1891, S.82.

<sup>83</sup> so Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176.

<sup>84</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 13 Rn. 6; nicht ausschließend Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn.7.

<sup>85</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck, S. 34.

<sup>86</sup> Grundsätzlich will auch Ulmer das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 übertragen: Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387.

<sup>87</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei die zusätzliche Sicherung der Kapitalaufbringung. Dieser Sicherungszweck – übertragen auf die Kapitalerhaltung – entfalle automatisch mit der Wiederherstellung des Stammkapitals<sup>88</sup>. Die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG setze danach den Fortbestand des Unterbilanz voraus.

Während der wirtschaftlichen Erholung ist es danach dem Gesellschafter einseitig möglich, die Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche herbeizuführen.

Von den Vertretern, welche für ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters eintreten, wird ihm parallel hierzu auch ein Leistungsverweigerungsrecht zugesprochen<sup>89</sup>. Es wird davon ausgegangen, dass dem Gesellschafter bis zur Erklärung der Aufrechnung der *dolo-petit*-Einwand aus § 242 BGB gegenüber dem Erstattungsanspruch zusteht<sup>90</sup>. Das führt – unabhängig von einer Aufrechnung – dazu, dass der Erstattungsanspruch der Gesellschaft während der wirtschaftlichen Erholung nicht durchsetzbar ist. Mit erneutem Eintritt der Unterbilanz entfällt das Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschafters wieder, womit der Erstattungsanspruch durchsetzbar wird<sup>91</sup>.

c. Alternativlösung 2: Heilungslehre

Eine alternative Lösung wird von Müller in die Diskussion eingeführt<sup>92</sup>. Müller geht in seiner Prämisse entgegen der herrschenden Meinung davon aus, dass eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Auszahlung nach § 134 BGB nichtig ist. Gleichwohl sei das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft wirksam, weshalb dem Gesellschafter ein Auszahlungsanspruch gleichwohl zustehe<sup>93</sup>. Mit Wegfall der Unterbilanz tritt nach Müller eine Heilung der zunächst unwirksamen Auszahlung ein. Gleichzeitig mit der Heilung entfalle automatisch der Erstattungsanspruch.

Die Heilung der unwirksamen Auszahlung begründet Müller unter Rückgriff auf die Regeln über die anfängliche objektive Unmöglichkeit: § 308 Abs. 2 i.V.m. § 309 BGB a.F. § 308 Abs. 2 BGB a.F. geht von einer Heilungsmöglichkeit des ursprünglich – wegen objektiver Unmöglichkeit – unwirksamen Vertrages aus, sofern die Leistung unter der aufschiebenden Bedingung des späteren Wegfalls der Unmöglichkeit versprochen werde. Nach Müller gehen die Gesellschafter bei der Auszahlung – bei Unkenntnis über eine vorliegende Unterbilanz – konkludent davon aus, dass die Auszahlung unter dem Vorbehalt einer Besserung der Vermögensverhältnisse erfolge und mit Eintritt der Bedingung wirksam werde<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387.

<sup>89</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Müller ZIP 1996, 941, 944; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

<sup>90</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Müller ZIP 1996, 941, 944; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

<sup>91</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387.

<sup>92</sup> Müller ZIP 1996, 941, 944 ff.

<sup>93</sup> Der Auszahlungsanspruch ist selbstverständlich wegen § 30 GmbHG nicht durchsetzbar.

<sup>94</sup> Müller ZIP 1996, 941, 946.

Die Vermutung für die stillschweigende Vereinbarung begründet Müller mit der Unkenntnis der Gesellschafter zur Zeit der Beschlussfassung über die konkreten Vermögensverhältnisse der Gesellschaft im Zeitpunkt der Auszahlung<sup>95</sup>. Über § 309 BGB hält Müller die Regelung des § 308 Abs. 2 BGB auch auf das gesetzliche Verbot des § 134 BGB i.V.m. § 30 GmbHG anwendbar.

Bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung – also der Wiederherstellung des Stammkapitals – bestehe ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG. Nach Wegfall der Unterbilanz werde die bis dahin nichtige Auszahlung geheilt nach §§ 308 Abs. 2, 309 BGB. Mit der Heilung der verbotswidrigen Auszahlung entfalle gleichzeitig der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG.

Durch seine Konstruktion gelangt Müller in den meisten Fällen zu gleichen Ergebnissen wie der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung. Die Konstruktion versagt jedoch, sofern die Gesellschafter bewusst gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG verstoßen. In diesem Fall kann nicht von einer Vereinbarung i.S.d. § 308 Abs. 2 BGB ausgegangen werden, da sich die Gesellschafter über die Schranke des § 30 GmbHG bewusst hinwegsetzen. Für diese Fälle will Müller auf die Aufrechnungslösung zurückgreifen<sup>96</sup>.

Im Unterschied zum BGH verzichtet Müller auch auf die Nachhaltigkeit der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft<sup>97</sup>. Nach seiner Lösung ist auf den Eintritt der vereinbarten Bedingung abzustellen. Danach entfalle der Erstattungsanspruch bei jeder Beseitigung der Unterbilanz. Auf die Nachhaltigkeit der Erholung könne es somit nicht ankommen.

#### d. Ablehnende Kritik

Durch einige Autoren wird die Elektroplan-Entscheidung des BGH entschieden abgelehnt<sup>98</sup>. Die Vertreter der ablehnenden Auffassung sprechen sich gegen einen – wie auch immer dogmatisch begründeten – Wegfall des Erstattungsanspruchs nach Wiederherstellung des Stammkapitals aus. Sie richten sich sowohl gegen die Zweckfortfall- als auch gegen die Aufrechnungslösung<sup>99</sup>.

Kritisiert wird der Ausgangspunkt des BGH und der zustimmenden Literatur, dass der Erstattungsanspruch seinen ursprünglichen Sinn und Zweck verliere, wenn die Unterbilanz beseitigt sei. Hierbei stützen sich die Vertreter der ablehnenden Auffassung auf zwei Hauptargumente.

<sup>95</sup> Der Standpunkt von Müller ist nicht mit dem stillschweigendem Vorbehalt zu vergleichen, welchen die Rechtsprechung in den Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafter hineininterpretiert: BGHZ 9, 157, 169. Danach steht der Auszahlungsanspruch unter der Vorbehalt, dass die Gesellschaft durch die Zahlung nicht unterkapitalisiert wird.

<sup>96</sup> Müller ZIP 1996, 941, 946.

<sup>97</sup> Müller ZIP 1996, 941, 945.

<sup>98</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30 ff.; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) § 31 Rn.11; Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8; Raiser 2. Auflage (1992) § 37 Rn. 14.

<sup>99</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30 ff.; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) § 31 Rn.11; Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8.

Zunächst werde der Erstattungsanspruch durch die BGH-Lösung in seiner notwendigen Solidität gefährdet<sup>100</sup>. Brandner führt an, dass der Gesellschaft die Geltendmachung ihres Erstattungsanspruchs durch einen drohenden Wegfall der Gesellschafterhaftung wesentlich erschwert werde<sup>101</sup>. So müsse die Gesellschaft nicht nur beweisen, dass die Auszahlung zu einer Unterbilanz oder Überschuldung führte bzw. eine solche vertiefte. Sie müsse möglicherweise<sup>102</sup> noch darlegen, dass sich nach der Entnahme die Vermögensverhältnisse zu keiner Zeit nachhaltig verbessert haben. Weiter müsse die Gesellschaft auch nach Verurteilung des Gesellschafters stets mit der Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage durch den Erstattungspflichtigen rechnen<sup>103</sup>. Im Ergebnis werde dem Geschäftsführer hierdurch der Kapitalschutz erschwert<sup>104</sup>.

Ebenfalls die – seiner Auffassung nach notwendige – Kontinuität des Erstattungsanspruchs hervorhebend argumentiert Altmeyen<sup>105</sup>. Seiner Auffassung nach verkennt der BGH und das seinerzeit herrschende Schrifttum, dass der Erstattungsanspruch einen wesentlichen Vermögensgegenstand der Gesellschaft bilde. Der Anspruch sei zu aktivieren und bei der künftigen Vermögensentwicklung der Gesellschaft einzukalkulieren<sup>106</sup>.

Zum zweiten wird die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG gegen den Wegfall des Erstattungsanspruchs angeführt<sup>107</sup>. Nach § 31 Abs. 2 GmbHG wird die Erstattungspflicht des bei Entnahme gutgläubigen Gesellschafters beschränkt. So reicht seine Erstattungspflicht nur so weit, als die Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Hier wird der Erstattungsanspruch durch das Gesetz selbst relativiert. §§ 30, 31 GmbHG dienen dem Schutz des Stammkapitals. Das Stammkapital soll ein Minimum an Gläubigerschutz gewährleisten und somit die Haftungsbeschränkung legitimieren. Sofern die Gläubiger anderweitig befriedigt werden konnten entfällt somit der Zweck des Erstattungsanspruchs.

§ 31 Abs. 2 GmbHG enthalte daher den gleichen Grundgedanken, den der BGH seiner Elektroplan-Entscheidung zu Grunde legte, dass der Gläubigerschutz den Erstattungsanspruch nicht (mehr) rechtfertigen könne, sobald die Unterbilanz beseitigt sei<sup>108</sup>. Nach Brandner hat das Gesetz die Möglichkeit der Zweckerreichung in § 31 Abs. 2 GmbHG berücksichtigt und die Enthaltung auf den gutgläubig empfangenden Gesellschafter beschränkt<sup>109</sup>.

<sup>100</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30.

<sup>101</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30.

<sup>102</sup> Hier spricht Brandner die Fälle der umgekehrten Beweislast an. Seiner Auffassung trifft die Gesellschaft die Darlegungslast nicht nur gegenüber einem ausgeschiedenen Gesellschafter, sondern auch dann, wenn der Informationsstand der Gesellschaft gegenüber dem Erstattungspflichtigen deutlich überlegen ist.

<sup>103</sup> Brandner meint hier den Fall, dass die Unterbilanz erst nach der gerichtlichen Auseinandersetzung entfällt.

<sup>104</sup> Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) 31 Rn.11.

<sup>105</sup> Roth/Altmeyen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8.

<sup>106</sup> Roth/Altmeyen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8 räumt jedoch ein, dass die Beseitigung der Unterbilanz nicht gänzlich ohne Einfluss auf den Erstattungsanspruch sein kann. So könne der Einzelgesellschafter auf den Erstattungsanspruch verzichten, sofern die Unterdeckung anderweitig behoben wurde. In der mehrgliedrigen Gesellschaft stehe dieses Recht der Gesellschafterversammlung zu, welche darüber durch Beschluss zu entscheiden habe.

<sup>107</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

<sup>108</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

<sup>109</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

Außerhalb des Anwendungsbereichs § 31 Abs. 2 GmbHG sei für eine Durchbrechung der Strenge der Kapitalerhaltungsregeln kein Raum.

Darüber hinaus zweifelt Brandner an, dass die verbotene Entnahme auch nach einer Wiederherstellung der Stammkapitalziffer folgenlos für weitere wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft ist<sup>110</sup>. So könne sich die Entnahme auch nach Beseitigung der Unterbilanz – vor allem bei anschließender erneuter Vermögensverschlechterung – gläubigerschädlich auswirken<sup>111</sup>.

Daneben werden weitere Argumente gegen die Elektroplan-Entscheidung des BGH angeführt. Nach Lutter/Hommelhoff<sup>112</sup> ermuntere die BGH-Lösung die Gesellschafter, die Bilanzpolitik mit dem Ziel zu gestalten, die Erstattung entfallen zu lassen. Weiter begründe die spätere Möglichkeit der Enthaltung die Gefahr, dass die Gesellschafter das Verbot des § 30 GmbHG weniger ernst nehmen<sup>113</sup>. In der Hoffnung auf eine wirtschaftliche Erholung – und den damit verbundenen Wegfall des Erstattungsanspruchs – würden die Gesellschafter ermuntert, Entnahmen entgegen § 30 GmbHG vorzunehmen und andererseits ihrer Erstattungspflicht nur zögerlich nachzukommen<sup>114</sup>.

Weiter wird auf die Gefahr einer Ungleichbehandlung der Gesellschafter hingewiesen<sup>115</sup>. So werde der Gesellschafter, welcher die Erstattung leistet, möglicherweise gegenüber dem abwartenden Gesellschafter benachteiligt<sup>116</sup>. Während der rechtstreue Gesellschafter die Rückzahlung geleistet hat, werde der zuwartende Gesellschafter durch eine später eintretende Erholung der Gesellschaft von der Zahlungspflicht befreit<sup>117</sup>.

Brandner weist noch auf mögliche Probleme nach der Pfändung eines Erstattungsanspruchs hin<sup>118</sup>. Sofern ein Gesellschaftsgläubiger den Erstattungsanspruch gepfändet habe, erhalte er ein Pfandrecht an der Forderung. Bei wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft fiele der Erstattungsanspruch weg, womit der Gläubiger seine Sicherheit verlöre. Zwar könne sich der Gläubiger jetzt wieder mit mehr Erfolg an die Gesellschaft wenden, doch sei ungewiss, ob er hier wirklich Befriedigung erlange<sup>119</sup>.

<sup>110</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

<sup>111</sup> hier muss sich Brandner jedoch folgendes entgegenhalten lassen: Wäre die verbotswidrige Auszahlung nicht erfolgt, so wären die Gesellschafter während der wirtschaftlichen Erholung berechtigt gewesen, eine Entnahme vorzunehmen. Eine spätere Vermögensverschlechterung führte unter dieser Prämisse zum gleichen Ergebnis wie eine verbotswidrige – da zu zeitig erfolgte – Entnahme mit späterem Wegfall der Erstattungspflicht nach BGH.

<sup>112</sup> Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) § 31 Rn.11.

<sup>113</sup> Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) § 31 Rn.11.

<sup>114</sup> Lutter/Hommelhoff weist insoweit auf erhöhte Haftungsrisiken der nach § 31 Abs. 3 GmbHG solidarisch haftenden Mitgesellschafter hin; so auch Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 173.

<sup>115</sup> Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1985) § 31 Rn.11; Roth/Altmeppen 3. Auflage 1997 § 31 Rn. 8.

<sup>116</sup> so auch Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 173.

<sup>117</sup> dem kann mit Vertretern der Aufrechnungslösung entgegengehalten werden, dass dem rückzahlenden Gesellschafter nach Erholung der Gesellschaft ein Auszahlungsanspruch zusteht. Richtig ist aber, dass der rechtstreue Gesellschafter das Risiko für die Zahlbarkeit der Auszahlungsforderung trägt.

<sup>118</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30.

<sup>119</sup> Insbesondere ist der Gläubiger nach Verlust seines Pfandrechts möglicherweise zu einem Wettlauf mit neuen Gläubigern der Gesellschaft gezwungen. Sollte die wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft nur kurzzeitig – und für den Gläubiger unbemerkt – erfolgt sein, wäre das Pfandrecht erloschen, ohne dass er die Gesellschaft mit Erfolg in Anspruch nehmen könne.

Neben den grundsätzlichen Bedenken gegen den Wegfall des Erstattungsanspruchs werden die dogmatischen Konstruktionen der Gegenauffassungen kritisiert.

Gegen die Lösung des BGH wird im wesentlichen das Fehlen einer tragfähigen rechtlichen Konstruktion angeführt<sup>120</sup>. Insoweit besteht Einverständnis mit den Vertretern der Aufrechnungslösung<sup>121</sup>.

Die Konstruktion der Aufrechnungslösung wird mit den Argumenten des BGH<sup>122</sup> abgelehnt<sup>123</sup>. So fehle es an einer aufrechenbaren Gegenforderung des Gesellschafters. Der ursprüngliche Auszahlungsanspruch des Gesellschafters sei durch die verbotswidrige – aber dinglich wirksame – Entnahme erfüllt und erloschen<sup>124</sup>. Eine Aufrechnung scheidet daher aus. Weiter wird auf die Schwäche der Aufrechnungslösung für Fälle hingewiesen, in denen die Auszahlung nicht auf einer wirksam begründeten obligatorischen Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter basiert<sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 32; Roth/Altmeyen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8.

<sup>121</sup> Siehe Teil I I 3 b.

<sup>122</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>123</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31.

<sup>124</sup> zur Schwäche dieses Arguments schon Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; auch Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385.

<sup>125</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31.

## II. Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH

In den Jahren 1998 bis 2000 musste sich der BGH erstmals seit seiner Elektroplan-Entscheidung wieder mit dem Schicksal des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG nach Beseitigung der Unterbilanz beschäftigen. Aus dem sogenannten Balsam/Procedo-Komplex heraus wurden mehrere ausgeschiedene Gesellschafter der Procedo-GmbH nach § 31 Abs. 1 GmbHG in Anspruch genommen. Zunächst wurde die Zahlungsklage auf Erstattung durch die Instanzgerichte mit Hinweis auf die Elektroplan-Entscheidung des BGH abgewiesen. Im Jahre 2000 wurden dann drei Rechtsstreitigkeiten aus dem Balsam/Procedo-Komplex durch den BGH zu Lasten der Gesellschafter entschieden<sup>126</sup>. In den drei Entscheidungen gab der BGH seinen Standpunkt aus der Elektroplan-Entscheidung<sup>127</sup> auf und trat entschieden für den Fortbestand des Erstattungsanspruchs trotz anderweitiger Beseitigung des Unterbilanz ein.

### 1. Der Balsam/Procedo-Komplex

Grund für die „Entscheidungsflut“ zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG war der Zusammenbruch des Sportbodenherstellers Balsam im Jahre 1994, welcher unter anderem auch das Factoring-Unternehmen Procedo in seinen Strudel zog.

Die Procedo GmbH hatte den Erwerb von Forderungen im Wege des Factoring zum Gegenstand. Hauptkunde der Procedo GmbH war die besagte Balsam AG. Der Umsatz zwischen den Partnern war beträchtlich. So betrug der Factoring-Umsatz im Jahre 1993 2,36 Mrd. DM. Wie sich im Nachhinein herausstellte, handelte es sich bei den von der Balsam AG veräußerten Forderungen seit dem Jahre 1983 zunehmend um nicht existierende Außenstände. Die sogenannten „Luftforderungen“ hatte die Balsam AG schlicht erfunden, um im Wege der Veräußerung an die Procedo GmbH liquide Mittel zu erhalten. Die angebliche Existenz der Forderungen wurde der Procedo GmbH durch gefälschte Unterlagen vorgespiegelt. Dieser Betrug blieb durch die Procedo GmbH über ein Jahrzehnt unentdeckt. Die Balsam AG zog die Forderung nämlich selbst ein und kehrte die Beträge an die Procedo aus<sup>128</sup>. Die an die Procedo auszukehrenden Beträge finanzierte die Balsam AG über weitere Verkäufe vorgespiegelter Forderungen an die Procedo GmbH. In diesem „Kreislauf“ erfand die Balsam AG immer höhere Forderungen, so dass sich der Umsatz von 204 Mio. DM im Jahre 1985 auf die besagten 2,36 Mrd. DM im Jahre 1993 steigerte. Im Jahre 1994 wurde das Betrugssystem aufgedeckt und über das Vermögen der Balsam AG ein Konkursverfahren eröffnet.

---

<sup>126</sup> BGH 29.05.2000, II ZR 118/98 in BGHZ 144, 336 (Balsam/Procedo I); 29.05.2000, II 347/97 in ZIP 2000, 1256 (Balsam/Procedo II); 29.05.2000, II ZR 75/98 (Balsam/Procedo III; nicht veröffentlicht). In der vorliegenden Arbeit werden ausschließlich die beiden veröffentlichten Entscheidungen des BGH zitiert. Die Entscheidungen sind in den für die folgende Bearbeitung wesentlichen Punkten identisch.

<sup>127</sup> BGH ZIP 1987, 1113

<sup>128</sup> so genanntes „stilles“ Factoring.



Mit Aufdeckung des Betrugsystems wurde offenbar, dass die vermeintlichen von der Balsam AG erworbenen Forderungen nicht existierten. Da die Luftforderungen den wesentlichen Teil des bislang bilanzierten Aktivvermögens ausmachten, trat die bereits längere Zeit bestehende Überschuldung der Procedo GmbH ans Licht. Über das Vermögen der Procedo GmbH wurde ein gerichtliches Vergleichsverfahren eröffnet. Der Verwalter entwickelte folgendes Vergleichskonzept, was sowohl von den Gläubigern als auch vom Konkursrichter bestätigt wurde:

Kleine und mittlere Gläubiger wurden voll befriedigt. Die übrigen Forderungen wurden nur teilweise befriedigt und im übrigen erlassen, soweit sie durch das Vermögen der Procedo GmbH nicht gedeckt werden konnten. Das Aktiv-Vermögen der Procedo GmbH wurde auf den Verwalter als Treuhänder übertragen. Der Verwalter sollte das Vermögen verwerten und die Erlöse anteilig an die Gläubiger verteilen.

Die Erfüllung der Vergleichsquote wurde durch eine Änderung der Zusammensetzung der Gesellschafter erreicht. Die Hauptgesellschafterin zahlte insgesamt 220 Mio an die Gläubiger und wurde im Gegenzug Alleingesellschafterin der Procedo GmbH. Hintergrund war die Verwertung des steuerlich anerkannten Verlustvortrages der Procedo GmbH. Durch Erfüllung des Vergleichs wurde die Procedo GmbH entschuldet und das Vergleichsverfahren aufgehoben.

Inhaber des Aktiv-Vermögens der Procedo GmbH war nunmehr der Vergleichsverwalter. Im Rahmen der Vermögensübertragung auf den Treuhänder waren auch Erstattungsansprüche der Gesellschaft gegen ehemalige Gesellschafter abgetreten worden. Die betreffenden Gesellschafter waren bereits vor dem Zusammenbruch aus der Procedo GmbH ausgeschieden. Die zu erstattenden Gewinnanteile hatten sie zu Zeiten erhalten, als die Überschuldung zwar bereits eingetreten, dies von den Gesellschaftern jedoch noch nicht erkannt worden war. Gegenstand der Balsam/Procedo-Entscheidungen waren eben diese Erstattungsansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG gegen ausgeschiedene Gesellschafter, welche der ehemalige Vergleichsverwalter als Treuhänder geltend machte.

Die Balsam/Procedo-Konstellation war deshalb brisant, weil die Unterbilanz der Gesellschaft durch den Forderungsverzicht beseitigt war. Hierdurch war das Fortbestehen der Erstattungsansprüche gegen die Gesellschafter fraglich.

Die Instanzgerichte haben die Klagen des Treuhänders unter Berufung auf die Elektroplan-Entscheidung des BGH abgewiesen. In drei Entscheidungen musste sich der BGH erstmals seit 1987 wieder mit dem Problem des Wegfalls des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG befassen. Er hielt an seiner alten Auffassung nicht fest sondern schloss sich vielmehr der kritischen Literaturmeinung an. Die Klagen des Treuhänders waren somit zumindest zum Teil erfolgreich.

Für die Frage des Fortbestehens der Erstattungsansprüche sind insbesondere folgende Umstände von Bedeutung.

Erstens war die Procedo-GmbH im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Gewinnausschüttungen überschuldet. Die im Aktivvermögen bilanzierten Forderungen existierten in Wahrheit nicht.

Zweitens war den durch die Ausschüttungen begünstigten Gesellschaftern die Überschuldung ihrer Gesellschaft nicht bekannt. Das Betrugssystem der Balsam AG wurde erst im Jahre 1994 – und damit nach den Entnahmen – aufgedeckt. Insoweit gingen die Gesellschafter zu Recht davon aus, die Procedo GmbH stehe auf solidem betriebswirtschaftlichem Boden. Von der bestehenden Überschuldung konnten die Gesellschafter keine Kenntnis haben. Insoweit waren die Gesellschafter bei den Ausschüttungen gutgläubig.

Drittens führte das Vergleichsverfahren dazu, dass die Procedo GmbH im Jahre 1995 entschuldet wurde. Bei Aufhebung des Vergleichsverfahrens war die Überschuldung der Procedo GmbH beseitigt. Es ist auch davon auszugehen, dass die Unterbilanz nicht mehr vorlag. Hier liegt der entscheidende Ansatz für die Frage, ob die Erstattungsansprüche gegen die Gesellschafter fortbestehen, da die Unterbilanz doch auf anderem Wege beseitigt wurde. Insoweit schließen sich die Instanzgerichte der Elektroplan-Entscheidung des BGH an und gehen von einem Erlöschen der Erstattungsansprüche aus. Für den BGH bot sich hier die Gelegenheit, sich von seiner bisherigen Rechtsprechung zu verabschieden und dem Erstattungsanspruch ein höheres Maß an Solidität zu verleihen.

Beachtlich ist weiter auf welchem Weg die Unterbilanz der Procedo GmbH beseitigt wurde. Grund für die Entschuldung der Gesellschaft war hier keine wirtschaftliche Erholung des Unternehmens der Gesellschaft. Vielmehr wurde die Entschuldung im Rahmen eines Vergleichsverfahrens erreicht. So führte in erster Linie ein erheblicher Forderungsverzicht der Gläubiger dazu, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf ein erfüllbares Maß zu reduzieren und so ein Konkursverfahren zu verhindern. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Sachverhalt der Elektroplan-Entscheidung des BGH im Jahre 1987<sup>129</sup>. Dort war die möglicherweise eingetretene Entschuldung auf erfolgreiches Wirtschaften der Gesellschaft zurückzuführen, ohne dass die Gläubiger Einbußen in ihren Forderungen hinnehmen mussten. Auch war die Abtretung der Erstattungsansprüche an den Treuhänder ein wesentlicher Bestandteil des Sanierungsplans und somit nicht zuletzt Grundlage für den Forderungsverzicht der Gläubiger.

Für die Instanzgerichte, welche sich an der Elektroplan-Entscheidung des BGH orientierten, stellte sich daher ein besonderes Problem. Konnten die Maximen der Elektroplan-Entscheidung auf diese Konstellation der „Erholung“ der Gesellschaft überhaupt übertragen werden? Entfällt der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG auch dann, wenn die Beseitigung der Unterbilanz im Rahmen eines Vergleichsverfahrens zu Lasten der Gläubiger erreicht wurde? Nach Auffassung der Instanzgerichte hatte die Art der wirtschaftlichen Erholung – wie im folgenden dargestellt wird – keinen Einfluss auf den Wegfall des Erstattungsanspruchs.

---

<sup>129</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

## 2. Entscheidungen der Instanzgerichte

Wie bereits erwähnt wiesen die Instanzgerichte die Klagen des Treuhänders gegen die ehemaligen Gesellschafter auf Erstattung der verbotenen Entnahmen ab. Die Gerichte der ersten Instanz stützten sich hierbei im wesentlichen auf die Schutzvorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG für den gutgläubig empfangenden Gesellschafter. Erst die Berufungsgerichte gründen die Klageabweisung in erster Linie auf die Elektroplan-Entscheidung des BGH.

### a. LG Stuttgart 29.04.1997 Az. 3 KfH O 111/96 (Balsam/Procedo I)

Das Landgericht Stuttgart beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob die Procedo GmbH ihre Erstattungsansprüche überhaupt auf den klagenden Treuhänder übertragen konnte<sup>130</sup>. Wie bereits dargestellt, erfolgte die Abtretung der Erstattungsansprüche an den Treuhänder im Gegenzug zu einem Forderungsverzicht der Gesellschaftsgläubiger. In seiner Prüfung geht das Landgericht zunächst zutreffend von den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>131</sup> zur Abtretbarkeit des Erstattungsanspruchs aus, wonach eine Abtretung an einen Gläubiger möglich ist, sofern dieser im Gegenzug auf seine Ansprüche gegen die Gesellschaft verzichtet. Auf die Vollwertigkeit der Gläubigerforderung kommt es hierbei nicht an.

Das Landgericht geht jedoch davon aus, dass die Voraussetzungen einer wirksamen Abtretung des Erstattungsanspruchs nicht vorlagen<sup>132</sup>. Die Übertragung des Erstattungsanspruchs auf einen Treuhänder im Gegenzug zu einem allgemeinen Forderungsverzicht von Seiten der Gesellschaftsgläubigern sei nicht ausreichend. Offenbar stört sich das Landgericht daran, dass der Abtretung kein konkreter Forderungsverzicht eines bestimmten Gesellschaftsgläubigers entgegenstand. In diesem Punkt wird das Berufungsgericht die Entscheidung nicht aufrecht erhalten<sup>133</sup>.

Primär stützt das LG Stuttgart<sup>134</sup> die klageabweisende Entscheidung jedoch auf § 31 Abs. 2 GmbHG. Da der beklagte Gesellschafter im Zeitpunkt der Entnahme gutgläubig war, könne eine Erstattungspflicht nur insoweit in Betracht kommen als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Insoweit stellt das LG Stuttgart fest, dass die Procedo-GmbH nach Abschluss des Vergleichsverfahrens und dem erfolgten Forderungsverzicht der Gläubiger schuldenfrei war. Somit – so das Landgericht – sei eine Erstattung zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr erforderlich<sup>135</sup>.

Das Landgericht geht im Rahmen seiner Prüfung nicht darauf ein, dass der Forderungsverzicht nur im Hinblick auf die zu erwartenden Erlöse aus den Erstattungsansprüchen erfolgte. Nicht problematisiert wird daher, dass die Erstattungsansprüche – untechnisch – nach wie vor der Befriedigung der Gläubiger dienen sollten.

<sup>130</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 9.

<sup>131</sup> BGHZ 69, 274, 283.

<sup>132</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 9.

<sup>133</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 685.

<sup>134</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 10 f.

<sup>135</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 11 f.

Im Rahmen der Prüfung des § 31 Abs. 2 GmbHG begnügt sich das Landgericht vielmehr mit einem Hinweis auf die Elektroplan-Entscheidung des BGH<sup>136</sup>. Sei das Gesellschaftskapital nach der Entnahme wieder aufgefüllt – also Unterbilanz und Überschuldung beseitigt – sei eine Erstattung im Gläubigerinteresse nicht mehr notwendig. Erstaunlich ist insoweit, dass das Landgericht die Grundsätze der Elektroplan-Entscheidung des BGH lediglich als Argument für die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 2 GmbHG einführt. Aus der Sicht des Landgerichts wäre es konsequent gewesen, den Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG mit Hinweis auf die Elektroplan-Entscheidung des BGH<sup>137</sup> von vornherein entfallen zu lassen. Der Rückgriff auf § 31 Abs. 2 GmbHG wäre damit obsolet gewesen.

b. OLG Stuttgart 18.03.1998 Az. 20 U 84/97 (Balsam/Procedo I)

Das OLG Stuttgart<sup>138</sup> stützt sich in seiner klageabweisenden<sup>139</sup> Entscheidung vorsorglich auf zwei alternative Begründungslinien. Primär begründet das OLG Stuttgart die klageabweisende Entscheidung unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des BGH. Sekundär entwickelt das OLG noch eine Hilfsbegründung über § 31 Abs. 2 GmbHG.

Zunächst folgt das OLG Stuttgart der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach ein Erstattungsanspruch der GmbH entfällt, sofern die Stammkapitalziffer anderweitig wiederhergestellt wurde<sup>140</sup>. Es folgt auch dem Wortlaut der Elektroplan-Entscheidung, wonach der mit der Erstattung verfolgte Zweck durch nachhaltige Beseitigung der Überschuldung und der Unterbilanz erreicht sei<sup>141</sup>. Der Verstoß gegen § 30 GmbHG sei durch die Beseitigung der Unterbilanz „gewissermaßen“ geheilt<sup>142</sup>. Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast stellt das Berufungsgericht fest, dass bei Inanspruchnahme eines ausgeschiedenen Gesellschafters die Gesellschaft in der Pflicht stehe<sup>143</sup>. Sollte der Erstattungsanspruch abgetreten sein – wie hier an den klagenden Treuhänder – ändere sich an der Darlegungs- und Beweislastverteilung zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters nichts<sup>144</sup>.

Im Grundsatz liegt das OLG Stuttgart mit seiner Entscheidung vollständig auf der damaligen Linie des BGH. Das OLG Stuttgart erkennt jedoch den Unterschied zur „Elektroplan-Konstellation“. Während die mögliche Überschuldung in der Elektroplan-Entscheidung auf eine wirtschaftliche Erholung zurückzuführen war, führte hier nur das Vergleichsverfahren zur Beseitigung der Unterbilanz. Im übrigen war die Abtretung der Erstattungsansprüche wesentlicher Teil des Sanierungsplans des Vergleichsverwalters. Das OLG Stuttgart hält den Unterschied allerdings nicht für entscheidungserheblich.

<sup>136</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>137</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>138</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683.

<sup>139</sup> die Klage wurde vom LG Stuttgart abgewiesen. Der Tenor des Berufungsgerichts lautet auf Zurückweisung der Berufung

<sup>140</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>141</sup> so schon BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>142</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>143</sup> so auch BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>144</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

So sei das Zustandekommen der Entschuldung für das Entfallen des Erstattungsanspruchs ohne Bedeutung<sup>145</sup>. Das OLG Stuttgart widmet diesem Problem einen nicht unerheblichen Teil seiner Entscheidungsgründe. So beschäftigt sich das OLG ausführlich mit dem Einwand des klagenden Treuhänders, wonach das Entfallen der Erstattungsansprüche den Sinn der Vermögensübertragung zu Unrecht unterlaufen würde und gegen die Intentionen der am Vergleich beteiligten Gläubiger verstoße.

Den Einwand lässt das OLG jedoch nicht gelten<sup>146</sup>. Es argumentiert zunächst damit, dass der Vergleich auch den Gesellschaftern und damit auch den ehemaligen Gesellschaftern zugute komme. So sei der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG an das Schicksal der Gesellschaft geknüpft und bestehe nur während der krisenhaften wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft. Das OLG spricht ausdrücklich von einem Interesse der Gesellschafter, nur bei fortbestehender Unterbilanz haften zu müssen<sup>147</sup>.

Bereits hier bleiben Fragen offen. Aus welchem Grunde soll das Vergleichsverfahren den Gesellschaftern zugute kommen? Der Forderungsverzicht der Gläubiger erfolgt ausschließlich im eigenen Interesse, ein Konkursverfahren und damit einen drohenden fast vollständigen Forderungsausfall zu vermeiden. Die Argumentation mit Gesellschafterinteressen ist ebenfalls fragwürdig. Ein Entfallen des Erstattungsanspruchs kommt nach der Begründung des BGH<sup>148</sup> in der Elektroplan-Entscheidung nur deshalb in Betracht, weil nach Wegfall der Unterbilanz ein berechtigtes Gläubigerinteresse an der Gesellschafterhaftung nicht mehr besteht und auch nicht wieder aufleben kann. Die Gesellschafterinteressen sind daher sekundär und erst dann von Bedeutung, sobald Gläubigerinteressen nach dem Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG keine Rolle mehr spielen.

Doch das OLG Stuttgart führt noch weitere Argumente ins Feld. So könne der Erstattungsanspruch nicht von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft abgekoppelt werden. Einer solchen Verselbstständigung des Erstattungsanspruchs von der Bilanzsituation der Gesellschaft stehe § 404 BGB entgegen. So könnten die für die haftenden Gesellschafter positiven Rechtsfolgen einer Beseitigung der Unterbilanz nicht durch Abtretung der Erstattungsansprüche unterbunden werden.

Auch diese Argumentation setzt sich starkem Widerspruch aus. Richtig ist auf Grundlage der damaligen Rechtsprechung des BGH, dass der Erstattungsanspruch von der Vermögenssituation der Gesellschaft nicht abzukoppeln war. Wurde die Unterbilanz beseitigt, so musste der Erstattungsanspruch auf Dauer entfallen. Die Person des Anspruchsinhabers, ob die Gesellschaft oder ein Zessionar, war hierauf ohne Einfluss.

Gleichwohl schlägt die Argumentation des OLG mit Hinweis auf § 404 BGB nicht durch. Schließlich geht es hier gerade nicht um die Frage, ob der Erstattungsanspruch durch die Abtretung an den Treuhänder eine besondere Solidität erfährt.

---

<sup>145</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>146</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>147</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>148</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

Entscheidend ist vielmehr, ob der Umstand, dass die Entschuldung der Gesellschaft durch einen Gläubigerverzicht erfolgt, trotz der alten Rechtsprechung des BGH gerade nicht zum Wegfall des Erstattungsanspruchs führt. Die Abtretung an den Treuhänder für sich gesehen ist hierfür nicht relevant. Auch wenn die Gesellschaft Inhaber der Forderung geblieben wäre würde sich die Frage stellen, ob der Erstattungsanspruch trotz Beseitigung der Unterbilanz fortbesteht. Schließlich erfolgte der Forderungsverzicht der Gläubiger gerade im Hinblick auf mögliche Erlöse der Gesellschaft aus der Gesellschafterhaftung nach § 31 Abs. 1 GmbHG. Statt der hier gewählten Konstruktion über einen unbedingten Forderungsverzicht gegenüber der Gesellschaft und der Übertragung des Vermögens der GmbH auf einen zur Verwertung und Verteilung beauftragten Treuhänder wäre auch ein anderer Weg denkbar gewesen. So hätte auf die Vermögensübertragung verzichtet werden können, wenn die Gesellschaft die Verwertung und Verteilung selbst hätte übernehmen wollen. Der Forderungsverzicht der Gläubiger wäre zwar ebenfalls erfolgt<sup>149</sup>. Gleichwohl hätte die Gesellschaft verpflichtet werden können, eingehende Erlöse aus der Gesellschafterhaftung an die Gläubiger zu verteilen. Die gewählte Gestaltung über die Abtretung der Erstattungsansprüche an den Treuhänder kann somit nicht erheblich sein. Der Hinweis auf § 404 BGB führt daher nicht weiter.

Letztlich argumentiert das OLG Stuttgart, dass es nicht angehe, dass Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, auf deren Erfüllung die Gläubiger gegenüber der GmbH verzichtet haben. Wird die Gesellschaft aus der Haftung entlassen, so müsse auch der Gesellschafter von seiner Erstattungspflicht befreit werden.

Auch hier übersieht das OLG Stuttgart, dass der Verzicht der Gläubiger kein endgültiger Verzicht auf weitere Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen ist. Die Haftungsfreistellung der Gesellschaft erfolgt vielmehr im Gegenzug zu einer Überlassung der Erstattungsansprüche gegen die Gesellschafter. Der Gläubigerverzicht kann daher seiner Zielrichtung nach den Gesellschaftern nicht zugute kommen.

Das OLG Stuttgart gründet seine Entscheidung unabhängig vom Wegfall des Erstattungsanspruchs noch auf § 31 Abs. 2 GmbHG<sup>150</sup>. Insoweit folgt es der Entscheidung des LG Stuttgart<sup>151</sup>. So verneint das OLG das Bestehen eines Erstattungsanspruchs auch für die gedankliche Alternative, dass das Stammkapital der Gesellschaft nicht nachhaltig wiederhergestellt ist.

Zutreffend nimmt das OLG Stuttgart an, dass die ehemaligen Gesellschafter bei Erhalt der Ausschüttungen gutgläubig im Sinne des § 31 Abs. 2 GmbHG waren. Schließlich erfolgten die Ausschüttungen zu einem Zeitpunkt, als die fehlende Werthaltigkeit der Forderungen der Balsam AG noch nicht aufgedeckt war. Da für die Gesellschafter die fehlende Werthaltigkeit auch nicht erkennbar war gingen sie im Zeitpunkt der Entnahme zu Recht davon aus, dass das Stammkapital der Procedo-GmbH durch die Ausschüttungen unangegriffen bliebe. Damit war der Anwendungsbereich des § 31 Abs. 2 GmbHG eröffnet.

---

<sup>149</sup> um nämlich ein Konkursverfahren abzuwenden.

<sup>150</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>151</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 10 f.

Die Erstattungspflicht der Gesellschafter ging also nur insoweit, als die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich waren. Hiervon ausgehend prüft das OLG, ob die Forderungen der Gläubiger gegen die Gesellschaft tatsächlich fortbestehen – was im Ergebnis verneint wird<sup>152</sup>. Durch das Vergleichsverfahren sei die Gesellschaft saniert worden. Die Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern hätten sich erledigt. Für eine Inanspruchnahme der Gesellschafter bestehe danach gemäß § 31 Abs. 2 GmbHG kein Anlass mehr.

Gegen die Alternativlösung des OLG Stuttgart bestehen ebenfalls Bedenken. Richtig ist zwar, dass die Procedo-GmbH nach Abschluss des Vergleichsverfahrens frei von Verbindlichkeiten war. Allerdings lässt das OLG Stuttgart unberücksichtigt, wie die Entschuldung der Procedo-GmbH zu Stande kam. Keinesfalls wurden die Gläubiger befriedigt. Vielmehr verzichteten sie auf den Großteil ihrer Forderungen, da diese aus dem Vermögen der Gesellschaft nicht befriedigt werden konnten. Ohne den Verzicht der Gläubiger hätte die Procedo-GmbH einen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen müssen. Der Konkursverwalter hätte die ehemaligen Gesellschafter in Anspruch genommen und die Erlöse zur Masse gezogen. Im Rahmen des Konkursverfahrens wäre für die Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG kein Platz gewesen. Dem klagenden Treuhänder und damit den Gläubigern hier § 31 Abs. 2 GmbHG entgegen zu halten mit dem Hinweis, sie hätten die Gesellschaft frei gestellt, schießt über den beschränkten Schutzzweck des § 31 Abs. 2 GmbHG hinaus. Sinn und Zweck des § 31 Abs. 2 GmbHG ist es, den gutgläubigen Gesellschafter zu entlasten, sofern Gläubigerinteressen nicht entgegenstehen. Im Balsam/Procedo-Komplex bestehen die Gläubigerinteressen in den abgetretenen Erstattungsansprüchen fort, so dass die Interessen – auch gutgläubiger – Gesellschafter unbeachtlich sein müssen.

Die Argumentation des klagenden Treuhänders weist das OLG Stuttgart mit der Begründung zurück, die Loslösung des Erstattungsanspruches von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft laufe auf eine Umgehung des Schutzes des gutgläubigen Gesellschafters gemäß § 31 Abs. 2 GmbHG hinaus. Dass es hier nicht um eine Umgehung des § 31 Abs. 2 GmbHG gehen kann, zeigt die bereits dargestellte Überlegung, dass im Falle eines Konkurses, mangels Forderungsverzichts der Gläubiger, für § 31 Abs. 2 GmbHG kein Raum gewesen wäre.

Neben dem Hauptthema der Entscheidung trifft das OLG Stuttgart am Rande noch eine weitere Feststellung, die wegen des Zusammenhangs kurz erwähnt werden soll. So stellt das OLG fest, dass die Abtretung der Erstattungsforderungen an den Treuhänder wirksam sei<sup>153</sup>. Die Abtretung des Erstattungsanspruchs sei möglich, sofern die Gesellschaft volles Entgelt erhalte. Hier hätten die Gläubiger in einem erheblichen Umfang auf ihre Forderungen verzichtet. Im Gegenzug darauf sei die Abtretung an den Treuhänder erfolgt. Dass die Forderungen der Gläubiger nicht werthaltig gewesen seien spiele hierbei keine Rolle<sup>154</sup>. Auch sei unschädlich, dass die Abtretung keiner konkreten Gläubigerforderung zuzurechnen ist<sup>155</sup>. Schließlich komme die Abtretung der Erstattungsansprüche der Gesamtheit der Gläubiger zugute.

<sup>152</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>153</sup> OLG Stuttgart NZA 1998, 683, 685.

<sup>154</sup> so schon: BGHZ 69, 274, 283.

<sup>155</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 685; anders das LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96, S. 9.

c. LG Heidelberg 29.04.1997 Az. O 102/96 KfH I (Balsam/Procedo II)

Wie auch das LG Stuttgart beschäftigt sich das LG Heidelberg zunächst mit der Wirksamkeit der Abtretung des Erstattungsanspruchs<sup>156</sup>. Im Gegensatz zum LG Stuttgart neigt das LG Heidelberg – ohne sich letztlich festzulegen – der Wirksamkeit der Abtretung zu. Nach Auffassung des Landgerichts entspricht die Wechselseitigkeit des Forderungsverzichts auf der einen und der Abtretung des Erstattungsanspruchs an den Treuhänder auf der anderen Seite den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>157</sup>.

Die Frage der Abtretung ist für das Landgericht jedoch nicht entscheidungserheblich, da der eingeklagte Erstattungsanspruch auch seiner Auffassung nach an § 31 Abs. 2 GmbHG scheitert<sup>158</sup>. Auch das LG Heidelberg stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Erstattung obsolet sei, da die Gläubiger auf ihre Forderungen gegen die Procedo-GmbH verzichtet haben. Durch die im Vergleichsverfahren erreichte Sanierung sei eine Erstattung zur Gläubigerbefriedigung nicht mehr erforderlich. Im Unterschied zum LG Stuttgart beschäftigt sich das LG Heidelberg jedoch näher mit der Frage. So erkennt das LG Heidelberg, dass der im Vergleichsverfahren erfolgte Forderungsverzicht der Gläubiger nur im Hinblick auf spätere Erlöse aus den – auf den Treuhänder übertragenen – Erstattungsansprüchen erfolgte. Insoweit hätten sich die Gläubiger die Geltendmachung der Erstattungsansprüche der Procedo GmbH für die Zeit nach der Sanierung vorbehalten. Allerdings führte diese Einsicht das Landgericht nicht dazu, an der Richtigkeit der Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG zweifeln zu lassen. Nach Auffassung des LG Heidelberg konnten sich die Gläubiger die Geltendmachung der Erstattungsansprüche nicht für die Zeit nach der Sanierung der Procedo GmbH vorbehalten. Die Aufrechterhaltung der Erstattungsansprüche unabhängig von der Entschuldung der Gesellschaft würde den Schutz des gutgläubigen Gesellschafters nach § 31 Abs. 2 GmbHG aushebeln<sup>159</sup>. Die Rechtsfolgen des § 31 Abs. 2 GmbHG knüpfen nach Auffassung des Landgerichts streng an den Fortbestand der Verbindlichkeiten der Gesellschaft an. Aus welchem Grund die Gläubiger auf ihre Forderungen verzichteten könne bei Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG keine Rolle spielen<sup>160</sup>. Insoweit sei unerheblich, dass die Gläubiger auf ihre Forderungen gegenüber der Procedo GmbH nur deshalb verzichtet haben, um sodann die Erstattungsansprüche gegen die Gesellschafter geltend zu machen.

Die Elektroplan-Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird durch das LG Heidelberg nicht erwähnt. Konsequenterweise hätte auch das LG Heidelberg den Erstattungsanspruch eben unter Hinweis auf die damaligen Grundsätze des BGH verneinen können. Ein Rückgriff auf § 31 Abs. 2 GmbHG wäre damit nicht erforderlich gewesen.

---

<sup>156</sup> LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I, S.10.

<sup>157</sup> BGHZ 69, 274, 283.

<sup>158</sup> LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I, S.11 f.

<sup>159</sup> LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I, S.11.

<sup>160</sup> LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I, S.12.



d. OLG Karlsruhe 19.11.1997 Az. 1 U 150/97 (Balsam/Procedo II)

Auch das OLG Karlsruhe befasst sich zunächst mit der Zulässigkeit der Abtretung des Erstattungsanspruchs. Es geht dabei von der Prämisse aus, dass eine Abtretung an einen Gesellschaftsgläubiger wirksam sei, wenn der Gläubiger im Gegenzug auf seine Forderung gegenüber der Gesellschaft verzichtet<sup>161</sup>. Eine Vollwertigkeit der Gläubigerforderung sei nicht erforderlich<sup>162</sup>. Das OLG Karlsruhe erhebt gegen die Wirksamkeit der Abtretung an den klagenden Treuhänder zwei Bedenken. Zum Einen sei der Treuhänder kein Gläubiger der Procedo-GmbH. So sei von vornherein fraglich, ob die Abtretung überhaupt ohne volles Entgelt möglich sei<sup>163</sup>. Weiter habe der Treuhänder selbst auf keine Forderungen gegenüber der Procedo-GmbH verzichtet. Somit stellte sich die Frage, ob eine weitere Ausnahme vom Abtretungsverbot dann gegeben sei, wenn die Abtretung an einen Treuhänder erfolgt und die Gläubiger im Gegenzug den Forderungsverzicht erklären. Da die Wirksamkeit der Abtretung nicht entscheidungserheblich ist, lässt das OLG Karlsruhe die Frage offen.

Das OLG Karlsruhe stützt die berufungszurückweisende Entscheidung in erster Linie auf die Grundsätze des BGH aus der Elektroplan-Entscheidung<sup>164</sup>. So entfalle die Verpflichtung des Gesellschafters, der GmbH zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen zu erstatten, sobald und soweit das angegriffene Gesellschaftskapital bis zur Höhe der Stammkapitalziffer auf andere Weise nachhaltig wiederhergestellt ist<sup>165</sup>. Ist die Unterbilanz nachhaltig behoben, so sei der Zweck des Erstattungsanspruchs erreicht.

Anders als das OLG Stuttgart setzt sich das OLG Karlsruhe mit der kritischen Literatur auseinander. Das Oberlandesgericht tritt dem Argument entgegen, die Grundsätze der Elektroplan-Entscheidung hielte die Gesellschafter dazu an, eine Bilanzpolitik mit dem Ziel zu betreiben, die Erstattungsansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG entfallen zu lassen<sup>166</sup>. So stünde es den Gesellschaftern in den Grenzen des Bilanzierungsrechts frei, eine Bilanzpolitik zu betreiben, bei der ein möglichst hoher ausschüttungsfähiger Jahresüberschuss entsteht oder eine Unterbilanz beseitigt wird<sup>167</sup>. Solange hierbei § 30 GmbHG beachtet werde, könnten die Gläubiger daraus weder belastet werden noch Rechte geltend machen.

Das OLG Karlsruhe<sup>168</sup> stützt seine Argumentation offenbar auch auf die Aufrechnungslösung<sup>169</sup>. Bei nachhaltig verbesserter Vermögenslage würden die Ansprüche der Gesellschafter auf Ausschüttung wieder aufleben, was letztlich dazu führe, dass die Gesellschaft die erstattenden Beträge ohnehin wieder an die Gesellschafter zurückzahlen habe<sup>170</sup>.

<sup>161</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.8.

<sup>162</sup> wiederum im Anschluss an BGHZ 69, 274, 283.

<sup>163</sup> BGHZ 69, 274, 283 spricht eine Privilegierung für Gesellschaftsgläubiger aus. Abweichend vom Grundsatz der gleichwertigen Gegenleistung ist die Abtretung des Erstattungsanspruchs an Gläubiger der Gesellschaft auch gegen Verzicht auf wertlose Forderungen möglich.

<sup>164</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>165</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.9

<sup>166</sup> so Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.11.

<sup>167</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.9.

<sup>168</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.9 f.

<sup>169</sup> deren Hauptvertreter waren seinerzeit: Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 373.

<sup>170</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.10.

Zwar spricht das OLG Karlsruhe nicht ausdrücklich von der Möglichkeit der Aufrechnung. Der Gedanke, dass sich Erstattungsanspruch der GmbH und Auszahlungsanspruch des Gesellschafters im Falle der wirtschaftlichen Erholung gegenüber stehen, stellt jedoch das dogmatische Fundament der Aufrechnungslösung dar<sup>171</sup>.

Nachdem das OLG Karlsruhe die Elektroplan-Entscheidung des BGH gegen Angriffe aus der Literatur verteidigt hat, wendet es sich der Frage zu, inwieweit die Rechtsprechungsgrundsätze auch auf die Balsam/Procedo-Konstellation anwendbar sind<sup>172</sup>. Wie das OLG Stuttgart steht auch das OLG Karlsruhe vor dem Problem, dass die Procedo GmbH ihr Stammkapital nicht aus eigener Kraft, sondern nur durch einen Gläubigerverzicht wiederherstellen konnte. Auch musste das OLG Karlsruhe berücksichtigen, dass der Gläubigerverzicht nur im Hinblick auf zu erwartende Erlöse aus den abgetretenen Erstattungsansprüchen erfolgt war. Diese besonderen Umstände hinderten jedoch auch das OLG Karlsruhe nicht, die seinerzeit noch gültigen Grundsätze des BGH anzuwenden<sup>173</sup>.

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG untrennbar an die Entwicklung des Stammkapitals der Gesellschaft gebunden<sup>174</sup>. Die Loslösung des Erstattungsanspruchs von der weiteren Entwicklung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft durch eine Treuhänder-Lösung sei nicht mit der Regelung des § 31 GmbHG in Einklang zu bringen. So sei den Gläubigern nicht zu gestatten, sich den Erstattungsanspruch für die Zeit nach der Rückführung des Stammkapitals vorzubehalten. Eine Disposition der Gläubiger über den Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG sei nicht hinzunehmen, da der Erstattungsanspruch nach Beseitigung der Unterbilanz kraft Gesetzes entfalle<sup>175</sup>.

Gegen das isolierte Fortbestehen des Erstattungsanspruchs spreche auch die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG. So könnten die Gläubiger die Gesellschaft nicht im Vergleichsverfahren als saniert betrachten, gegenüber den Gesellschaftern jedoch so tun, als sei die Gesellschaft nicht saniert. Nach der Entschuldung der GmbH im Vergleichsverfahren bestehe nach § 31 Abs. 2 GmbHG keine Verpflichtung für den gutgläubigen Gesellschafter mehr, Erstattungsleistungen zu erbringen.

### 3. Die Entscheidungen des BGH vom 29.05.2000

In seinen Entscheidungen vom 29.05.2000<sup>176</sup> hatte der II. Zivilsenat des BGH erstmals seit seiner Elektroplanentscheidung<sup>177</sup> Gelegenheit, sich wieder mit der Frage der Beständigkeit des Erstattungsanspruchs bei nachhaltiger Beseitigung der Unterbilanz zu beschäftigen.

<sup>171</sup> Siehe Teil I I 3 b.

<sup>172</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.11 f.

<sup>173</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.11.

<sup>174</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.11

<sup>175</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.12.

<sup>176</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

Der BGH entschied sich für die Solidität des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Ein Wegfall des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG soll so auch bei nachhaltiger Beseitigung der Unterbilanz unmöglich sein. An seiner bisherigen Auffassung – die einzig in der Elektroplan-Entscheidung Niederschlag fand – hält er ausdrücklich nicht mehr fest. Die Kehrtwende des BGH hatte sich im Übrigen bereits angekündigt<sup>178</sup>.

Der BGH begründet die Änderung der Rechtsprechung im wesentlichen mit vier Argumenten. Erstens sei der alte Zweckerreichungsansatz dogmatisch unhaltbar. Zweitens sei der Erstattungsanspruch dem Einlageanspruch funktional vergleichbar, welcher von einer anderweitigen Aufbringung des Stammkapitals unabhängig sei. Drittens begrenze § 31 Abs. 2 GmbHG die Möglichkeit einer Enthftung auf gutgläubige Gesellschafter. Viertens bestünde im Rahmen von GmbH-Sanierungen die Notwendigkeit, den Erstattungsanspruch zu verwerten, weshalb die Solidität des Erstattungsanspruchs unverzichtbar sei.

Über die Abkehr von seiner bisherigen Auffassung hinaus erteilt der BGH auch den in der Literatur vertretenen Aufrechnungs- und Einwendungslösungen eine Absage. Auch wendet er sich gegen die Alternativlösung des OLG Stuttgart über die Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG.

a. Abkehr von BGH 11.05.1987 Az II ZR 226/86

Unter Abkehr von seiner bisherigen Auffassung stellt der BGH fest, dass die Besserung der Vermögenssituation der Gesellschaft für das Fortbestehen des Erstattungsanspruchs ohne Bedeutung sei. So entfalle ein einmal wegen Verstoßes gegen § 30 GmbHG entstandener Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht von Gesetzes wegen, wenn das Eigenkapital zwischenzeitlich anderweitig bis zur Höhe des Stammkapitals nachhaltig wiederhergestellt ist<sup>179</sup>. Vielmehr soll der Erstattungsanspruch vom Fortbestehen der Unterbilanz nach der verbotswidrigen Entnahme unabhängig sein.

aa. Argument 1: Entfallen des Erstattungsanspruchs dogmatisch unhaltbar

Im ersten Schritt wendet sich der BGH gegen die rechtliche Konstruktion eines Erlöschens des Erstattungsanspruchs durch Zweckerreichung. Hierin stimmt der BGH den Kritikern<sup>180</sup> der bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich zu<sup>181</sup>. Für ein Entfallen des Erstattungsanspruchs sei im Gesetz kein Anhaltspunkt ersichtlich<sup>182</sup>. Der BGH weist insbesondere auf die Regelungsmechanik der Kapitalerhaltungsvorschriften hin.

---

<sup>177</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>178</sup> Stodolkowitz ZHR 157 (1993), 239.

<sup>179</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>180</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23,30 ff; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11; Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn 6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117; Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn.7; Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.10.

<sup>181</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>182</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

So knüpfe der Erstattungsanspruch einzig an die Verletzung des Auszahlungsverbot in § 30 GmbHG an. § 30 GmbHG verbiete die Auszahlung, sofern eine Unterbilanz besteht oder bei Auszahlung eintritt. Insoweit sei der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG einzig an das Vorliegen einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Auszahlung gebunden. Weitere Voraussetzungen wie das Fortbestehen der Unterbilanz sehe das Gesetz nicht vor<sup>183</sup>.

bb. Argument 2: Vergleich mit Grundsätzen der realen Kapitalaufbringung

Weiter zieht der BGH eine Parallele zum Einlageanspruch der Gesellschaft. Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG und Einlageforderung seien funktional vergleichbar<sup>184</sup>. Wo der Einlageanspruch die erstmalige Aufbringung des Stammkapitals gewährleiste, sichere das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG im Zusammenspiel mit dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG die Erhaltung des Stammkapitals. Hieraus folge, dass die Grundsätze der realen Kapitalaufbringung auch auf den Erstattungsanspruch Anwendung fänden<sup>185</sup>. Für die Einlageverpflichtung der Gesellschafter sei es ohne Einfluss, ob das Stammkapital der Gesellschaft bereits auf andere Weise erbracht wurde. Parallel hierzu könne es für den Bestand des Erstattungsanspruchs keine Rolle spielen, ob die Unterbilanz zwischenzeitlich auf andere Weise beseitigt wurde<sup>186</sup>.

cc. Argument 3: Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG

Drittens führt der BGH den Regelungsinhalt des § 31 Abs. 2 GmbHG als Argument gegen seine bisherige Rechtsprechung an<sup>187</sup>. Hierbei übernimmt der BGH die von Brandner entwickelte Argumentationslinie<sup>188</sup>. Danach sehe das Gesetz selbst in § 31 Abs. 2 GmbHG eine Beschränkung der Erstattungspflicht vor. Sollte der Erstattungsanspruch zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich sein, so tritt nach § 31 Abs. 2 GmbHG eine Enthftung des gutgläubigen Gesellschafters ein. Damit habe das Gesetz in § 31 Abs. 2 GmbHG den Fall der Zweckerreichung berücksichtigt, ihn aber in seiner Anwendung auf den gutgläubig empfangenden Gesellschafter beschränkt. Über die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG hinaus könne es keine Einschränkung des Erstattungsanspruchs geben<sup>189</sup>.

dd. Argument 4: Solidität des Erstattungsanspruchs

Neben die drei vorgenannten dogmatischen Erwägungen stellt der BGH noch ein Zweckmäßigkeitsargument. Nach Auffassung des BGH bestehe eine Notwendigkeit dafür, den Erstattungsanspruch mit einer höheren Solidität als bisher auszustatten.

<sup>183</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>184</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>185</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>186</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>187</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>188</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33.

<sup>189</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

So solle der Erstattungsanspruch vom Fortbestehen der Unterbilanz unabhängig werden und somit durch die Gesellschaft in der Krise besser verwertet werden können<sup>190</sup>. Hierin greift der BGH Stimmen aus der Literatur<sup>191</sup> auf, welche ebenfalls eine höhere Kontinuität der Erstattungspflicht fordern.

Nach Auffassung des BGH wurde die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs durch die Grundsätze der Elektroplan-Entscheidung zum Nachteil der Gläubiger eingeschränkt<sup>192</sup>. So bestehe nach der alten Rechtsprechung die Gefahr, dass der Gesellschafter dem Erwerber des Anspruchs entgegenhalten könnte, dass die Unterbilanz der Gesellschaft auf Grund der Zahlung des Veräußerungsentgelts oder der Tilgung der Verbindlichkeit und einer damit verbundenen Wiederauffüllung des Stammkapitals erloschen sei<sup>193</sup>.

In der Tat hatten zwei Berufungsgerichte<sup>194</sup> angenommen, dass die Erstattungsansprüche entfallen seien, weil die Gesellschaftsgläubiger im Gegenzug zur Abtretung der Ansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG auf ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft verzichtet hatten. Der Procedo-GmbH war es somit nach Auffassung der Oberlandesgerichte Stuttgart und Karlsruhe unmöglich, ihre Erstattungsansprüche zugunsten ihrer Gläubiger im Wege der Treuhandslösung zu verwerten. Inwieweit die Berufungsgerichte sich in ihrer Argumentation tatsächlich auf die Elektroplan-Entscheidung stützen durften, soll an dieser Stelle dahinstehen<sup>195</sup>.

Im Argument der notwendigen Solidität liegt zugleich das eigentliche Anliegen des BGH. Durch die Rechtsprechungsänderung soll die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs gerade bei Sanierungen von Gesellschaften erhöht werden.

#### b. Absage an Aufrechnungs- und Einwendungslehre

Der BGH begnügt sich nicht damit, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben und sich damit vom Zweckerreichungsmodell zu verabschieden. Im nächsten Schritt wendet er sich gegen Alternativlösungen, wie sie von der Literatur entwickelt wurden. So erteilt er der Aufrechnungs- und Einwendungslehre<sup>196</sup> eine Absage<sup>197</sup>.

So sei dem beklagten Erstattungsschuldner die Aufrechnung mit einem möglicherweise bestehenden Gewinnauszahlungsanspruch nicht möglich<sup>198</sup>. Auch der dolo-petit-Einwand könne vom Gesellschafter nicht erhoben werden<sup>199</sup>. Sowohl die Aufrechnung als auch die Einrede aus § 242 BGB würden dem Gebot der realen Kapitalaufbringung zuwiderlaufen<sup>200</sup>.

<sup>190</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>191</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30; Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8.

<sup>192</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>193</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>194</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.11; OLG Stuttgart NZG 1998, 683.

<sup>195</sup> Siehe Teil 2 I 1 a.

<sup>196</sup> Siehe Teil 1 I 3 b.

<sup>197</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>198</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>199</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>200</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

Der Gesellschafter sei nach § 31 Abs. 1 GmbHG zur uneingeschränkten Rückzahlung verpflichtet. Nach Rückerstattung sei es den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung zu entscheiden<sup>201</sup>.

c. Absage an Alternativlösung über § 31 Abs. 2 GmbHG

Das OLG Stuttgart hatte in seiner Entscheidung vom 18.03.1998<sup>202</sup> den Erstattungsanspruch hilfsweise unter Rückgriff auf § 31 Abs. 2 GmbHG abgelehnt. Die Erstattung durch den gutgläubigen Gesellschafter sei nicht erforderlich, weil die Procedo GmbH nach Abschluss des Vergleichsverfahrens schuldenfrei zurückblieb<sup>203</sup>. In die gleiche Richtung zielt die Argumentation des OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 19.11.1997<sup>204</sup>. Seiner Auffassung war es den Gläubigern nicht gestattet, sich den Erstattungsanspruch für die Zeit nach Rückführung des Stammkapitals vorzubehalten.

In seinen Entscheidungen vom 29.05.2000<sup>205</sup> stellte der BGH fest, dass § 31 Abs. 2 GmbHG auf die Treuhand - Konstellation keine Anwendung finden könne. Zutreffend argumentiert der BGH, dass § 31 Abs. 2 GmbHG nur dann Anwendung finden kann, sofern die Erstattung tatsächlich nicht mehr erforderlich sei, um die Gläubiger zu befriedigen. Das Vergleichsverfahren führte jedoch nur zu einer teilweisen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Schließlich hatten die Gläubiger auf ihre Forderungen größtenteils verzichtet. Dieser Verzicht war jedoch im Gegenzug zur Abtretung der Erstattungsansprüche an den Treuhänder erfolgt. Im Ergebnis – so der BGH – hätten die Gläubiger nur insoweit auf ihre Forderungen verzichtet, als sie aus dem Vermögen der Procedo GmbH – und damit aus den Erstattungsansprüchen – keine Befriedigung mehr erlangen konnten. So sei die Erstattung der verbotswidrig ausgezahlten Beträge auch nach Abschluss des Vergleichsverfahrens erforderlich, um die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen<sup>206</sup>. Auch sei es nicht widersprüchlich, dass die Gläubiger einerseits gegenüber der Gesellschaft auf ihre Forderungen verzichteten, andererseits aber auf Rückführung der verbotswidrig ausgezahlten Beträge bestünden<sup>207</sup>. Schließlich habe der Sinn und Zweck des Vergleichs gerade darin bestanden, die Vergleichsgläubiger bestmöglich zu befriedigen<sup>208</sup>.

d. Nebenaspekte der Entscheidung

Neben dem Hauptthema der Entscheidungen befasste sich der BGH noch mit weiteren Fragen des Erstattungsanspruchs.

<sup>201</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>202</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>203</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684.

<sup>204</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.11 f.

<sup>205</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>206</sup> BGHZ 144, 336, 343; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>207</sup> so aber OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.12.

<sup>208</sup> BGHZ 144, 336, 343; ZIP 2000, 1256, 1258.

aa. Abtretbarkeit des Erstattungsanspruchs

So stellte der BGH klar, dass die Abtretung der Erstattungsansprüche auf den Treuhänder wirksam ist<sup>209</sup>. Die Bedenken des OLG Karlsruhe<sup>210</sup> seien unbegründet. Dass der Erstattungsanspruch an den Treuhänder erfolgte – der selbst kein Gläubiger der Gesellschaft war – sei unerheblich<sup>211</sup>. Insoweit stellte der BGH offensichtlich darauf ab, dass der Treuhänder die Forderungen letztlich im Auftrag der Gläubiger verwertete. Als Gegenleistung sei ausreichend, dass die Gläubiger auf Forderungen verzichtet haben, die den Wert des übertragenen Gesellschaftsvermögens bei weitem überstiegen haben<sup>212</sup>.

bb. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Ausführlich nahm der BGH zu Fragen der Darlegungs- und Beweislast Stellung<sup>213</sup>. Die Instanzgerichte waren davon ausgegangen, dass der klagende Treuhänder zum Tatbestand einer verbotswidrigen Auszahlung nach § 30 GmbHG nicht ausreichend vorgetragen habe<sup>214</sup>. Von den Instanzgerichten wurde insbesondere beanstandet, dass sich die Unterbilanz zum Zeitpunkt der einzelnen Auszahlungen nicht eindeutig aus dem Klägervortrag ergebe. Zwar legte der Kläger sämtliche Bilanzen der Procedo GmbH für die Jahre 1985 bis 1995 vor und behauptete die Wertlosigkeit der aktivierten Forderungen, welche die Procedo GmbH von der Balsam AG erworben hatte. Zwischenbilanzen zu den konkreten Ausschüttungsdaten wurden vom Kläger nicht vorgelegt. Während die Instanzgerichte aber das Fehlen von Zwischenbilanzen zum Anlass nahmen, die Voraussetzungen des § 30 GmbHG als nicht erwiesen anzunehmen, genügte dem BGH der klägerische Vortrag<sup>215</sup>. So ergebe sich aus den – um die Luftforderungen der Balsam AG bereinigten – Bilanzen eine fortlaufende Überschuldung der Procedo GmbH. Zwar sei es durchaus möglich, dass im Zeitpunkt der einzelnen Auszahlungen jeweils keine Überschuldung vorgelegen habe. Jedoch fehlte dem BGH zu dieser Annahme ein konkreter Vortrag der beklagten ehemaligen Gesellschafter. Aufgrund des detaillierten Vortrags des klagenden Treuhänders sei es Sache der in Anspruch genommenen Gesellschafter, zum Nichtbestehen einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Auszahlungen substantiiert vorzutragen. Da sich die Gesellschafter lediglich auf pauschales Bestreiten verlegt hätten, sei der Vortrag des Klägers als zugestanden anzusehen<sup>216</sup>.

<sup>209</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1258.; so auch schon OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 685.

<sup>210</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.8, legte sich in Bezug auf die Wirksamkeit der Abtretung nicht fest.

<sup>211</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1260.

<sup>212</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1260.

<sup>213</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1258 f.

<sup>214</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684; OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.12 ff.; LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96 S.9 f.; LG Heidelberg Az. O 102; KfH I S. 12 f.

<sup>215</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1259.

<sup>216</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1259.

## cc. Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter

Der BGH stellte außerdem klar, dass die Inanspruchnahme der ehemaligen Gesellschafter aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoße<sup>217</sup>. Grund zu der Frage Stellung zu nehmen bestand deshalb, da der Treuhänder lediglich Gesellschafter aus § 31 Abs. 1 GmbHG in Anspruch nahm, welche bereits vor dem Vergleichsverfahren aus der Procedo GmbH ausgeschieden waren. Mit den übrigen Gesellschaftern hatte die Procedo GmbH Vereinbarungen getroffen, welche eine Inanspruchnahme ausschlossen. Die Hauptgesellschafterin zahlte den Vergleichsbetrag an die Gesellschaft und wurde im Gegenzug aus ihrer Haftung entlassen. Die übrigen Gesellschafter übertrugen ihre Geschäftsanteile ohne Gegenleistung an sich selbst auf die Hauptgesellschafterin. Der Erlös wurde vielmehr direkt an die Gesellschaft gezahlt. Im Gegenzug zur Anteilsübertragung verzichtete die Gesellschaft auf die Inanspruchnahme der Gesellschafter. Im Ergebnis verzichtete die Procedo GmbH auch auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Von der Inanspruchnahme durch den Treuhänder waren daher lediglich die ausgeschiedenen und nicht am Vergleichsverfahren beteiligten Gesellschafter betroffen.

Die Landgerichte Heidelberg und Stuttgart sahen durch die einseitige Inanspruchnahme der Altgesellschafter den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt<sup>218</sup>. Die Ungleichbehandlung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Dem Verzicht der Procedo GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern stehe keine adäquate Leistung gegenüber. Die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf die Hauptgesellschafterin sei kein wirkliches Opfer, da die Anteile ohnehin wertlos gewesen seien. Auch die Zahlung der Hauptgesellschafterin an die Gesellschaft sei nur im Hinblick auf den erworbenen Verluststeuervortrag erfolgt, somit keine Rechtfertigung für den erfolgten Verzicht<sup>219</sup>.

Nachdem die Berufungsgerichte die Frage offenließen<sup>220</sup>, verneinte der BGH einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>221</sup>. Die Verzichtserklärungen gegenüber den Gesellschaftern seien zu Recht erfolgt, da die Gesellschafter durch ihre Kooperation die Realisierung des steuerlichen Verlustvortrages und damit den Erfolg des Vergleichsverfahrens erst ermöglicht hätten. Die Kapitalerhaltungsregeln seien in erster Linie Gläubigerschutzvorschriften<sup>222</sup>. Da der Verzicht auf die Inanspruchnahme aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Gesellschaft im Ergebnis erhebliche Vorteile brachte – welche letztlich den Gläubigern zufließen – sei der Verzicht nicht willkürlich erfolgt<sup>223</sup>. Im übrigen gab der BGH zu bedenken, dass die Altgesellschafter bei Veräußerung ihrer Anteile der schon damals überschuldeten Procedo GmbH erhebliche Erlöse erzielt hatten. Insoweit geschehe ihnen durch die Inanspruchnahme im Vergleich zu den verbliebenen Gesellschaftern kein Unrecht<sup>224</sup>.

<sup>217</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1259.

<sup>218</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96 S.12; LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I S. 14 f.

<sup>219</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96 S.12; LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I S. 14 f.

<sup>220</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 685; OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.14.

<sup>221</sup> BGH ZIP 2000, 1255; 1259 f.

<sup>222</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1259.

<sup>223</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1259.

<sup>224</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1260.



### III. Reaktionen der Wissenschaft

Die Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH wurden in der Wissenschaft fast ausschließlich positiv aufgenommen<sup>225</sup>. Insbesondere die Abkehr vom automatischen Entfallen des Erstattungsanspruchs findet breite Zustimmung<sup>226</sup>. Freilich gibt es auch zweifelnde<sup>227</sup> und ablehnende Stimmen<sup>228</sup>.

Weniger breite Zustimmung erfährt der BGH in der Begründung des Rechtsprechungswechsels<sup>229</sup>. Kritik findet insbesondere die vom BGH zur Einlageforderung gezogene Parallele<sup>230</sup> sowie die Argumentation über die Privilegierungsregelung des § 31 Abs. 2 GmbHG<sup>231</sup>.

In seiner Absage an die Aufrechnungslösung wird dem BGH von Hueck/Fastrich<sup>232</sup> widersprochen. Nach Hueck/Fastrich soll es dem Gesellschafter möglich sein, mit eigenen Ansprüchen gegen den Erstattungsanspruch die Aufrechnung zu erklären<sup>233</sup>. Überwiegend wird dem BGH jedoch auch in diesem Punkt zugestimmt<sup>234</sup>.

<sup>225</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 17; Münch. Hdb. GesR III/Mayer/Fronhöfer § 51 Rn.66; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.13; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.38; Raiser 3. Auflage (2001) § 37 Rn. 30; Hirte NJW 2003, 1154, 1155; Henze GmbHR 2000, 1069, 1073; Goette DStR 2000, 1236; Kort 2001, 615, 618; Saenger WuB II C. § 31 GmbHG 1.00, S.998; Benecke ZIP 2000, 1969, 1970; Thümmel BB 2000, 1485.; Servatius 2000, 1028, 1033; Paul ZinsO 2000, 583, 585; Altmeppen NZG 2000, 887, 888; Bayer LM H. 5/2001 § 19 GmbHG Nr.22. B1.929 f.; Heidenhain LM H 11/2000 § 30 GmbHG Nr.69; Kurth/Delhaes DB, 2577, 2578; Bormann DB 2001, 907.

<sup>226</sup> Siehe Fn.225.

<sup>227</sup> K.Schmidt GesR. 4. Auflage (2002) § 37 III 2 b.

<sup>228</sup> Wagner/Sperneac-Wolfer NZG 2001, 9.

<sup>229</sup> Kritisch zur Begründung: Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.13 f.; Altmeppen NZG 2000, 887 f.; Servatius 2000, 1028, 1029 ff.; Kort 2001, 615, 619.

<sup>230</sup> Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.13; Altmeppen NZG 2000, 887; Servatius 2000, 1028, 1029 ff.

<sup>231</sup> Kort 2001, 615, 619

<sup>232</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6.

<sup>233</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6.

<sup>234</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 18; Münch. Hdb. GesR III/Mayer/Fronhöfer § 51 Rn.66; Goette DStR 2000, 1236; Kort 2001, 615, 632; Saenger WuB II C. § 31 GmbHG 1.00, S.998; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1486.; Servatius 2000, 1028, 1034.

## 2. Teil Stellungnahme zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung

### I. Stellungnahme zur Abkehr von Elektroplan

Es soll untersucht werden, ob die vom BGH vollzogene Abkehr vom Grundsatz der Abhängigkeit des Erstattungsanspruchs vom Fortbestehen der Unterbilanz gerechtfertigt ist. Hier soll im ersten Schritt geprüft werden, ob die die Elektroplan-Entscheidung tragende Argumentation des BGH schlüssig ist. Im zweiten Schritt sollen die Gegenargumente des BGH aus den Balsam/Procedo-Entscheidungen einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

#### 1. Schlüssigkeit der Argumentation des BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung

Das zentrale Argument für den Wegfall des Erstattungsanspruchs war für den BGH der Sinn und Zweck der Erstattung von verbotenen Ausschüttungen. Aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 30, 31 GmbHG heraus sei die Erstattungspflicht darauf gerichtet, die angegriffene Stammkapitalziffer wiederherzustellen<sup>235</sup>. So sei § 31 Abs. 1 GmbHG das Gegenstück zu § 30 GmbHG. Bildet § 30 GmbHG den schützenden „Damm“<sup>236</sup>, welcher das Kapital in Höhe der Stammeinlage in der Gesellschaft halten soll, so diene § 31 Abs. 1 GmbHG dazu, übermäßig abgezogenes Kapital zurückzuführen. Ebenso wie § 30 Abs. 1 GmbHG seine Kapitalerhaltung auf die Höhe der Stammeinlage begrenze, solle auch § 31 Abs. 1 GmbHG die Rückführung nur insoweit sichern, als es zur Auffüllung der Stammkapitalziffer erforderlich ist<sup>237</sup>.

Weiter argumentierte der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung, dass ein Fortbestand des Rückforderungsanspruch auch aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nicht erforderlich sei<sup>238</sup>. Trete eine Beseitigung der Unterbilanz nachhaltig ein, sei das berechnigte Gläubigerinteresse an der Erstattung auf anderem Wege erreicht. Somit könne der Erstattungsanspruch auch aus Gläubigerschutzgesichtspunkten entfallen<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>236</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff.1 spricht hier von einem „Stauwehr“ welches das „Becken“ zwar nicht gegen „Ausschöpfen“ durch die Geschäftsführung schützt, wohl aber vor einem „Abfließen“; in diesem Sinne auch: Würdinger Gesellschaften II § 5 I 2; Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.612 f.

<sup>237</sup> So im wesentlichen auch die Argumentation der ursprünglichen Vertreter der Aufrechnungslösung: Goerdeler/Müller in Hachenburg 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck S. 34.

<sup>238</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>239</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

a. Keine Übertragung der Elektroplan-Argumentation auf die Balsam/Procedo-Konstellation

Bemerkenswerterweise setzt sich der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>240</sup> mit der alten Zweckerreichungsargumentation der Elektroplan-Entscheidung nicht auseinander. Bei genauer Betrachtung wird deutlich, dass die zentralen Gründe, welche den BGH zur Elektroplan-Entscheidung führten, sich auf die Balsam/Procedo-Konstellation nicht übertragen lassen.

Schon im ersten Schritt fällt es schwer, von einem „Wiederauffüllen“ des Stammkapitals zu sprechen, da die Procedo GmbH nur durch einen Forderungsverzicht der Gesellschaftsgläubiger entschuldet wurde. Hier sind der Gesellschaft keine Mittel zugeflossen, welche das Stammkapital anderweitig auffüllten. Noch weniger greift die Argumentation des fehlenden Gläubigerinteresses. Fließt der Gesellschaft nach einer verbotenen Auszahlung Kapital zu, welches den Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung steht, stellt sich in der Tat die Frage, ob die Rückerstattung der unberechtigten Entnahme aus Gläubigersicht noch notwendig ist. Im Falle des Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Procedo GmbH wurde die Beseitigung der Unterbilanz nur durch einen Gläubigerverzicht erreicht. Der Gläubigerverzicht erfolgte zudem unter dem Gesichtspunkt, die ehemaligen Gesellschafter auf Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG in Anspruch zu nehmen.

Insoweit lässt sich die These aufstellen, dass der Zweckerreichungsansatz aus der Elektroplan-Entscheidung auf den Balsam/Procedo-Sachverhalt von vornherein keine Anwendung finden konnte. So wurde weder das Stammkapital anderweitig „aufgefüllt“, noch kann aus Gläubigerposition auf eine Erstattung verzichtet werden. Dem BGH war es anhand des Balsam/Procedo-Sachverhaltes nicht möglich, sich inhaltlich mit der alten Zweckerreichungsargumentation der Elektroplan-Entscheidung auseinander zu setzen.

Es stellt sich daher umso mehr die Frage, inwieweit die Balsam/Procedo-Entscheidungen Allgemeingültigkeit beanspruchen können. Scheidet ein Entfallen des Erstattungsanspruchs aus, sofern der Gesellschaft nach der verbotenen Ausschüttung tatsächlich aus dritter Quelle Mittel zufließen, welche die Unterbilanz nachhaltig beseitigten? Um diese Frage beantworten zu können, muss zunächst beantwortet werden, ob die Zweckerreichungsargumentation des BGH aus der Elektroplanentscheidung zutreffend ist.

b. Zielrichtung des Erstattungsanspruchs

Im Rahmen der Auslegung des § 31 Abs. 1 GmbHG kam der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung zu dem Ergebnis, dass eine Rückführung der verbotenen Entnahme nicht erforderlich ist, sobald die Unterbilanz durch anderweitigen Mittelzufluss erledigt ist<sup>241</sup>. Durch die Beseitigung der Unterbilanz sei der Zweck des Erstattungsanspruchs entfallen. Diese Argumentation geht von der Prämisse aus, der Zweck des § 31 Abs. 1 GmbHG erschöpfe sich darin, das Stammkapital der Gesellschaft wieder herzustellen.

<sup>240</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>241</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

Eine Rückführung der verbotenen Ausschüttung sei daher nicht zwingend erforderlich, sofern der Zustand der Kapitalausstattung der Gesellschaft eine solche nicht zwingend erfordere.

Die Zweckerreichungsargumentation des BGH kann daher nur Bestand haben, sofern § 31 Abs. 1 GmbHG tatsächlich nicht die Rückführung der Ausschüttung als Handlung, sondern die Wiederherstellung des Stammkapitals als Zustand zum Ziel hat.

Entscheidend für die Beantwortung der Frage der Zielrichtung des Erstattungsanspruchs ist der Inhalt der Erstattungspflicht. Schreibt § 31 Abs. 1 GmbHG vor, dass die Entnahme gegenständlich herauszugeben ist? Oder ist die Ausschüttung lediglich wertmäßig an die GmbH zurückzuführen? Falls der Gegenstand – und nicht lediglich der Wert – der Entnahme herauszugeben ist, spricht einiges dafür, dass der Erstattungsanspruch von der Weiterentwicklung des Gesellschaftsvermögen unabhängig ist. Die Erstattungspflicht wäre sodann gegenstandsfixiert und vom Fortbestand der Unterbilanz unabhängig. Die Zuführung anderer Mittel zum Gesellschaftsvermögen könnten die Erstattung des entnommenen Vermögensgegenstandes nicht ersetzen, so dass selbst nach einer Behebung der Unterbilanz der Erstattungsanspruch fortbestünde. Ist der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG wertmäßig zu verstehen, könnte ein anderweitiger Wertzufluss die Erstattung überflüssig machen, sofern dadurch die Unterbilanz beseitigt wird.

Die Frage nach dem Inhalt des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist seit jeher umstritten. Die nach wie vor herrschende Auffassung in der Literatur geht von einer gegenstandsbezogenen Erstattungspflicht aus<sup>242</sup>. Nur falls die Rückgabe des entnommenen Gegenstands unmöglich ist, sei ein wertmäßiger Ersatz gestattet<sup>243</sup>. Demgegenüber ging der BGH<sup>244</sup> und auch ein Teil der Literatur<sup>245</sup> von einer nur wertbezogenen Erstattungspflicht aus.

Von gleicher Bedeutung ist der Streit, ob die Erstattungspflicht auf Wiederherstellung eines bestimmten Zustands (Herstellung der Stammkapitalziffer) oder auf Reaktion auf eine Handlung (verbotswidrige Auszahlung) gerichtet ist. Sofern der Erstattungsanspruch ausschließlich auf Wiederauffüllung des Stammkapitals gerichtet ist, ist sein Zweck durch eine anderweitige Wiederauffüllung erreicht und die Erstattung durch den Gesellschafter überflüssig.

Nach einer Auffassung knüpft die Erstattungspflicht ausschließlich an die Entnahmehandlung als solche an, welche rückgängig zu machen ist<sup>246</sup>. Demgegenüber wird vertreten, dass der Erstattungsanspruch einzig auf die Wiederherstellung der Stammkapitalziffer gerichtet ist<sup>247</sup>.

<sup>242</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 167 f.; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.2; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG S. 377,378

<sup>243</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.2.

<sup>244</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114: dieser Standpunkt wurde auch durch die Balsam/Procedo-Entscheidungen nicht revidiert.

<sup>245</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 53 f.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.8; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.26; Castor S. 351 f.

<sup>246</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 33; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 167 f.

<sup>247</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,b Rn.84; K.Schmidt 4. Auflage (2002) § 37 III 2.a.

Zur Klärung beider Streitfragen steuert der Wortlaut des § 31 Abs. 1 GmbHG wenig bei. Zum einen spricht § 31 Abs. 1 GmbHG von „Zahlungen“ welche zu erstatten sind. Von einer Möglichkeit des Wertersatzes ist nicht die Rede. Dies spricht zunächst für eine gegenständliche Erstattungspflicht. Andererseits vermeidet § 31 Abs. 1 GmbHG die Verwendung des Herausgabebegriffs, welcher sowohl in § 985 BGB als auch in § 812 BGB den gegenständlichen Ansatzpunkt des Vindikations- bzw. des Kondiktionsanspruchs markiert.

Die Vertreter des gegenständlichen Erstattungsanspruchs argumentieren, dass eine Wertersatzpflicht durch den Gesellschafter für die Gesellschaft Risiken bei der Bewertung des entnommenen Gegenstandes bedeuten<sup>248</sup>. Im übrigen treffe die Gesellschaft die Last der Bezifferung des korrekten Sachwertes<sup>249</sup>. Diese Argumente können nicht überzeugen. Sicherlich ist es für die Gesellschaft und oft auch für den Gesellschafter am praktikabelsten, den entnommenen Gegenstand einfach zurückzugeben, ohne sich mit Wertermittlungsproblemen zu belasten. Allerdings können solche rein praktischen Erwägungen den Inhalt des Erstattungsanspruchs nicht beeinflussen. Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, sich statt des Wertersatzes auf die Rückgabe des entnommenen Gegenstandes zu einigen. Letztlich kann die Rückführung des Gegenstandes ohnehin nicht in allen Fällen durchgehalten werden, wie die Vertreter der Auffassung selbst einräumen<sup>250</sup>. Zum Beispiel muss bei Weiterveräußerung durch den Gesellschafter ohnehin auf die Erstattung des Wertes zurückgegriffen werden.

Demgegenüber sprechen gute Argumente für eine bloße wertmäßige Erstattungspflicht. Anders als gegenstandsbezogene Herausgabeansprüche wie bspw. § 985 BGB stellt § 30 GmbHG nicht auf Eigentumsschutz ab. Für die Verbotsschranke des § 30 GmbHG ist allein die wertmäßige Bindung des Gesellschaftsvermögens entscheidend<sup>251</sup>. So schützt § 30 GmbHG nicht die Zugehörigkeit einzelner Gegenstände zum Gesellschaftsvermögen. Vielmehr soll § 30 GmbHG das Vermögen der GmbH in seiner Gesamtheit sichern. Der Schutz durch § 30 GmbHG ist darüber hinaus darauf beschränkt, dass in der Gesellschaft eine Mindesthaftungsmasse in Höhe der Stammeinlagen verbleibt. Um welche Gegenstände es sich bei einer Entnahme handelt, ist für das Eingreifen des Auszahlungsverbotes ohne Bedeutung. Die ausschließlich wertmäßige Betrachtung auf der Tatbestandsseite des § 30 Abs. 1 GmbHG widerspricht einer gegenständlichen Gestaltung der Rechtsfolgen aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Da die Kapitalerhaltungsregeln nicht die Zugehörigkeit einzelner Gegenstände zum Gesellschaftsvermögen sichern, kann auch die Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht auf die entnommenen Gegenstände fixiert sein<sup>252</sup>.

In gleicher Weise ist der Streit um die zustands- oder handlungsbezogene Erstattungspflicht zu entscheiden. Die Kapitalerhaltungsregeln richten sich auf den Schutz des Stammkapitals gegen Zugriffe aus dem Kreis der Gesellschafter. Das Verbot des § 30 GmbHG soll im Zusammenspiel mit § 31 GmbHG gewährleisten, dass die Haftungsmasse der GmbH nicht unter die Stammkapitalziffer sinkt.

<sup>248</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 378.

<sup>249</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.2.

<sup>250</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.2; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 378.

<sup>251</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 53 f.

<sup>252</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 54.

Schutzzweck der beiden Vorschriften ist nicht die Verhinderung vor Zugriffen der Gesellschafter als solche. Nach herrschender Auffassung sind die Verfügungsgeschäfte als solche nicht durch die Nichtigkeitsfolge aus § 134 GmbHG sanktioniert<sup>253</sup>. Vielmehr ist die Erstattungspflicht auf Wiederherstellung des Stammkapitals gerichtet. § 31 Abs. 1 GmbHG ist damit zustands- und nicht handlungsbezogen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Erstattungsanspruch seinem Wesen nach auf die wertmäßige Wiederherstellung der Stammkapitalziffer gerichtet ist. Sein Zweck ist damit inhaltlich erfüllt, sofern die Unterbilanz nachhaltig beseitigt wurde. Eine gegenständliche Erstattung der Ausschüttung ist damit nicht erforderlich.

c. Entbehrlichkeit der Erstattung aus Gläubigersicht

Ausgangspunkt für die Zweckerreichungslehre des BGH war die Überlegung, dass nach einer anderweitigen Wiederauffüllung die Folgen einer verbotswidrigen Entnahme geheilt seien. Wie bereits gezeigt, ist eine Erstattung nach Beseitigung der Unterbilanz aus dem Wesen des Erstattungsanspruchs heraus nicht zwingend erforderlich. Der entscheidende Gesichtspunkt für die Frage eines Wegfalls des Erstattungsanspruch ist der Gläubigerschutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG. So dienen die Kapitalerhaltungsregeln in erster Linie dem Gläubigerschutz. Den Gesellschaftsgläubigern soll im Gegenzug zur Haftungsbeschränkung der GmbH eine Mindesthaftsumme in Höhe des Stammkapitals gesichert werden. Der Erstattungsanspruch kann daher nur dann entbehrlich sein, sofern die Rückgewähr der verbotenen Auszahlung aus Gläubigersicht nicht mehr erforderlich ist.

aa. Grenze des berechtigten Gläubigerinteresses an der Erstattung

Eine gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßende Ausschüttung führt im ersten Schritt zu einer Schmälerung der Haftungsmasse zum Nachteil der Gläubiger. Um das Stammkapital wiederherzustellen und den Gläubigern zumindest die gesetzlich garantierte Haftungsmasse bereitzustellen, wird der Gesellschafter nach § 31 GmbHG zur Erstattung der verbotenen Entnahme verpflichtet. Durch ein erfolgreiches Wirtschaften der Gesellschaft kann das Stammkapital aber auch ohne Erstattung des Gesellschafters wiederhergestellt werden. Im Falle einer solchen anderweitigen Wiederherstellung ist nach Auffassung des BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung eine Erstattung durch den Gesellschafter aus Sicht der Gläubiger nicht mehr erforderlich<sup>254</sup>. Darin bestand auch zwischen BGH und den Vertretern der Aufrechnungslösung Einigkeit<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452; Joost ZHR 148 (1984), 27, 34; zweifelnd auch schon Brandner FS für Fleck 1988, 23, 27; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000); Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn. 11; Henze GmbHG 2000, 1069, 1072 f.; Kort ZGR 2001, 615, 625; MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn. 72.

<sup>254</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>255</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 13 Rn 6 : allerdings davon ausgehend, dass mit anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals der Auszahlungsanspruch – mangels entgegenstehendem Gläubigerinteresse – wiederauflebe und daher eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch möglich sei.

Hiergegen ließe sich einwenden, dass auch nach Auffüllung des Stammkapitals ein Interesse der Gläubiger an der Erstattung bestehe, sofern das Stammkapital nicht zur Befriedigung aller Gläubiger genügt. Um eine weitergehende Befriedigung zu erlangen, hätte der Erstattungsanspruch der Gesellschaft für die Gläubiger daher erhebliche Bedeutung.

Hier ist jedoch die Einbettung des Erstattungsanspruchs in das System der Kapitalerhaltung zu beachten. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG soll und kann keine vollständige Gläubigerbefriedigung sicherstellen. Vielmehr dient der Erstattungsanspruch lediglich der Wiederherstellung der Stammkapitalziffer, soweit diese durch die verbotene Ausschüttung vermindert wurde. Das im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG zu berücksichtigende Gläubigerinteresse ist daher darauf zu beschränken, den Gläubigern das Stammkapital als garantierte Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen bzw. die Haftungsmasse nur im Rahmen eines ordentlichen Geschäftsbetriebs – nicht aber durch Entnahmen der Gesellschafter – zu reduzieren.

bb. Kausalität der verbotenen Ausschüttung für spätere erneute Unterbilanz nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung.

Allerdings wirkt das Entfallen des Erstattungsanspruchs auch fort, sofern nach einer zwischenzeitlichen Erholung der Gesellschaft erneut eine Krise eintritt. Ist das Stammkapital nach zwischenzeitlicher Wiederauffüllung wiederum angegriffen, gewinnt der Erstattungsanspruch eine erhöhte Bedeutung für die Gesellschaftsgläubiger. Schließlich ließe sich der Erstattungsanspruch nunmehr einsetzen, um die Unterbilanz auszugleichen bzw. zumindest zu vermindern. Nach der Zweckerreichungsrechtsprechung soll der Wegfall des Erstattungsanspruchs jedoch endgültig sein<sup>256</sup>. Bei einmaliger Wiederauffüllung des Stammkapitals entfalle der Erstattungsanspruch endgültig und lebt auch im Falle einer erneuten Unterbilanz nicht wider auf<sup>257</sup>. Nach der Elektroplan-Entscheidung des BGH wird damit die verbotswidrige Entnahme durch ein Wiederauffüllen des Stammkapitals endgültig geheilt.

Der BGH geht daher im Ergebnis davon aus, dass die verbotswidrige Entnahme für eine spätere erneute Unterbilanz nicht kausal ist, sofern das Stammkapital zwischenzeitlich anderweitig aufgefüllt wurde. Ein Wiederaufleben der Haftung sei daher aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht angezeigt<sup>258</sup>.

Hiergegen wurden in der Literatur Bedenken geäußert<sup>259</sup>. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich der mit der verbotenen Auszahlung verbundene Vermögensentzug auch nach der Wiederherstellung des Stammkapitals noch gläubigerschädlich auswirken kann<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>257</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>258</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>259</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 27, 33.

<sup>260</sup> Siehe Fn. 259.

Entscheidend ist letztlich die Frage, ob die verbotene Ausschüttung auch nach zwischenzeitlicher Wiederauffüllung des Stammkapitals kausal für eine spätere – erneut eintretende – Unterbilanz sein kann. Sofern eine solche Kausalität nicht auszuschließen ist, ist zu untersuchen, ob dem Gesellschafter die spätere Unterbilanz zuzurechnen ist, und inwieweit eine weitere Haftung mit dem Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG zu vereinbaren ist.

Für die Argumentation Brandners<sup>261</sup> spricht, dass jede Ausschüttung für die weitere wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft von Bedeutung ist. Jede Entnahme bedeutet für die Gesellschaft einen Vermögensverlust. Damit einher geht eine Verminderung der Haftungsmasse der GmbH und eine Einschränkung des Handlungsspielraums für deren Unternehmen. Erfolgt die Entnahme während einer Unterbilanz oder führt sie zu einer solchen, sind die negativen Folgen für die weitere wirtschaftliche Entwicklung der GmbH offensichtlich.

Im Falle einer anderweitigen Wiederherstellung des Stammkapitals hat sich die Entnahme zunächst nicht nachteilig auf die Haftungsmasse ausgewirkt. Den Gläubigern steht nach wie vor das Stammkapital als Haftungsmasse zur Verfügung. Gerät die Gesellschaft hiernach erneut in eine Krise, wirkt sich die verbotene Entnahme rein bilanziell negativ auf die Entwicklung der Stammkapitalziffer aus. Wäre die verbotene Ausschüttung nicht erfolgt, so würde eine erneute Unterbilanz möglicherweise nicht auftreten, da der Gesellschaft von vornherein mehr Haftungsmasse zur Verfügung stand. Zumindest würde die erneute Unterbilanz nicht so gravierend ausfallen. Bereits bei bloßer bilanzieller Betrachtung lässt sich eine Kausalität zwischen verbotener Entnahme und späterer erneut auftretender Unterbilanz feststellen. So wurde der Gesellschaft Haftungsmasse entzogen, welche den Eintritt der erneuten Unterbilanz vermieden oder zumindest abgemildert hätte.

Aus unternehmerischer Sicht führt jeder Mittelabfluss zu einer Einschränkung des Handlungsspielraums für die Gesellschaft. Verläuft die wirtschaftliche Entwicklung trotz der verbotenen Entnahme zwar positiv, tritt hiernach jedoch erneut eine Unterbilanz ein, so ist eine Kausalität zwischen Entnahme und späterer Unterbilanz zwar nicht zwingend, kann aber auch nicht ausgeschlossen werden. Ohne Entnahme wäre der wirtschaftliche Handlungsspielraum für die Gesellschaft größer gewesen. Möglicherweise hätte durch weitere unternehmerische Alternativen – welche nur bei größerer Eigenkapitalausstattung möglich waren – die erneute Krise umgangen werden können.

Im Ergebnis lässt sich ein Kausalzusammenhang zwischen verbotener Ausschüttung und – nach zwischenzeitlicher Erholung – erneut eintretender Unterbilanz nicht ausschließen.

---

<sup>261</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 27, 33.



- cc. Zurechenbarkeit der erneuten Unterbilanz nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung

Allein diese Feststellung führt jedoch nicht dazu, dass eine Forthaftung des Gesellschafters auch nach Wiederherstellung der Stammkapitalziffer aus Gläubigersichtspunkten gerechtfertigt ist. Vielmehr erfordert der Gläubigerschutz aus §§ 30, 31 GmbHG eine Forthaftung nur, sofern der mögliche Kausalzusammenhang dem Empfänger der verbotenen Auszahlung zuzurechen ist. Auf Zurechnungsebene ist zum einen zu klären, ob ein rechtmäßiges Alternativverhalten des Gesellschafters während der Krise zum gleichen Ergebnis führen würde. Weiter ist zu untersuchen, ob eine Forthaftung des Gesellschafters aus Gläubigersichtspunkten dem Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG entspricht.

Ausgangspunkt der weiteren Überlegung ist die Feststellung, dass eine verbotene Auszahlung auch nach einer anderweitigen Wiederauffüllung des Stammkapitals zu einer Verminderung des Eigenkapitals der Gesellschaft führt. Somit wird durch die verbotene Entnahme der erneute Eintritt einer Unterbilanz gefördert, da der GmbH von vornherein geringere Reserven zur Verfügung standen<sup>262</sup>. Im folgenden soll die Entwicklung des Stammkapitals bei rechtmäßigem Alternativerhalten des Gesellschafters untersucht werden.

Ein rechtmäßig handelnder Gesellschafter hätte der Gesellschaft während der ursprünglichen Krise keine Mittel entzogen, sondern vielmehr das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG respektiert. Statt der Gesellschaft während der Krise Kapital zu entnehmen wartet der Gesellschafter ab, bis die wirtschaftliche Krise der Gesellschaft überwunden ist. Erst zu dem Zeitpunkt der wirtschaftlichen Erholung, zu welchem der Gesellschafter der GmbH Mittel entnehmen kann ohne die Stammkapitalziffer zu unterschreiten, nimmt er eine Auszahlung vor.

Auf die bilanzielle Situation der Gesellschaft im Zeitpunkt der nachhaltigen Wiederauffüllung des Stammkapitals ist es daher ohne Einfluss, ob der Gesellschafter die Entnahme während der Krise oder nach deren Überwindung tätigt. Sowohl bei der frühen Ausschüttung unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG als auch bei rechtmäßiger späterer Entnahme steht der Gesellschaft während der Erholungsphase ihr volles Stammkapital zur Verfügung. Eine erneute wirtschaftliche Krise der Gesellschaft führt in beiden Alternativen ebenso schnell zur Unterschreitung der Stammkapitalziffer. Die Gefahr einer erneuten Unterbilanz besteht daher auch bei rechtmäßigem Verhalten des Gesellschafters während und nach Überwindung der Krise.

---

<sup>262</sup> so wohl auch Brandner FS für Fleck (1988), 27, 33.

Vor diesem Hintergrund kann eine Parallele zu der im Schadensrecht bekannten Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens<sup>263</sup> gezogen werden. Danach scheidet eine Haftung des Schädigers aus, sofern der gleiche Schaden auch entstanden wäre, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte. Übertragen auf die Haftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG bedeutet das, dass eine fortbestehende Erstattungspflicht aus Gläubigersichtspunkten nicht erforderlich ist, da auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Gesellschafters eine erneute Unterbilanz eingetreten wäre. Eine erneute Unterbilanz nach zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft ist dem Gesellschafter daher nicht zuzurechnen.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch einen weiteren Rückgriff auf ein Instrument des Schadensrechts. Danach scheidet eine Haftung für einen kausalen Schadenseintritt auch dann aus, sofern der entstandene Schaden nach Art und Entstehungsweise nicht unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt<sup>264</sup>. So stellt sich die Frage, ob der Gläubigerschutzzweck des Ausschüttungsverbotes aus § 30 GmbHG so weit reicht, die Gläubiger der Gesellschaft auch vor einer noch in der Ferne liegenden erneuten Unterbilanz zu bewahren.

Richtigerweise wird man den Schutzzweck des Ausschüttungsverbotes nicht derart weit ausdehnen können. Vielmehr erschöpft sich die Auszahlungsschranke ihrem Zweck nach darin, einen Abfluss des Stammkapitals an die Gesellschafter zu unterbinden, um damit zu verhindern, dass den Gläubigern Haftungsmasse entzogen wird<sup>265</sup>. Der durch die verbotene Auszahlung erfolgte Entzug an Haftungsmasse wird durch eine anderweitige Wiederherstellung des Stammkapitals geheilt. Durch die wirtschaftliche Erholung steht den Gläubigern trotz der Ausschüttung wiederum das Nennkapital als Haftungsmasse zur Verfügung. Freilich wird der Wiedereintritt einer Unterbilanz durch die zuvor erfolgte Ausschüttung befördert. Jedoch hat dies seine Ursache allein darin, dass der Gesellschaft durch die Auszahlung Kapital entnommen wurde, welches der Gesellschaft als Reserve die erneute Unterbilanz erspart hätte. Die Gesellschafter sind jedoch nicht verpflichtet, der Gesellschaft über das Stammkapital hinaus weitere Reserven zur Verfügung zu stellen. Eine Pflicht zur ausreichenden Eigenkapitalausstattung kennt das GmbH-Recht nicht. Der Schutzzweck des § 30 GmbHG erschöpft sich damit in der Kapitalerhaltung bezogen auf die Stammkapitalziffer. Die Gläubiger sollen dadurch jedoch nicht vor einer in der Ferne liegenden Krise der Gesellschaft geschützt werden.

Im Ergebnis stehen Gläubigersichtspunkte einem Wegfall des Erstattungsanspruchs im Falle einer anderweitigen Auffüllung des Stammkapitals nicht entgegen. Zwar ist nicht auszuschließen, dass die verbotswidrige Ausschüttung auch nach einer wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft nachteilige Folgen entfaltet. Jedoch ist dem Gesellschafter ein erneuter Eintritt der Unterbilanz aus dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens und dem Schutzzweck der Norm nicht zurechenbar.

---

<sup>263</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) Vorbem v § 249 Rn.105 ff.; MüKo/Oetker 4. Auflage (2001) § 249 Rn.102 ff.

<sup>264</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) Vorbem v § 249 Rn.62 ff.; Staudinger/Schiemann 13.Bearb. (1998) § 249 Rn.27; MüKo/Oetker 4. Auflage (2001) § 249 Rn.210 ff.

<sup>265</sup> so schon Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff.1.

d. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die alte Argumentationslinie des BGH aus der Elektroplan-Entscheidung für sich genommen zutreffend ist. Der Zweck des Erstattungsanspruchs ist mit anderweitiger Wiederherstellung der Stammkapitalziffer erreicht. § 31 Abs. 1 GmbHG ist darauf gerichtet, die Unterbilanz zu beseitigen. Sofern dieses Ziel auf andere Weise erfüllt wird, entfällt die innere Berechtigung des Erstattungsanspruchs. Auch ist eine fortdauernde Gesellschafterhaftung über die wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft hinaus aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht erforderlich. Durch die Beseitigung der Unterbilanz wird die verbotene Ausschüttung geheilt. Eine erneut eintretende Krise ist dem gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Gesellschafter nicht zurechenbar.

Die Zweckerreichungsargumentation ließ sich auf den Balsam/Procedo-Komplex nicht übertragen. Der Gläubigerverzicht führte zwar zu einer Beseitigung der Unterbilanz. Der Verzicht führte jedoch nicht zu einem Wiederauffüllen der Stammkapitals aus eigener Kraft, weshalb der Zweck der Erstattung hierdurch nicht erreicht wurde. Auch wäre ein Wegfall des Erstattungsanspruchs nicht mit den berechtigten Gläubigerinteressen zu vereinbaren. So floss den Gläubigern der Gesellschaft kein Surrogat zu den Erstattungsansprüchen zu. Somit wurde der Zweck der Kapitalerhaltungsregeln nicht alternativ zur Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG erfüllt.

## 2. Gegenargumente des BGH in den Balsam/Procedo-Entscheidungen

Der Balsam/Procedo-Komplex lieferte dem BGH keinen guten Boden, um sich mit seiner alten Zweckerreichungsargumentation aus der Elektroplan-Entscheidung auseinander zu setzen. Insoweit bleibt der Zweckerreichungsansatz in den aktuellen Entscheidungen unerwähnt. Gleichwohl beschränkt sich der Rechtsprechungswandel nicht auf Sachverhalte, in welchen die Unterbilanz im Rahmen eines Vergleichsverfahrens durch Forderungsverzicht der Gläubiger beseitigt wurde. So hat der BGH in seinen aktuellen Entscheidungen<sup>266</sup> deutlich gemacht, sich von der Zweckfortfallrechtsprechung insgesamt zu lösen. Wie gezeigt, ist die alte Argumentation des BGH aus der Elektroplan-Entscheidung in sich schlüssig. Somit ist zu untersuchen, ob die Gegenargumente des BGH aus den Balsam/Procedo-Entscheidungen die Kontinuität des Erstattungsanspruchs trotz einer Wiederherstellung des Stammkapitals rechtfertigen können.

### a. Dogmatische Bedenken

Zum Beginn seiner Gegenargumentation kritisiert der BGH die dogmatischen Schwächen der Elektroplan-Entscheidung. So sei ein nachträgliches „Entfallen“ des Erstattungsanspruchs weder gesetzlich vorgesehen noch dogmatisch begründbar<sup>267</sup>. Hierin schließt sich der BGH der Kritik aus dem Schrifttum<sup>268</sup> an.

In der Tat ist die Elektroplan-Entscheidung des BGH dogmatisch unhaltbar. Welche Schwierigkeiten der BGH seinerzeit hatte, seine argumentativ gut nachvollziehbare Zweckerreichungslösung auf eine dogmatische Grundlage zu stellen, kann aus der Entscheidung vom 11.05.1987<sup>269</sup> schnell herausgelesen werden. So wählt der BGH in seiner Not im Leitsatz den untechnischen Begriff des „Entfallens“<sup>270</sup> des Erstattungsanspruchs, wohl wissend, dass sich ein Erlöschen i.S.d. § 362 BGB nicht begründen lässt. Wie der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen zu Recht feststellt, findet sich in der gesetzlichen Regelung der §§ 30, 31 GmbHG kein Anhaltspunkt, welcher ein nachträgliches Erlöschen des Erstattungsanspruchs rechtfertigen könnte. Ein Erlöschen durch Rechtsgeschäft<sup>271</sup> scheidet als Konstruktion für den BGH aus. Schließlich geht der BGH von einem automatischen Erlöschen des Anspruchs aus, sobald die Unterbilanz nachhaltig beseitigt ist<sup>272</sup>. Nach der Lösung des BGH ist ein Mitwirken von Gesellschaft oder betroffenem Gesellschafter nicht erforderlich.

<sup>266</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>267</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>268</sup> Westermann ZIP 1987, 1113, 1115; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 31 Rn.6; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Hommelhoff FS f. Kellermann (1991), 165, 166; Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.10; Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn7; Brandner FS für Fleck (1988), 27.,30 ff.; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.11; Roth/Altmeppen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.

<sup>269</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>270</sup> BGH ZIP 1987, 1113 ( Leitsatz ).

<sup>271</sup> etwa durch Aufrechung oder Verzicht.

<sup>272</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

So bleibt einzig die Alternative, das automatische Entfallen des Erstattungsanspruchs unter Rückgriff auf allgemein-zivilrechtliche Instrumente zu begründen. Diesen Versuch unternimmt der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung freilich nicht. Ansätze hierfür finden sich in der Literatur.

Castor konstruiert eine Lösung auf Basis des Unmöglichkeitensrechts<sup>273</sup>. Wie der BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung<sup>274</sup> geht er dabei von der Prämisse aus, dass sich der Zweck des Erstattungsanspruchs darauf beschränkt, das durch die Entnahme angegriffene Gesellschaftskapital bis zur Höhe der Stammkapitalziffer wiederherzustellen. Wenn das Stammkapital anderweitig wiederhergestellt ist, verliere der Erstattungsanspruch seinen Zweck. Die Erfüllung werde nachträglich unmöglich und der Anspruch nach § 275 Abs. 1 BGB entfalle. Nach Auffassung von Castor unterfällt die anderweitige Wiederherstellung der Stammkapitalziffer daher der Fallgruppe der Unmöglichkeit wegen anderweitiger Zweckerreichung<sup>275</sup>.

Entgegen der Auffassung von Castor bietet § 275 Abs. 1 BGB keine dogmatische Grundlage für die Zweckfortfallrechtsprechung des BGH. Abzulehnen ist zunächst die Einordnung unter die Fallgruppe der Zweckerreichung<sup>276</sup>. Hierunter sind nur Konstellationen zu subsumieren, in welchen der primäre Leistungserfolg bereits anderweitig verwirklicht wurde und damit die Leistung des Schuldners gegenstandslos wird<sup>277</sup>. Der unmittelbare Leistungserfolg ist dann bereits eingetreten und kann nicht nochmals verwirklicht werden. Der primäre Leistungserfolg des Erstattungsanspruch kann aber nicht auf andere Weise als durch Erfüllung erreicht werden. Erfolg jeder Leistung in Geld ist primär die Vermögensmehrung auf Seiten des Gläubigers. Dieser Erfolg ist auch nach Beseitigung der Unterbilanz auf Seiten der Gesellschaft nach wie vor möglich.

Zu denken ist noch an eine mögliche Subsumtion unter die Fallgruppe der Zweckvereitelung. Hierunter versteht man Konstellationen, worin der primäre Leistungserfolg zwar noch zu erreichen ist, der damit verbundene Sekundärzweck jedoch vereitelt wurde<sup>278</sup>. Die Anwendung des Unmöglichkeitensrechts wird jedoch nur von einem Teil der Literatur befürwortet<sup>279</sup>. Weite Teile der Literatur verneinen das Vorliegen einer Leistungsstörung und halten allenfalls eine Lösung über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für denkbar<sup>280</sup>. In der Tat scheint die Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB auf Fälle der Störung des sekundären Leistungserfolgs das Unmöglichkeitensrecht zu überdehnen. Der Leistungsbegriff des § 275 BGB orientiert sich am primären Leistungserfolg, weshalb die Erreichung nachrangiger Verwendungszwecke für den Bestand der Verpflichtung unbeachtlich ist.

<sup>273</sup> Castor S.356 ff.; siehe unter Teil I I 3 a.

<sup>274</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>275</sup> Castor S.356 f.

<sup>276</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 275 Rn. 18.

<sup>277</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 275 Rn. 18; Soergel/Wiedemann 12. Auflage (1990) § 275 Rn. 34; MüKo/Emmerich 4. Auflage (2001) Vor § 275 Rn. 37; Ermann/Battes 10. Auflage (2000) Vor § 275 Rn.15; klassisches Beispiel ist der Fall worin ein freizuschleppendes Boot von sich aus freikommt.

<sup>278</sup> Ein klassisches Beispiel ist der gemietete Fensterplatz zum ausfallenden Krönungszug.

<sup>279</sup> Ermann/Battes 10. Auflage (2000) Vor § 275 Rn. 13.

<sup>280</sup> MüKo/Emmerich 4. Auflage (2001) Vor § 275 Rn.44 f.; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 275 Rn. 20; Staudinger/Löwisch Neubearb. (2001) § 275 Rn. 18; differenzierend Soergel/Wiedemann 12. Auflage (1990) § 275 Rn. 37.

Hält man gleichwohl Unmöglichkeitensrecht auf Fälle der Zweckvereitelung grundsätzlich für anwendbar, kann die hier zu untersuchende Erstattungsverpflichtung des Gesellschafters aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht nach § 275 Abs. 1 BGB entfallen. So unterscheidet sich die Interessenlage der Zweckvereitelungsfälle grundlegend von der Situation des nachträglich wiederaufgefüllten Stammkapitals nach einer verbotenen Ausschüttung. In den Fällen der Zweckvereitelung ist es primär das Gläubigerinteresse, welches zu einer Unmöglichkeitenslösung drängt. So soll der Gläubiger über § 323 Abs. 1 BGB von seiner Gegenleistungspflicht für eine Leistung des Schuldners befreit werden, für welche er kein Interesse mehr hat<sup>281</sup>. Die Interessenlage im Falle des Erstattungsanspruchs nach § 31 Abs. 1 GmbHG ist dem genau entgegengesetzt. Selbstverständlich hat die Gesellschaft auch nach Beseitigung der Unterbilanz noch ein Interesse an der Erstattung der verbotenen Ausschüttung. Die Elektroplan-Entscheidung des BGH berücksichtigt daher ausschließlich die Interessen des Gesellschafters als Erstattungsschuldner, der von der Erstattungspflicht befreit werden soll.

Im Ergebnis bietet das Unmöglichkeitensrecht keine Grundlage für die Elektroplan-Entscheidung des BGH. Weder die Fallgruppe der Zweckerreichung noch die der umstrittenen Zweckvereitelung sind einschlägig.

Auch Müller versucht mit seiner Heilungslösung über §§ 308 Abs. 2 i.V.m. 309 BGB a. F. ein automatisches Erlöschen des Erstattungsanspruchs bürgerlichrechtlich zu begründen<sup>282</sup>. Wesentliche Prämisse Müller ist die Nichtigkeit der gegen das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Auszahlung nach § 134 BGB ohne Rücksicht auf subjektiven Kenntnisstand der Beteiligten<sup>283</sup>. Mit Wegfall der Unterbilanz tritt nach Müller eine Heilung der zunächst nichtigen Auszahlung ein. Gleichzeitig mit der Heilung entfallt automatisch der Erstattungsanspruch.

Bereits die Heilungskonstruktion über §§ 308 Abs. 2 i.V.m. 309 BGB a.F. wirkt doch recht konstruiert. Die Annahme Müllers, die Gesellschafter bewirken die Auszahlung unter dem Vorbehalt einer späteren Verbesserung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft ist bloße Fiktion. In erster Linie aber ist der Ausgangspunkt Müllers abzulehnen, wonach das Erfüllungsgeschäft bei Verstoß gegen § 30 GmbHG nach § 134 BGB nichtig sein soll<sup>284</sup>.

Im Ergebnis lässt sich das automatische Entfallen des Erstattungsanspruchs dogmatisch nicht begründen. Die nunmehrige Kritik des BGH an der Elektroplan-Entscheidung ist daher berechtigt.

<sup>281</sup> So will der Schaulustige nicht für einen Krönungszug zahlen, der gar nicht stattfindet.

<sup>282</sup> Müller ZIP 1996, 941, 944 ff.; siehe schon unter Teil 1 3 c.

<sup>283</sup> Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>284</sup> anders auch die herrschende Meinung: BGH ZIP 1997, 1450, 1452; Joost ZHR 148 (1984), 27, 34; Brandner FS für Fleck (1988), 23, 27; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000); Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn. 11; Henze GmbHG 2000, 1069, 1072 f.; Kort ZGR 2001, 615, 625; MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72.

## b. Parallele zur Einlagepflicht

Das erste inhaltliche Gegenargument sieht der BGH in einer Parallele zur Einlageverpflichtung des Gesellschafters. Der Erstattungsanspruch diene der Wiederaufbringung des durch die verbotene Auszahlung verletzten Stammkapitals der Gesellschaft. Der Anspruch sei daher mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft funktional vergleichbar<sup>285</sup>. Für die Einlageverpflichtung gelte der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, weshalb es für das Bestehen der Einlageverpflichtung keine Rolle spiele, ob das Stammkapital der Gesellschaft möglicherweise bereits auf andere Weise gedeckt ist. Aufgrund der funktionalen Vergleichbarkeit müsse der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung auch auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG angewendet werden. Insoweit könne es auch für den Fortbestand des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG keine Rolle spielen, ob das Stammkapital anderweitig wiederhergestellt ist<sup>286</sup>.

Die These der funktionalen Vergleichbarkeit zwischen Einlageanspruch und Rückerstattungsverpflichtung aus § 31 Abs. 1 GmbHG wird gegenwärtig auch überwiegend in der Wissenschaft vertreten<sup>287</sup>. Allerdings wird die These des funktionalen Gleichlaufs dort erörtert, wo um die analoge Anwendung einiger Vorschriften der Kapitalaufbringung auf den Bereich der Kapitalerhaltung gestritten wird<sup>288</sup>. Der Schluss, aus der funktionalen Vergleichbarkeit folge auch, dass ein Entfallen des Erstattungsanspruchs bei anderweitiger Wiederherstellung der Stammkapitalziffer ausscheide, wird in dieser Deutlichkeit erstmals vom BGH<sup>289</sup> gezogen<sup>290</sup>. Weitergehend wird in der Wissenschaft gar der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG als ein Wiederaufleben der ursprünglichen Einlagepflicht angesehen<sup>291</sup>.

Die Argumentation der funktionalen Vergleichbarkeit von Einlage- und Erstattungspflicht hat gute Gründe auf ihrer Seite. Letztlich sind Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zwei Seiten der gleichen Münze. Dienen die Regeln der Kapitalaufbringung der erstmaligen Herstellung der Haftungssumme, sollen die Vorschriften der Kapitalerhaltung das geschaffene Stammkapital vor unberechtigten Zugriffen aus dem Gesellschafterkreis schützen.

<sup>285</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>286</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257: „Für eine davon [Grundsatz der realen Kapitalaufbringung beim Einlageanspruch] abweichende Behandlung des Erstattungsanspruchs ist kein Grund ersichtlich.“

<sup>287</sup> Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Hommelhoff FS für Fleck (1991), 165, 175 ff.; Baumbach/Hueck 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.24; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363,380 ff.

<sup>288</sup> Hommelhoff FS für Fleck (1991), 165, 175 ff.: erörtert die analoge Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbotens aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG; ebenso Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 ff.: erörtert die analoge Anwendung der §§ 9,19 GmbHG.

<sup>289</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>290</sup> sich jetzt freilich anschließend: Thümmel BB 2000, 1485, 1486 spricht allerdings von einem „Wiederaufleben“ der Einlagepflicht.

<sup>291</sup> Lutter Kapital, S.381; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3; zustimmend auch Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3 (allerdings klarstellend, dass keine generelle Übertragung der für Einlagepflicht geltenden Grundsätze möglich).

Insoweit dienen sowohl Einlagepflicht als auch der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Schaffung und Erhaltung<sup>292</sup> eines Haftungsfonds zum Zwecke des Gläubigerschutzes und damit letztlich der Legitimation der beschränkten Gesellschafterhaftung. Im Ergebnis sind Einlage- und Erstattungspflicht funktional vergleichbar.

Allerdings bestehen zwischen der Pflicht zur Erbringung der Stammeinlage und der Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG erhebliche Unterschiede. So ist die Einlagepflicht der Gesellschafter stets auf die Höhe der gesetzlichen Mindest- bzw. der vertraglich vereinbarten Stammeinlage beschränkt. Eine solche Beschränkung ist dem Erstattungsanspruch fremd. Die Höhe des Erstattungsanspruchs bemisst sich stets an der konkret vorgenommenen Ausschüttung, soweit diese zu einer Verletzung der Stammkapitalziffer führt oder eine Unterbilanz verstärkt.

Auch besteht zwischen den Regeln zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung kein Gleichlauf. So ist den Regelungen zur Einlagepflicht grundsätzlich ein strengeres Maß zu entnehmen als den §§ 30, 31 GmbHG. So sieht § 21 GmbHG für den Fall des Ausbleibens der Stammeinlage die Möglichkeit zum Einzug des Geschäftsanteils vor. Eine solche Kaduzierungsregelung findet sich unter den Vorschriften zur Kapitalerhaltung nicht. Weitere Unterschiede zeigen sich zur Haftung der Mitgesellschafter in § 24 GmbHG und § 31 Abs. 3 GmbHG<sup>293</sup>. So besteht eine Ausfallhaftung für die Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 GmbHG nur insoweit, als Zahlungen zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind<sup>294</sup>.

Größere Unterschiede zeigen sich zur Frage, wie die Einlage bzw. die Erstattung zu erbringen ist. Während § 19 Abs. 2 GmbHG das Gebot der realen Kapitalaufbringung mit sämtlichen Verboten fixiert, ist die Parallelregelung in § 31 Abs. 4 GmbHG lückenhaft. So enthält § 31 Abs. 4 GmbHG lediglich ein Erlassverbot bezüglich des Erstattungsanspruchs. Während § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Erfüllung der Einlagepflicht durch Aufrechnung durch den Gesellschafter verbietet, fehlt ein solches Verbot zum Erstattungsanspruch in § 31 GmbHG. Auch wird dem Gesellschafter die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes im Rahmen der Kapitalerhaltungsregeln nicht untersagt. Gerade hierin zeigt sich, dass der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung in den Regelungen zur Kapitalerhaltung nicht den gleichen Niederschlag fand wie in den Regeln zur Einlagepflicht<sup>295</sup>.

Daraus ist freilich nicht zu schließen, dass der Erstattungsanspruch weniger beständig sei als die Einlagepflicht. Es wird aber deutlich, dass selbst unter der zutreffenden Annahme einer funktionalen Vergleichbarkeit beider Ansprüche im Recht der Kapitalerhaltung nicht ohne weiteres auf Regelungen der Kapitalaufbringung zurückgegriffen werden kann.

<sup>292</sup> freilich können die Regeln der Kapitalerhaltung den Bestand des Haftungsfonds nur begrenzt gewährleisten. So ist das Stammkapital nur vor Eingriffen aus dem Gesellschafterkreis geschützt und auch lediglich insoweit, als es sich nicht um neutrale Drittgeschäfte handelt.

<sup>293</sup> Hierauf hinweisend schon Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.1.

<sup>294</sup> Für den primär haftenden Gesellschafter gilt diese Privilegierung nach § 31 Abs. 2 GmbHG nur insoweit, als er bei Auszahlung gutgläubig war.

<sup>295</sup> Freilich wird in der Wissenschaft die analoge Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch favorisiert: Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 ff.; Hommelhoff FS für Fleck (1991), 165, 175 ff.



Mit der Feststellung der funktionalen Vergleichbarkeit ist daher noch nichts über die Gleichlauf zwischen Einlagepflicht und Erstattungsspflicht im Falle der anderweitigen Schaffung der Stammkapitalziffer gesagt. Vielmehr muss geprüft werden, ob es für die Beständigkeit der Einlageverpflichtung möglicherweise Gründe gibt, welche sich nicht auf den Erstattungsanspruch übertragen lassen.

Hierbei ist der Entstehungsgrund von Einlageverpflichtung und Erstattungsanspruch zu betrachten. Grundlage der Einlageverpflichtung ist eine Vereinbarung der Gesellschafter untereinander im Gesellschaftsvertrag<sup>296</sup>. Darin garantieren sich die Gesellschafter zunächst untereinander, eine bestimmte Stammeinlage in die Gesellschaft einzubringen. Im Kern handelt es sich bei der Kapitalaufbringungspflicht daher um eine Haftung aus Vertrag<sup>297</sup>. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass die Vertragsfreiheit bezüglich der Höhe der Stammeinlage und der Art der Erbringung durch das GmbHG stark eingeschränkt ist. Durch die Regeln der Kapitalaufbringung wird die vertragliche Verpflichtung der Gesellschafter untereinander zum Zwecke des Gläubigerschutzes reglementiert. Im Gegenzug zum Privileg der beschränkten Haftung sollen die Regelungen zur Kapitalerbringung sicher stellen, dass der Gesellschaft die Stammeinlagen auch wertmäßig zufließen. Grundlage der Einlagepflicht bleibt gleichwohl der Gesellschaftsvertrag.

Ausgehend vom primär vertraglichen Charakter wird deutlich, warum die Einlagepflicht von der anderweitigen Aufbringung des Stammkapitals nicht berührt wird. Aus dem Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter verpflichtet, die Stammeinlage zu erbringen. Auf diese vertragliche Verpflichtung untereinander kann es keinen Einfluss haben, wenn die Gesellschaft die Einlagen zur Erreichung der Stammkapitalziffer nicht mehr benötigt, da ihr entsprechende Mittel bereits anderweitig zugeflossen sind. Die Einlageverpflichtung kann daher nur durch Erfüllung durch die Gesellschafter erlöschen.

Im Unterschied dazu entsteht der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht im Wege vertraglicher Vereinbarung. Er findet seinen Ursprung vielmehr in einer gesetzlichen quasideliktischen Haftung<sup>298</sup> des Gesellschafters<sup>299</sup>. Er ist die gesetzliche Haftungsfolge aus einem verbotswidrigen Eingriff des Gesellschafters in das Schutzobjekt Stammkapital<sup>300</sup>. In der gesetzlichen Haftungsfolge aus § 31 Abs. 1 GmbHG kann auch nicht das Wiederaufleben der Einlageverpflichtung<sup>301</sup> gesehen werden. Die vertragliche Verpflichtung zur Erbringung der Einlage erlischt durch Erfüllung und kann auch nicht wiederaufleben<sup>302</sup>.

<sup>296</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.3.

<sup>297</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.8.

<sup>298</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Rn.1.

<sup>299</sup> den Sanktionscharakter betonend: Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.1.

<sup>300</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.1.

<sup>301</sup> so aber: Lutter Kapital, S.381; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3; Thümmel BB 2000, 1485, 1486.

<sup>302</sup> so schon Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.1: „Die Stammeinlage war bezahlt und bleibt es“; auch Servatius GmbHR 2000, 1030; bewusst vermeidet BGH ZIP 2000, 1253, 1257 die Verwendung der Terminologie des Wiederauflebens der Einlageverpflichtung und spricht lediglich von einer funktionalen Vergleichbarkeit von Einlagepflicht und Erstattungsanspruch.

Auf Grund des quasideliktischen Charakters des § 31 Abs. 1 GmbHG ist der Fortbestand des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht ebenso zwingend wie die Beständigkeit der vertraglichen Einlageverpflichtung<sup>303</sup>. Aus dem einseitigen Bezug des Erstattungsanspruchs auf das Schutzobjekt Stammkapital ist der Wegfall des Haftungsgrundes – anders als bei einer vertraglichen Einlageverpflichtung – zumindest denkbar. Zutreffend weist Servatius<sup>304</sup> auf Haftungsbegrenzungen im allgemeinen Schadensrecht hin.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass durchaus eine funktionale Vergleichbarkeit zwischen Einlagepflicht und Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG besteht. Der weitergehenden These des Wiederauflebens der Einlageverpflichtung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Aus der funktionalen Vergleichbarkeit kann jedoch nicht zwingend auf eine gleichlaufende Beständigkeit von Einlagepflicht und Erstattungspflicht im Hinblick auf eine anderweitige Herstellung des Stammkapitals geschlossen werden. Die Beständigkeit der Einlageverpflichtung beruht zumindest auch auf der zugrunde liegenden vertraglichen Verpflichtung der Gesellschafter untereinander. Eine solche vertragliche Verpflichtung fehlt dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob der Erstattungsanspruch nicht ebenso beständig ist wie die Einlageverpflichtung. Aus einer bloßen Parallele zur Kapitalerhaltung lässt sich aber die Beständigkeit jedenfalls – anders als der BGH<sup>305</sup> meint – nicht ableiten<sup>306</sup>.

c. Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 GmbHG

Weiter stützt sich die Gegenargumentation des BGH auf ein systematisches Argument. Wie § 31 Abs. 2 GmbHG zeige, soll der Erstattungsanspruch nur entfallen, sofern der Auszahlungsempfänger gutgläubig war und die Erstattung zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich ist<sup>307</sup>. Laut BGH würden diese gesetzlich festgelegten Voraussetzungen einer Enthaltung des Gesellschafters unterlaufen, wenn man den Fortbestand des Erstattungsanspruchs auch noch von einer weiter bestehenden Unterbilanz abhängig macht<sup>308</sup>. Der BGH geht davon aus, dass die Möglichkeit des Fortfalls des Erstattungsanspruchs in § 31 Abs. 2 GmbHG abschließend gesetzlich geregelt wurde. Das Gesetz sehe nur eine Privilegierung des gutgläubig empfangenden Gesellschafters vor. Der BGH folgert im Umkehrschluss, dass mangels ausdrücklicher Regelung neben § 31 Abs. 2 GmbHG kein weiterer Befreiungstatbestand denkbar sei.

<sup>303</sup> So auch Servatius GmbHR 2000, 1028, 1030.

<sup>304</sup> Servatius GmbHR 2000, 1028, 1031: danach sind Haftungsbegrenzungen im Schadensrecht denkbar, wie das Institut des Vorteilsausgleichs zeigt.

<sup>305</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>306</sup> ebenso Servatius GmbHR 2000, 1028, 1031; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.13.

<sup>307</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>308</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

Erstmals eingeführt wurde das Argument von Brandner<sup>309</sup>. Danach sei der Grundgedanke der Zweckfortfalls des Erstattungsanspruchs in § 31 Abs. 2 GmbHG berücksichtigt. Allerdings habe der Gesetzgeber die Privilegierung auf den gutgläubig empfangenden Gesellschafter beschränkt. Auch in der späteren Literatur wird die Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG häufig als Gegenargument gegen die Zweckfortfall-Rechtsprechung der BGH genannt<sup>310</sup>.

Es wird argumentiert, dass bei Fortfall des Erstattungsanspruchs nach Beseitigung der Unterbilanz für den Anwendungsbereich des § 31 Abs. 2 GmbHG kaum Raum bliebe und die Vorschrift somit leer liefe<sup>311</sup>.

Bei näherer Betrachtung ist die Argumentation aus § 31 Abs. 2 GmbHG nicht so durchschlagend als es den Anschein hat.

Zunächst bleibt festzustellen, dass die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG auf einer anderen Ebene eingreift als die ehemalige Zweckfortfallrechtsprechung des BGH. Nach der Elektroplan-Entscheidung des BGH sollte der Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter entfallen<sup>312</sup>. Somit wurde bereits der Bestand des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG angegriffen, indem auf der Tatbestandsebene des § 31 Abs. 1 GmbHG der Fortbestand der Unterbilanz als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt wurde. Die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG greift jedoch erst auf einer nachrangigen Ebene, setzt also das Bestehen des Erstattungsanspruchs voraus<sup>313</sup>. Aus systematischer Sicht kann die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG daher gegen die Zweckerreichungslehre nicht eingewendet werden.

Zu bedenken ist weiter, dass die Privilegierung des § 31 Abs. 2 GmbHG auf den konkreten Gläubigerschutz abstellt<sup>314</sup>. So kommt eine Entlastung des gutgläubigen Gesellschafters nur in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme sämtliche Gläubiger aus den Mitteln der Gesellschaft befriedigt werden können. Die Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG focussiert daher auf die konkreten Gläubigerinteressen. Demgegenüber ist das System der Kapitalerhaltung – und so auch der Tatbestand des § 31 Abs. 1 GmbHG – auf den abstrakten Gläubigerschutz durch Wahrung des Stammkapitals ausgerichtet. Insoweit scheint ein Nebeneinander von Fortfall des Erstattungsanspruchs wegen Wegfall der Unterbilanz und Haftungsbefreiung des gutgläubigen Gesellschafters im Falle des fehlenden konkreten Gläubigerinteresses nach § 31 Abs. 2 GmbHG denkbar.

Weiter sind die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Zweckfortfallrechtsprechung des BGH und der Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG zu beachten. Nach der Elektroplan-Entscheidung sollte der Erstattungsanspruch bei nachhaltiger Beseitigung der Unterbilanz auf Dauer entfallen.

<sup>309</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 27, 33.

<sup>310</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Gerd Müller ZIP 1996, 941, 943; Thümmel BB 2000, 1485; Benecke ZIP 2000, 1969, 1970.

<sup>311</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Gerd Müller ZIP 1996, 941, 943; Thümmel BB 2000, 1485; Benecke ZIP 2000, 1969, 1970.

<sup>312</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>313</sup> Servatius GmbHR 2000, 1028, 1032.

<sup>314</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.15.

Auch im Falle einer später erneut eintretenden Unterbilanz wäre der Gesellschafter von der Haftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG dauernd befreit<sup>315</sup>. Die Rechtsfolgen der Privilegierung aus § 31 Abs. 2 GmbHG sind weniger weitreichend. Zum einen führt § 31 Abs. 2 GmbHG nicht zu einem Fortfall des Erstattungsanspruchs<sup>316</sup>. Vielmehr ist die Gesellschaft nur insoweit an der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs gehindert, als sie die Gläubiger noch aus eigenen Mitteln befriedigen kann. Treten die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 GmbHG ein, wird der Erstattungsanspruch gegenüber dem Gesellschafter schwebend unwirksam<sup>317</sup>. Verschlechtert sich die wirtschaftliche Verfassung der Gesellschaft, so dass sie ihre Gläubiger nicht befriedigen kann, ist der Gesellschafter wieder zur Erstattung verpflichtet<sup>318</sup>. Im Insolvenzfall nach dauerhafter wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft ist die ehemalige Zweckfortfallrechtsprechung für den betroffenen Gesellschafter gegenüber der Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG vorteilhafter. Während der Gesellschafter nach der Zweckfortfallrechtsprechung auch im Rahmen einer späteren Insolvenz von der Haftung befreit ist, entfaltet die Privilegierung aus § 31 Abs. 2 GmbHG dann keinen Schutz mehr.

Als Zwischenergebnis können daher im wesentlichen drei Unterschiede zwischen der Zweckfortfallrechtsprechung und der Privilegierungsregelung des § 31 Abs. 2 GmbHG festgehalten werden. Erstens greift die Elektroplan-Entscheidung auf der Tatbestandsebene des Erstattungsanspruchs, wogegen § 31 Abs. 2 GmbHG den Erstattungsanspruch als solchen voraussetzt. Zweitens richtet sich § 31 Abs. 1 GmbHG und damit auch die Zweckerreichungslehre am abstrakten Gläubigerinteresse aus. Die Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG hingegen erlässt dem Gesellschafter die Erstattung, sofern keine konkreten Gläubigerinteressen entgegenstehen. Drittens bestehen Unterschiede in den Rechtsfolgen. Nach der Zweckfortfalllehre entfällt die Erstattungspflicht endgültig. Demgegenüber folgt aus § 31 Abs. 2 GmbHG lediglich ein vorübergehender Einwand gegenüber dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft.

Aufgrund der bestehenden Unterschiede ist ein Nebeneinander der ehemaligen Rechtsprechungsregeln und der Vorschrift des § 31 Abs. 1 GmbHG nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings würde eine Anwendung der Zweckfortfalllehre in der Tat dazu führen, dass die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG nur selten zur Anwendung käme. Ist die Gesellschaft aus eigener Kraft in der Lage, sämtliche Gläubiger zu befriedigen, dürfte die Unterbilanz meistens gleichzeitig beseitigt sein. Nur in Situationen, in welchen sämtliche Gläubiger befriedigt wurden, die Stammkapitalziffer jedoch nicht wiederhergestellt werden konnte, käme § 31 Abs. 2 GmbHG zur Anwendung. Obwohl die Erstattung zur Gläubigerbefriedigung nicht mehr erforderlich ist, besteht der Erstattungsanspruch fort, da die Unterbilanz nicht beseitigt wurde. Eine solche Situation dürfte praktisch kaum vorkommen.

<sup>315</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>316</sup> insoweit ungenau: BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>317</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.18.

<sup>318</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff. 2; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.23: weisen darauf hin, dass die Rechtskraft eines auf § 31 Abs. 2 GmbHG beruhenden klageabweisenden Urteils beschränkt ist auf den Tag der letzten mündlichen Verhandlung. Verschlechtert sich die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft später, ist eine Inanspruchnahme trotz der klageabweisenden Entscheidung möglich.

Lediglich in Gesellschaften mit – gemessen am Unternehmensumsatz – hoher Stammkapitalziffer ist es praktisch möglich, dass eine Unterbilanz nach Befriedigung aller Gläubiger fortbesteht.

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm durch Rechtsfortbildung ist für sich allein jedoch kein schlagendes Argument gegen die ehemalige Zweckfortfallrechtsprechung des BGH. Allerdings müssen für die Rechtsfortbildung sehr gute Argumente streiten, soll die Bedeutung einer Norm marginalisiert werden.

Neben dem Verdrängungsargument lässt sich der Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG noch ein weiteres Argument gegen die Zweckfortfalllehre entnehmen. Wie bereits festgestellt, lässt § 31 Abs. 2 GmbHG eine Haftung des Gesellschafters ausscheiden, sofern keine konkreten Gläubigerinteressen entgegenstehen. Ist die Erstattung zur Gläubigerbefriedigung nicht erforderlich, soll eine Haftung des Gesellschafters ausscheiden. Demgegenüber lässt die Zweckfortfalllehre den Erstattungsanspruch entfallen, sofern die Unterbilanz ausgeglichen ist und somit den Gläubigern ein Haftungsfonds zur Verfügung steht. Die Zweckfortfalllehre befreit den Gesellschafter also bereits von seiner Haftung, wenn abstrakte Gläubigerinteressen nicht entgegenstehen.

Somit setzt die gesetzliche Haftungsbefreiung aus § 31 Abs. 2 GmbHG erst ein, wenn Gläubigerinteressen konkret nicht entgegenstehen, wogegen sich die Zweckfortfalllehre sich schon mit dem abstrakten Gläubigerinteresse begnügt. Bereits hierin liegt ein erheblicher Widerspruch der Elektroplan-Rechtsprechung zur gesetzlichen Regelung. Hinzu kommt, dass die gesetzliche Haftungsbefreiung ausschließlich dem gutgläubigen Gesellschafter zugute kommt und den Erstattungsanspruch nicht auf Dauer entfallen lässt, sondern die Gesellschaft nur solange an der Geltendmachung hindert, als ihr selbst noch Mittel zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehen.

Setzt das Gesetz an das Eingreifen einer nur bedingten Haftungsbefreiung für den Gesellschafter solch' hohe Voraussetzungen, spricht dies in der Tat gegen einen endgültigen Fortfall des Erstattungsanspruch bereits bei Beseitigung der Unterbilanz. Insoweit ist der Argumentation des BGH<sup>319</sup> und Brandners<sup>320</sup> im Ergebnis zuzustimmen.

---

<sup>319</sup> BGHZ 144, 336, 341 f.; ZIP 2000, 1256, 1257 f.

<sup>320</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 27, 33.

## d. Solidität des Erstattungsanspruchs

Die Zweckerreichungsrechtsprechung des BGH<sup>321</sup> bedeutet für den Inhaber und Erwerber eines Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG einen Unsicherheitsfaktor. Schließlich war der Erstattungsanspruch vom Fortbestand der Unterbilanz abhängig. So konnte der betroffene Gesellschafter dem Erstattungsanspruch entgegenhalten, die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft habe sich zwischenzeitlich verbessert, wodurch die Unterbilanz nach der verbotenen Entnahme beseitigt worden sei. Unter Umständen traf den Inhaber des Erstattungsanspruchs auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Unterbilanz nach der Entnahme ununterbrochen fortbestanden habe<sup>322</sup>. Durch diese Unsicherheit wurde es der Gesellschaft als auch einem dritten Forderungsinhaber erschwert, Gesellschafter auf Rückzahlung verbotener Entnahmen in Anspruch zu nehmen, was letztlich dem Kapitalschutz abträglich war<sup>323</sup>.

Der BGH greift diese Argumentation in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>324</sup> auf. Er stellt primär darauf ab, dass es der Gesellschaft durch die vorgenannten Unsicherheiten aus der Zweckerreichungsrechtsprechung erschwert werde, die Erstattungsforderung durch Veräußerung zu verwerten<sup>325</sup>. Der Ausgangspunkt ist gut nachvollziehbar. Gerade bei Liquiditätsmangel ist die Gesellschaft oftmals darauf angewiesen, ihre Forderungen zu veräußern. Die aus der Zweckerreichungsrechtsprechung resultierenden Unsicherheiten über den Bestand des Erstattungsanspruchs dürften dessen Verwertung im Rahmen des Factoring erheblich erschweren.

Der BGH überdehnt jedoch das Soliditätsargument. Er kommt zu dem Ergebnis, dass es der Gesellschaft auf Grundlage der alten Rechtsprechung faktisch unmöglich sei, den Anspruch zu veräußern. Zahle der Zessionar die Gegenleistung an die Gesellschaft, so werde hierdurch das Stammkapital wiederaufgefüllt und die Unterbilanz beseitigt. Damit erlösche der Erstattungsanspruch automatisch, sobald das vereinbarte Entgelt an die Gesellschaft gezahlt werde<sup>326</sup>. Im Ergebnis – so der BGH – sei die Gesellschaft zur Rückzahlung der Gegenleistung verpflichtet, womit das Stammkapital wiederum angegriffen sei. Wie der BGH selbst feststellt, wäre ein solches Ergebnis wirtschaftlich ohne Sinn und ginge an den Erfordernissen der Geschäftspraxis vorbei<sup>327</sup>.

Die Bedenken des BGH – wonach die Verwertung des Erstattungsanspruchs faktisch unmöglich sei – sind freilich überzogen. Die Einnahme des Veräußerungserlöses im Gegenzug zur Abtretung des Erstattungsanspruchs führt auch nach der Zweckerreichungsrechtsprechung nicht dazu, dass der Erstattungsanspruch in der Hand des Zessionars erlischt.

---

<sup>321</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>322</sup> beispielsweise bei Inanspruchnahme eines ausgeschiedenen Gesellschafter, der keine Möglichkeit hat, sich über die Vermögensentwicklung der Gesellschaft in Kenntnis zu setzen so: BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>323</sup> Aus diesem Grunde kritisierte schon Brandner FS für Fleck (1988), 27, 30 die Zweckerreichungsrechtsprechung.

<sup>324</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>325</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>326</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>327</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

So herrscht Einigkeit darüber, dass bei Ermittlung der Unterbilanz der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG als Vermögenswert keine Berücksichtigung findet, um einen Zirkelschluss zu vermeiden<sup>328</sup>. Anderenfalls würde der Erstattungsanspruch entfallen, was wiederum zu einer Unterbilanz führen würde. Um einen solchen Zirkelschluss auch in den vom BGH beschriebenen Veräußerungen zu vermeiden, ist der Veräußerungserlös aus dem Verkauf des Erstattungsanspruchs bei der Frage des Wegfalls der Unterbilanz ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

Die Befürchtung des BGH, die Zweckerreichungsrechtsprechung führe zu einer faktischen Unverwertbarkeit des Erstattungsanspruchs, ist daher nicht zu teilen. Allerdings verbleibt aus der alten Rechtsprechung des BGH die Unsicherheit, dass der Erstattungsanspruch im Zeitpunkt der Veräußerung bereits erloschen ist bzw. in Zukunft erlöschen kann. Diese Unsicherheit genügt bereits, um der Gesellschaft die Verwertung des Erstattungsanspruch erheblich zu erschweren. So sind die Prozessrisiken für einen Erwerber des Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretung nicht überschaubar. Der Gesellschaft wird die Veräußerung wohl allenfalls unter einem erheblichen Risikoabschlag gelingen.

So ist dem BGH zumindest in seinem grundsätzlichen Anliegen zuzustimmen, die Solidität des Erstattungsanspruchs zu erhöhen und damit der Gesellschaft die Durchsetzung und Verwertung des Erstattungsanspruchs zu erleichtern.

### 3. Berechtigung der Aufgabe der Zweckerreichungs-Rechtsprechung

Die Zweckerreichungsrechtsprechung des BGH in seiner Elektroplan-Entscheidung ist argumentativ gut nachvollziehbar. Mit anderweitiger Wiederherstellung der Stammkapitalziffer hat der Erstattungsanspruch seine innere Berechtigung verloren. Eine darüber hinaus gehende Haftung des Gesellschafters ist aus Gläubigergesichtspunkten nicht zwingend erforderlich, da die Beseitigung der Unterbilanz die verbotene Auszahlung heilt. Eine erneut eintretende Krise ist dem Gesellschafter nicht zurechenbar. Die Argumentationslinie der Elektroplan-Entscheidung lässt sich nur mit stichhaltigen Gegenargumenten durchbrechen.

In seiner Balsam/Procedo-Entscheidung befasst sich der BGH inhaltlich nicht mit der Argumentation der Zweckerreichungslehre. Nach Auffassung des Autors ist der Sachverhalt des Balsam/Procedo-Komplexes auch nicht für eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Zweckerreichungsrechtsprechung geeignet. So hätte der BGH auch unter Anlegung seiner Maßstäbe aus der Elektroplan-Entscheidung hier zu keinem anderen Ergebnis kommen können.

---

<sup>328</sup> Servatius GmbHR 2000, 1028, 1032, Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh 17. Auflage (2000) § 42 Rn.93.

Die vom BGH angeführten Gegenargumente sind jedoch überwiegend stichhaltig. Zwar kann dem BGH in der Gleichstellung von Einlageverpflichtung und Erstattungspflicht nicht gefolgt werden. Auch über die Verwertungshindernisse, welche aus der Zweckerreichungslösung herrühren, könnte man sich hinwegsetzen.

Jedoch steht die Elektroplan-Entscheidung dogmatisch auf tönernen Füßen. So kann ein automatisches Entfallen des Erstattungsanspruchs rechtstechnisch nicht begründet werden. Auch § 31 Abs. 2 GmbHG steht der Zweckerreichungslösung im Wege. Da der Gesetzgeber in der Regelung in § 31 Abs. 2 GmbHG eine Ausnahme zur Gesellschafterhaftung an besondere Voraussetzungen knüpft, bedeutet die Zweckerreichungslösung in der Tat eine Umgehung.

Somit überwiegen im Ergebnis die Argumente, welche gegen ein Entfallen des Erstattungsanspruchs bei anderweitiger Herstellung der Stammkapitalziffer sprechen. Dem Abschied von der Zweckerreichungsrechtsprechung ist daher zuzustimmen.



## II. Konsequenzen aus Balsam/Procedo

Die Entscheidungen des BGH zum Balsam/Procedo-Komplex haben erhebliche Auswirkungen auf den Erstattungsanspruch und seine gerichtliche Durchsetzbarkeit. Die einschneidendste Konsequenz liegt darin, dass der Erstattungsanspruch vom Fortbestand der Unterbilanz losgelöst wurde. Darin liegt die Verabschiedung der Zweckerreichungsrechtsprechung des BGH. Hieraus resultiert zum einen ein Zugzwang für den Gesellschafter in der Phase einer wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft. Weiter wird dadurch die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs für die Gesellschaft erhöht. Darüber hinaus erteilt der BGH Alternativlösungen aus dem Lager der Wissenschaft eine Absage. So soll die Aufrechnung des Gesellschafters gegen den Erstattungsanspruch ausgeschlossen sein. In einem weiteren Schritt schränkt der BGH die Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG im Vergleichsverfahren ein. Letztlich ordnet der BGH die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast neu. Die einzelnen Konsequenzen sollen im folgenden näher erläutert werden.

### 1. Verabschiedung des Automatismus – Zugzwang für den Gesellschafter

Nach der Zweckerreichungslösung des BGH aus dessen Elektroplan-Entscheidung<sup>329</sup> wirkte sich ein Entfallen der Unterbilanz der Gesellschaft unmittelbar auf den Erstattungsanspruch aus. Wurde die Stammkapitalziffer der Gesellschaft nicht nur vorübergehend sondern nachhaltig wiederhergestellt, so entfiel der Erstattungsanspruch automatisch. Eine – wie auch immer geartete – Mitwirkungshandlung des Gesellschafters war zur Haftungsbehebung nicht erforderlich. Der Automatismus bewahrte den – während der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft – untätigen Gesellschafter davor, nach einer erneut eintretenden Unterbilanz aus § 31 Abs. 1 GmbHG in Anspruch genommen zu werden. Schließlich war die Gesellschafterhaftung während der wirtschaftlichen Erholungsphase entfallen und lebte auch nicht wieder auf<sup>330</sup>.

Diese gesellschafterfreundliche Rechtsprechung hat der BGH in seinen Balsam/Procedo - Entscheidungen<sup>331</sup> revidiert. Die fortdauernde Unterbilanz ist für den Weiterbestand der Gesellschafterhaftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht mehr erforderlich.

---

<sup>329</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>330</sup> so ausdrücklich BGH ZIP 1987, 1113, 1115.

<sup>331</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

Entfällt die Unterbilanz, so bleibt der Erstattungsanspruch der Gesellschaft hiervon unberührt. Sowohl während der Erholungsphase als auch – und hier liegt wohl die größere praktische Relevanz – im Rahmen einer erneuten wirtschaftlichen Krise, kann die Gesellschaft den Gesellschafter auf Erstattung der zu Unrecht erhaltenen Auszahlung angehen.

Die geänderte Rechtsprechung setzt den erstattungspflichtigen Gesellschafter unter Zugzwang. Sollte sich die Gesellschaft nach der verbotenen Entnahme wirtschaftlich erholen, so ist es im Interesse des Gesellschafters, eine Einigung mit der Gesellschaft über die Art der Erfüllung des Erstattungsanspruchs herbeizuführen. Insbesondere ist die Gesellschaft während ihrer wirtschaftlichen Erholung in der Lage, im Gegenzug zur Erstattung des Gesellschafters eine regelgerechte Ausschüttung an die Gesellschafter vorzunehmen. Hat der Gesellschafter seine Erstattungspflicht erfüllt, steht er nach einer wiederholten Ausschüttung pari. So hat er zwar die verbotene Entnahme erstatten müssen, er erhielt aber im Gegenzug eine Ausschüttung von der Gesellschaft. Die Erfüllung des Erstattungsanspruchs wirkt sich für den Gesellschafter im Falle einer erneuten Krise vorteilhaft aus. Der ursprüngliche Erstattungsanspruch ist durch Erfüllung erloschen. Die während der wirtschaftlichen Erholung erhaltene Auszahlung verstößt nicht gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG und begründet somit keinen neuen Erstattungsanspruch. Das ergebnisneutrale „Hin- und Herzahlen“ wirkt sich für den Gesellschafter im Falle einer späteren erneuten Krise der Gesellschaft positiv aus.

## 2. Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs

Durch die Absage an die bisherige Zweckerreichungsrechtsprechung erhöht sich die Solidität des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG und damit dessen Verwertbarkeit für die Gesellschaft. Auf der Grundlage der alten Rechtsprechung des BGH war der Erstattungsanspruch für die Gesellschaft kein sichere auf Dauer bestehende Forderung, da durch die Wiederherstellung der Stammkapitalziffer der Anspruch entfiel. Diese Unbeständigkeit des Erstattungsanspruchs führte dazu, dass der Anspruch nur schwer veräußerlich war. Insbesondere für die Gläubiger der Gesellschaft stellte die Abtretung eines Erstattungsanspruchs ein fragwürdiges Sicherungsmittel dar. Zunächst war für den Zessionar nur schwer überprüfbar, ob der Erstattungsanspruch im Zeitpunkt der Abtretung überhaupt noch bestand. Es bestand die Gefahr, dass die Stammkapitalziffer nach der verbotswidrigen Entnahme zwischenzeitlich wiederingestellt war. Der neue Inhaber des Erstattungsanspruchs lief darüber hinaus stets Gefahr, dass ihm der Gesellschafter entgegenhielt, die Unterbilanz sei nach der Abtretung entfallen. Vor diesem Hintergrund war der Forderungsverkauf für die Gesellschaft erheblich erschwert.

Durch die Rechtsprechungsänderung wird der Erstattungsanspruch zu einer soliden Aktivposition im Vermögen der Gesellschaft. Nunmehr vom Fortbestand der Unterbilanz unabhängig steht der Erstattungsanspruch ohne untypisch erhöhtes Risiko zum Factoring zur Verfügung. Somit hat die Gesellschaft die echte Option, sich durch Veräußerung des Erstattungsanspruchs Liquidität zu verschaffen und somit ihre Insolvenzanfälligkeit zu vermindern.

Weiter wird durch die neue Linie des BGH klargestellt, dass eine Verwertung des Erstattungsanspruchs im Rahmen eines Vergleichsverfahrens unproblematisch möglich ist. So besteht für die Gläubiger die Möglichkeit, die Gesellschaft durch Forderungsverzicht zu entschulden ohne gleichzeitig die Realisierung der Erstattungsforderungen zu gefährden. Vom technischen Ansatz der Elektroplan-Entscheidung<sup>332</sup> her entfielen mit einer Entschuldung der Gesellschaft – mangels Fortbestand der Unterbilanz – automatisch die Erstattungsansprüche<sup>333</sup>. Hierdurch wird das sinnwidrige Ergebnis vermieden, dass der Gläubigerverzicht im Vergleichsverfahren letztlich den Gesellschaftern zugute kommt.

### 3. Absage an Alternativlösungen der Wissenschaft

Der BGH begnügt sich nicht damit, seine alte Zweckerreichungsrechtsprechung aufzugeben. Vielmehr wendet er sich auch gegen Alternativlösungen aus der Wissenschaft, welche der Elektroplan-Entscheidung zwar im Ziel, aber auf anderen Wegen gefolgt waren. Insbesondere wendet sich der BGH gegen die Aufrechnungs- und Einwendungslösung<sup>334</sup>. Die Vertreter dieser Auffassung sprechen dem betroffenen Gesellschafter zunächst ein Zurückbehaltungsrecht aus dem *dolo-petit*-Einwand zu, sofern sich die Gesellschaft wirtschaftlich erholt hat. Weiter soll dem Gesellschafter die Aufrechnung mit seinem Ausschüttungsanspruch gestattet werden, so dass eine tatsächliche Rückerstattung ausscheidet<sup>335</sup>. Diese Rechte sollen dem Gesellschafter allerdings nur zustehen, wenn die Unterbilanz nachhaltig beseitigt ist. Macht ein Gesellschafter von seinem Aufrechnungsrecht während der wirtschaftlichen Erholung nicht Gebrauch und sinkt das Eigenkapital erneut unter die Stammkapitalziffer ab, so entfällt das Aufrechnungsrecht und der Gesellschafter ist zur Erstattung verpflichtet. Im Gleichlauf soll auch der *dolo-petit*-Einwand nur solange erhoben werden können, wie die Stammkapitalziffer unangegriffen ist<sup>336</sup>.

Um die gewünschte Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs zu erhöhen, wendet sich der BGH in seiner *Balsam/Procedo*-Rechtsprechung ausdrücklich gegen die Aufrechnungs- und Einwendungslösung<sup>337</sup>. Danach soll es dem Gesellschafter nicht gestattet sein, mit etwaigen Auszahlungsansprüchen aufzurechnen oder den *dolo-petit*-Einwand zu erheben.

<sup>332</sup> BGH ZIP 1987, 1113: der BGH hatte in seiner Entscheidung über eine andere Fallkonstellation zu entscheiden. Inwieweit die Zweckerreichungslehre auch auf Vergleichsverfahren anwendbar ist, wurde durch den BGH nicht entschieden.

<sup>333</sup> OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97, S.11; OLG Stuttgart NZA 1998, 683, 684: beide Gerichte gingen auf Grundlage der alten BGH-Rechtsprechung davon aus, dass die durch Forderungsverzicht der Gläubiger herbeigeführte Entschuldung der *Procedo GmbH* zum Entfallen der Erstattungsansprüche führten.

<sup>334</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; Baumbach/Hueck 16. Auflage (1996) § 13 Rn 6; nicht abschließend Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn.7.

<sup>335</sup> so früher bereits: Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4; Meyer-Landrut/Miller/Nichus 1. Auflage (1987) § 31 Rn.2; Fischer/Lutter 11. Auflage (1985) § 31 Rn. 19; Fleck S. 34.

<sup>336</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385.

<sup>337</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

Nach der Auffassung des BGH gebietet § 31 Abs. 1 GmbHG den Gesellschaftern uneingeschränkt die Rückzahlung des Betrages. Die Möglichkeit zur Aufrechnung widerspricht dem Gebot der realen Kapitalaufbringung. Hierbei bezieht sich der BGH – ohne dies auszusprechen – auf die Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG<sup>338</sup>. Im Ergebnis soll es den Gesellschaftern vorbehalten sein, über die Verwendung des Rückzahlungsbetrages zu entscheiden.

Nicht ausgeschlossen ist auch nach dieser Rechtsprechung die Aufrechnung durch die Gesellschaft selbst, da selbst § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG lediglich dem Gesellschafter die Aufrechnung verbietet. Freilich sind zur wirksamen Aufrechnung durch die Gesellschaft die Gebote der realen Kapitalaufbringung zu beachten<sup>339</sup>.

#### 4. Einschränkung des § 31 Abs. 2 GmbHG

§ 31 Abs. 2 GmbHG spielt in den Entscheidungen der Instanzgerichte<sup>340</sup> und des BGH<sup>341</sup> zum Balsam/Procedo-Komplex eine Schlüsselrolle. Zum einen liefert die Schutzregelung für gutgläubige Gesellschafter dem BGH ein Hauptargument für die Abkehr von der Zweckerreichungsrechtsprechung<sup>342</sup>. Darüber hinaus führt eine allzu wortgetreue Anwendung der Privilegierungsvorschrift im Rahmen von Vergleichsverfahren in unsicheres Fahrwasser. Das über das Vermögen der Procedo GmbH durchgeführte Vergleichsverfahren hatte durch den Forderungsverzicht der Gesellschaftsgläubiger dazu geführt, dass die Gesellschaft im Ergebnis technisch entschuldet war. Streng genommen war eine Erstattung der verbotenen Entnahmen an die Gesellschaft nicht mehr erforderlich, da der Procedo-GmbH keine Verpflichtungen mehr oblagen. Genau hierauf abstellend bejahten die Berufungsgerichte die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 2 GmbHG und kamen zu dem Ergebnis, dass eine Erstattungspflicht aufgrund der vollständigen Entschuldung der Gesellschaft nicht bestand<sup>343</sup>.

Folgt man den Entscheidungen des OLG Stuttgart und des OLG Karlsruhe, so gefährdet jeder Forderungsverzicht der Gläubiger die Durchsetzung des Erstattungsanspruchs gegen einen bei Erhalt der verbotswidrigen Entnahme gutgläubigen Gesellschafter. In der Konsequenz müsste den Gläubigern vom Forderungsverzicht abgeraten werden, was die Sanierung der krisengeschüttelten Gesellschaft letztlich vereiteln muss. Um sowohl die Sanierung der Gesellschaft zu erreichen als auch die Erstattungsansprüche zu realisieren, muss die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 2 GmbHG eingeschränkt werden.

<sup>338</sup> für analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auch: Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.12 ( mit grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufrechnungslösung); erwägend auch Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7, 32.

<sup>339</sup> BGHZ 125, 141, 143; Brodmann 1. Auflage (1924) § 19 Ziff.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.17 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18 ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 19 Rn.61; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003); § 19 Rn.30; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034.

<sup>340</sup> LG Stuttgart Az. 3 KfH O 111/96; LG Heidelberg Az. O 102/96 KfH I; OLG Stuttgart NZG 1998, 683; OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97.

<sup>341</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>342</sup> Siehe Teil 1 II 3 a cc.

<sup>343</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 683, 684; OLG Karlsruhe Az. 1 U 150/97 S.11 f.

Auch hier hat der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen den entscheidenden Schritt getan. Sofern die Entschuldung der Gesellschaft nur durch einen Gläubigerverzicht zustande kam, kann § 31 Abs. 2 GmbHG nicht zur Anwendung kommen<sup>344</sup>. Auch dieser Schritt dient letztlich dem Ziel, die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs im Rahmen von Sanierungsbemühungen zu erhöhen. Damit steht der Grundtenor bei der Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG fest. Eine Entlassung auch des gutgläubigen Gesellschafters aus der Erstattungspflicht kommt nur in Frage, wenn die Gläubiger der Gesellschaft tatsächlich befriedigt wurden. Hierbei ist nicht auf die technische Entschuldung der Gesellschaft abzustellen. Vielmehr ist entscheidend, ob die Gläubiger entweder Befriedigung fanden oder im Rahmen eines Forderungsverzichtes auch auf die Geltendmachung des Erstattungsanspruch verzichteten. Hat die Gesellschaft ihrem Gläubiger den Erstattungsanspruch abgetreten und hat der Gläubiger daraufhin einen Forderungsverzicht erklärt, kommt § 31 Abs. 2 GmbHG nicht zur Anwendung. Wie im Vergleichsverfahren der Procedo GmbH erfolgt der Forderungsverzicht nicht zuletzt im Hinblick auf eine mögliche Befriedigung aus dem Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter.

### III. Offene Fragen nach Balsam/Procedo

Nach den Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH stellen sich mehrere Fragen. Insbesondere der betroffene Gesellschafter fragt sich, wie er sich im Falle einer Sanierung der Gesellschaft zu verhalten hat. Durch Untätigbleiben läuft der Gesellschafter Gefahr, bei einer erneuten Krise aus § 31 Abs. 1 GmbHG in Anspruch genommen zu werden, ohne von der Gesellschaft eine Kompensation erhalten zu können. Nur während der Zeit, in welcher es der Gesellschaft wirtschaftlich gut geht, besteht für den Gesellschafter die Möglichkeit, den früheren Verstoß gegen § 30 GmbHG zu heilen. Es ist daher nach Wegen zu suchen, die dem Gesellschafter eine solche Heilungsmöglichkeit eröffnen.

Im Kern steht hierbei zunächst die Frage, ob der Gesellschafter aus dem alten Kausalgeschäft der Ausschüttung noch einen Erfüllungsanspruch herleiten kann. Steht dem Gesellschafter beispielsweise aus dem alten Ausschüttungsbeschluss noch ein Zahlungsanspruch zu? Der BGH lässt diesen Punkt in seinen Entscheidungen vom 29.05.2000 ausdrücklich offen<sup>345</sup>. Möglicherweise muss hier je nach Art des Kausalgeschäftes differenziert werden.

Geht man davon aus, dass ein Erfüllungsanspruch nicht mehr besteht, schließt sich die Überlegung an, ob der Gesellschafter nach Rückerstattung der verbotenen Auszahlung einen Anspruch auf einen neuen Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafterversammlung geltend machen kann.

---

<sup>344</sup> BGH ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>345</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258: Der BGH stellt seine Überlegung zur Aufrechnung nur für den hypothetischen Fall an, dass ein etwaiger Erfüllungsanspruch aus den zu Grunde liegenden Gewinnverwendungsbeschlüssen fortbesteht.

Ist der Erfüllungsanspruch jedoch nicht erloschen stellt sich die Frage, wie die Gesellschaft mit dem Anspruch auf Auszahlung umgehen soll. Der BGH hat hierzu vertreten, dass dem Gesellschafter eine Aufrechnung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versagt ist. Über das Aufrechnungsrecht der Gesellschaft ist damit noch nichts gesagt. Grundsätzlich wird man der Gesellschaft das Recht zur Aufrechnung nicht nehmen können. Jedoch ist fraglich, welche Voraussetzungen an eine wirksame Aufrechnung zu stellen sind. Ergibt sich hier ein Gleichlauf zu den Regeln der realen Kapitalaufbringung oder ist eine differenzierte Behandlung angezeigt.

Offen ist weiter, welches Organ der Gesellschaft die Entscheidung über eine Aufrechnung zu treffen hat. Steht die Kompetenz hier der Gesellschafterversammlung zu<sup>346</sup>? Oder ist der Geschäftsführer als „Hüter des Stammkapitals“ das zuständige Organ?

Kann den Parteien alternativ zur Aufrechnung zur Hin- und Herzahlung von Erstattungs- und Auszahlungsbeträgen geraten werden? Oder sollte hier zumindest ein deutlicher zeitlicher Abstand eingehalten werden?

Besondere Bedeutung haben die vorgenannten Fragen dann, wenn die Rückerstattungspflicht einen ausgeschiedenen Gesellschafter trifft. Als bloßer Ehemaliger hat er nur beschränkte Möglichkeiten, auf die Willensbildung der Gesellschaft einzuwirken. Fordert die Gesellschaft den Ausschüttungsbetrag zurück, kann er sich auf der Grundlage der Rechtsprechungsänderung zunächst nicht wehren. Hier gewinnt die Frage eines Fortbestehens des alten Erfüllungsanspruchs besondere Bedeutung. So kann die erneute Ausschüttung an den ehemaligen Gesellschafter für die Gesellschaft unzumutbar sein. Zum Beispiel, wenn die wirtschaftliche Erholung des Unternehmens auf das persönliche und finanzielle Engagement eines neuen Gesellschafters zurückzuführen ist. In diesem Falle würde der ausgeschiedene Gesellschafter fremde Früchte ernten. Andererseits sind Konstellationen denkbar, in welchen die Beseitigung der Unterbilanz auf die Realisierung alter bereits wertberechtigter Forderungen zurückzuführen ist. Insoweit würde dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine Beteiligung am erwirtschafteten Gewinn zustehen.

---

<sup>346</sup> In diese Richtung deutet BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258, wenn er den Gesellschaftern die Entscheidung über die Verwendung der Rückzahlung zuschreibt.

### 3. Teil Kompatibilität der Balsam/Procedo-Entscheidungen mit dem System der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

#### I. Vorbemerkungen

Das feste Garantiekapital der Kapitalgesellschaften dient der Erbringung und Erhaltung eines Haftungsfonds im Vermögen der Gesellschaft zur Mindestabsicherung der Gesellschaftsgläubiger. Die Gesellschafter haften auf erstmalige Erbringung dieses Haftungsfonds und im Falle einer verbotenen Entnahme auf Rückerstattung des Erhaltenen. Aus dieser Schutzrichtung der Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung folgt die Frage, ob der Gesellschafter der strengen Haftung auch dann unterliegt, sobald der Gläubigerschutz eine Gesellschafterleistung nicht erfordert. Hierzu einige Fallbeispiele:

Bsp. 1: Die Makler M und N gründen eine GmbH mit dem gesetzlich vorgesehenem Mindeststammkapital von Euro 25.000,00. Vor Anmeldung zur Eintragung zahlen beide Gesellschafter jeweils Euro 6.250,00 ein. Die ausstehende Einlage von Euro 12.500,00 soll nach Eintragung eingezahlt werden. Noch vor Eintragung nimmt die Gesellschaft ihre Maklertätigkeit auf und verdient eine Provision von Euro 50.000,00. Im Zeitpunkt der Eintragung weist die GmbH – ohne Berücksichtigung der ausstehenden Einlage – ein Eigenkapital von Euro 62.500,00 auf. Die Gesellschafter zahlen ihre offen stehende Bareinlage nicht ein. Nach dreijähriger Geschäftstätigkeit wird ein Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter fordert die offenen Bareinlagen ein.

Bsp. 2: B gründet eine Einperson-GmbH als Sachgründung mit einem Stammkapital von Euro 50.000,00. Als Sacheinlage bringt er ein Aktienpaket ein. Bei Anmeldung sind die Aktien lediglich Euro 40.000,00 wert. Im Zeitpunkt der Eintragung sind die Aktien mit Euro 60.000,00 zu bewerten. Im Insolvenzverfahren fordert der Verwalter von B eine Bareinlage von Euro 10.000,00.

Bsp. 3: A und B gründen eine GmbH mit einem Stammkapital von Euro 25.000,00. Die Sacheinlage wird in Form eines zuvor in Rechtsform einer OHG betriebenen Unternehmens eingebracht. Noch vor Eintragung führt die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb fort. Bei Eintragung beträgt das Eigenkapital Euro 10.000,00. Im ersten Jahr der Geschäftstätigkeit erwirtschaftet die GmbH Ertrag und weist im Jahresabschluss ein Eigenkapital von Euro 100.000,00 auf. Im Insolvenzverfahren fordert der Verwalter von A und B Euro 15.000,00.

Die Beispiele weisen zwei Parallelen auf. Zunächst handelt es sich in allen Fällen um Probleme der Kapitalaufbringung. In Beispiel 1 steht die Bareinlagepflicht der Gesellschafter nach Eintragung der Gesellschaft in Frage. Beispiel 2 ist ein Fall der Differenzhaftung bei Überbewertung der Sacheinlage nach § 9 GmbHG. Im dritten Fall steht die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter nach Eintragung in Frage.

Darüber hinaus gleichen sich die Beispiele darin, dass das Eigenkapital der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung oder im Nachgang dazu die Höhe der Stammkapitalziffer erreicht. Im Fall 1 erwirtschaftet die Gesellschaft noch vor Eintragung Gewinn, so dass der GmbH ein Eigenkapital über das satzungsmäßig bestimmte Stammkapital hinaus zusteht. In Fall 2 übersteigt der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Eintragung die Höhe der Einlageverpflichtung des Gesellschafters. Im dritten Beispiel hat die Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung zwar die Einlagen teilweise aufgebraucht. Nach der Eintragung erwirtschaftet die GmbH jedoch erheblichen Gewinn, so dass die Gesellschaft mit dem satzungsmäßig bestimmten Stammkapital ausgestattet ist. In allen Beispielen steht der Gesellschaft nach Eintragung das Mindestkapital zur freien Verfügung. Der Mindesthaftungsfonds ist damit vorhanden. Der Schutzzweck der Kapitalerhaltungsregeln scheint erfüllt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kapitalaufbringungsverpflichtung des Gesellschafters in Form der Bareinlagepflicht, der Haftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG und der Vorbelastungshaftung gleichwohl bestehen bleibt.

Insoweit besteht eine Parallele zum Balsam/Procedo-Komplex<sup>347</sup> sowie zum Sachverhalt der Elektroplan-Entscheidung des BGH<sup>348</sup>. Auch in den beiden vom BGH zu entscheidenden Fällen war das Stammkapital zwischenzeitlich wiederhergestellt, so dass den Gläubigern der Mindesthaftungsfonds der GmbH zumindest vorübergehend zur Verfügung stand. Beide Entscheidungen befassten sich allerdings mit Kapitalerhaltungsregeln. So stand nicht die Kapitalaufbringung, sondern die Rückerstattung verbotener Ausschüttung nach § 31 Abs. 1 GmbHG im Streit.

<sup>347</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>348</sup> BGH ZIP 1987, 1113.



Gleichwohl bietet sich die Möglichkeit einer vergleichenden Betrachtung zwischen den Instrumenten der Kapitalaufbringung und dem kapitalerhaltenden Erstattungsanspruch. Es sollen daher zunächst die wesentlichen Kapitalaufbringungsmechanismen erörtert werden, um zu untersuchen ob die anderweitige Herstellung des Stammkapitals Einfluss auf die Kapitalaufbringungspflichten der Gesellschafter haben. Insbesondere ist zu untersuchen, ob die maßgeblichen Argumentationslinien des BGH aus den Elektroplan- bzw. Balsam/Procedo-Entscheidungen auf die Kapitalaufbringungsregeln übertragbar sind.

Aus dem Bereich der Kapitalerhaltung sind sodann die Eigenkapitalersatzregeln aus dem Blickwinkel der aktuellen Rechtsprechung zum Rückerstattungsanspruch zu betrachten. So bieten sowohl die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz als auch die Regeln der § 32a GmbHG, § 135 InsO und § 6 AnfG Ansätze für eine vergleichende Betrachtung. Wie wird beispielsweise ein als kapitalersetzend eingestuftes Darlehen behandelt, sobald die besonderen Voraussetzungen der Umqualifizierung im Nachhinein entfallen? Auch hierzu zwei Beispiele:

Bsp. 4:           Gesellschafter S gewährt der GmbH im Zeitpunkt der Krise ein Darlehen in Höhe von. Euro 50.000,00. Da es der GmbH zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen wäre von dritter Seite Kredit zu erhalten, dient das Darlehen des S der Vermeidung einer Insolvenzanmeldung wegen Zahlungsunfähigkeit. Die Sanierung verläuft erfolgreich. Das Unternehmen der GmbH erholt sich, so dass es ihr gelingt von dritter Seite ausreichenden Kredit zu erhalten. Der S lässt sich das Darlehen mit Zinsen zurückzahlen. Sodann wird ein Insolvenzverfahren eröffnet. Später fordert der Insolvenzverwalter sowohl den Darlehensbetrag als auch die Zinsen zur Masse. Zu Recht?

Bsp. 5:           Wie Beispiel 4. Nur wird der Insolvenzantrag innerhalb eines Jahres nach Rückzahlung gestellt. Ist das Rückforderungsverlangen des Gesellschafters berechtigt?

In beiden Fällen stellt sich die Frage, inwieweit eine Entsperrung der als Eigenkapital umqualifizierten Gesellschafterleistung möglich ist, sofern sich die Gesellschaft wirtschaftlich erholt. In Beispiel 4 sind die Rechtsprechungsregeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen anzuwenden. Beispiel 5 betrifft das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 135 InsO.

Zu untersuchen ist daher, ob das System der Kapitalaufbringung und -erhaltung die anderweitige Herstellung der Eigenkapitals generell unberücksichtigt lässt. Weiter ist zu betrachten, ob sich die Balsam/Procedo-Entscheidung des BGH in das System der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln einfügt oder sich hierzu in Widerspruch setzt.

## II. Betrachtung einzelner Kapitalschutzinstrumente

### 1. Bareinlagepflicht

Im Zeitpunkt der Registeranmeldung müssen Bareinlagen nach § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu mindestens einem Viertel zur freien Verfügung der Geschäftsführer eingezahlt sein<sup>349</sup>. Der eingezahlte Gesamtbetrag muss jedoch mindestens Euro 12.500,00 entsprechen (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Eine Ausnahme bildet die Einpersonengründung. Dort hat der Gesellschafter für den nicht eingezahlten Teil eine Sicherheit zu bestellen (§ 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG). Das Gesetz zwingt die Gesellschafter daher nicht dazu, ihre Einlage noch vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister voll zu leisten. Neben den bereits eingezahlten Einlagen steht der GmbH daher ein Anspruch gegen den Gesellschafter auf Zahlung des Restbetrages zu<sup>350</sup>. Ist die Einzahlung der Stammeinlagen dem Umfang und dem Zeitpunkt nach nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt, erfolgt die Einforderung der Resteinlage durch einen Beschluss der Gesellschafter<sup>351</sup> (§ 46 Nr.2 GmbHG)<sup>352</sup>. Unterbleibt eine Eintreibung so stehen die Einlageforderungen den Gläubigern als Sicherheit zur Verfügung und werden spätestens durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht<sup>353</sup>.

<sup>349</sup> Der Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung ist anders als bei der Gründung nach neuer Rechtsprechung des BGH für die Kapitalerhöhung nicht mehr entscheidend (vgl. BGHZ 150, 197, 199 in Aufgabe von BGHZ 119, 177). Danach kann über eine im Rahmen der Kapitalerhöhung geleistete Bareinlage auch schon vor der Anmeldung ohne den Vorbehalt wertgleicher Deckung verfügt werden.

<sup>350</sup> K.Schmidt 4. Auflage (2002) GesR § 37 II 2 a.

<sup>351</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn.6.

<sup>352</sup> früher war umstritten ob sich der Gesellschafter auch durch freiwillige Volleinzahlung vor Eintragung von seiner Einlageschuld befreien kann. Nach der älteren Judikatur wirkte eine solcher Zahlung nur befreiend, sofern der Betrag bei Eintragung unverbraucht zur Verfügung stand (RGZ 83, 370; BGHZ 37, 75, 77). Die Rechtsprechung wurde aufgegeben in BGHZ 105, 300, 302. Darin weist der BGH jedoch auf eine mögliche Vorbelastungshaftung der Gesellschafter hin. Hierzu K.Schmidt 4. Auflage (2002) GesR § 37 II 2 a..

<sup>353</sup> Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.635.

Die Forderung der GmbH gegen ihren Gesellschafter ist durch die Regelungen des § 19 GmbHG gesichert. Insbesondere enthält § 19 GmbHG Regelungen, welche den Fortbestand der Einlageforderung im Interesse der Gläubiger sichern. So stellt § 19 GmbHG sicher, dass der Gesellschaft die Einlage auch tatsächlich zufließt und schließt Rechtshandlungen zum Nachteil der Gläubiger aus. § 19 Abs. 2, 5 GmbHG<sup>354</sup> statuiert damit den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung<sup>355</sup>.

In § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wird der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung am deutlichsten dokumentiert<sup>356</sup>. Danach ist der Gesellschaft untersagt, auf den Einlageanspruch gegen den Gesellschafter zu verzichten. Damit steht die Einlageforderung nicht zur Disposition von Gesellschaft und Gesellschafter. Ein Verzicht ginge zu Lasten der Gläubiger und wird daher unterbunden. Das Erlassverbot umfasst jede Befreiung von der Einlageschuld, die nicht durch eine Leistung des Gesellschafters bewirkt wird<sup>357</sup>. Dem Verbot unterliegt neben dem Verzicht auch die Annahme einer unzulänglichen Leistung als Erfüllung, wie etwa die Tilgung aus einem Kredit des Gesellschafters, für deren Rückzahlung sich die GmbH verbürgen musste<sup>358</sup>. Kommt es zum Streit über Art und Höhe der Einlageforderung, ist ein Vergleich nur eingeschränkt möglich<sup>359</sup>.

§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG schließt eine Aufrechnung des Gesellschafters gegen die Einlageverpflichtung aus. Nicht unter das Verbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG fällt eine Aufrechnung von Seiten der Gesellschaft. Gleichwohl ist ein Aufrechnung durch die GmbH nicht schrankenlos zulässig. Anderenfalls wären Umgehungsgeschäften Tür und Tor geöffnet. Auch die Aufrechnung durch die GmbH ist nur insoweit möglich als das Gebot der realen Kapitalerbringung gewahrt wird<sup>360</sup>. Eine Aufrechnung mit einer Forderung des Gesellschafters ist daher nur dann wirksam, wenn die GmbH hierdurch den vollen Wert der geschuldeten Einlage ebenso erhält, als hätte der Gesellschafter geleistet<sup>361</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung muss die zur Verrechnung anstehende Gegenforderung des Gesellschafters fällig<sup>362</sup>, liquide<sup>363</sup> und vollwertig<sup>364</sup> sein<sup>365</sup>. Im Ergebnis ist auch eine Aufrechnung durch die Gesellschaft nur zulässig um ein Hin- und Herzahlen zu vermeiden<sup>366</sup>.

<sup>354</sup> § 19 Abs. 1 GmbHG betrifft das Innenverhältnis der Gesellschaft und steht mit der realen Kapitalaufbringung in keinem Zusammenhang.

<sup>355</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.1; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.1; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.1.

<sup>356</sup> § 19 Abs. 2 GmbHG wird als Kernstück der Vorschrift bezeichnet: Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn. 30.

<sup>357</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.9; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.10.

<sup>358</sup> BGHZ 28, 77, 78; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.10; K.Schmidt 4. Auflage (2002) GesR § 37 II 2 b..

<sup>359</sup> so die h.M.: Scholz/H. Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.50; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.12; kritisch Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.15.

<sup>360</sup> K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 d..

<sup>361</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn. 17; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>362</sup> Der Gesellschafter muss die Leistung verlangen können (§ 271 BGB): Scholz/H. Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74.

<sup>363</sup> Die Forderung muss unbestritten sein.: Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.75.

<sup>364</sup> Die GmbH muss in der Lage sein alle fälligen Forderungen zu bezahlen: Scholz/H.Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.76.

Das Verbot der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus § 19 Abs. 2 Satz 3 GmbHG betrifft nur Sacheinlagepflichten des Gesellschafters. Aus dem Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG folgt jedoch, dass auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes an der Bareinlage ausgeschlossen ist<sup>367</sup>. So steht das Zurückbehaltungsrecht der Aufrechnung wirtschaftlich gleich<sup>368</sup>. Der Gesellschafter kann die Zahlung der Bareinlage nicht davon abhängig machen, dass ihm die GmbH zuvor Gewinnausschüttungen leistet oder ein gewährtes Darlehen zurückzahlt.

Ein weiteres Umgehungsverbot enthält § 19 Abs. 5 GmbHG. So besteht die Gefahr, dass ein zur Bareinlage verpflichteter Gesellschafter eine Sacheinlage einbringt und die GmbH mit dem Herausgabanspruch des Gesellschafters verrechnet. Eine solche verdeckte Sacheinlage ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings schreibt § 19 Abs. 5 GmbHG vor, dass dabei die Vorschriften über die Erbringung einer Sacheinlage (§ 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) beachtet werden müssen. Erbringt der Gesellschafter die Sacheinlage unter Missachtung der Erbringungsvorschriften (Festsetzung im Gesellschaftsvertrag und Sachgründungsbericht), so besteht die Bareinlagepflicht fort<sup>369</sup>.

Die dargestellten Instrumente der Kapitalaufbringung dienen dem Gläubigerschutz. Ziel ist die Schaffung einer Mindesthaftungsmasse zum Zeitpunkt der Eintragung. So sind bei Anmeldung zur Eintragung die Einlagen zumindest teilweise zu leisten. Auch bei unvollständiger Einlagenleistung steht der Gesellschaft die Einlageforderung gegen die Gesellschafter zu, so dass ein Mindestkapital im Zeitpunkt der Eintragung gewährleistet ist.

Welchen Einfluss hat nun die anderweitige Aufbringung des Stammkapitals auf die Bareinlagepflicht? Erwirtschaftet die Gesellschaft vor oder nach Eintragung Gewinn, so dass das Eigenkapital – unabhängig von der Einlagepflicht – die Stammkapitalziffer erreicht oder überschreitet (siehe Bsp.1), sind die Gläubigerinteressen – welche auf Schaffung eines Mindesthaftungsfonds gerichtet sind – befriedigt. Bleibt der Gesellschafter gleichwohl zu Leistung der Bareinlage verpflichtet?

In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage kaum erörtert<sup>370</sup>. In seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>371</sup> lässt der BGH keinen Zweifel daran, dass die Einlageverpflichtung von der weiteren Entwicklung des Vermögens der Gesellschaft unberührt bleibt. So stützt er die Rechtsprechungsänderung zum Erstattungsanspruch gerade auf eine Parallele zur Einlagepflicht des Gesellschafters. Ein abweichender Standpunkt wird nicht vertreten.

<sup>365</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 d.; Scholz/H.Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>366</sup> K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 d.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>367</sup> RGZ 83, 266, 268.

<sup>368</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.85.

<sup>369</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.35.

<sup>370</sup> kurze Erörterung bei Butzke ZHR 154 (1990), 357, 359.

<sup>371</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

Auf die Einlageforderung kann das Hauptargument aus der Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH übertragen werden. Parallel zum Erstattungsanspruch fehlt es auch bei der Einlageforderung an einer dogmatischen Grundlage für Wegfall der Gesellschafterhaftung. Das Gesetz spricht das Problem nicht an. Insbesondere findet sich kein Anhaltspunkt, woraus sich ein Erlöschen des Einlageanspruchs bei anderweitiger Aufbringung des Stammkapitals herleiten ließe<sup>372</sup>. Eine Befreiung der Gesellschafter von der Einlageverpflichtung ist in § 19 Abs. 3 GmbHG lediglich für den Fall einer Kapitalherabsetzung vorgesehen.

Die Unabhängigkeit der Resteinlageforderung von der weiteren Vermögensentwicklung der GmbH folgt vielmehr zwingend aus deren vertraglicher Verankerung. So haben sich die Gesellschafter untereinander und gegenüber der zu gründenden GmbH die Erbringung der Einlage versprochen. Die vertragliche Verpflichtung ist auch nicht an die Bedingung geknüpft, dass die Einlage nur zur Aufbringung des Stammkapitals eingefordert werden soll. Die vertragliche Verpflichtung kann ohne Mitwirkung des Vertragspartners nicht automatisch entfallen, wenn das Stammkapital anderweitig aufgebracht wurde.

Aufgrund der Regeln zur realen Kapitalaufbringung ist es den Gesellschaftern auch schwer möglich, sich durch Rechtsgeschäft von der Einlageverpflichtung zu befreien. Ein Verzicht der Gesellschaft ist nicht möglich. Allerdings kann der Mehrbetrag als Jahresüberschuss an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Wirkt die GmbH mit, ist auch eine Verrechnung des Auszahlungsanspruchs gegen die Einlageforderung möglich. Voraussetzung ist freilich, dass der Ausschüttungsanspruch im Zeitpunkt der Verrechnung noch liquide und vollwertig ist<sup>373</sup>.

Im Ergebnis bleibt die Einlageverpflichtung trotz anderweitiger Aufbringung des Stammkapitals bestehen<sup>374</sup>. Eine abweichende Auffassung wird nicht vertreten.

## 2. Differenzhaftung

§ 9 GmbHG löst Konflikte, welche durch Überbewertung einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung entstehen. Erreicht der Wert der eingebrachten Sacheinlage nicht die Höhe der Stammeinlageverpflichtung des Gesellschafters, so hat der Gesellschafter den Differenzbetrag in bar zu leisten. Zweck der Vorschrift ist damit die Sicherung der Kapitalaufbringung bei Vereinbarung von Sacheinlagen<sup>375</sup>. Unterschreitet der Wert der Sacheinlage den Stammeinlagebetrag, so entsteht eine Geldeinlagepflicht des Gesellschafters.<sup>376</sup>

<sup>372</sup> so auch Butzke ZHR 154 (1990), 357, 359.

<sup>373</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>374</sup> Butzke ZHR 154 (1990), 357, 359.

<sup>375</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.1; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 9 Rn.1; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn.1.

<sup>376</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn.1.

Insoweit ist der Differenzanspruch Teil der ursprünglichen Einlageverpflichtung des einbringenden Gesellschafters; gegenüber dem Gesellschaftsvertrag ist die Ersatzeinlagepflicht lediglich insoweit abgewandelt, dass die Einlage in bar zu erbringen ist<sup>377</sup>.

Als gesellschaftsrechtlicher Anspruch unterscheidet er sich wesentlich von Gewährleistungsansprüchen der GmbH gegen den Gesellschafter wegen Leistungsstörungen im Zusammenhang mit der Erbringung der Sacheinlage<sup>378</sup>. Der Differenzanspruch unterliegt den für die Erbringung von Geldeinlagen geltenden Regeln der realen Kapitalerbringung. § 19 GmbHG ist auf den Differenzanspruch aus § 9 GmbHG anzuwenden<sup>379</sup>. Insbesondere die Regelungen zum Erlassverbot (§ 19 Abs. 2 Satz 1) und Aufrechnungsverbot (§ 19 Abs. 2 Satz 2) sind hier von Bedeutung. Weiter besteht eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach § 24 GmbHG<sup>380</sup>.

Auch im Rahmen der Differenzhaftung lässt sich die Frage aufwerfen, inwieweit der Zahlungsanspruch durch nachträgliche Veränderungen im Gesellschaftsvermögen berührt wird. Besteht die Differenzhaftung fort, sofern sich der Wert der Sacheinlage im Laufe der Zeit bis zum Stammeinlagebetrag oder darüber hinaus erhöht? Welchen Einfluss hat es auf den Anspruch aus § 9 Abs. 1 GmbHG, wenn der Gegenstand der Sacheinlage im Rahmen des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft zu einem Preis veräußert wird, der den Betrag der Stammeinlage erreicht oder gar überschreitet?

In der vorgenannten Konstellationen ist das Gläubigerinteresse an der Einbringung einer den Stammeinlagebetrag erreichenden, werthaltigen Sacheinlage nachträglich erfüllt. Zwar war die Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft beim Registergericht nicht vollwertig im Sinne des Stammeinlagebetrages, jedoch wurde die mangelnde Werthaltigkeit durch eine günstige spätere Wertentwicklung ausgeglichen, so dass dem Haftungsfonds der Gesellschaft durch die Sacheinlage der Stammeinlagebetrag letztlich zugeflossen ist. Aus dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung spricht daher einiges dafür, die Differenzhaftung bei späterer Werterhöhung entfallen zu lassen.

Parallel zur Bareinlageverpflichtung<sup>381</sup> und zum Erstattungsanspruch<sup>382</sup> existiert jedoch für den Wegfall der Differenzhaftung keine dogmatische Grundlage. Wie bereits ausgeführt ist die Differenzhaftung aus § 9 GmbHG genauso wie eine bereits im Gesellschaftsvertrag bestimmte Bareinlage zu behandeln. Ebenso wenig wie die Bareinlagepflicht durch anderweitige Herstellung der Stammkapitalziffer entfällt, kann eine spätere Werterhöhung bzw. ein später erzielter Erlös Einfluss auf den Bestand der Differenzhaftung haben<sup>383</sup>.

<sup>377</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff 4. Auflage (2002) § 9 Rn.7.

<sup>378</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.3

<sup>379</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.3; Hueck Fastrich 17. Auflage § 9 Rn.5; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 9 Rn.7; Rowedder/Schmidt-Leithoff 4. Auflage (2002) § 9 Rn.7; Scholz/Winter 9. Auflage (2002) Rn.3

<sup>380</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 9 Rn.5.

<sup>381</sup> Siehe Teil 3 II 1.

<sup>382</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>383</sup> so auch Butzke ZHR 154 (1990), 357, 360.

Auch die Verwertbarkeit der Forderung aus § 9 Abs. 1 GmbHG spricht gegen ein Entfallen der Gesellschafterhaftung. Insoweit besteht Übereinstimmung zur Argumentation des BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>384</sup>. Eine Veräußerung der Forderung aus § 9 Abs. 1 GmbHG würde der Gesellschaft erheblich erschwert, sofern der Erwerber stets mit dem Einwand von Seiten des Gesellschafters rechnen müsste, die Forderung sei durch nachträgliche Erbringung des Stammkapitals oder durch eine Werterhöhung der Sacheinlage erloschen.

Durch die Regeln der realen Kapitalaufbringung ist es dem betroffenen Gesellschafter auch kaum möglich, sich rechtsgeschäftlich von der Differenzhaftung zu befreien. Ein Erlass durch die Gesellschaft wie eine Aufrechnung von Seiten des Gesellschafters wird durch die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen<sup>385</sup>. Der durch den Erlös erzielte Mehrbetrag kann auf Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses als Überschuss an den Gesellschafter ausgeschüttet werden. Insoweit ist auch eine Verrechnung durch die Gesellschaft möglich, sofern der Ausschüttungsanspruch liquide und vollwertig ist<sup>386</sup>.

Die Differenzhaftung muss daher ebenso wie die Einlageforderung von einer anderweitigen Herstellung des Stammkapitals unbeeinflusst bleiben.

Für einen Sonderfall wurde früher von Hueck<sup>387</sup> ein anderer Standpunkt vertreten. So weist die Differenzhaftung zu den sonstigen Regeln der Kapitalaufbringung einen wesentlichen Unterschied auf. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung stellt bei der Frage nach der vollen Herstellung des Stammkapitals regelmäßig auf den Zeitpunkt der Entstehung der GmbH ab. So muss der Gesellschaft das Stammkapital im Zeitpunkt der Eintragung zur Verfügung stehen<sup>388</sup>. Demgegenüber knüpft die Differenzhaftung aus § 9 GmbHG an den Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung an. Unterschreitet der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung den Nominalwert der Stammeinlage, so haftet der Gesellschafter.

Das Problem wird in Beispiel 2 deutlich. Der Wert der Sacheinlage unterschreitet im Zeitpunkt der Anmeldung den Nominalwert. In der Zwischenzeit bis zur Eintragung der Gesellschaft erhöht sich der Wert der Sacheinlage soweit, dass sie selbst den Nominalwert überschreitet. Aus Gläubigersicht besteht kein rechtfertigender Grund für eine Differenzhaftung des Gesellschafters. Im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft ist der Mindesthaftungsfonds zugunsten der Gläubiger vorhanden. Der Wert der Sacheinlage erreicht den Nominalwert der Einlagepflicht. Insoweit könnte auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters verzichtet werden<sup>389</sup>.

<sup>384</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>385</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn.3.

<sup>386</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>387</sup> so Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 9 Rn.4.

<sup>388</sup> K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 I 2.

<sup>389</sup> so Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 9 Rn.4.

Nach nunmehr<sup>390</sup> einhelliger und zutreffender Auffassung kommt dem Gesellschafter eine Werterhöhung der Sacheinlage zwischen Anmeldung und Eintragung nicht mehr zu Gute<sup>391</sup>. Die Differenzhaftung bleibt trotz der Werterhöhung bestehen<sup>392</sup>. Andererseits führt eine Wertminderung der Sacheinlage nach Anmeldung nicht zur Differenzhaftung des Gesellschafters<sup>393</sup>. Allerdings kann eine wesentliche Wertminderung nach der Anmeldung zu einem Eintragungshindernis führen<sup>394</sup>. Die starre Ausrichtung am Anmeldezeitpunkt kann daher zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. So scheidet eine Differenzhaftung des Gesellschafters aus, wenn die Sacheinlage im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH ihren Wert zwar bereits verloren hat, die Einlage aber im Zeitpunkt der Anmeldung werthaltig war<sup>395</sup>. Andererseits haftet der Gesellschafter ungeachtet einer Werterhöhung der Sacheinlage bis zur Eintragung.

Gleichwohl ist es zutreffend, nur auf den Anmeldezeitraum abzustellen und spätere Werterhöhungen und -minderungen nicht zu berücksichtigen. Grund für die einseitige Betrachtung des Anmeldezeitpunktes ist die insoweit eindeutige Regelung in § 9 Abs. 1 GmbHG. Wie den Verhandlungen des Bundestages zu entnehmen ist, war das Abstellen auf den Anmeldezeitpunkt bewusst gewählt<sup>396</sup>. Die Gesellschafter haben es schließlich in der Hand, den Zeitpunkt der Anmeldung zu bestimmen. Sie können somit dafür Sorge tragen, dass die Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung den Nominalwert aufweist. Im Beispiel 2 wäre dem Gesellschafter daher zu raten gewesen, die Anmeldung zurückzunehmen und die Gesellschaft erneut anzumelden.

### 3. Vorbelastungshaftung

#### a. Entwicklung

Ein weiterer Mechanismus zur Sicherung der Kapitalaufbringung ist die Vorbelastungshaftung. Die Vorbelastungshaftung ist ein Kind der Rechtsfortbildung im Zusammenhang mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbots bei der Entstehung einer GmbH<sup>397</sup>.

<sup>390</sup> Hueck hat seinen alten Standpunkt aufgegeben in Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 9 Rn.4.

<sup>391</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 9 Rn.3; Roth/Altmeyen 4. Auflage (2003) § 9 Rn.4; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff 4. Auflage (2002) § 9 Rn.5; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage § 9 Rn.7.

<sup>392</sup> Im Rahmen der Kapitalerhöhung hat der BGH in einer neuen Entscheidung die Strenge der Kapitalaufbringungsregeln abgeschwächt (vgl. BGHZ 150, 197). Die Bareinlage muss der Gesellschaft daher nicht mehr im Zeitpunkt der Anmeldung zur freien Verfügung stehen. Vielmehr genügt eine Verfügbarkeit im Zeitpunkt des Kapitalerhebungsbeschlusses (BGHZ 150, 197, 201 in Abkehr von BGHZ 119, 177). Überträgt man diese Rechtsprechung auf die Kapitalerhöhung durch Sacheinlage, so würde ein Wertverfall der Sacheinlage bis zur Anmeldung irrelevant, solange die Sacheinlage im Zeitpunkt der Einbringung noch ausreichend werthaltig war.

<sup>393</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.7; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn. 11.

<sup>394</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.7.

<sup>395</sup> das Eintragungshindernis nach § 9 c GmbHG dürfte praktisch nur in offensichtlichen Fällen zum Tragen kommen.

<sup>396</sup> Begr. Reg. Entw. BT-Drucks. 8/1347 S.35.

<sup>397</sup> BGHZ 80, 129.



Grund für die Entwicklung der Vorbelastungshaftung waren die Haftungsprobleme, welche durch Aufnahme des Geschäftsbetriebes durch die Gesellschaft vor Eintragung – die so genannte Vor-GmbH – entstanden.

Der Gesetzgeber hat bei Schaffung der Handelndenhaftung in § 11 Abs. 2 GmbHG der Existenz einer Vorgesellschaft keiner Regelung für Wert befunden<sup>398</sup>. Die Vor-GmbH wurde nicht als tauglicher Schuldner angesehen. Um die Interessen eines Vertragspartners zu wahren, welcher schon vor Eintragung der GmbH mit dieser Geschäfte abschließt, schuf man einen Schuldner in Person des „Handelnden“ i.S.d. § 11 Abs. 2 GmbHG<sup>399</sup>. Sowohl das RG<sup>400</sup> als auch der BGH<sup>401</sup> gingen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung – also mit Eintragung – einen unangegriffenen Haftungsfonds in Höhe der Stammkapitalziffer aufweisen müsse. Die Aufnahme der Geschäftstätigkeit durch die Vor-GmbH über den Gründungszweck hinaus war unerwünscht. Der Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG kam daher ursprünglich auch eine Straffunktion zu<sup>402</sup>.

Die strenge Handelndenhaftung bezog ihre Berechtigung im wesentlichen aus dem so genannten Vorbelastungsverbot. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>403</sup> des Reichsgerichtes und des BGH sollte die GmbH mit ihrer Eintragung zwar die Einlageleistungen der Gründer sowie die Rechte und Verbindlichkeiten aus den notwendigen Geschäften übernehmen. Eine Übernahme von Verbindlichkeiten aus über den Gründungszweck hinausgehenden Geschäften sollte i.d.R.<sup>404</sup> nicht stattfinden. Die Nachteile dieser Haftungsdiskontinuität für die Altgläubiger wurde ursprünglich durch die beschriebene<sup>405</sup> – weit ausgreifende – Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG ausgeglichen. Die Existenz der Vor-GmbH und deren Haftungsprobleme wurden daher von der Praxis verdrängt<sup>406</sup>.

Die Entdeckung der Vor-GmbH durch die Rechtsprechung wurde mit einer Entscheidung des BGH vom 26.01.1967<sup>407</sup> eingeleitet. Darin gab der BGH die weite Auslegung des Handelndensbegriffs aus § 11 Abs. 2 GmbHG auf<sup>408</sup>. Ein bloßes Einverständnis der mit einer Geschäftsaufnahme vor Eintragung sollte nicht ausreichen für eine Inanspruchnahme der Gründer aus § 11 Abs. 2 GmbHG<sup>409</sup>. Die Aufgabe des weiten Handelndensbegriffs riss eine Lücke in das Haftungssystem für die vor Entstehung der GmbH eingegangenen Verbindlichkeiten.

<sup>398</sup> Fleck GmbHR 1983, 5.

<sup>399</sup> hierzu gehörten nach der ursprünglichen Auslegung durch das Reichsgericht und dem BGH neben dem direkt für die Vorgesellschaft tätigen Vertreter auch dessen Auftraggeber und die Gründer, mit deren Einverständnis gehandelt wurde: RGZ 55, 302, 305; 70, 296, 301; BGH NJW 1955 1228; vgl. auch Brodmann 2. Auflage (1930) § 11 Ziff. 3. b)

<sup>400</sup> RGZ 58, 55, 56; 83, 370, 373; 105, 228, 229.

<sup>401</sup> BGHZ 17, 385, 391; 53, 210, 212.

<sup>402</sup> Brodmann 2. Auflage (1930) § 11 Ziff. 3. a); Hachenburg 7. Auflage (1979) § 11 Rn.67.

<sup>403</sup> RGZ 58, 55, 56; 83, 370, 373; 105, 228, 229; BGHZ 17, 385, 391; 53, 210, 212.

<sup>404</sup> die Übernahme von Verbindlichkeiten aus sonstigen Geschäften sollte nur bei entsprechender Genehmigung durch die GmbH möglich sein, siehe Brodmann 2. Auflage (1930) Ziff.1.b)

<sup>405</sup> Siehe Fn. 399.

<sup>406</sup> Fleck GmbHR 1983, 5.

<sup>407</sup> BGHZ 47, 25.

<sup>408</sup> BGHZ 47, 25, 28.

<sup>409</sup> BGHZ 47, 25, 28.

Zwangsläufig stellte sich die Frage nach einer Haftung der Gründungsgesellschafter. Hierauf fand der BGH in seiner Entscheidung vom 26.01.1967 noch keine Antwort<sup>410</sup>. Es bestand daher die Notwendigkeit, die Haftung der Beteiligten bei Gründung und Entstehung der GmbH auf eine neue Grundlage zu stellen.

Dieser Aufgabe nahm sich der BGH in seiner Entscheidung vom 15.12.1975 an<sup>411</sup>. Darin bestätigte der BGH zunächst den neuen engen Handelndebegriff. Weiter begründete der BGH eine Haftung der Gründungsgesellschafter der Vor-GmbH unabhängig von § 11 Abs. 2 GmbHG<sup>412</sup>. Die vom BGH zunächst konstruierte Gründerhaftung blieb jedoch hinter der Effektivität der Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG zurück<sup>413</sup>. So sollte die Gründerhaftung auf die Höhe der Einlageverpflichtung beschränkt bleiben<sup>414</sup>. Die Haftung sollte darüber hinaus ausscheiden, sofern der Gründer die Einlage bereits an die Vor-GmbH geleistet hat<sup>415</sup>.

Durch das Nebeneinander von Organ- und Gründerhaftung entstand erhebliche Rechtsunsicherheit<sup>416</sup>, welche letztlich nach einer Veränderung des Haftungskonzeptes und einer Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Vor-GmbH und GmbH rief<sup>417</sup>. So war der weggefallenen weiten Handelndenhaftung durch die eingeschränkte Gründerhaftung nach den Regeln des BGH kein gleichwertiger Ausgleich geschaffen worden<sup>418</sup>.

Mit seiner Entscheidung vom 9.3.1981<sup>419</sup> gab der BGH das Vorbelastungsverbot auf. Mit Eintragung geht danach das Gesamtvermögen – Aktiva wie Passiva – der Vor-GmbH auf die GmbH über. Die GmbH muss daher sämtliche Geschäfte der Vor-GmbH gegen sich gelten lassen. Die neu geschaffene Haftungskontinuität birgt freilich die Gefahr, dass der Wert der eingebrachten Gegenstände den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage nicht mehr erreicht. Bei Bargründungen können Vorbelastungen dazu führen, dass die Einlageleistungen der GmbH nicht mehr uneingeschränkt zustehen, sondern vielmehr von vornherein zur Tilgung von Verbindlichkeiten aufgewendet werden müssen. Durch den Wegfall des Vorbelastungsverbots ist damit nicht mehr ohne weiteres gewährleistet, dass die GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung mit dem Mindestkapital ausgestattet ist. Im Interesse der Alt- und Neugläubiger musste im Gegenzug zur Aufgabe des Vorbelastungsverbots ein Ausgleich geschaffen werden<sup>420</sup>. Im Vorfeld der Entscheidung vom 09.03.1981 war in der Literatur der Ruf nach einer Differenzhaftung der Gründungsgesellschafter laut geworden<sup>421</sup>.

---

<sup>410</sup> K.Schmidt bezeichnet die Entscheidung daher als krasses Fehlurteil in: ZHR 156 (1992), 93, 111.

<sup>411</sup> BGHZ 65, 378.

<sup>412</sup> BGHZ 65, 378, 384.

<sup>413</sup> K.Schmidt ZHR 156 (1992), 93, 112.

<sup>414</sup> BGHZ 65, 378, 384.

<sup>415</sup> BGHZ 65, 378, 384.

<sup>416</sup> so BGHZ 80, 129.

<sup>417</sup> so das Schriftum vor dem Rechtsprechungswechsel: Ulmer FS für Ballerstedt (1975), 279 ff.; Scholz/Winter 6. Auflage (1978) § 11 Rn.36 ff.; Scholz S. 120 ff.; Hachenburg/Ulmer 7. Auflage (1979) § 11 Rn.91; Huber FS für Robert Fischer (1979), 263, 277; Flume DB 1980, 1781, 1782.

<sup>418</sup> K.Schmidt ZHR 156 (1992), 93, 112.

<sup>419</sup> BGHZ 80, 129, 135.

<sup>420</sup> so schon Ulmer FS für Ballerstedt (1975), 279 ff.

<sup>421</sup> Ulmer FS für Ballerstedt (1975), 279 ff.; Scholz, S. 120 ff.

Diesen Stimmen schloss sich der BGH an und begründete die Pflicht der Gesellschafter, eine im Zeitpunkt der Gründung bestehende Differenz zwischen Ist- und Sollkapital in Bar auszugleichen<sup>422</sup>.

Die somit geschaffene Vorbelastungshaftung<sup>423</sup> stellt sicher, dass der GmbH trotz Übernahme der Verbindlichkeiten der Vor-GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung das Stammkapital zur Verfügung steht. Bilanziell werden die das Stammkapital schmälern den Verbindlichkeiten durch Zahlungsansprüche gegen die Gesellschafter ausgeglichen<sup>424</sup>. In einer Entscheidung vom 23.11.1981 stellte der BGH klar, dass die Ausgleichspflicht der Gesellschafter nicht auf die Höhe der übernommenen Stammeinlageverpflichtungen oder das Stammkapital insgesamt beschränkt ist<sup>425</sup>. Nur durch eine solch unbeschränkte Innenhaftung der Gesellschafter können die Gläubigerinteressen am unangetasteten Mindestkapital der GmbH im Zeitpunkt der Eintragung gewahrt werden.

Die Höhe der Gesellschafterhaftung bestimmt sich im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH in das Handelsregister<sup>426</sup>. Der im Zeitpunkt der Eintragung bestehende Fehlbetrag zwischen Nettovermögen der Gesellschaft und Stammkapital ist durch die Gesellschafter auszugleichen. Gründungskosten (Notar-, Register- und Grundbuchkosten) sind nicht auszugleichen, sondern sind dem Nettovermögen hinzuzurechnen<sup>427</sup>. Die Gründungsgesellschafter haften anteilig auf Ausgleich des Fehlbetrages nach Höhe ihrer Kapitalbeteiligung<sup>428</sup>. Die Gesellschafter trifft weiter die Ausfallhaftung aus § 24 GmbHG<sup>429</sup>.

#### b. Problem der Solidität der Vorbelastungshaftung

Auch im Rahmen der Vorbelastungshaftung lässt sich die zentrale Frage der vorliegenden Untersuchung aufwerfen. Ist es denkbar, dass die Vorbelastungshaftung entfällt, ohne dass die Gesellschafter Zahlungen an die GmbH leisten. Zu untersuchen ist insbesondere der in Beispiel 3<sup>430</sup> dargestellte Fall. Im Zeitpunkt der Eintragung unterschreitet das Nettovermögen der Gesellschaft die Stammkapitalziffer. Nach den Regeln der Vorbelastungshaftung sind die Gesellschafter anteilig zum Ausgleich des Fehlbetrages in Bar verpflichtet. Nach der Eintragung erwirtschaftet die Gesellschaft Erträge, so dass das Eigenkapital die Stammkapitalziffer überschreitet. Besteht die Vorbelastungshaftung gleichwohl fort?

<sup>422</sup> BGHZ 80, 129, 141.

<sup>423</sup> vielfach wird die Haftung auch als Differenzhaftung bezeichnet (etwa Priester ZIP 1982, 1141). Um eine Verwechslung mit der Haftung aus § 9 GmbHG zu vermeiden ist der Begriff der Vorbelastungshaftung vorzugswürdig. Der Begriff der Unterbilanzhaftung (Goette DSr 1997, 924) lässt den Haftungsgrund nicht eindeutig hervortreten.

<sup>424</sup> Schulze-Osterloh FS für Goerdeler (1987), 531, 535.

<sup>425</sup> BGH WM 1982, 40.

<sup>426</sup> BGHZ 80, 129, 141; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.58;

Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.81; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20.

<sup>427</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.88.

<sup>428</sup> BGHZ 80, 129, 141; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn. 20; Hachenburg/Ulmer 8.

Auflage (1992) § 11 Rn.90; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59.

<sup>429</sup> BGHZ 80, 129, 141; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn. 90.

<sup>430</sup> Siehe Teil 3 I.

Auch hier stellt sich das Problem, inwieweit eine anderweitige Herstellung des Stammkapitals die Haftung der Gesellschafter entfallen lässt.

Im Rahmen der Vorbelastungshaftung wurde die Rechtsprechung mit dem Problem noch nicht konfrontiert. In der Literatur wird die Frage vielfach erkannt und erörtert. Die überwiegende Auffassung im Schrifttum neigt dazu, die Haftung der Gesellschafter nach anderweitiger Herstellung des Stammkapitals entfallen zu lassen<sup>431</sup>. Die gesellschafterfreundliche Auffassung argumentiert primär mit Wegfall berechtigter Gläubigerinteressen an der Vorbelastungshaftung im Falle der anderweitigen Auffüllung des Stammkapitals<sup>432</sup>. Haftungsgrund sei eine Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung. Entfällt die Unterbilanz, entfielen damit auch die Vorbelastungshaftung<sup>433</sup>. Der Vertrauensschutz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger beschränke sich darauf, dass der Gesellschaft das Stammkapital als Mindesthaftungsfonds zur Verfügung steht. Die Vorbelastungshaftung müsse daher für den Fall als auflösend bedingt angesehen werden, als das Vermögen im Nominalwert vorhanden ist<sup>434</sup>. Die Vorbelastungshaftung besteht daher nur fort, sofern es der Gesellschaft nicht gelingt, das Stammkapital durch Erträge anderweitig aufzufüllen<sup>435</sup>. Nach Priester spricht noch ein weiterer Umstand für das nachträgliche Entfallen der Vorbelastungshaftung. Erträge der Gesellschaft unterliegen während der Unterbilanz der Auszahlungssperre des § 30 GmbHG, seien also von vornherein zum Ausgleich der Unterbilanz bestimmt<sup>436</sup>. Da eine Auszahlung an die Gesellschafter ausscheidet, sollten die Erträge anspruchsmindernd berücksichtigt werden<sup>437</sup>. Karsten Schmidt<sup>438</sup> zieht die Parallele zur Elektroplan-Entscheidung<sup>439</sup> des BGH. Entfällt der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG im Falle der anderweitigen Auffüllung des Stammkapitals, so müsse auch die Vorbelastungshaftung entfallen. Inwieweit diese Argumentation im Hinblick auf die jüngste Wende in der Rechtsprechung<sup>440</sup> zum Erstattungsanspruch zum gegenteiligen Ergebnis führt soll noch erörtert werden.

Die Gegenstimmen, welche die Vorbelastungshaftung von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft abkoppeln wollen, sind demgegenüber deutlich in der Minderzahl<sup>441</sup>. Gegen die überwiegende Auffassung werden dogmatische Bedenken erhoben.

<sup>431</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.87; Scholz S.132, 164; Theobald S.69; Fleck GmbHR 1983, 5, 13; Schulze-Osterloh FS für Goerdeler 1987, 531, 546 f.; Priester ZIP 1982, 1141, 1143.

<sup>432</sup> Schulze-Osterloh FS für Goerdeler (1987), 531, 546; Scholz S.132.

<sup>433</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a.

<sup>434</sup> Scholz S. 132.

<sup>435</sup> Scholz S. 132.

<sup>436</sup> Priester ZIP 1982, 1141, 1143.

<sup>437</sup> Priester ZIP 1982, 1141, 1143.

<sup>438</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a.

<sup>439</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>440</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>441</sup> Meister FS für Winfried Werner (1984), 521, 543; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363 f.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; sagt sich in der Fußnote 93 von seiner alten Auffassung (Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.87) los; wohl auch Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.327; zweifelnd John BB 1982, 505, 511.

So sprächen die Grundsätze der realen Kapitalaufbringung aus § 19 GmbHG gegen die Anrechnung späterer Erträge auf die Zahlungspflicht<sup>442</sup>. Durch spätere Gewinne werde der Haftungsanspruch weder erfüllt, noch bestünde ein Aufrechnungsrecht der Gesellschafter<sup>443</sup>.

Fest steht, dass der Fortfall der Vorbelastungshaftung im Fall der anderweitigen Beseitigung der Unterbilanz nicht gegen berechnigte Gläubigerinteressen verstößt. So dient die Vorbelastungshaftung der Sicherstellung eines gefüllten Haftungspools in Höhe der Stammkapitalziffer. Nach der Rechtsprechung hat der Haftungsfonds im Zeitpunkt der Eintragung zur Verfügung zu stehen<sup>444</sup>. Aus Gläubigersicht ist das Bestehen einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung irrelevant, sofern das Stammkapital zu einem späteren Zeitpunkt aufgefüllt wird. Ob der Gesellschaft der Fehlbetrag durch die Gesellschafter oder von dritter Seite durch Erträge ausgeglichen wird ist dem Gläubiger letztlich gleich. Im Ergebnis ist auch im Rahmen der Vorbelastungshaftung ein Fortfall des Gläubigerinteresses an der Gesellschafterhaftung festzustellen. Wie bereits zur Bareinlagepflicht sowie zur Differenzhaftung ausgeführt, führt ein Fortfall des Gläubigerinteresses nicht automatisch zum Wegfall der Einlagepflicht bzw. der Gesellschafterhaftung<sup>445</sup>.

Ob die Vorbelastungshaftung durch Beseitigung der Unterbilanz entfällt, bedarf näherer Untersuchung. Die bisherigen Argumente der herrschenden Auffassung vermögen nicht ohne weiteres zu überzeugen.

Zunächst ist zu klären, ob die Vorbelastungshaftung wie die Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG zu behandeln ist. Die Parallelen zur Differenzhaftung hat der BGH bereits in seiner Grundsatzentscheidung erwähnt<sup>446</sup>. Sollte die Vorbelastungshaftung der Differenzhaftung entsprechen, wäre ein Fortfall der Zahlungspflicht des Gesellschafters nur schwer zu begründen. Ein Fortfall der Haftung schiede weiter aus, sofern die Vorbelastungshaftung der Bareinlagepflicht gleichzustellen wäre. In beiden Varianten gelten die strengen Grundsätze der realen Kapitalaufbringung, welche einen Fortfall der Haftung ausschließen<sup>447</sup>.

Nicht zu übersehen ist weiter die Parallele zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>448</sup>. Insoweit könnte die Balsam/Procedo-Rechtsprechung<sup>449</sup> des BGH Antworten für die Vorbelastungshaftung bereithalten. Es ist also zu prüfen, inwieweit die neue Rechtsprechung des BGH richtungsweisend für die Vorbelastungshaftung sein kann<sup>450</sup>.

<sup>442</sup> Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363.

<sup>443</sup> Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363.

<sup>444</sup> BGHZ 80, 129, 141.

<sup>445</sup> Siehe zur Bareinlagepflicht Teil 3 II 1.; zur Differenzhaftung Teil 3 II 2.

<sup>446</sup> BGHZ 80, 129, 141.

<sup>447</sup> Siehe zur Bareinlagepflicht Teil 3 II 1.; zur Differenzhaftung Teil 3 II 2.

<sup>448</sup> Hierauf hinweisend schon Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn. 131a, allerdings durch Bezugnahme auf die seinerzeit noch aktuelle Zweckfortfallrechtsprechung des BGH auf den Fortfall der Vorbelastungshaftung schließend.

<sup>449</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>450</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn. 59 hält trotz geänderter Rechtsprechung zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG an seiner Auffassung fest, wonach die Vorbelastungshaftung nachträglich entfalle.

c. Parallele zur Differenzhaftung

Wie dargestellt ist der Fortbestand der Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG unabhängig von der weiteren Vermögensentwicklung der GmbH<sup>451</sup>. Sollte die Vorbelastungshaftung lediglich eine Weiterentwicklung der Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG sein, so wäre die bislang herrschende Auffassung<sup>452</sup> bereits hierdurch widerlegt.

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 09. März 1981 bei der Begründung der Vorbelastungshaftung ausdrücklich auf die Parallele zu § 9 Abs. 1 GmbHG hingewiesen<sup>453</sup>. Auch in seiner weiteren Rechtsprechung zu dem Themenkreis findet § 9 Abs. 1 GmbHG erneut Erwähnung<sup>454</sup>. Allerdings vermeidet es der BGH, von einer Analogie zur Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG zu sprechen<sup>455</sup>. Neben dem Hinweis auf die Differenzhaftung führt der BGH noch weitere dogmatische Ansätze zur Begründung der Vorbelastungshaftung heran. So bezieht sich der BGH auf den Unversehrtheitsgrundsatz, wonach der Rechtsverkehr in seinem Vertrauen auf eine Kapitaldeckung im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH geschützt werden müsse<sup>456</sup>. Hieraus folge die Notwendigkeit einer Haftung der Gesellschafter im Falle einer Unterbilanz. Insoweit ist wohl nicht davon auszugehen, dass der BGH die Vorbelastungshaftung auf eine Analogie zu § 9 Abs. 1 GmbHG stützt.

Im Schrifttum wird eine Analogie zur Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG überwiegend abgelehnt<sup>457</sup>. Die ablehnende Haltung zur Anlehnung an § 9 Abs. 1 GmbHG wird mit den bestehenden Unterschieden zwischen beiden Haftungsinstrumenten begründet. Zum einen setzen Vorbelastungshaftung und Differenzhaftung an zwei unterschiedlichen Bewertungsstichtagen an. Die Höhe der Differenzhaftung bestimmt sich gemäß § 9 Abs. 1 GmbHG im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft. Die Vorbelastungshaftung bestimmt sich demgegenüber an der Höhe der Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung<sup>458</sup>. Weiter trifft die Differenzhaftung wegen überbewerteter Sacheinlage ausschließlich den Gesellschafter, der die Sacheinlage einbrachte. Hingegen haften im Rahmen der Vorbelastungshaftung sämtliche Gründungsgesellschafter jeweils anteilig. Darüber hinaus trifft die Gesellschafter eine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG<sup>459</sup>.

<sup>451</sup> Siehe zur Differenzhaftung Teil 3 II 2.

<sup>452</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.87; Scholz S.132, 164; Theobald S.69; Fleck GmbHR 1983, 5, 13; Schulze-Osterloh FS für Goerdeler (1987), 531, 546 f.; Priester ZIP 1982, 1141, 1143.

<sup>453</sup> BGHZ 80, 129, 141; siehe auch Goette DStR 1997, 924.

<sup>454</sup> BGH WM 1982, 40.

<sup>455</sup> So aber Derwisch/Ottenberg S.90; Theobald S. 57; klarstellend jedoch Stimpel FS für Fleck (1988), 345, 348.

<sup>456</sup> BGHZ 80, 129.

<sup>457</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.57; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn. 124; Schulze-Osterloh FS für Goerdeler (1987), 531, 539; Fleck GmbHR 1983, 5, 10 f.; Ulmer ZGR 1981, 593, 603; K.Schmidt NJW 1981, 1345, 1346; John BB 1982, 505, 510; Priester ZIP 1982, 1141, 1145; Scholz S.127 ff.; Theobald S.57 f.; Hautkappe, S.91 f.; Schäfer-Gölz, S.131 ff.

<sup>458</sup> Siehe Teil 3 II 3 a. ; auf diesen Unterschied hinweisend: Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.57; Hachburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84; Fleck GmbHR 1983, 5, 10; Theobald S.57

<sup>459</sup> Siehe Teil 3 II 3 a; hierauf hinweisend Theobald S.57 m.w.N.

Außerdem ist die Vorbelastungshaftung nicht auf Sachgründungen beschränkt, sondern betrifft – wie in der Entscheidung des BGH vom 09.03.1981<sup>460</sup> ausdrücklich erwähnt – auch Bargründungen<sup>461</sup>.

Neben den vorgenannten Unterschieden sprechen vor allem drei weitere Gesichtspunkte gegen eine Parallele zu § 9 Abs. 1 GmbHG. So sind sich Differenzhaftung und Vorbelastungshaftung in der Haftungsanknüpfung, dem Haftungszweck und in ihrer systematischen Einordnung fremd.

Anknüpfungspunkt für die Haftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG ist die Überbewertung einer Einlageleistungen – der Sacheinlage – eines Gesellschafters<sup>462</sup>. Ob der Gesellschafter die falsche Bewertung zu vertreten hat ist ohne Bedeutung<sup>463</sup>. Die Haftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG ist daher veranlassungsneutral. Die Vorbelastungshaftung knüpft demgegenüber nicht an der Werthaltigkeit einer bestimmten Einlage an<sup>464</sup>. Vielmehr ist sie Folge einer durch die Gesellschafter veranlassten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vor Eintragung. Die Haftung greift ein, weil sich das Risiko einer geschäftlichen Tätigkeit in einer Verminderung des Nettovermögens der Gesellschaft realisiert hat<sup>465</sup>.

Zweck der Haftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG ist die Sicherung der wertadäquaten Erbringung von Sacheinlagen<sup>466</sup>. Die Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG korrigiert damit Mängel der versprochenen Einlage<sup>467</sup>. Die Vorbelastungshaftung sichert demgegenüber den Verlustausgleich bei Geschäftsaufnahme durch die Vor-GmbH<sup>468</sup>. Sie ist damit Gegenstück zur Aufgabe des Vorbelastungsverbotes zum Schutz der Gläubigerinteressen<sup>469</sup>. Diesen erweiterten Haftungszweck in die Regelung des § 9 Abs. 1 GmbHG hineinzudeuten, hieße den auf Sacheinlagen beschränkten Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu überdehnen.

Weiter besteht zwischen beiden Haftungsmechanismen ein wichtiger systematischer Unterschied. Die Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG ist systematisch als Einlageverpflichtung zu qualifizieren<sup>470</sup>. Erreicht der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung nicht den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Stammeinlagebetrag des Gesellschafters, so begründet § 9 Abs. 1 GmbHG ein Wiederaufleben der primären Bareinlageverpflichtung<sup>471</sup>. Die Differenzhaftung ist somit Einlage in Geld<sup>472</sup>.

---

<sup>460</sup> BGHZ 80, 129, 141.

<sup>461</sup> Theobald S.58.

<sup>462</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 9 Rn.1; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 9 Rn.1; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 9 Rn.1.

<sup>463</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff 4. Auflage (2002) § 9 Rn.3.

<sup>464</sup> Schäfer-Gölz, S.132; Stimpel FS für Fleck (1988), 345, 349; K.Schmidt NJW 1981, 1345, 1346; Theobald S.57; Fleck GmbHHR 1983, 5, 10.

<sup>465</sup> K.Schmidt NJW 1981, 1345, 1346; Theobald S.57; Fleck GmbHHR 1983, 5, 10.

<sup>466</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.1; Schäfer-Gölz, S.132.

<sup>467</sup> Priester ZIP 1982, 1141, 1145.

<sup>468</sup> Stimpel FS für Fleck (1988), 345, 349.

<sup>469</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124; Fleck GmbHHR 1983, 5, 10; Theobald S.57.

<sup>470</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 9 Rn.5.

<sup>471</sup> Lutter Kapital, S.269.

<sup>472</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff 4. Auflage (2002) § 9 Rn.7.

Im Unterschied hierzu ist die Vorbelastungshaftung nicht Bestandteil der Kapitaldeckungspflicht jedes Einlegers<sup>473</sup>. Die Haftung resultiert nicht aus einer in der Satzung übernommenen Einlageverpflichtung der Gesellschafter, sondern stellt eine eigenständige Haftung kraft Rechtsfortbildung dar<sup>474</sup>. Die Ausgleichspflicht der Gesellschafter folgt nicht aus einer unvollständigen Einlageleistung, sondern aus einer Risikoübernahmepflicht für die aus der Geschäftstätigkeit entstandenen Verluste<sup>475</sup>.

Im Ergebnis steht fest, dass die Vorbelastungshaftung nicht aus der Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG hergeleitet werden kann. Im wesentlichen ist der Haftungszweck des § 9 Abs. 1 GmbHG zu beschränkt, um die weitergehende Vorbelastungshaftung begründen zu können. Hieraus folgt zunächst, dass die im Rahmen der Differenzhaftung erzielten Ergebnisse<sup>476</sup> nicht unbesehen auf die Vorbelastungshaftung übertragbar sind. Die Frage, inwieweit Erträge der GmbH nach Eintragung die Vorbelastungshaftung reduzieren, kann somit nicht durch eine Parallele zu § 9 Abs. 1 GmbHG verneint werden.

#### d. Übertragbarkeit der Balsam/Procedo-Rechtsprechung

Wie bereits behandelt<sup>477</sup>, begründet der BGH in seinen Entscheidungen zum Balsam/Procedo-Komplex<sup>478</sup> die Solidität des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Danach bleibt der Erstattungsanspruch von einer anderweitigen Wiederherstellung der Stammkapitalziffer unberührt. Zu untersuchen ist, ob sich die Grundsätze der neuen Rechtsprechung zum Erstattungsanspruch auch auf die Vorbelastungshaftung übertragen lassen. Im Kern handelt es sich um eine parallele Streitfrage. Zu prüfen ist, ob die Argumente der Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf die Vorbelastungshaftung übertragbar sind. Insbesondere ist zu untersuchen, welche Parallelen zwischen Vorbelastungshaftung und dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG bestehen.

Die Ausgangslage der Diskussion ist sowohl bei dem Erstattungsanspruch als auch bei der Vorbelastungshaftung identisch. Beide Instrumente der Gesellschafterhaftung dienen primär der Wahrung von Gläubigerinteressen. Der Schutzzweck beider Instrumente gilt der Schaffung bzw. Erhaltung eines Mindesthaftungsfonds in Höhe des Stammkapitals. Durch eine anderweitige Herstellung dieses Haftungsfonds entfällt das berechtigte Interesse der Gläubiger sowohl am Erstattungsanspruch als auch an der Vorbelastungshaftung<sup>479</sup>. Vor diesem Hintergrund ist ein Fortfall der Gesellschafterhaftung vorstellbar<sup>480</sup>. Auf dieser Überlegung beruhte auch die überholte Zweckfortfallrechtsprechung des BGH<sup>481</sup>.

<sup>473</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124; a.A. Meister FS für W.Werner (1984), 521, 538.

<sup>474</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84.

<sup>475</sup> Theobald S.57.

<sup>476</sup> Siehe Teil 3 II 2.

<sup>477</sup> Siehe Teil 1 II 3.

<sup>478</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>479</sup> Siehe zum Erstattungsanspruch Teil 2 I 1 c.; zur Vorbelastungshaftung Teil 3 II. 3. b.

<sup>480</sup> Zur Schlüssigkeit der Elektroplan-Entscheidung Teil 2 I 1.

<sup>481</sup> BGH ZIP 1987, 1113.



Im Rahmen des Erstattungsanspruchs führt die aktuelle Argumentation des BGH zum Ergebnis, dass ein Entfallen des Erstattungsanspruchs dogmatisch unhaltbar ist und auch nicht zu praktikablen Ergebnissen führt<sup>482</sup>. Zu untersuchen ist daher zunächst, inwieweit Erstattungsanspruch und Vorbelastungshaftung vergleichbar sind und weiter, ob die Gegenargumente des BGH auch im Rahmen der Vorbelastungshaftung überzeugen.

aa. Vergleichende Betrachtung

Die grundlegende Gemeinsamkeit von Erstattungsanspruch und Vorbelastungshaftung besteht in ihrem einheitlichen Zweck. Sowohl Erstattungsanspruch als auch die Vorbelastungshaftung dienen dem Kapitalschutz. Soll durch § 31 Abs. 1 GmbHG das Stammkapital nach unberechtigten Entnahmen der Gesellschafter wiederaufgefüllt werden<sup>483</sup>, so gewährleistet die Vorbelastungshaftung die Stammkapitalausstattung der GmbH im Zeitpunkt ihres Entstehens<sup>484</sup>. Beide Instrumente dienen daher der Schaffung und Erhaltung eines Mindesthaftungsfonds der Gesellschaft zum Zwecke des Gläubigerschutzes.

Gemeinsam ist beiden Kapitalschutzinstrumenten weiter, dass die Haftung der Gesellschafter nicht auf die Höhe ihrer Einlagen beschränkt ist<sup>485</sup>. Im Rahmen des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG folgt diese fehlende Beschränkung aus der Natur der Sache, dass die verbotene Entnahme in voller Höhe zurückzuerstatten ist. Die Vorbelastungshaftung wurde von der Rechtsprechung ebenso weit gefasst, um die vollständige Aufbringung des Stammkapitals im Zeitpunkt der Eintragung gewährleisten zu können<sup>486</sup>.

Allerdings bestehen erhebliche Unterschiede in den dogmatischen Grundlagen beider Haftungselemente. Der Erstattungsanspruch basiert auf einem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG. Er folgt somit als Reflex auf ein verbotswidriges Handeln eines Gesellschafters. Hingegen trifft den aus einer Vorbelastung haftenden Gesellschafter der Vorwurf eines verbotswidrigen Handelns nicht. Nach Aufgabe des Vorbelastungsverbotes ist den Gründungsgesellschaftern unbenommen, bereits vor Eintragung der Gesellschaft mit dieser am Geschäftsleben teilzunehmen<sup>487</sup>. Grundlage für die Vorbelastungshaftung ist der Unversehrtheitsgrundsatz<sup>488</sup>. Durch die Haftung der Gesellschafter soll sicher gestellt sein, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung über ein ungeschmäleretes Stammkapital verfügen kann. Aus diesem Vergleich heraus bildet der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich die strengere Haftung, da der betroffene Gesellschafter der GmbH bewusst Kapital entzogen hat.

---

<sup>482</sup> Siehe Teil I I 2.

<sup>483</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.1; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 III 2 a.

<sup>484</sup> BGHZ 80, 129, 137; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) 11 Rn.81;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.56; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn. 20.

<sup>485</sup> für die Vorbelastungshaftung: BGH WM 1982, 40; für den Erstattungsanspruch ergibt sich die fehlende Beschränkung aus dem Gesetz.

<sup>486</sup> BGH WM 1982, 40.

<sup>487</sup> Aufgabe des Vorbelastungsverbotes in BGHZ 80, 129.

<sup>488</sup> BGHZ 80, 129, 137; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) 11 Rn.81;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.56; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20.

Weiter wurde das Kapital nicht lediglich - wie im Rahmen der Vorbelastung - durch Geschäftsbetrieb verbraucht. Vielmehr hat der aus § 31 GmbH erstattungspflichtige Gesellschafter die Entnahme begriffsnotwendig dem eigenen Vermögen zugewendet.

Unterschiede zeigen sich auch zur Haftung der Mitgesellschafter. So besteht eine Ausfallhaftung für die Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 GmbHG nur insoweit, als Zahlungen zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind<sup>489</sup>. Der auf die Vorbelastungshaftung anwendbare § 24 GmbHG<sup>490</sup> kennt eine solche Einschränkung nicht.

Trotz bestehender Unterschiede fallen die überwiegenden Parallelen von Erstattungsanspruch und Vorbelastungshaftung in den Blick. Insbesondere der gleichgerichtete Haftungszweck deutet daraufhin, die Haftung aus der Vorbelastung dem Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG im Falle einer nachträglichen Beseitigung der Unterbilanz gleich zu behandeln<sup>491</sup>. Allerdings kann man die Vorbelastungshaftung als weniger streng bezeichnen, weil der Gesellschafter weder gegen ein Verbot verstoßen, noch sich Gesellschaftsmittel zugeeignet hat<sup>492</sup>. Hieraus könnte man folgern, dass eine spätere Enthftung im Falle einer Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft eher möglich ist als im Rahmen der Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Um letztlich Gewissheit zu erlangen, sind im folgenden die einzelnen Argumente der Balsam/Procedo-Entscheidungen auf ihre Anwendbarkeit auf die Vorbelastungshaftung zu untersuchen.

bb. Argument 1: Dogmatische Bedenken

Erstes Argument gegen ein automatisches Entfallen des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG war das Fehlen einer tragfähigen dogmatischen Grundlage<sup>493</sup>. So fehle einem Entfallen der Haftung des Gesellschafter bei anderweitiger Beseitigung der Unterbilanz jeder Anhaltspunkt im Regelungssystem der Kapitalerhaltung<sup>494</sup>. Der BGH greift damit in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen auf die bereits in der Literatur<sup>495</sup> vorgebrachte Kritik zurück.

Der Übertragung dieser Argumentation auf die Vorbelastungshaftung lässt sich freilich entgegenhalten, dass die Vorbelastungshaftung selbst auf weniger festen Füßen steht als der Erstattungsanspruch. Schließlich ist der Erstattungsanspruch in § 31 Abs. 1 GmbHG gesetzlich verankert, wohingegen der Vorbelastungshaftung eine gesetzliche Grundlage fehlt.

<sup>489</sup> Für den primär haftenden Gesellschafter gilt diese Privilegierung nach § 31 Abs. 2 GmbHG nur insoweit als er bei Auszahlung gutgläubig war.

<sup>490</sup> Siehe Teil 3 II 3 c ; hierauf hinweisend Theobald S.57 m.w.N.

<sup>491</sup> so Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a: allerdings noch von der Gültigkeit der Zweckfortfallsrechtsrechnung ausgehend und damit die Parallele in umgekehrtem Sinne ziehend.

<sup>492</sup> Wie gezeigt gründet sich der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG auf den Verstoß gegen § 30 GmbHG und auf eine Entnahme zugunsten des Gesellschafters.

<sup>493</sup> Siehe Teil 1 II 3 a aa.

<sup>494</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>495</sup> Westermann ZIP 1987, 1115; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG, 363, 385; Hommelhoff FS f. Kellermann, 165, 166; Scholz/Westermann 8. Auflage (1995) § 31 Rn7; Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30 ff; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 31 Rn.11; Roth/Altmeyen 3. Auflage (1997) § 31 Rn.8; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.

Das Argument der Balsam/Procedo-Entscheidungen, die gesetzlichen Regelungen zum Erstattungsanspruch lassen keinen Schluss auf die Möglichkeit eines automatischen Entfallens der Haftung zu<sup>496</sup>, lässt sich daher nicht auf die Vorbelastungshaftung übertragen.

Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage der Vorbelastungshaftung führt jedoch nicht dazu, dass an die Voraussetzungen eines Erlöschens der Haftung geringere Anforderungen zu stellen sind. So gründet sich die Vorbelastungshaftung auf wohlbegründete dogmatische Erwägungen, auf welche sich die richterliche Rechtsfortbildung<sup>497</sup> stützt. Daher kann die Haftung auf Ausgleich der bei Eintragung der GmbH bestehenden Differenz sehr wohl als gesetzliche Haftung der Gründungsgesellschafter verstanden werden<sup>498</sup>.

Das Entfallen der Vorbelastungshaftung muss daher ebenso schlüssig begründbar sein wie deren Entstehung. Auch im Rahmen der Vorbelastungshaftung fehlt es aber an einer dogmatischen Grundlage, die Haftung der Gesellschafter entfallen zu lassen, sobald die Unterbilanz auf anderen Wegen beseitigt wurde<sup>499</sup>. Der Anspruch der GmbH gegen Ihre Gesellschafter kann nur durch Erfüllung von Seiten der Gesellschafter nach § 362 BGB erlöschen. Eine anderweitige Beseitigung der Unterbilanz erfüllt den Tatbestand des § 362 BGB nicht<sup>500</sup>. Andere Lösungsansätze über Unmöglichkeitensrecht<sup>501</sup> oder eine Heilungslösung<sup>502</sup> sind ebenso wenig tragfähig wie im Rahmen des Erstattungsanspruchs<sup>503</sup>.

cc. Argument 2: Parallele zur Einlagepflicht

Der BGH stützt seine Entscheidung zum Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG unter anderem darauf, dass der Erstattungsanspruch mit der Einlageverpflichtung der Gesellschafter funktional vergleichbar sei<sup>504</sup>. Da die Einlageverpflichtung von der Vermögensentwicklung der GmbH unabhängig sei, müsse gleiches auch für den Erstattungsanspruch gelten. In der Wissenschaft wird gar die Auffassung vertreten, dass der Erstattungsanspruch eine wiederauflebende Einlagepflicht darstelle<sup>505</sup>. Der Argumentation kann im Rahmen des Erstattungsanspruchs nicht gefolgt werden<sup>506</sup>.

Zur Vergleichbarkeit der Vorbelastungshaftung mit der Einlageverpflichtung hat sich der BGH bislang nicht geäußert. In der Wissenschaft hat sich noch keine einheitliche Position herausgebildet<sup>507</sup>.

<sup>496</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>497</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84.

<sup>498</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84.

<sup>499</sup> so auch Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363 f.

<sup>500</sup> Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363.

<sup>501</sup> Castor S.356 ff.

<sup>502</sup> Müller ZIP 1996, 941, 944 ff.

<sup>503</sup> Siehe Teil 2 I 2 a.

<sup>504</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>505</sup> Lutter Kapital, S.381; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3.

<sup>506</sup> Siehe Teil 2 I 2 b.

<sup>507</sup> für eine Gleichsetzung mit der Einlagepflicht Meister FS für W.Werner (1984), 521, 538;

Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.22; dagegen Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124; Theobald S.57.

Für eine Qualifizierung als Einlagepflicht spricht der Zweck der Vorbelastungshaftung. So ist die Fehlbetragshaftung auf die Sicherung des Stammkapitals der Gesellschaft gerichtet. Auch soll eine Ausfallhaftung der Gesellschafter nach § 24 GmbHG eingreifen<sup>508</sup>, was ebenfalls einlagetypisch ist. In der Literatur wird überwiegend die Übertragung der strengen Kapitalaufbringungsmechanismen befürwortet<sup>509</sup>. So soll sowohl das Verzichts- als auch das Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 GmbHG auf die Vorbelastungshaftung Anwendung finden<sup>510</sup>.

Hieraus allein kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die Vorbelastungshaftung sei der Einlageverpflichtung gleichzusetzen. So bestehen erhebliche Unterschiede zur Einlageverpflichtung sowohl im Haftungsgrund als auch im Haftungsumfang.

Wesentliches Merkmal der Einlageverpflichtung der Gesellschafter ist deren Verankerung im Gesellschaftsvertrag<sup>511</sup>. Neben die gesetzlichen Kapitalsicherungsvorschriften tritt primär der rechtsgeschäftliche Charakter der Übernahme der Stammeinlagepflicht gegenüber den anderen Gesellschaftern. Bereits hieraus verbietet es sich, die Einlagepflicht bei anderweitiger Aufbringung des Stammkapitals entfallen zu lassen<sup>512</sup>. Hiervon unterscheidet sich der Haftungsgrund der Vorbelastungshaftung wesentlich. Hier haben die Gesellschafter ihre Einlage zumindest teilweise bereits der Vor-GmbH zur Verfügung gestellt. Insoweit haben sich die Gesellschafter ihrer ursprünglichen Einlageverpflichtung bereits entledigt. Sollte die Einlage noch nicht erbracht sein, tritt die Einlageverpflichtung neben die Vorbelastungshaftung des Gesellschafters. Insoweit ist die Einlageverpflichtung – soweit vollwertig – dem Vermögen der Gesellschaft bei Ermittlung der Höhe des auszugleichenden Fehlbetrages zuzurechnen. In seiner Entscheidung vom 24.10.1988 unterscheidet der BGH deutlich zwischen der Einlageverpflichtung der Gesellschafter und einer Pflicht eine zum Zeitpunkt der Eintragung bestehende Unterbilanz auszugleichen<sup>513</sup>.

Der Haftungsgrund der Vorbelastungshaftung ist daher nicht die Satzung der Gesellschaft. Vielmehr beruht die Zahlungspflicht der Gesellschafter auf einer gesetzlichen Haftung kraft höchstrichterlicher Rechtsfortbildung<sup>514</sup>.

---

<sup>508</sup> BGHZ 80, 129, 141; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.90.

<sup>509</sup> Meister FS für W. Werner (1984), 521, 538; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.22.

<sup>510</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.22; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) Rn.86; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.128; Meister FS für W. Werner (1984), 521, 538; Roth ZGR 1984, 597, 616.

<sup>511</sup> Servatius GmbHR 2000, 1028, 1030: spricht von einem vertraglichem Garantieverprechen.

<sup>512</sup> Siehe Teil 2 I 2 b.

<sup>513</sup> BGHZ 105, 300, 302: darin stellt BGH fest, dass ein Gesellschafter der seine Einlage bereits vor Fälligkeit freiwillig leistete auch dann von seiner Einlagepflicht befreit ist, sofern die Einlage bis zur Eintragung verbraucht wurde. Insoweit treffe den Gesellschafter nicht die Einlagepflicht, sondern alle Gesellschafter anteilig die Vorbelastungshaftung.

<sup>514</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.84; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.124.

Weiter spricht der Haftungsumfang gegen eine Gleichsetzung mit der Einlagepflicht des Gesellschafters. Anders als die Einlagepflicht ist die Vorbelastungshaftung der Höhe nach nicht auf einen Höchstbetrag beschränkt. Vielmehr haben die Gesellschafter die Unterbilanz ohne Begrenzung auf ihre ursprüngliche Einlageverpflichtung auszugleichen<sup>515</sup>.

Somit steht fest, dass die Vorbelastungshaftung keine wiedererstandene Einlageverpflichtung sein kann. Der Einlageanspruch erlischt durch Erfüllung und lebt auch nicht wieder auf. Scheidet somit eine Gleichsetzung von Einlageverpflichtung und Vorbelastungshaftung aus, kann gleichwohl eine funktionale Vergleichbarkeit beider Instrumente nicht geleugnet werden. Einlagepflicht und Vorbelastungshaftung dienen letztlich der Herstellung eines Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger. Aus der funktionalen Vergleichbarkeit heraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass der gesetzliche Ausgleichsanspruch ebenso beständig ist wie der vertragliche Einlageanspruch. So beruht die Beständigkeit der Einlageverpflichtung bereits auf der vertraglichen Verpflichtung gegenüber den anderen Gesellschaftern. Diese gegenseitige Verpflichtung fehlt dem Ausgleichsanspruch ebenso wie dem Erstattungsanspruch. Allein aus der funktionalen Vergleichbarkeit lässt sich die Unabhängigkeit der Vorbelastungshaftung von der weiteren Vermögensentwicklung daher nicht begründen.

dd. Argument 3: Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 GmbHG

Die Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH<sup>516</sup> zum Erstattungsanspruch beruhen unter anderem aus dem systematischen Argument des besonderen Schutzes für den gutgläubigen Gesellschafter auf § 31 Abs. 2 GmbHG. Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH ist § 31 Abs. 2 GmbHG die einzige Möglichkeit, den Gesellschafter vom Erstattungsanspruch wegen fehlenden Gläubigerinteresses zu befreien. Diese Haftungsbefreiung sei an die Gutgläubigkeit des Gesellschafters gebunden. Ein Wegfall des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG aus anderen Gründen sei daher ausgeschlossen<sup>517</sup>.

§ 31 Abs. 2 GmbHG schützt den bei Auszahlung gutgläubigen Gesellschafter. Die Gutgläubigkeit muss im Hinblick auf die bereits existierende oder durch die Auszahlung entstehende Unterbilanz bestehen. Durch § 31 Abs. 2 GmbHG soll daher der Gesellschafter privilegiert werden, der unbewusst gegen das Auszahlungsverbot verstößt.

Die Regelung kann auf die Vorbelastungshaftung nicht entsprechend angewendet werden. Die Vorbelastungshaftung resultiert nicht wie § 31 GmbHG aus verbotenem Handeln. Das in gewisser Weise mit § 30 Abs. 1 GmbHG vergleichbare Vorbelastungsverbot ist seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 09.03.1981<sup>518</sup> aufgegeben. So fehlt der Vorbelastungshaftung ein vergleichbares Tatbestandsmerkmal, an welches sich eine Gutgläubigkeit der Gesellschafter knüpfen ließe.

<sup>515</sup> BGH WM 1982, 40; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn. 59.

<sup>516</sup> BGHZ 144, 336, 341 f.; ZIP 2000, 1256, 1257 f.

<sup>517</sup> Siehe hierzu Teil I II 3 a cc.

<sup>518</sup> BGHZ 80, 129.

Da die privilegierende Regelung daher ausschließlich auf den Erstattungsanspruch Anwendung findet, lässt sich der Umkehrschluss aus der Balsam/Procedo-Rechtsprechung nicht für die Vorbelastungshaftung fruchtbar machen.

ee. Argument 4: Solidität der Gesellschafterhaftung

Das vierte Argument des BGH gegen ein Entfallen des Erstattungsanspruchs stellt eher eine Zweckmäßigkeitserwägung dar. Durch die Möglichkeit des nachträglichen Entfallens des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG wird der Gesellschaft die Verwertung des Erstattungsanspruchs durch Factoring erschwert. So besteht für den Zessionar die Gefahr, dass der erworbene Anspruch nicht mehr besteht oder im Laufe der Durchsetzung erlischt. Nach der Zweckerreichungsrechtsprechung des BGH<sup>519</sup> musste der Zessionar stets mit dem Einwand des in Anspruch genommenen Gesellschafters rechnen, die Unterbilanz sei zwischenzeitlich anderweitig aufgefüllt worden, da sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zwischenzeitlich verbessert hätten<sup>520</sup>. Die darüber hinausgehende Befürchtung des BGH<sup>521</sup>, der Erstattungsanspruch entfalle im Moment der Kaufpreiszahlung durch den Zessionar, ist unbegründet<sup>522</sup>.

Die Soliditätserwägungen des BGH in den Balsam/Procedo-Entscheidungen lassen sich auf die Vorbelastungshaftung übertragen. So ist die neu gegründete Gesellschaft, deren Kapital in der Gründungsphase verbraucht wurde, auf eine schnelle Realisierung der Gesellschafterhaftung angewiesen. Das Factoring stellt für die junge GmbH ein effektives Mittel dar, kurzfristig Liquidität aufzubauen. Befürwortet man den Fortfall der Vorbelastungshaftung im Falle einer wirtschaftlichen Erholung, so besteht die Gefahr, dass der Anspruch gegen die Gründungsgesellschafter in der Hand des Zessionars erlischt. Diese Gefahr kennend wird ein Käufer die Forderung der Gesellschaft aus der Vorbelastungshaftung nur gegen eine Risikoabschlag akzeptieren oder den Ankauf von vornherein ablehnen.

Auch wenn die junge Gesellschaft den Anspruch selbst gegen den Gesellschafter geltend machen will wirkt sich die bloße Möglichkeit eines Fortfalls der Vorbelastungshaftung negativ aus. So wird sich ein zahlungsunwilliger Gesellschafter damit verteidigen, die Gesellschaft habe sich zwischenzeitlich wirtschaftlich erholt und die Unterbilanz aus eigener Kraft beseitigt. Im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung müsste dieser Einwand durch eine unter Umständen langwierige Beweisaufnahme ausgeräumt werden. Eine schnelle Realisierung der Vorbelastungshaftung wäre hierdurch vereitelt. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass der die Vorbelastungshaftung bestätigende Titel für die junge Gesellschaft zu spät ergeht und nur noch der Insolvenzmasse zufällt.

Diese Soliditätserwägungen sprechen in der Tat gegen ein automatisches Entfallen der Vorbelastungshaftung. So erfordert ein effektiver Kapitalschutz auch die Möglichkeit für die Gesellschaft, die Forderung durch Factoring zu liquidieren.

---

<sup>519</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>520</sup> so schon Brandner FS für Fleck (1988), 23, 30.

<sup>521</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>522</sup> Siehe Teil 2 I 2 d.

Befürwortet man den Fortfall der Gesellschafterhaftung im Falle einer wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft, nimmt man der betroffenen GmbH die Möglichkeit, die Vorbelastungshaftung gegen einen zahlungsunwilligen Gesellschafter kurzfristig zu realisieren.

Im Ergebnis lassen sich zwei Argumentationslinien der Balsam/Procedo-Entscheidungen auf die Vorbelastungshaftung übertragen. Zum einen lässt sich der Fortfall der Vorbelastungshaftung dogmatisch ebenso wenig begründen wie im Rahmen der Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Weiter spricht die Möglichkeit der Verwertung der Vorbelastungshaftungsansprüche gegen einen Fortfall der Gesellschafterhaftung im Falle anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals. Die vom BGH konstruierte funktionale Vergleichbarkeit der Einlageverpflichtung trägt als Argument gegen den Fortfall der Haftung dem gegenüber weder beim Erstattungsanspruch noch im Rahmen der Vorbelastungshaftung. Die Argumentation des BGH über den Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 GmbHG lässt sich auf die Vorbelastungshaftung nicht übertragen.

#### e. Ergebnis zur Vorbelastungshaftung

Im Ergebnis ist die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter unabhängig von der weiteren Vermögensentwicklung der GmbH. Erträge nach Eintragung, welche die Unterbilanz beseitigen, führen nicht zu einem Fortfall der Gesellschafterhaftung<sup>523</sup>. Der Gegenauffassung<sup>524</sup> kann nicht gefolgt werden. Das Ergebnis folgt nicht aus einem Vergleich mit der Differenzhaftung nach § 9 Abs. 1 GmbHG, da beide Haftungsinstrumente unterschiedliche Wurzeln haben. Der Vergleich mit dem Erstattungsanspruch jedoch zeigt, dass hier in Haftungszweck und Ausgestaltung der Haftung wesentliche Parallelen bestehen. Die Abkehr des BGH von seiner Zweckfortfallrechtsprechung zwingt im Rahmen der Vorbelastungshaftung zu einem Umdenken. So sind die wesentlichen Argumentationslinien der Balsam/Procedo-Entscheidungen auf die Vorbelastungshaftung übertragbar.

<sup>523</sup> so auch Meister FS für Winfried Werner (1984), 521, 543; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 363 f.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387; sagt sich in der Fußnote 93 von seiner alten Auffassung (Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.87) los; wohl auch Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.327; zweifelnd John BB 1982, 505, .511.

<sup>524</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.131a; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.59; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.20; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.87; Scholz S.132, 164; Theobald S.69; Fleck GmbHR 1983, 5, 13; Schulze-Osterloh FS für Goerdeler (1987), 545, 546 f.; Priester ZIP 1982, 1141, 1143.

#### 4. Verlustdeckungshaftung

##### a. Einführung

Die Vorbelastungshaftung trifft die Gesellschafter bei Entstehung der GmbH mit der Eintragung in das Handelsregister. Die Einschränkung der Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG macht jedoch ein umfassendes Haftungsmodell erforderlich. Auch vor der Eintragung der GmbH muss im Interesse der Gläubiger eine Gesellschafterhaftung existieren. Schließlich ist es denkbar, dass die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt zur Eintragung gelangt und die Vorbelastungshaftung nie eingreift. Im mehreren Schritten schuf der BGH eine Haftung der Gründungsgesellschafter vor der Eintragung der Gesellschaft – die so genannte Verlustdeckungshaftung<sup>525</sup>.

Die Wurzeln der sich von der Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG lösenden Gründerhaftung liegen in der Entscheidung des BGH vom 15.12.1975<sup>526</sup>. Nachdem sich der BGH in seiner Entscheidung vom 26.01.1967 vom weiten Handelndebegriff verabschiedet hatte, wurde in der Entscheidung vom 15.12.1975<sup>527</sup> als Ersatz eine Haftung der Gründungsgesellschafter für Verluste aus der unternehmerischen Tätigkeit der Vor-GmbH begründet, soweit die Gesellschafter der Aufnahme der Geschäftstätigkeit zugestimmt hatten. Die Gründerhaftung wurde durch den BGH zunächst als beschränkte, persönliche Außenhaftung ausgestaltet<sup>528</sup>. Somit war die Haftung des Gesellschafters auf die Höhe der Einlage eines jeden Gesellschafters beschränkt<sup>529</sup>.

Mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbot in BGHZ 80, 129<sup>530</sup> und der Begründung der Vorbelastungshaftung ließ sich die eingeschränkte Gründerhaftung vor Eintragung nur noch schwer verteidigen. Schließlich haften die Gesellschafter der eingetragenen GmbH für die Verluste der Vor-GmbH unbeschränkt, soweit die Stammkapitalziffer angegriffen ist<sup>531</sup>. Insoweit führte die Eintragung der GmbH für die Gründungsgesellschafter zu einer Ausweitung der Haftung. Der Unterschied der Gründerhaftung vor und nach Eintragung ließ sich nicht begründen und wurde durch die Wissenschaft angegriffen<sup>532</sup>. Die Literatur forderte eine Anpassung der Gründerhaftung vor der Eintragung an die unbeschränkte Vorbelastungshaftung mit Eintragung der Gesellschaft<sup>533</sup>.

<sup>525</sup> so bezeichnet in BGHZ 134, 333, 334 f; Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.326; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.9; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.23 f.

<sup>526</sup> BGHZ 65, 378.

<sup>527</sup> BGHZ 65, 378, 382.

<sup>528</sup> BGHZ 65, 378, 384.

<sup>529</sup> Vgl. Darstellung bei Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.22.

<sup>530</sup> Siehe hierzu Teil 3 II 3 a.

<sup>531</sup> BGH WM 1982, 40.

<sup>532</sup> Flume NJW 1981, 1753, 1755; Meister FS für Werner (1984), 521, 548; Stimpel FS für Fleck (1988), 345, 359; Lieb FS für Stimpel (1985), 399, 414; K.Schmidt ZHR 156 (1992) 93, 108, 116 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 11 Rn.64.

<sup>533</sup> siehe Fn. 421: insbesondere bestand aus dem Haftungsvorteil für die Gesellschafter der Vor-GmbH heraus die Gefahr, dass die Gesellschafter die Eintragung nicht weiterbetreiben und die Gesellschaft liquidieren.



Im Jahre 1996 bot sich für den BGH die Gelegenheit, eine einheitliche Gründerhaftung vor und nach Eintragung der Gesellschaft zu schaffen. In seinem Vorlagebeschluss<sup>534</sup> sprach sich der BGH gegenüber dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes für eine Aufgabe der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter der Vor-GmbH und Verabschiedung der Konzeption der Außenhaftung aus<sup>535</sup>. Die Vorlage erledigte sich, da sich BAG und BSG der neuen Haftungskonzeption anschlossen<sup>536</sup>. In seiner Entscheidung vom 27.01.1997 begründete der BGH die Verlustdeckungshaftung als Modell der unbeschränkten Innenhaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH<sup>537</sup>.

Welchen Einfluss hat nun eine anderweitige Vermögenssteigerung der Vor-GmbH auf die Verlustdeckungshaftung der Gründungsgesellschafter? Insbesondere ist denkbar, dass sich die Gesellschaftsverbindlichkeiten reduzieren. Bleibt die Gründerhaftung der Gesellschafter gleichwohl in voller Höhe bestehen? Überträgt man die Grundsätze der Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf die Verlustdeckungshaftung, so bliebe die Haftung von einer anderweitigen Tilgung oder Deckung der Verbindlichkeiten der Vor-GmbH unberührt.

#### b. Meinungsstand

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass die Verlustdeckungshaftung sich im Falle der Reduzierung von Gesellschaftsverbindlichkeiten ebenfalls vermindert. So sei die Verlustdeckungshaftung stets auf Ausgleich der in der Vor-GmbH konkret entstandenen Überschuldung gerichtet<sup>538</sup>. Die Haftungshöhe sei nicht fixiert sondern variere in der Höhe je nach Höhe der konkret bestehenden Überschuldung<sup>539</sup>. Jeder neu eingetretene Verlust führe zu einer neuen Verlustausgleichspflicht der Gesellschafter bzw. erhöhe sich die bestehende Haftung<sup>540</sup>. Andererseits könnten Verluste fortlaufend durch Gewinne kompensiert werden, was zu einer Haftungsreduzierung zugunsten der Gründungsgesellschafter führe<sup>541</sup>. Im Ergebnis schrumpfe die Verlustdeckungshaftung mit Gewinnen und wachse mit Verlusten<sup>542</sup>.

Folgt man der Literatur, so entsteht auf den ersten Blick ein Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Weiter zeigt sich ein deutlicher Unterschied zur Vorbelastungshaftung. Nach der hier vertretenen Auffassung fixiert sich die Höhe der Gründerhaftung nach Eintragung auf die zu diesem Zeitpunkt bestehende Unterbilanz. Spätere Erträge sollten für die Vorbelastungshaftung unbeachtlich bleiben<sup>543</sup>.

<sup>534</sup> BGH NJW 1996, 1210, 1212.

<sup>535</sup> die Vorlage vor den GmS OGB war erforderlich, da BAG und BSG ebenfalls das Modell der beschränkten Außenhaftung vertraten.

<sup>536</sup> NJW 1996, 3165.

<sup>537</sup> BGH ZIP 1997, 679, 681.

<sup>538</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.24; Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.327.

<sup>539</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.24; Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.327; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.80.

<sup>540</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.80.

<sup>541</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.24.

<sup>542</sup> Kübler GesR 5. Auflage (1998) S.327.

<sup>543</sup> Siehe unter Teil 3 II 3.

Ist die Auffassung der Wissenschaft zur variablen Verlustausgleichshaftung aus Sicht der Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH noch haltbar? Muss nicht die Verlustdeckungshaftung ebenso unabhängig von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft sein wie die Vorbelastungshaftung?

c. Stellungnahme

Der scheinbare Widerspruch zwischen flexibler Verlustdeckungshaftung und fixierter Vorbelastungshaftung ist näher zu untersuchen. Schließlich wird in Rechtsprechung und Literatur der Gleichlauf beider Haftungsinstrumente betont<sup>544</sup>. Für den BGH war der notwendige Gleichlauf zwischen Verlustdeckungshaftung und Vorbelastungshaftung Hauptargument für das Modell einer unbeschränkten Innenhaftung der Gesellschafter der Vor-GmbH<sup>545</sup>. Im Ergebnis geht der BGH von einer einheitlichen Gründerhaftung aus, die sich aus Verlustdeckungs- und Vorbelastungshaftung zusammensetzt<sup>546</sup>. Im Rahmen beider Instrumente haften die Gesellschafter unbeschränkt gegenüber der Gesellschaft, und zwar anteilig nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile<sup>547</sup>. Fällt ein Gesellschafter aus, so treten die anderen Gesellschafter nach § 24 GmbHG in seine Haftung ein<sup>548</sup>.

Decken sich Verlustdeckungshaftung und Vorbelastungshaftung sowohl in den Haftungsvoraussetzungen<sup>549</sup> als auch in der Ausgestaltung der Haftung, ja wird die Verlustdeckungshaftung als gleichwertiges Äquivalent<sup>550</sup> zur Vorbelastungshaftung bezeichnet, ist in der Tat fraglich, aus welchem Grunde die Verlustdeckungshaftung - anders als die Vorbelastungshaftung - der Höhe nach von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft abhängig sein sollte. Wie zu zeigen sein wird lässt sich die variable Verlustdeckungshaftung gut begründen.

aa. Keine Geltung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung

Der Unterschied zwischen beiden Instrumenten der Gründerhaftung besteht in der Eintragung der zu gründenden Gesellschaft. Vor der Eintragung haften die Gründungsgesellschafter der Gesellschaft gegenüber für die eingetretenen Verluste aus der Aufnahme des Geschäftsbetriebes. Nach der Eintragung haften die Gesellschafter auf Ausgleich der im Zeitpunkt der Eintragung bestehenden Unterbilanz. Die trennende Eintragung der Gesellschaft begründet die Unterscheidung zwischen variabler Verlustdeckungshaftung und fixierter Vorbelastungshaftung.

<sup>544</sup> BGH ZIP 1997, 679, 680; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.23;

Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 11 Rn.79; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.9.

<sup>545</sup> BGH ZIP 1997, 679, 680.

<sup>546</sup> BGH ZIP 1997, 679, 682; so schon K.Schmidt ZHR 156 (1992), 108.

<sup>547</sup> BGH ZIP 1997, 679, 681; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.24; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 11 Rn.9; Meister FS für Werner 1984, S.550; Stimpel FS für Fleck (1988), 345, 361.

<sup>548</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 11 Rn.24.

<sup>549</sup> so ausdrücklich BGH ZIP 1997, 679, 681: meint damit das notwendige Einverständnis der Gesellschafter mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vor Eintragung.

<sup>550</sup> BGH ZIP 1997, 679, 681.

Erst im Zeitpunkt der Eintragung greifen die Grundsätze der realen Kapitalaufbringung. Nur mit Entstehung der GmbH gewinnt die Einlageverpflichtung der Gesellschafter die Funktion der Schaffung eines Mindesthaftungsfonds als Interessenausgleich für die unbeschränkte Haftung der entstandenen Gesellschaft. Das Eingreifen der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln ist der Preis für die beschränkte Haftung der Gesellschafter. Auf die Verlustdeckungshaftung der Gründungsgesellschafter finden die Regeln der Kapitalaufbringung keine Anwendung.

bb. Keine dogmatischen Bedenken gegen den Fortfall der Verlustdeckungshaftung

Ein Hauptargument des BGH für die Rechtsprechungsänderung<sup>551</sup> zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist die fehlende dogmatische Grundlage für die alte Zweckerreichungslehre<sup>552</sup>. Dieses Argument der Balsam/Procedo-Entscheidungen greift im Rahmen der Verlustdeckungshaftung gerade nicht. Der Wegfall der Haftung im Falle eines Verlustausgleiches durch Erträge der Vor-GmbH stößt auf keine dogmatischen Bedenken.

Die Verlustdeckungshaftung ist stets auf Ausgleich der realen Verluste begrenzt. Sie ist damit ihrem Wesen nach akzessorisch zur Höhe der Überschuldung der Vor-GmbH. Insoweit besteht eine Parallele zur Haftung der Gesellschafter einer OHG für die Gesellschaftsverbindlichkeiten aus § 128 HGB. Sind die Verbindlichkeiten der Gesellschaft erloschen, so entfällt die Gründungshaftung automatisch auf Grund der Akzessorietät. So kennt die Verlustdeckungshaftung keinen Stichtag, der die Höhe der Gesellschafterhaftung bestimmt. Vielmehr ist die Haftung ihrer Natur nach variabel.

d. Ergebnis zur Verlustdeckungshaftung

Die Verlustdeckungshaftung ist in ihrem Bestand und ihrer Höhe nach variabel. Eine Verbesserung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft führt zu einer Reduzierung der Gründerhaftung bis hin zum vollständigen Fortfall<sup>553</sup> der Zahlungspflicht des Gesellschafters. Insoweit unterscheidet sich die Verlustdeckungshaftung von der Vorbelastungshaftung, welche von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft unberührt bleibt. Obwohl beide Haftungsinstitute Teil einer einheitlichen Gründerhaftung sind, erfährt die Gesellschafterhaftung der Vor-GmbH mit Entstehung der GmbH eine Zäsur, was zu einer Fixierung der bis dahin variablen Gründerhaftung im Zeitpunkt der Eintragung führt<sup>554</sup>.

Die fehlende Solidität der Verlustdeckungshaftung steht nicht im Widerspruch zu den Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH. So ist die Gründerhaftung vor Eintragung der Gesellschaft kein Bestandteil des Kapitalschutzsystems der GmbH. Mangels Entstehung der Gesellschaft findet der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung auf die Gründerhaftung keine Anwendung. Erst mit Entstehung der GmbH kann die Rechtsprechung des BGH zur Solidität des Erstattungsanspruchs auf die Gründerhaftung übertragen werden.

<sup>551</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>552</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>553</sup> Die Verlustdeckungshaftung entfällt sowie die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt ist.

<sup>554</sup> so auch Kübler GesR 5. Auflage (1998), S.327.

So ist denn die Vorbelastungshaftung der Höhe nach fixiert und bleibt von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft unbeeinflusst.

## 5. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen

Die zuvor untersuchten Haftungsinstrumente dienen der Sicherung der Kapitalaufbringung. Die Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH betrifft demgegenüber die Regeln zur Kapitalerhaltung aus §§ 30, 31 GmbHG. Teil der Kapitalerhaltungssysteme sind die Regeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen. Es ist zu untersuchen, inwieweit sich die aktuelle Rechtsprechung zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG auf die Regeln zum Eigenkapitalersatz auswirkt.

Im Rahmen der folgenden Untersuchung sind im wesentlichen drei Problemkreise zu erörtern. Zum einen soll untersucht werden, ob die Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf den Erstattungsanspruch wegen verbotener Rückgewähr eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen aus § 31 GmbHG analog Anwendung findet. Weiter ist die bisherige Praxis zur Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen nach Beendigung der Krise einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Zuletzt soll noch ein Sonderproblem der Novellierung zum Eigenkapitalersatz erörtert werden.

### a. Einführung

Die Regeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen entspringen der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung<sup>555</sup>. Erst spät versuchte der Gesetzgeber die Rechtsprechung in Gesetzesform zu gießen, was ihm nur in Teilen gelang<sup>556</sup>. Grundgedanke der Eigenkapitalersatzregeln ist, dass der Gesellschafter seine ohne äußere Unterstützung nicht mehr lebensfähige GmbH mit Darlehen oder vergleichbaren Leistungen unterstützt, statt der Gesellschaft Eigenkapital zuzuführen. Zum Schutze der Gläubiger wird die Gesellschafterleistung wie Eigenkapital behandelt. Somit unterliegt die Gesellschafterleistung der Kapitalbindung der §§ 30, 31 GmbHG. Zahlt die GmbH also ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zurück, liegt ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vor. Der Gesellschafter ist zur Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet<sup>557</sup>.

<sup>555</sup> grundlegende Entscheidungen: BGHZ 31, 258 ; 76, 326; 90, 370.

<sup>556</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.1; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.11; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.155; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.4; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 340 ff.; K.Schmidt ZGR 1980, 567, 581.

<sup>557</sup> zum Kerngedanken der Eigenkapitalersatzregeln: BGHZ 31, 258, 272 f.; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 315.

Am Anfang der Entwicklung der Kapitalersatzregeln steht die Entscheidung des BGH vom 14.12.1959<sup>558</sup>. Wie auch noch in späteren Entscheidungen gründet der BGH<sup>559</sup> die Umqualifizierung in Eigenkapital zunächst auf ein widersprüchliches – und damit nach § 242 BGB treuwidriges – Verhalten der Gesellschafter, der seiner Gesellschaft in der Krise statt Eigenkapital ein Darlehen zur Verfügung stellt<sup>560</sup>. Der erste dogmatische Ansatz über § 242 BGB wird in späteren Entscheidungen von einer anderen Argumentation verdrängt<sup>561</sup>. So stellt der BGH in späteren Entscheidungen primär auf das Verbot ab, auf dem „Rücken“ der Gläubiger zu spekulieren<sup>562</sup>. Die dogmatische Grundlage verlagert sich von § 242 BGB auf den Zweck der Kapitalerhaltungsvorschriften und damit auf §§ 30, 31 GmbHG<sup>563</sup>.

So wird die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters während der Krise eingeschränkt. In der Krise steht der Gesellschafter vor der Wahl, die Gesellschaft zu liquidieren bzw. ein Insolvenzverfahren einzuleiten oder aber der Gesellschaft wirtschaftliche Mittel zum weiteren Überleben zuzuführen<sup>564</sup>. Stattet der Gesellschafter die GmbH mit weiterem Eigenkapital aus, trägt er naturgemäß das Risiko des Sanierungsversuchs. Im Gegenzug genießt er als Inhaber der Gesellschaft auch die Früchte im Falle einer gelungenen Sanierung. Führt der Gesellschafter der GmbH lediglich Fremdkapital zu, tragen die Gläubiger das Sanierungsrisiko<sup>565</sup>. Scheitert die Sanierung reiht sich der Gesellschafter – quasi als „Wolf im Schafspelz“ – in die Reihe der quotenberechtigten Insolvenzgläubiger ein. Hierdurch wird zum einen die Insolvenzquote für die Altgläubiger verringert<sup>566</sup>. Zum anderen finden sich in den Reihen der Insolvenzgläubiger auch geschädigte Geschäftspartner, welche im Falle der rechtzeitigen Insolvenz keine Geschäfte mit der angeschlagenen GmbH eingegangen wären<sup>567</sup>. Zum Schutze der Alt- und Neugläubiger ist daher eine Umqualifizierung des Fremdkapitals in Eigenkapital angezeigt. Noch ein dritter Aspekt spricht für die Umqualifizierung. So verfügt der Gesellschafter gegenüber den übrigen Gläubigern der Gesellschaft über Insiderwissen. Dieser Informationsvorsprung erlaubt es ihm, sein nachgeschossenes Kapital vor dem Zusammenbruch der GmbH zu Lasten der anderen Gläubiger abzuziehen<sup>568</sup>.

---

<sup>558</sup> BGHZ 31, 258.

<sup>559</sup> BGHZ 31, 258, 271,

<sup>560</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 32a Rn.17; kritisch: Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 9; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 316 f.

<sup>561</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 32a Rn.17; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 317.

<sup>562</sup> BGH WM 1972, 74, 75 f.; BGHZ 75, 334, 337; BGHZ 76, 326, 329.

<sup>563</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 32a Rn.17.

<sup>564</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.3; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.1.

<sup>565</sup> BGHZ 76, 326, 329; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.3.

<sup>566</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.3; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 318.

<sup>567</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.3; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 318.

<sup>568</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.3; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 318.

Die Umqualifizierung von Gesellschafterleistungen in Eigenkapital knüpft die Rechtsprechung allgemein daran, dass sich die GmbH in der Krise befinden muss<sup>569</sup>. Die Eigenkapitalersatzregeln greifen ein, sobald die Gesellschaft entweder zahlungsunfähig<sup>570</sup> oder überschuldet<sup>571</sup> ist. Hier steht der Gesellschafter ganz konkret vor der Entscheidung einer Zuführung von Eigenkapital zur Rettung der Gesellschaft oder der Anmeldung des Insolvenzverfahrens. Entscheidet er sich für die Zuführung von Fremdkapital aus eigenen Mitteln, sind diese Leistungen wie Eigenkapital zu behandeln.

Jedoch können Gesellschafterleistungen schon vor der Insolvenzreife eigenkapitalersetzend wirken.

Die Gläubigergefährdung tritt auch ein, wenn der Gesellschafter die GmbH schon vor Eintritt der Insolvenzreife künstlich am Leben erhält<sup>572</sup>. Hier besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft durch weitere Geschäftstätigkeit ihre Masse schmälert und somit Alt- wie Neugläubiger gefährdet. Daher nimmt der BGH seit seiner Entscheidung vom 24.03.1980<sup>573</sup> eine Umqualifizierung auch dann an, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Gesellschafterleistung kreditunwürdig ist. Ist es der GmbH aus eigener Kraft nicht mehr möglich am freien Markt Kredit zu üblichen Bedingungen zu erhalten, so wird ein durch den Gesellschafter gewährtes Darlehen wie Eigenkapital behandelt<sup>574</sup>. Durch die neuere Rechtsprechung wird der für die Umqualifizierung entscheidende kritische Zeitpunkt zu Gunsten der Gläubiger vorverlagert. Hierdurch wird die Kreditwürdigkeit zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal des Eigenkapitalersatzrechtes, da Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Kreditwürdigkeit regelmäßig noch nicht eingetreten sind<sup>575</sup>.

Für die Umqualifizierung in Eigenkapital ist nicht allein auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem der Gesellschafter der GmbH das Darlehen bzw. die wirtschaftlich vergleichbare Leistung zur Verfügung stellt. Es kann auch eigenkapitalersetzend wirken, wenn der Gesellschafter Leistungen in der GmbH belässt obwohl zwischenzeitlich die Krise eingetreten ist<sup>576</sup>. Seit der Entscheidung des BGH vom 26.11.1979<sup>577</sup> genügt auch das sogenannte Stehenlassen einer Gesellschafterleistung in der Krise, obwohl die Leistung gewährt wurde, als die Gesellschaft wirtschaftlich gesund war<sup>578</sup>. Auch im Fall des Stehenlassens einer Gesellschafterleistung besteht die Gefahr der Gefährdung von Alt- und Neugläubigern.

<sup>569</sup> BGHZ 75, 334, 336; 76, 326, 328.

<sup>570</sup> BGHZ 67, 171, 175; 105, 168, 181.

<sup>571</sup> BGHZ 75, 334, 336; 76, 326, 328.

<sup>572</sup> grundlegend BGHZ 76, 326; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.46; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.20 ff.; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.38 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.162; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 324 f.

<sup>573</sup> BGHZ 76, 326, 328.

<sup>574</sup> BGHZ 76, 326, 330 f.; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 324 f.

<sup>575</sup> so auch Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 324.

<sup>576</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.37; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.45; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.47; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.162; Röhricht Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 326 ff.

<sup>577</sup> BGHZ 75, 334, 336 ff.

<sup>578</sup> st. Rspr. BGHZ 81, 311, 317 f.; 81, 365, 367; 109, 55, 60 f.; 127, 336, 340 ff.

So macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter einer notleidenden GmbH durch Gewährung eines Darlehens erstmals unter die Arme greift, oder ob er sie dadurch am Leben hält, dass er früher gewährte Kredite, welche für die GmbH in der Krise unentbehrlich sind, in der Gesellschaft belässt<sup>579</sup>. Voraussetzung für die Qualifizierung der Gesellschafterleistung als eigenkapitalersetzend ist freilich, dass der Gesellschafter im Zeitpunkt des Eintritts der Krise eine Wahl über Stehenlassen und Abzug seiner Leistung treffen konnte<sup>580</sup>. Ohne Möglichkeit des Abzugs der Leistung ist keine Finanzierungsentscheidung zu Lasten der Gläubiger denkbar. Bei gewährten Darlehen existiert für den Gesellschafter jedoch stets die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der GmbH<sup>581</sup>. Auch andere Gesellschafterleistungen kann der Gesellschafter im Zeitpunkt des Kriseneintritts regelmäßig abziehen<sup>582</sup>. Verzichtet der Gesellschafter auf den Abzug der Gesellschafterleistung, wirkt diese sodann eigenkapitalersetzend.

Rechtsfolge der Umqualifizierung einer Gesellschafterleistung in Eigenkapital ist nach der Rechtsprechung des BGH die Bindung der Leistung im Kapitalerhaltungssystem der §§ 30, 31 GmbHG. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen werden daher wie gebundenes Stammkapital behandelt<sup>583</sup>. Aus der analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften folgt ein Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG sowie eine Erstattungspflicht für bereits aus der GmbH entnommene Leistungen<sup>584</sup>.

Durch die GmbH-Novelle 1980 sollten die Regeln zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. In das GmbHG wurden die §§ 32a,b GmbHG eingefügt. In der InsO (§ 135) und im AnfG (§ 6) finden sich Anfechtungstatbestände für entnommene kapitalersetzende Gesellschafterleistungen<sup>585</sup>. Die Novellenregeln beruhen auf dem Konzept eines reaktiven Gläubigerschutzes<sup>586</sup>. Solange kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, unterliegen die kapitalersetzenden Leistungen keiner Bindung und dürfen an den Gesellschafter zurückgeführt werden<sup>587</sup>. Außerhalb des Insolvenzverfahrens kann lediglich der Gläubiger, der die Einzelzwangsvollstreckung in des Gesellschaftsvermögen fruchtlos betreibt, die Rückzahlung nach § 6 AnfG anfechten. Im Insolvenzverfahren sind die Gesellschafter mit ihren Forderungen aus kapitalersetzenden Leistungen nach § 32a Abs. 1 GmbHG ausgeschlossen. Wurde die Leistung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgeführt, ist der Gesellschafter nach Anfechtung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 135 InsO zur Erstattung verpflichtet.

<sup>579</sup> BGHZ 75, 334, 337.

<sup>580</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.39; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a,b Rn.48 f.; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.50; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.162; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 327.

<sup>581</sup> BGH ZIP 1990, 1467, 1468; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.49; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.50.

<sup>582</sup> für Bürgschaften besteht die Möglichkeit der Befreiung nach § 775 Abs. 1 Nr.1 BGB.

<sup>583</sup> BGHZ 31, 258, 273; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (1995) §§ 32a/b Rn.92;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.73; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337.

<sup>584</sup> BGHZ 31, 258; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.103, 106;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.73; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337.

<sup>585</sup> für Altfälle gelten: § 32a KO und § 3b AnfG a.F.

<sup>586</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.13.

<sup>587</sup> hierdurch gewährleisten die Novellen-Regelungen insbesondere bei stillen Liquidationen und masseloser Insolvenzen keinen Schutz.

Da die GmbH-Novelle den Gläubigerschutz nicht in der gebotenen Weise gewährleistet, gelten die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz neben der GmbH-Novelle fort<sup>588</sup>. So erlangen die BGH-Regeln insbesondere dann Bedeutung, wenn kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, bzw. im Falle der Eröffnung die Rückforderungs- bzw. Anfechtungsfristen der § 32a GmbHG und § 135 InsO bereits abgelaufen sind. Ein weiterer Unterschied besteht im Umfang der Bindung der Gesellschafterleistung. Nach den BGH-Regeln ist die Gesellschafterleistung gemäß §§ 30, 31 GmbHG analog nur bis zur Stammkapitalziffer verstrickt<sup>589</sup>. Auszahlungen sind daher nur insoweit verboten, als diese zu einer Unterbilanz führen. Die Novellen-Regeln stellen hingegen nicht auf das Bestehen oder Entstehen einer Unterbilanz ab. Verstrickt ist die gesamte Gesellschafterleistung. Wurde sie zurückgewährt, erfolgt eine Anfechtung in voller Höhe, ohne dass es auf einen Verstoß gegen § 30 GmbHG ankommt. Im Ergebnis erfassen die BGH-Regeln den Sockelbetrag bis zur Stammkapitalziffer<sup>590</sup>. Den Spitzenbetrag über der Stammkapitalziffer erfassen dagegen allein die Novellen-Regeln<sup>591</sup>. Sieht man von der Höhe der Verstrickung ab, haben die BGH-Regeln einen weiteren Anwendungsbereich, da sie unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens greifen. Die gesetzliche Regelung bleibt daher in ihrer Bedeutung hinter den BGH-Regeln zurück<sup>592</sup>.

- b. Übertragbarkeit der Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf die BGH-Regeln zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen.

Hat der Gesellschafter seiner GmbH während der Krise<sup>593</sup> ein Darlehen gewährt, wird der Valutabetrag wie Eigenkapital behandelt. Zahlt die Gesellschaft das Darlehen zurück und entsteht hierdurch eine Unterbilanz oder wird eine solche verschärft ist der Gesellschafter zur Erstattung der Auszahlung nach § 31 Abs. 1 GmbHG analog verpflichtet, soweit hierdurch die Stammkapitalziffer unterschritten wird<sup>594</sup>. Wird nach der verbotenen Auszahlung die Unterbilanz beseitigt, fragt sich, welches Schicksal den Erstattungsanspruch auf Rückführung der kapitalersetzenden Gesellschafterleistung trifft.

<sup>588</sup> grundlegend: K.Schmidt ZGR 1980, 567, 581; Geßler ZIP 1981, 228, 232 f.; BGHZ 90, 370, 380; Zustimmung der Literatur: Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.74; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.10; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.11; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.160; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) Rn.82.

<sup>589</sup> BGHZ 76, 334, 335; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.102; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.77; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.159; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337.

<sup>590</sup> selbstverständlich sind hier – sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist - die Novellen-Regeln einschlägig. Der Insolvenzverwalter wird seinen Rückforderungsanspruch soweit möglich auf die Novellen-Regeln stützen, da ihm hier der Nachweis erspart bleibt, dass die Stammkapitalziffer angegriffen ist oder war.

<sup>591</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.10.

<sup>592</sup> Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 342.

<sup>593</sup> meint Kreditwürdigkeit der Gesellschaft.

<sup>594</sup> Siehe unter Teil 3 II 5 a.



## aa. Meinungsstand

In der Literatur wurde hierzu die Auffassung vertreten, dass der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG nach Beseitigung der Unterbilanz entfällt<sup>595</sup>. K.Schmidt<sup>596</sup> argumentiert, dass ein Entfallen des Tatbestandes der Unterbilanz auch den Erstattungsanspruch entfallen ließe und bezieht sich hierbei ausdrücklich auf die Parallele zum direkten Anwendungsbereich des § 31 GmbHG und die Elektroplan-Entscheidung des BGH<sup>597</sup>. Weiter geht v.Gerkan<sup>598</sup>. Er argumentiert mit dem nachträglichen Wegfall der Eigenkapitalersatzfunktion der Gesellschafterleistung. Danach entfällt der Erstattungsanspruch trotz fortbestehender Unterbilanz, wenn die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft nachträglich wiederhergestellt ist.

## bb. Stellungnahme

Der Wandel der Rechtsprechung zum direkten Anwendungsbereich des § 31 GmbHG kann im Rahmen der Regeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen nicht unberücksichtigt bleiben. Die Argumentation, dass mit Wegfall des Tatbestandes der Unterbilanz automatisch der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG entfalle, wurde vom BGH in seinen Entscheidungen vom 29.05.2000<sup>599</sup> überzeugend widerlegt<sup>600</sup>.

Die beiden Hauptargumente der Balsam/Procedo-Entscheidungen sind auf die entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen übertragbar. So lässt sich ein Entfallen des Erstattungsanspruchs bei nachträglicher Wiederherstellung des Stammkapitals auch im Rahmen der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen dogmatisch nicht begründen. Der Wegfall der Eigenkapitalersatzfunktion führt – anders als v. Gerkan<sup>601</sup> meint – nicht zu einem Erlöschen des Erstattungsanspruchs. Für den Bestand des Erstattungsanspruchs ist allein entscheidend, ob die Gesellschafterleistung im Zeitpunkt ihrer Rückführung an den Gesellschafter noch eigenkapitalersetzend war. Sodann greifen die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG ein.

Auch mit § 31 Abs. 2 GmbHG ließe sich ein Wegfall des Erstattungsanspruchs nicht vereinbaren. So soll die Privilegierung nur dem gutgläubigen Gesellschafter zu gute kommen.

Die Argumentation der Balsam/Procedo-Entscheidungen ist daher auch auf die analoge Anwendung des § 31 Abs. 1 GmbHG im Rahmen des Eigenkapitalersatzes übertragbar<sup>602</sup>. So ist der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG lediglich Folge der Umqualifizierung der Gesellschafterleistungen in Eigenkapital. Aus der Umqualifizierung folgt die Übertragung der Regelungen aus §§ 30, 31 GmbHG.

<sup>595</sup> v. Gerkan GmbHR 1990, 384, 388; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.54; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 339.

<sup>596</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.54.

<sup>597</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>598</sup> v. Gerkan GmbHR 1990, 384, 388.

<sup>599</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>600</sup> Siehe unter Teil 2 I 2.

<sup>601</sup> v. Gerkan GmbHR 1990, 384, 388.

<sup>602</sup> so auch Bormann DB 2001, 907; Willemsen/Coenen DB 2001, 910, 913.

Insoweit sind beide Anwendungsbereiche des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG identisch zu behandeln. Ein Entfallen des Erstattungsanspruchs im Rahmen des Eigenkapitalersatzes aus § 31 Abs. 1 analog GmbHG kommt bei nachträglicher Beseitigung der Unterbilanz nicht in Betracht.

c. Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen nach den BGH-Regeln zum Kapitalersatz.

aa. Einleitung

Gesellschafterleistungen werden nach den Rechtsprechungsregeln wie Eigenkapital behandelt, sofern die GmbH im Zeitpunkt der Gewährung bzw. des Stehenlassens kreditunwürdig ist<sup>603</sup>. Aus der Umqualifizierung folgt eine Bindung der Gesellschafterleistung über die Regelungen der Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG analog<sup>604</sup>. Der Gesellschafter ist während der Bindung gehindert, seine eigenkapitalersetzende Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen. Eine Entnahme verstößt gegen das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG, soweit hierdurch eine Unterbilanz entsteht bzw. eine Unterbilanz verstärkt wird. Gleichwohl erfolgte Entnahmen sind entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG zurück zu erstatten.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht davon aus, dass die Bindung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen endet, sobald die Voraussetzungen für eine Umqualifizierung entfallen sind<sup>605</sup>. So soll die Verstrickung der Gesellschafterleistung enden, sobald die Gesellschaft nicht mehr zahlungsunfähig, überschuldet und wieder kreditwürdig ist<sup>606</sup>. Andere Stimmen wollen die Entsperrung erst enden lassen, sofern durch eine Entnahme keine Unterbilanz entsteht bzw. verstärkt wird<sup>607</sup>. Beiden Auffassungen gemeinsam ist die Zulassung der Entsperrung nach Überwindung der Krise. Während die erste Auffassung darauf abstellt, dass die Voraussetzungen der Umqualifizierung entfallen, will die strenge Auffassung die Bindungswirkung erst im Falle der Wahrung der Stammkapitalziffer enden lassen.

Auch der BGH geht in seinen Entscheidungen von einem möglichen Entfallen der Bindungswirkung für eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen aus<sup>608</sup>.

<sup>603</sup> Siehe unter Teil 3 II 5 a.

<sup>604</sup> Siehe unter Teil 3 II 5 a.

<sup>605</sup> Bartl/Heidelberger Komm. 4. Auflage (1997) §§ 32a,32b Rn.8; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2002) § 32a Rn.23; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

<sup>606</sup> Bartl/Heidelberger Komm. 4. Auflage 1997 §§ 32a,32b Rn.8; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2002) § 32a Rn.23; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

<sup>607</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.110; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.159; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337 ff.; Goette DStR 1997, 1495, 1496.

<sup>608</sup> BGHZ 31, 258, 273; 67, 171, 179; 75, 334, 337; 81, 365, 367; 90, 370, 381.

Da der BGH die Möglichkeit der Entsperrung in seiner Rechtsprechung lediglich andeutet, werden die Voraussetzungen für ein Ende der Bindungswirkung nicht eindeutig definiert. In seiner Entscheidung vom 28.09.1981<sup>609</sup> stellt der BGH klar, dass eine Entsperrung jedenfalls dann in Betracht kommt, sofern die Unterbilanz nachhaltig beseitigt ist:

„Unter den vorstehend genannten Voraussetzungen gewährte Kredite sind der Gesellschaft so lange zu belassen, bis deren Stammkapital wieder auf andere Weise gedeckt ist.“

Inwieweit darüber hinaus eine Entsperrung bereits dann in Betracht kommt sobald die Voraussetzungen der Umqualifizierung entfallen sind, hat der BGH in der vorzitierten Entscheidung offengelassen. In seiner Entscheidung vom 26.03.1984<sup>610</sup> räumt der BGH ein Ende der Bindungswirkung ein, sobald die Gesellschafterleistung keine kapitalersetzende Funktion mehr habe:

„Demgegenüber lässt die Rechtsprechung zu §§ 30, 31 GmbHG den Gläubigern den Gegenbeweis offen, das Darlehen habe im Zeitpunkt der Rückzahlung keine kapitalersetzende Funktion mehr gehabt“.

Da die kapitalersetzende Funktion an Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit bzw. Kreditunwürdigkeit geknüpft ist, steht der BGH offenbar auch auf dem Standpunkt, eine Entsperrung könne auch mit Wegfall der Umqualifizierungsvoraussetzungen eintreten.

Zu untersuchen ist ob die bisherigen Auffassungen zur Entsperrung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen vor dem Hintergrund der Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH zu überdenken sind. Für den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist der Wegfall der Unterbilanz nach den Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>611</sup> unerheblich. Ein automatischer Wegfall der Gesellschafterhaftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist ausgeschlossen. Aus der neuen Rechtsprechung des BGH folgt daher der Grundsatz, dass ein späterer Wegfall der Unterbilanz nicht automatisch zu einem Fortfall der Gesellschafterhaftung führt<sup>612</sup>.

Ist dieser Grundsatz auf die Beendigung der Bindungswirkung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen übertragbar? Eine Übertragung würde bedeuten, dass eine Entsperrung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen im Falle der nachträglichen Beseitigung der Unterbilanz ausscheidet. Führt die Beseitigung der Unterbilanz nicht zur Beendigung der Bindungswirkung, so kann der Wegfall von Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit bzw. Kreditunwürdigkeit erst recht nicht zu einer Befreiung führen<sup>613</sup>.

<sup>609</sup> BGHZ 81, 365, 367.

<sup>610</sup> BGHZ 90, 370, 381.

<sup>611</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>612</sup> Siehe hierzu im Einzelnen Teil I II.

<sup>613</sup> Schließlich wird die Unterbilanz regelmäßig erst mit nachhaltiger Krisenüberwindung und daher später als die Umqualifizierungsmerkmale überwunden.

bb. Meinungsstand nach Balsam/Procedo

In Reaktion auf die Balsam/Procedo-Rechtsprechung wird in der Literatur die bisher herrschende Auffassung zum automatischen Entsperrn eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen angegriffen<sup>614</sup>. Nach Kurth/Delhaes folgt aus der Rechtsprechungsänderung zum Erstattungsanspruch, dass ein automatisches Entsperrn der kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen ausgeschlossen ist<sup>615</sup>.

Folgt man der Auffassung Kurth/Delhaes', folgen hieraus weitreichende Änderungen im Kapitalersatzrecht. Im ersten Schritt wäre es den Gesellschaftern auch nach Überwindung der Krise nach § 30 GmbHG analog untersagt, ein der Gesellschaft in Krisenzeiten zur Verfügung gestelltes Darlehen aus dem Unternehmen herauszunehmen. Erfolgt gleichwohl eine Rückzahlung des Darlehens ist der Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 GmbHG analog zur Erstattung verpflichtet.

Die Rückführung des Darlehens nach wirtschaftlicher Erholung der GmbH würde daher einen Verwendungsbeschluss der Gesellschafterversammlung erfordern<sup>616</sup>. Parallel zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung müssten die Gesellschafter über den Einsatz der nach Überwindung der Unterbilanz zur Ausschüttung zur Verfügung stehenden Mittel entscheiden. Erst durch die Entscheidung der Gesellschafter, mit den freien Mitteln den kreditgebenden Gesellschafter zu bedienen, würde eine Entsperrung eintreten.

Weiter wäre die Bilanzierung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zu überdenken. Bislang werden kapitalersetzende Gesellschafterleistungen im Jahresabschluss der GmbH als Fremdkapital passiviert und nicht als Eigenkapital bilanziert<sup>617</sup>. Für die Bilanzierung als Fremdkapital spricht bislang, dass bei der Gesellschaft durch die Umqualifizierung in Eigenkapital keine Vermögensmehrung eintritt, sondern der Anspruch des Gesellschafters auf Rückführung lediglich bis zur Entsperrung gehemmt ist<sup>618</sup>. Scheidet eine automatische Entsperrung nach wirtschaftlicher Erholung aus – erfordert die Rückführung vielmehr einen Verwendungsbeschluss der Gesellschafterversammlung – so wird eine Passivierung der Gesellschafterleistung in Frage gestellt<sup>619</sup>. Die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens wird in das Ermessen<sup>620</sup> der Gesellschafter gestellt und tritt nicht automatisch ein. Der Rückzahlungsanspruch ist daher nicht lediglich gehemmt, sondern von der Mitwirkung der anderen Gesellschafter abhängig. Das spricht in der Tat gegen eine Passivierung der Gesellschafteransprüche<sup>621</sup>.

<sup>614</sup> Kurth/Delhaes DB 2000, 2577 ff.

<sup>615</sup> Kurth/Delhaes DB 2000, 2577, 2578.

<sup>616</sup> so Kurth/Delhaes DB 2000, 2577, 2578 f.

<sup>617</sup> BGH NJW 94, 724, 725; BFH DB 1992, 763, 764; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) § 32a, 32b Rn.54.

<sup>618</sup> BFH DB 1992, 763, 764.

<sup>619</sup> Kurth/Delhaes DB 2000, 2577, 2580 ff.

<sup>620</sup> fraglich ist freilich, ob die Gesellschafter in ihrer Entscheidung tatsächlich frei sind. So spricht mangels Regelung im Gesellschaftsvertrag die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zumindest für eine Mitwirkungspflicht der Gesellschafter.

<sup>621</sup> Kurth/Delhaes DB 2000, 2577, 2581.

Ob sich aus der Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH tatsächlich Schlüsse auf die Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen ziehen lassen, ist in der aktuellen Literatur umstritten<sup>622</sup>. Aus der aktuellen Rechtsprechung lassen sich Hinweise dafür entnehmen, dass der BGH trotz seiner Entscheidungen zum Balsam/Procedo-Komplex nach wie vor von der Möglichkeit eines automatischen Entsperrens von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen ausgeht<sup>623</sup>.

#### cc. Stellungnahme

Gegen ein automatisches Entsperrn spricht auf den ersten Blick, dass der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen von dem Grundsatz ausgeht, dass die Beseitigung der Unterbilanz nicht automatisch zum Entfallen der Gesellschafterhaftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG führt. Wird dieser Grundsatz auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen übertragen, folgt daraus, dass die Überwindung der Krise nicht automatisch zu einer Enthaftung der Gesellschafter bzw. zu einer Entsperrung der Gesellschafterleistungen führen kann<sup>624</sup>.

Die Entscheidung über die Übertragbarkeit der Grundsätze der Balsam/Procedo-Rechtsprechung setzt eine Betrachtung der dogmatischen Grundlagen der Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen voraus. Wie dargestellt werden in Rechtsprechung und Literatur zwei Ansätze für ein Entsperrn der Gesellschafterleistungen vertreten. Zum einen soll die Verstrickung der Gesellschafterleistungen mit Beseitigung der Unterbilanz enden<sup>625</sup>. Darüber hinaus soll eine Entsperrung auch dann eintreten, sobald die Gesellschaft die Krise überwunden hat indem Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit sowie Kreditunwürdigkeit nachhaltig beseitigt und damit die Tatbestände für die Umqualifizierung entfallen sind<sup>626</sup>.

#### (1) Entsperrung durch Beseitigung der Unterbilanz

Fest steht, dass durch Beseitigung der Unterbilanz eine Rückgewähr der Gesellschafterleistungen möglich wird. Hieran hat auch der Rechtsprechungswechsel zum Erstattungsanspruch nichts geändert. Die Entsperrung der Gesellschafterleistung im Falle der Beseitigung der Unterbilanz findet ihre Grundlage im Regelungssystem der §§ 30, 31 GmbHG. So führen die BGH-Regeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen dazu, dass die Regeln der Kapitalerhaltung aus §§ 30, 31 GmbHG entsprechend auf die kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen Anwendung finden<sup>627</sup>.

<sup>622</sup> für eine Beibehaltung der automatischen Entsperrung von Gesellschafterdarlehen: Willemsen/Coenen DB 2001, 910, 911 ff.; Bormann DB 2001,907, 908 f.; Kort ZGR 2001, 615, 640 ff.; v.Gerkan/Hommelhoff Handb. Rn. 3.99; Hirte NJW 2003, 1154, 1155; a.A. Kurth/Delhaes DB 2577 ff.

<sup>623</sup> BGH DB 2001, 375, 377.

<sup>624</sup> so Kurth/Delhaes DB 2000, 2577, 2578.

<sup>625</sup> BGHZ 90, 370, 381; Roth/Altmeyen 4. Auflage (2003) § 32a Rn.23; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

<sup>626</sup> BGHZ 81, 365, 367; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.110; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.159; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337 ff.; Goette DStR 1997, 1495, 1496.

<sup>627</sup> BGHZ 31, 258, 273; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.103, 106; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.73; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337.

Daher verstößt beispielsweise die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens gegen das Ausschüttungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, soweit dadurch eine Unterbilanz entsteht bzw. eine bestehende Unterbilanz verstärkt wird. Wird die Stammkapitalziffer der Gesellschaft durch eine Rückführung des Gesellschafterdarlehens nicht verletzt, fehlt es an einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG. Der Gesellschafter ist in diesem Fall nicht zur Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet. Der Schutz der BGH-Regeln zum Eigenkapitalersatz beschränkt sich daher von vornherein lediglich auf die Erhaltung des Stammkapitals. Wird das Stammkapital durch die Rückführung einer eigenkapitalersetzenden Leistung nicht verletzt, greifen die BGH-Regeln nicht ein.

Die Entsperrung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen im Falle der Beseitigung der Unterbilanz liegt damit in der Regelungsmechanik der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG begründet. Die Grundsätze der Balsam/Procedo-Entscheidungen können somit keine Geltung entfalten. Die durch den BGH angegriffene Automatik bezüglich des Entfallens des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG weist zu dem automatischen Freiwerden der Gesellschafterleistung durch Entfallen der Ausschüttungssperre aus § 30 Abs. 1 GmbHG keine Parallelen auf<sup>628</sup>.

(2) Entsperrung nach Wegfall des Umqualifizierungstatbestandes

Weniger eindeutig lässt sich die Entsperrung der Gesellschafterleistungen wegen Wegfalls der Umqualifizierungstatbestände beurteilen. Hier liegt die Entsperrung nicht in der Regelungsmechanik der Kapitalerhaltungsvorschriften begründet. Unabhängig vom Bestehen einer Unterbilanz soll die Gesellschafterleistung ihre Eigenkapitalersatzfunktion verlieren, sobald die GmbH wieder kreditwürdig ist und Überschuldung sowie Zahlungsunfähigkeit überwunden hat<sup>629</sup>. Die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens soll somit trotz bestehender Unterbilanz möglich sein, sofern die Gesellschaft die wirtschaftliche Krise überwunden hat.

(a) Zweckfortfall nach Überwindung der Krise

Die Entsperrung nach Überwindung der Krise tritt nach herrschender Auffassung von Gesetzes wegen ein<sup>630</sup>. Mit Wegfall der Umqualifizierungstatbestände entfällt auch die Berechtigung für die Behandlung der Gesellschafterleistung als Eigenkapital. Sobald die Gesellschaft beispielsweise Kredit von anderer Seite erhalten könne, sei der Gesellschafter frei, sein Darlehen aus der Gesellschaft abzuziehen.

Diese Argumentation ist schlüssig. Die Umqualifizierung findet ihre Legitimation darin, dass der Gesellschafter seine Finanzierungsfreiheit nicht zu Lasten der Gläubiger ausüben darf. Ist es der Gesellschaft nicht möglich, ohne weitere Unterstützung des Gesellschafters zu überleben, hat der Gesellschafter entweder Eigenkapital zuzuführen oder die Gesellschaft zu liquidieren.

<sup>628</sup> so auch Kort ZGR 2001,615, 641.

<sup>629</sup> BGHZ 90, 370, 381; Roth/Altmeyen 4. Auflage (2003) § 32a Rn.23; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

<sup>630</sup> Kort ZGR 2001, 615, 641; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

Ist es der Gesellschaft nach wirtschaftlicher Erholung wieder möglich, ihren Geschäftsbetrieb unabhängig von der Gesellschafterleistung aufrechtzuerhalten, gewinnt der Gesellschafter seine Finanzierungsfreiheit zurück. Der Gläubigerschutz erfordert daher keine Weiterbehandlung der Gesellschafterleistung als Eigenkapitalersatz. So ist es ihm freizustellen, sein Darlehen nach Überwindung der Krise aus der Gesellschaft zu entnehmen, ohne Rückforderungsansprüche fürchten zu müssen.

(b) Übertragbarkeit der Argumente aus Balsam/Procedo

Zu prüfen ist, ob sich trotz schlüssiger Argumente für die Entsperrung aus den Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH ein anderes Ergebnis abzuleiten ist. Der Hinweis, die Entscheidungen des BGH vom 29.05.2000<sup>631</sup> betreffen lediglich den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG und sind auf Fragen der Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen von vornherein ohne Einfluss<sup>632</sup>, ist zu kurz gegriffen. So sind die Balsam/Procedo-Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung für das gesamte Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht<sup>633</sup>. Insbesondere zeigen die Entscheidungen, dass das Verhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter im Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht nicht allein am Gläubigerschutz ausrichtet. So entfällt eine Haftung des Gesellschafters nicht schon dann automatisch sobald berechnete Gläubigerinteressen eine Forthaftung nicht mehr erfordern. Vielmehr sind nach der Rechtsprechungswende zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG im Kapitalschutzrecht strengere Anforderungen an eine Enthftung des Gesellschafters zu stellen.

Es ist daher im Einzelnen zu prüfen, inwieweit die Argumentation der Balsam/Procedo-Rechtsprechung auf die Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen übertragbar ist. Die Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH<sup>634</sup> stützen sich auf dogmatische Bedenken gegen ein automatisches Entfallen des Erstattungsanspruches, auf den Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 GmbHG, auf eine funktionale Vergleichbarkeit des Erstattungsanspruches mit dem Einlageanspruch sowie auf Verwertbarkeitsaspekte<sup>635</sup>.

(aa) Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters nach § 31 Abs. 2 GmbHG

Die Argumentation über § 31 Abs. 2 GmbHG lässt sich auf die Eigenkapitalersatzregeln des BGH nicht übertragen. Die Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters durch Haftungsbefreiung ist auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG beschränkt.

<sup>631</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>632</sup> So aber Kort ZGR 2001, 615, 641.

<sup>633</sup> Siehe die Parallele zur Vorbelastungshaftung unter II 3 d.

<sup>634</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>635</sup> Siehe hierzu Teil I II 3 a.

## (bb) Verwertung des Erstattungsanspruchs

Auch das Verwertungsargument spricht nicht gegen eine Entsperrung. Seine Rechtsprechungsänderung zum Erstattungsanspruch stützt der BGH unter anderem darauf, dass ein automatisches Entfallen der Gesellschafterhaftung die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs erheblich erschwert. Zum Zeitpunkt der Entsperrung der Gesellschafterleistung steht der GmbH noch kein Rückforderungsanspruch gegen den Gesellschafter zu. Vor der Entsperrung kann die GmbH vom Gesellschafter gemäß § 30 GmbHG verlangen, die Gesellschafterleistungen im Vermögen der Gesellschaft zu belassen. Eine Entsperrung führt daher dazu, dass der Gesellschafter der GmbH die Leistung entziehen kann. Eine Verwertung der Gesellschafterleistung beispielsweise durch Verbrauch des Darlehensbetrages oder Untervermietung des Gesellschaftergrundstücks ist der GmbH jederzeit möglich. Eine später drohende Entsperrung der Gesellschafterleistung steht diesen Verwertungsmöglichkeiten jedoch nicht entgegen. Ist das Darlehen verbraucht, hat die Gesellschaft den Kreditbetrag aus anderen Mitteln zu erstatten. Ist die GmbH wieder kreditwürdig, sollte ihr dies auch tatsächlich möglich sein. Eine entspernte Gebrauchsüberlassung berechtigt den Gesellschafter lediglich, seine vertraglichen Rechte ungehindert auszuüben. Hierbei hat er die Regelungen des Nutzungsvertrages zu beachten. Eine überraschende Entziehung eines Lagergrundstückes droht daher im Falle der Entsperrung nicht, so dass sich die GmbH im Falle einer Untervermietung keines Schadensersatzanspruchs ausgesetzt sieht. Im Ergebnis ist der Gesellschaft eine Verwertung der Gesellschafterleistung möglich. Eine eventuell später eintretende Entsperrung der Leistung hindert eine solche Verwertung nicht.

Die Möglichkeit der Entsperrung verschlechtert jedoch die Verwertung des Erstattungsanspruchs aus entsprechender Anwendung des § 31 Abs. 1 GmbHG gemäß den BGH-Regeln zum Eigenkapitalersatz. Lässt sich der Gesellschafter von der GmbH ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zurückzahlen, ist er nach § 31 GmbHG zu Erstattung verpflichtet. Den Erstattungsanspruch kann die Gesellschaft durch Veräußerung der Forderung verwerten. Der Erwerber muss jedoch mit dem Einwand des in Anspruch genommenen Gesellschafters rechnen, die Darlehensrückzahlung sei zulässig gewesen, da die GmbH im Zeitpunkt der Rückzahlung wieder kreditwürdig war, und somit eine Entsperrung eingetreten sei. Ließe man die Entsperrung nicht zu, wäre dem Gesellschafter dieser Einwand genommen. Er könnte dem Erstattungsanspruch sodann lediglich entgegenhalten, die Rückzahlung habe keine Unterbilanz hervorgerufen oder verstärkt, weshalb es an einem Verstoß gegen § 30 GmbHG fehle. Die Möglichkeit der Entsperrung gibt dem in Anspruch genommenen Gesellschafter daher einen weiteren Einwand in die Hand<sup>636</sup>. Das zusätzliche Risiko für den Inhaber des Erstattungsanspruchs schlägt somit negativ auf die Verwertbarkeit des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG durch.

---

<sup>636</sup> Der Gesellschafter trägt allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung wieder kreditwürdig war. Schließlich ist die Entsperrung eine für den Gesellschafter günstige Tatsache, für ihn somit die Beweislast trifft. Den Anspruchsinhaber trifft selbstverständlich die Beweislast dafür, dass das Darlehen ursprünglich eigenkapitalersetzenden Charakter trug.



Bei genauer Betrachtung ist die Verschlechterung der Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs durch die Möglichkeit der Entsperrung nicht mit den Verwertungsrisiken durch späteres Entfallen des Erstattungsanspruchs zu vergleichen. In seinen Baslam/Procedo-Entscheidungen kritisierte der BGH die schlechte Verwertbarkeit des Erstattungsanspruchs auf Grundlage der Elektroplan-Entscheidung<sup>637</sup>. Durch seine Elektroplan-Entscheidung hatte der BGH die Möglichkeit eines Erlöschens des Erstattungsanspruchs im Falle der nachträglichen Beseitigung der Unterbilanz eröffnet<sup>638</sup>. Für den Inhaber des Erstattungsanspruchs bestand daher die Gefahr, dass der Anspruch nach seiner Entstehung – möglicherweise auch nach dem Erwerb durch einen Dritten – entfällt. Der Erwerber konnte sich daher im Zeitpunkt des Erwerbs nicht sicher sein, ob der Erstattungsanspruch überhaupt fortbesteht<sup>639</sup>.

Mit einem solchen außerordentlichen Risiko ist der Erwerber des Erstattungsanspruchs aus entsprechender Anwendung des § 31 GmbHG durch die Möglichkeit einer Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen nicht belastet. Insbesondere besteht nicht das Risiko eines nachträglichen Erlöschens des Erstattungsanspruchs. Vielmehr lässt sich im Zeitpunkt der Veräußerung feststellen, ob der Erstattungsanspruch überhaupt entstanden ist, oder ob die ursprünglich eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung vor Rückgewähr an den Gesellschafter durch wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft entsperrt wurde.

Im Ergebnis lässt sich die Verwertungsargumentation des BGH aus der Balsam/Procedo-Rechtsprechung nicht gegen die automatische Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen anführen. Zwar besteht durch die Möglichkeit der Entsperrung für den Erwerber die Gefahr, dass der Erstattungsanspruch überhaupt nicht besteht. Jedoch trägt jeder Erwerber eines Erstattungsanspruchs das Risiko, dass die Auszahlung tatsächlich gegen § 30 GmbHG verstoßen hat. Die Ausweitung dieses Risikos durch die Möglichkeit der Entsperrung ist begrenzt und kann durch genaue Überprüfung des Fortbestehens der Umqualifizierungstatbestände minimiert werden.

(cc) Funktionale Vergleichbarkeit von Erstattungsanspruch und Einlageforderung

Weiter argumentiert der BGH gegen ein automatisches Entfallen der Gesellschafterhaftung, indem er den Erstattungsanspruch der Einlageverpflichtung funktional gleichsetzt. Da die Einlageverpflichtung nicht entfallen könne, sei auch ein Wegfall der Gesellschafterhaftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht denkbar<sup>640</sup>. Die Argumentation passt auf die Entsperrung nicht. Durch die BGH-Regeln wird das durch den Gesellschafter zur Verfügung gestellte Fremdkapital in Eigenkapital umqualifiziert. Insoweit wird der Gesellschafter so behandelt, als hätte er eine weitere Einlage geleistet.

<sup>637</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>638</sup> Siehe dazu Teil 1 I 2 e.

<sup>639</sup> nach der Elektroplan-Rechtsprechung bestand gar die Möglichkeit, dass der Anspruch während des Prozesses durch wirtschaftliche Erholung der GmbH entfällt. Selbst nach einer rechtskräftigen Entscheidung bestand für den in Anspruch genommenen Gesellschafter die – eher theoretische – Möglichkeit, die Vollstreckung mittels einer Vollstreckungsabwehrklage abzuwenden. So konnte der Gesellschafter einwenden, die Unterbilanz der Gesellschaft sei nach Eintritt der Rechtskraft des Zahlungstitels nachhaltig beseitigt worden. Vgl. hierzu Brandner FS für Fleck, 23, 30.

<sup>640</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257; zur Kritik an dieser Argumentation siehe Kapitel 1 II. 2. b.

Durch die Entsperrung wird der Gesellschafter allerdings nicht von seiner Einlagepflicht befreit. Vielmehr wird er hierdurch in die Lage gesetzt, seine Leistung aus der Gesellschaft herauszunehmen. Die Einlageleistung wird also wieder wie Fremdkapital behandelt. Durch die Entsperrung erfolgt daher nichts, was einer automatischen Befreiung von der Einlagenpflicht vergleichbar wäre.

(dd) Dogmatische Bedenken

Letztlich entscheidend ist, ob gegen die automatische Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen dogmatische Bedenken bestehen. Das automatische Entfallen des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG fand im Gesetz keine Stütze und ließ sich daher dogmatisch nicht halten<sup>641</sup>.

Zunächst ist klarzustellen, dass durch die Entsperrung der Gesellschafterleistung kein Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter entfällt. Es entfällt lediglich das Verbot des Leistungsabzugs aus § 30 Abs. 1 GmbHG analog. Insoweit sind an die dogmatische Grundlage der Entsperrung von vornherein geringere Anforderungen zu stellen als an das Erlöschen des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Weiter ist zu beachten, dass die Umqualifizierung von Gesellschafterleistungen in Eigenkapital selbst ein Ausnahmetatbestand ist<sup>642</sup>. Grundsätzlich ist der Gesellschafter frei, seiner GmbH Fremdmittel oder Eigenkapital zuzuführen. So ist der Gesellschafter grundsätzlich nicht verpflichtet, der Gesellschaft Eigenkapital zur Verfügung zu stellen. Die Umqualifizierung folgt aus einer Einschränkung der Finanzierungsfreiheit. Die Einschränkung der Finanzierungsfreiheit ist jedoch nur in Ausnahmesituationen – eben bei Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit bzw. Kreditwürdigkeit der GmbH – gerechtfertigt.

Aus dem Ausnahmecharakter der BGH-Regeln zum Eigenkapitalersatz folgt, dass die Umqualifizierung der Gesellschafterleistung ihr Ende findet, sofern die Einschränkung der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters durch wirtschaftliche Erholung der GmbH nicht mehr gerechtfertigt ist. Zu dem Zeitpunkt, in dem neue Gesellschafterleistungen nicht mehr in Eigenkapital umqualifiziert werden können, müssen auch die bereits umqualifizierten Leistungen frei werden.

Für eine Entsperrung der Gesellschafterleistung ist daher entscheidend, dass die Tatbestandsvoraussetzungen, welche zur Umqualifizierung in Eigenkapital geführt haben, nachträglich entfallen sind<sup>643</sup>. Hat die Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit zurück erlangt, entfällt die dogmatische Grundlage für die Umqualifizierung der Gesellschafterleistung. Nach wirtschaftlicher Erholung gewinnt der Gesellschafter seine Finanzierungsfreiheit zurück, wodurch automatisch die Entsperrung der Gesellschafterleistung eintritt.

<sup>641</sup> Siehe Teil 2 I 2 a.

<sup>642</sup> Siehe zu den dogmatischen Grundlagen der Umqualifizierung unter Teil 3 II 5 a.

<sup>643</sup> BGHZ 90, 370, 381; Bartl/Heidelberger Komm. 4. Auflage (1997) §§ 32a,32b Rn.8; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 32a Rn.23; K.Schmidt/Scholz 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn. 54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77.

Gegen die automatische Entsperrung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen bestehen daher keine dogmatischen Bedenken. Die Entsperrung durch nachhaltige Beseitigung der Unterbilanz folgt bereits aus der entsprechenden Anwendung des § 30 GmbHG, welcher den Kapitalschutz von vornherein auf die Höhe der Stammkapitalziffer beschränkt<sup>644</sup>.

(c) Ergebnis

Im Ergebnis wird die eigenkapitalersetzende Funktion des Gesellschafterdarlehens mit Wiedererlangung der Kreditfähigkeit der GmbH aufgehoben. Die Entsperrung des Darlehens folgt aus der Beendigung der Einschränkung der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters. Mit Wegfall der Umqualifizierungstatbestände wird der Gesellschafter in seinen Finanzierungsentscheidungen wieder frei. Die Zuführung von Fremdkapital aus Gesellschafterhand wird wieder zulässig. Bereits überlassene Gesellschaftermittel erhalten ihre Fremdkapitalfunktion zurück und können durch den Gesellschafter abgezogen werden.

d. Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen im Rahmen der Haftung des Gesellschafters nach den Regeln der GmbH-Novelle

Wie gezeigt führt der Wiedererlangung der Kreditwürdigkeit im Rahmen der Kapitalersatzregeln des BGH zu einem Ende der Verstrickung der Gesellschafterleistung. Im folgenden soll untersucht werden, ob gleiches auch für die Haftung des Gesellschafters nach den Regeln der GmbH-Novelle gilt.

aa. Einleitung

Hat die GmbH eine eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung binnen eines Jahres vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Gesellschafter zurückgeführt kann der Insolvenzverwalter die entsprechende Rechtshandlung nach § 135 Nr.2 InsO anfechten und Leistung zur Masse verlangen. Die Jahresfrist nach Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist auch für § 32b GmbHG maßgebend. Gleiches gilt unabhängig vom Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für Gläubiger, welche über eine titulierte Forderung gegen die Gesellschaft verfügen. Diesen Gläubigern steht ein Anfechtungsrecht nach § 6 Nr.2 AnfG zu, sofern die Rückführung im letzten Jahr vor der Anfechtung erfolgte.

Im Rahmen der Anwendungsbereiche der vorgenannten Regelungen ist ebenfalls eine Entsperrung analog zu den BGH-Regeln zum Eigenkapitalersatz denkbar. War die Gesellschafterleistung im Zeitpunkt ihrer Rückführung nicht mehr eigenkapitalersetzend, da die GmbH zwischenzeitlich ihre Kreditwürdigkeit wiedererlangte, so könnte das Anfechtungsrecht § 135 InsO/§ 6 AnfG bzw. der Erstattungsanspruch aus § 32b GmbHG wegen des Endes der Verstrickung entfallen.

---

<sup>644</sup> BGHZ 81, 365, 367; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.110; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.159; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337 ff.; Goette DStR 1997, 1495, 1496.

## bb. Meinungsstand

Gegen die Möglichkeit zur Entsperrung sprach sich der BGH in seiner – in anderer Hinsicht grundlegenden – Entscheidung vom 26.03.1984<sup>645</sup> aus. Danach begründe die Frist aus § 32b GmbHG, § 32a KO<sup>646</sup> und § 3b AnfG<sup>647</sup> eine unwiderlegbare Vermutung dafür, dass eine Gesellschafterleistung, die bei der Hingabe Eigenkapital ersetzte, diese Funktion auch noch im Zeitpunkt der Rückführung hatte, sofern innerhalb eines Jahres danach der Konkurs eröffnet wird oder ein Gläubiger die Rückgewähr anfight<sup>648</sup>. Durch die unwiderlegbare Vermutung soll dem Gesellschafter der Einwand der Entsperrung der Gesellschafterleistung im Zeitpunkt der Rückgewähr genommen werden.

In der Literatur ist die Frage umstritten. Während eine Auffassung<sup>649</sup> dem BGH folgt, will der andere Teil<sup>650</sup> eine Entsperrung auch im Anwendungsbereich der § 32b GmbHG, § 135 InsO und § 6 AnfG zulassen.

## cc. Stellungnahme

Klarzustellen ist zunächst, dass eine Entsperrung durch Beseitigung der Unterbilanz im Rahmen des Anwendungsbereich der Novellen-Regeln ausscheidet. Schließlich greifen die Novellen-Regeln – anders als der Ansatz des BGH in Parallele zu §§ 30, 31 GmbHG – unabhängig von einer Unterschreitung der Stammkapitalziffer ein<sup>651</sup>. In Streit steht daher nur die Entsperrung der Gesellschafterleistung durch Verlust ihrer kapitalersetzenden Funktion.

Weder für noch gegen die Möglichkeit einer Entsperrung spricht der Wortlaut der Vorschriften der § 32b GmbHG, § 135 InsO und § 6 AnfG<sup>652</sup>. Der Tatbestand der Regelungen setzt jeweils die Rückführung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen voraus. Es wird offen gelassen, ob die Kapitalersatzfunktion bis zur Rückführung bestanden haben muss oder nicht.

<sup>645</sup> BGHZ 90, 370, 381; auch OLG Karlsruhe ZIP 1989, 588, 591.

<sup>646</sup> Vorläufer von § 135 InsO.

<sup>647</sup> Vorläufer von § 6 AnfG.

<sup>648</sup> die Auffassung des BGH ist in diesem Punkt nicht entscheidungstragend. Der BGH bemühte sich vielmehr, die selbständige Bedeutung der GmbH-Novelle darzulegen und somit die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze zu rechtfertigen.

<sup>649</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.93; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 340; Wimmer/Dauernheim 3. Auflage (1999) § 135 Rn.60; v.Gerkan GmbHR 1990, 384, 388.

<sup>650</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.54; wohl auch Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 32a Rn.66; Roth/Altmeyen 4. Auflage (2003) § 32a Rn.23; v.Gerkan/Hommelhoff Handb. Rn.3.97; § 52 Rn.51; Geßler ZIP 1981, 228, 233; Willemsen/Coenen DB 2001, 910, 911.

<sup>651</sup> BGHZ 90, 370, 380; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.17; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 340.

<sup>652</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 32a Rn.66.

Gegen die Möglichkeit der Entsperrung sprechen jedoch die Gesetzesmaterialien<sup>653</sup>:

„Ist die Befriedigung oder die Aufrechnung früher als ein Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, so kann davon ausgegangen werden, dass dies nicht mehr im Hinblick auf ein drohendes Konkursverfahren geschehen ist.“

Hieraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass eine Rückführung der Gesellschafterleistung innerhalb der Jahresfrist regelmäßig in Erwartung eines Insolvenzverfahrens erfolgte<sup>654</sup>. Dieser Schluss ist aber nicht zwingend. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gesellschaft innerhalb der Jahresfrist vor Insolvenzanmeldung kurzfristig kreditwürdig gewesen ist<sup>655</sup>.

Abzustellen ist daher darauf, ob die Eigenkapitalersatzregeln nach dem Gesetzeszweck den Abzug der Gesellschafterleistung auch dann verhindern sollen, wenn die Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit zurückerlangt. Dies ist zu verneinen. Ist die Gesellschaft wieder kreditwürdig, entfällt auch die kapitalersetzende Funktion der Gesellschafterleistung. Insoweit tritt – parallel zu den BGH-Regeln zum Eigenkapitalersatz – eine Entsperrung der Gesellschafterleistung ein. Nach der Überwindung der Krise muss der Gesellschafter daher seine Leistung wieder frei abziehen können. Eine spätere Insolvenz der Gesellschaft kann diese zurückerlangte Finanzierungsfreiheit nicht nachträglich aufheben.

Im Ergebnis kann im Rahmen der Novellen-Regeln nichts anderes gelten als im Anwendungsbereich der §§ 30, 31 GmbHG<sup>656</sup>. In beiden Fällen gewinnt der Gesellschafter seine Finanzierungsfreiheit zurück. Es ist ihm somit unbenommen, der Gesellschaft die ursprünglich eigenkapitalersetzende Leistung wieder zu entziehen. Fällt die GmbH gleichwohl binnen Jahresfrist in Insolvenz, kann der Gesellschafter nicht in Anspruch genommen werden. Lässt er die Leistung stehen, wird diese im Falle der Insolvenz wiederum wie Eigenkapitalersatz behandelt.

---

<sup>653</sup> BRDrucks. 404/77 S.41.

<sup>654</sup> so BGHZ 90, 370, 381.

<sup>655</sup> Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 32a Rn.23.

<sup>656</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.54.

### III. Zusammenfassung Teil 3

Im zweiten Teil wurden das Kapitalschutzsystem der GmbH im Vergleich zur Rechtsprechung des BGH zum Balsam/Procedo-Komplex hin untersucht. Im Ergebnis fügt sich die Änderung der Rechtsprechung hin zum Fortbestehen des Erstattungsanspruch trotz Wegfalls der Unterbilanz gut in das System der Kapitalaufbringung und -erhaltung ein.

So bleiben die verschiedenen Tatbestände zur Gesellschafterhaftung im Rahmen des Kapitalschutzsystems nach Auffassung des Autors von einer anderweitigen Auf- bzw. Wiederaufbringung des Stammkapitals unberührt.

Relativ eindeutig ist die Solidität der Gesellschafterhaftung im Falle der Einlagepflicht und der Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG. Erzielt die neu gegründete Gesellschaft sogleich Gewinne und bildet so Eigenkapital bis zur Stammkapitalziffer, bleibt die Einlageverpflichtung der Gesellschafter unbestritten bestehen. Die Solidität der Einlageverpflichtung folgt bereits aus deren vertraglichen Verankerung. Die Differenzhaftung bleibt ebenso trotz anderweitig bis zur Stammkapitalziffer gebildetem Eigenkapital bestehen. Selbst Werterhöhungen der Sacheinlage nach der Anmeldung bleiben auf die Differenzhaftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG ohne Einfluss.

Zur Gründerhaftung nach Eintragung – der so genannten Vorbelastungshaftung – wird von der noch herrschenden Meinung noch ein anderes Ergebnis vertreten. Danach sollen nach der Eintragung erzielte Gewinne auf die Gründerhaftung anspruchsmindernd wirken. Im Hinblick auf die Rechtsprechungsänderung zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG lässt sich diese Auffassung aus Sicht des Autors jedoch nicht mehr halten. Die Vorbelastungshaftung weist zum Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG in Funktion und Entstehung starke Parallelen auf, so dass beide Ansprüche in Bezug auf ihre Unabhängigkeit von einer anderweitigen wirtschaftlichen Erholung identisch behandelt werden sollten. Insbesondere lässt sich die Minderung der Vorbelastungshaftung dogmatisch nicht begründen.

Im Ergebnis sind Einlagepflicht, Differenzhaftung, Vorbelastungshaftung und der Erstattungsanspruch von der weiteren Entwicklung der Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft unabhängig. Einen Unterschied in der Anspruchssolidität begründet lediglich die Privilegierung des gutgläubigen erstattungspflichtigen Gesellschafters nach § 31 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

Die Gründerhaftung vor Eintragung – die so genannte Verlustdeckungshaftung – sticht auf den ersten Blick aus dieser Einheit heraus. So vermindert sich die Haftung der Gründungsgesellschafter vor der Eintragung gegenüber der Vor-GmbH, sobald sich die Vermögensausstattung der Gesellschaft verbessert. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Ausnahme keinen Systembruch im Kapitalschutz der GmbH bedeutet. So ist die Verlustdeckungshaftung kein Instrument der Kapitalaufbringung und -erhaltung.

Vor der Eintragung der Gesellschaft haften die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt in Höhe der Überschuldung der Gesellschaft. Für das Eingreifen des Kapitalschutzsystems vor der Eintragung besteht daher weder Raum noch Notwendigkeit. Schließlich besteht angesichts der unbeschränkten Haftung der Gründungsgesellschafter kein Bedarf zur Schaffung und Erhaltung des gesetzlichen Mindesthaftungsfonds wie bei der durch Eintragung entstandenen GmbH.

Weiter bleibt die Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH ohne Einfluss auf das Ende der Verstrickung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen. Die Umwandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen in Fremdkapital ist mit einem Fortfall der Gesellschafterhaftung im Kapitalschutzsystem nicht vergleichbar. Im Zeitpunkt der so genannten Entsperrung der Gesellschafterleistung besteht noch kein Haftungstatbestand. Die Haftung nach § 31 Abs. 1 GmbHG analog bzw. die Anfechtbarkeit nach § 135 InsO bzw. § 6 AnfG entsteht erst, wenn der Gesellschafter die Leistung unberechtigt aus dem Vermögen der Gesellschaft herausnimmt. Wartet der Gesellschafter mit der Entnahme ab, bis sich die Gesellschaft soweit erholt hat, dass die Tatbestandsmerkmale der Umqualifizierung entfallen sind, übt er lediglich seine Finanzierungsfreiheit aus und kann nicht auf Erstattung in Anspruch genommen werden.

Sowohl die Verlustdeckungshaftung als auch die Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen bilden keinen Bruch im System des Kapitalschutzes und bilden keinen Widerspruch zur Balsam/Procedo-Rechtsprechung des BGH.

#### 4. Teil Der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters

##### I. Vorbemerkungen

Die Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>657</sup> haben für den Gesellschafter primär zur Konsequenz, dass der Erstattungsanspruch der GmbH auch durch eine Wiederherstellung der Stammkapitalziffer nicht automatisch entfällt. So besteht der Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG unabhängig von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens der GmbH fort.

Für den Gesellschafter stellt sich die Frage, ob er sich von der Erstattungspflicht auf anderem Wege als durch Rückführung der verbotenen Ausschüttung befreien kann. In das Blickfeld gerät die Möglichkeit der Aufrechnung mit Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft bzw. die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bis zur eigenen Befriedigung. Als Gegenforderungen kommen alle denkbaren Ansprüche des Gesellschafters in Frage. Ein möglicher Gegenanspruch des Gesellschafters ist in der hier zu untersuchenden Konstellation von besonderem Interesse. So steht dem Gesellschafter aus dem der verbotenen Ausschüttung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft möglicherweise noch immer ein Auszahlungsanspruch zu. Die verbotene Ausschüttung, aus welcher sich der Erstattungsanspruch begründet, basiert regelmäßig auf einer entsprechenden Verpflichtung der Gesellschaft. Oft wird es sich hierbei um einen Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafterversammlung handeln.

Dem Bestehen des Auszahlungsanspruches des Gesellschafters wird man zwei Aspekte entgegenhalten. Zunächst ist fraglich, ob die schuldrechtliche Grundlage der verbotenen Ausschüttung tatsächlich Bestand haben kann. Schließlich kann die Verpflichtung selbst – nicht lediglich die Ausschüttung – auf einen Verstoß gegen das Entnahmeverbot des § 30 GmbHG gerichtet sein. Kann eine Verpflichtung Bestand haben, die – zielgerichtet oder nicht – durch eine spätere Ausschüttung zu einer Unterschreitung der Stammkapitalziffer führt, oder eine bereits bestehende Unterbilanz verstärkt? Ist das Grundgeschäft trotz Verstoßes gegen das Ausschüttungsverbot wirksam, fragt sich, ob die Verpflichtung auch nach der Ausschüttung selbst fortlebt. Schließlich tritt durch die Entnahme auf den ersten Blick eine Erfüllungswirkung ein, durch welche die Verpflichtung der GmbH erlischt. Der Fortbestand des Auszahlungsanspruches würde daher voraussetzen, dass durch die verbotene Entnahme keine Erfüllungswirkung eintritt. Inwieweit sich ein solches Ergebnis dogmatisch halten lässt, bedarf einer näheren Untersuchung.

Steht dem Gesellschafter gegen die GmbH eine Forderung zu, fragt sich, ob der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch aufrechnen kann. Ein solches Aufrechnungsrecht des Gesellschafters wird durch den BGH in den Balsam/Procedo-Entscheidungen ohne nähere

---

<sup>657</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.



Begründung abgelehnt<sup>658</sup>. Die Ablehnung des Aufrechnungsrechts bekräftigt der BGH in einer weiteren Entscheidung vom 27.11.2000<sup>659</sup>. Auch ein Zurückbehaltungsrecht lehnt der BGH ab<sup>660</sup>. Der Gesellschafter habe die verbotene Entnahme ohne Rücksicht auf Gegenforderungen zu erstatten. Die Gesellschaft soll frei über die Verwendung der Rückzahlung entscheiden können. Zu untersuchen ist, ob der Kapitalerhaltungsschutz eine solche Einschränkung der Rechte des Gesellschafters rechtfertigt oder hier vielmehr Regeln der Kapitalaufbringung in unzulässiger Weise in das Regelungsgefüge der §§ 30, 31 GmbHG importiert werden.

## II. Fortbestand der Auszahlungsgrundlage

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit dem Gesellschafter aus dem Grundgeschäft der verbotenen Ausschüttung noch eine Forderung gegen die Gesellschaft zusteht. Hierbei ist in einem ersten Schritt darzustellen, auf welchen verschiedenen Leistungsgründen stammkapitalschädliche Entnahmen basieren können. Zweitens ist zu prüfen, inwieweit die Verpflichtungsgeschäfte trotz Verstoßes gegen das Ausschüttungsverbot wirksam sind. Schließlich ist die Frage zu untersuchen, ob der Auszahlungsanspruch durch die verbotene Ausschüttung im Wege der Erfüllung erloschen ist.

### 1. Verschiedene Leistungsgrundlagen

Auszahlungen an Gesellschafter können auf unterschiedlichen obligatorischen Rechtsgeschäften beruhen. Handelt es sich um eine echte Ausschüttung, gründet sich die Auszahlung auf das Gesellschaftsverhältnis. Klassisches Beispiel ist die Gewinnverteilung, welche auf einem Gewinnverwendungsbeschluss<sup>661</sup> basiert. Außerordentliche Entnahmen<sup>662</sup> der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen beruhen gleichfalls auf einem Beschluss der Gesellschafterversammlung<sup>663</sup>. Obligatorische Grundlage der Gewinnverteilung bzw. der Entnahme ist jeweils ein Willensbildungsakt der Gesellschafter, welcher im folgenden einheitlich als Ausschüttungsbeschluss bezeichnet wird.

Ein weites Anwendungsfeld der §§ 30, 31 GmbHG sind darüber hinaus verdeckte Vorteilsgewährungen<sup>664</sup> der Gesellschaft an den Gesellschafter<sup>665</sup>. Solche unechten Entnahmen basieren auf einem schuldrechtlichem Vertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, einem scheinbaren Drittgeschäft.

<sup>658</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>659</sup> BGHZ 146, 105.

<sup>660</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>661</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 29 Rn.21 ff.

<sup>662</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 29 Rn.45.

<sup>663</sup> Entnahmen und Festbezüge können freilich auch im Gesellschaftsvertrag verankert werden.

<sup>664</sup> bzw. verdeckte Gewinnausschüttungen.

<sup>665</sup> K.Schmidt GesR. 4. Auflage (2002) § 37 III 1 f.; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.3.

Merkmal der verdeckten Vorteilsgewährung ist ein Ungleichgewicht im gegenseitigen Leistungsaustausch zu Lasten der Gesellschaft<sup>666</sup>. Hierdurch wird das Drittgeschäft als Ausschüttung qualifiziert, da eine Leistung zum wirtschaftlichen Nachteil der GmbH im Zweifel einen Bezug zum kooperativen Verhältnis der Parteien hat<sup>667</sup>. Der Leistungsgrund liegt außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses. Sofern das Austauschverhältnis zugunsten des Gesellschafters gestört ist, muss sich der Gesellschafter am gesellschaftsrechtlichen Maßstab messen lassen. Zum einen unterliegen verdeckte Vorteilsgewährungen der Kapitalbindung des § 30 GmbHG. Aber auch dann, wenn die Stammkapitalziffer durch die verdeckte Ausschüttung unverletzt bleibt ist der Gesellschafter bereicherungsrechtlich aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht zur Rückabwicklung bzw. zum Ausgleich verpflichtet<sup>668</sup>. Die Art der Verpflichtungsgeschäfte für verdeckte Vorteilsgewährung ist vielgestaltig. Schulbeispiele sind Verträge, in welchen sich die GmbH zu einer Leistung (Lieferung einer Sache oder Herstellung eines Werkes) verpflichtet, der Gesellschafter hierfür jedoch nur einen unangemessen niedrigen Preis zahlt<sup>669</sup>.

Das dritte Anwendungsfeld der §§ 30, 31 GmbHG ist die Rückführung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen in das Vermögen des Gesellschafters<sup>670</sup>. Auch hier basiert die Ausschüttung auf einem formellen Drittgeschäft des Gesellschafters mit der GmbH. Lässt sich der Gesellschafter ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zurückzahlen, verstößt er insoweit gegen die Sperre des § 30 GmbHG, als durch die Rückzahlung die Stammkapitalziffer angegriffen wird<sup>671</sup>. Verrechnet der Gesellschafter seinen Rückzahlungsanspruch gegen eine Forderung der GmbH aus einem sonstigen Rechtsgrund<sup>672</sup>, verstößt auch diese Verrechnung gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG und der Gesellschafter ist zur Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet<sup>673</sup>.

Gleich ob die gegen § 30 GmbHG verstoßende Ausschüttung als offene oder verdeckte Entnahme gestaltet ist, in beiden Varianten liegt den Leistungen ein Verpflichtungsgeschäft – in Form eines Gesellschaftervertrages, eines Gesellschafterbeschlusses oder eines formellen Drittgeschäftes – zwischen GmbH und Gesellschafter zugrunde.

<sup>666</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 29 Rn.52.

<sup>667</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.20.

<sup>668</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.3.

<sup>669</sup> auch der umgekehrte Fall, dass der Gesellschafter einen Gegenstand über Marktpreis an die GmbH verkauft ist eine verdeckte Gewinnausschüttung.

<sup>670</sup> BGHZ 31, 258, 76, 326; 90, 370; siehe auch Kapitel 2 II 4 a mit weiteren Nachweisen.

<sup>671</sup> BGHZ 76, 334, 335; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 32a Rn.77; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) §§ 32a/b Rn.15; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2000) §§ 32a,32b Rn.77; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 32a,b Rn.159; Röhrich Jahrbuch der Steuerberatung 1990/91, 313, 337.

<sup>672</sup> hierbei kann es sich um eine Einlageforderung der GmbH handeln. Aber auch eine Verrechnung mit einer Forderung aus einem Drittgeschäft unterfällt den Kapitalerhaltungsregeln nach BGH ZIP 1981, 1200, 1203 f.

<sup>673</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn. 26.

Nur im Ausnahmefall wird eine Auszahlung an den Gesellschafter ohne Bestehen eines Verpflichtungsgeschäftes zwischen den Parteien des Erstattungsanspruchs erfolgen. Tritt ein ausscheidender Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einen Mitgesellschafter oder einen Dritten ab und lässt sich das Entgelt aus Mitteln der GmbH auszahlen, erfolgt die Ausschüttung aufgrund einer Schuldübernahme oder eines Zahlungsverprechens der GmbH gegenüber dem übernehmenden Gesellschafter. Rechtsgrund der Ausschüttung an den ausscheidenden Gesellschafter ist einerseits das der Anteilsübertragung zwischen dem Alt- und dem Neugesellschafter zugrunde liegende Geschäft<sup>674</sup> sowie andererseits das Schuldversprechen zwischen GmbH und Neugesellschafter. Diese Konstellation lag auch der Elektroplan-Entscheidung des BGH zugrunde<sup>675</sup>. Auch Ausschüttungen, welchen kein Verpflichtungsgeschäft zwischen GmbH und Gesellschafter zugrunde liegt, unterfallen den Kapitalerhaltungsschutzregeln der §§ 30, 31 GmbHG<sup>676</sup>. Schließlich besteht auch hier der von den §§ 30, 31 GmbHG vorausgesetzte enge Zusammenhang zwischen der Zuwendung zu Lasten des Gesellschaftsvermögens und der Gesellschaftereigenschaft des Empfängers<sup>677</sup>.

Neben den verschiedenen Leistungsgrundlagen für eine Ausschüttung ergeben sich auch Unterschiede im subjektiven Bereich. Zwar knüpfen die Kapitalerhaltungsvorschriften ausschließlich an objektiven Kriterien an<sup>678</sup>. Subjektive Kriterien sind jedoch nur auf der Rechtsfolgenseite in § 31 Abs. 2 GmbHG berücksichtigt. So ist für den gutgläubigen Gesellschafter in § 31 Abs. 2 GmbHG eine Privilegierung enthalten. Ein mögliches Kriterium für die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes könnte gleichwohl die Kenntnis der Geschäftsführung der GmbH sowie des empfangenden Gesellschafters von der Unterschreitung der Stammkapitalziffer sein. Für die Frage der Wirksamkeit ist hierfür auf den Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses bzw. des Abschlusses des Drittgeschäftes abzustellen.

## 2. Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach §§ 134, 138 BGB ?

Wie gezeigt gründet sich eine verbotene Ausschüttung regelmäßig auf ein Verpflichtungsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter. Hieran fehlt es nur dann, sofern die Ausschüttung aufgrund einer Schuldübernahme der GmbH gegenüber einem anderen Gesellschafter erfolgt, was bei der Übertragung eines Geschäftsanteils vorkommen kann. Für den Bestand des Verpflichtungsgeschäftes ist es entscheidend, ob die auf einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gerichtete Verpflichtung nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist oder nicht. Im Zentrum stehen die Fragen, ob § 30 Abs. 1 GmbHG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist und ob § 31 GmbHG die Regelungen des allgemeinen Zivilrechts Sondervorschrift verdrängt.

<sup>674</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 27.

<sup>675</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>676</sup> BGHZ 13, 49, 55.

<sup>677</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 27.

<sup>678</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.27.

## a. Meinungsstand

Das Problem ist seit jeher umstritten. Einige Stimmen der Wissenschaft wollen auf eine Verpflichtung, welche auf eine Auszahlung unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gerichtet ist, die Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB anwenden<sup>679</sup>. Nach den Vertretern dieser Auffassung soll es unerheblich sein, ob Geschäftsführung und Gesellschafter bewusst oder unbewusst gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßen<sup>680</sup>.

Das Reichsgericht<sup>681</sup> ging davon aus, dass die Wirksamkeit von Verpflichtungs- bzw. Erfüllungsgeschäft vom Verstoß gegen § 30 GmbHG grundsätzlich nicht berührt werde. Aus dem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot folge die Erstattungspflicht des Gesellschafters nach § 31 Abs. 1 GmbHG, nicht jedoch die Unwirksamkeit des Auszahlungsversprechens. Das Reichsgericht nahm die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nur an, sofern die Parteien der Auszahlung gegen die guten Sitten nach § 138 BGB verstießen<sup>682</sup>. Dies sei dann der Fall, wenn die Parteien des Rechtsgeschäftes bewusst gegen das Auszahlungsverbot in § 30 GmbHG verstoßen hätten.

Der BGH schloss sich im Ergebnis zunächst der Rechtsprechung des Reichsgerichtes an<sup>683</sup>. Ein Rechtsgeschäft sollte nur dann nichtig sein, sofern die Vertragsschließenden bewusst der Bindung des § 30 GmbHG zu wider handeln wollten<sup>684</sup>. Die herrschende Meinung der Literatur<sup>685</sup> folgte der Rechtsprechung des BGH.

Die dogmatische Grundlage für die Differenzierung der Rechtsfolgen je nach Kenntnis- und Willensstand der an der Ausschüttung Beteiligten war fraglich<sup>686</sup>. Die Regelungsmechanik des § 134 BGB sieht ein besonderes Abstellen auf subjektive Umstände – anders als § 138 BGB – nicht vor<sup>687</sup>. Entscheidend für die Nichtigkeitsfolge ist vielmehr einzig, ob der Tatbestand des Verbotsgesetzes objektiv erfüllt ist<sup>688</sup>. Die Differenzierung des BGH wurde daher in der Literatur zu Recht angegriffen<sup>689</sup>.

<sup>679</sup> Canaris FS für R.Fischer (1979) 31, 32 ff.; Röhrkasten GmbHR 1974, 36 f.: allerdings unter der Prämisse, dass das Verpflichtungsgeschäft zwangsläufig zu einer Verletzung des Stammkapitals führt; Wiedemann GesR I 1. Auflage (1980) § 8 III 1 a; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8 Auflage (1992) § 30 Rn.77 ff.

<sup>680</sup> Siehe Teil 4 II 2 b cc.

<sup>681</sup> RGZ 113, 241, 243 f.; 136, 260, 264; 142, 286, 90 f.; 168, 292, 303.

<sup>682</sup> RGZ 168, 292, 303.

<sup>683</sup> BGHZ 9, 157, 169; 69, 274, 280; 81, 365, 367.

<sup>684</sup> Siehe Teil 4 II 2 b cc.

<sup>685</sup> Scholz/Westermann 8. Auflage (1993) § 30 Rn.11; Baumbach/Hueck 15. Auflage (1988) § 30 Rn.21; Rowedder 2. Auflage (1990) § 30 Rn.16; Meyer-Landrut 1. Auflage (1987) § 30 Rn.10; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 30 Rn.77; Schneider GmbHR 1982, 179, 203; Meister WM 1980, 390, 396; Flume ZHR 144 (1980), 18, 23; Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff. 1 a.E.; Brandner FS für Fleck (1988), 23, 27; Westermann ZIP 1987, 1115, 1116.

<sup>686</sup> So schon Brandner FS für Fleck (1988), 23, 27.

<sup>687</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 134 Rn.12a.

<sup>688</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>689</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 34.

Durch seine Entscheidung vom 23.06.1997<sup>690</sup> löste sich der BGH von seiner differenzierenden Lösung. Danach unterliege eine entgegen § 30 GmbHG verstoßende Auszahlung in jedem Falle ausschließlich der Erstattungspflicht aus § 31 GmbHG. Eine Nichtigkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nach § 134 GmbHG scheidet dagegen aus, weshalb Rückforderungsansprüche nach Bereicherungsrecht entfielen<sup>691</sup>. Die Nichtigkeit nach § 134 BGB scheidet auch dann aus, wenn die Parteien der Auszahlung bewusst gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßen oder die Entnahme sogar gezielt auf Herbeiführung der Unterbilanz gerichtet ist<sup>692</sup>. Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass der Kapitalerhaltungsschutz aus §§ 30, 31 GmbHG ausschließlich an objektive Kriterien anknüpft und unabhängig davon eingreife, welche Vorstellungen Geschäftsführer und Gesellschafter mit ihren Handlungen verbinden<sup>693</sup>. Die Rechtsprechungsänderung ist auf weitgehende Zustimmung in der Wissenschaft gestoßen<sup>694</sup>.

b. Stellungnahme zur Nichtigkeit nach § 134 BGB

Die Anwendung des § 134 BGB auf eine Auszahlungsverpflichtung, welche auf eine Verletzung der Stammkapitalziffer gerichtet ist, setzt zunächst voraus, dass § 30 GmbHG als Verbotsgesetz zu qualifizieren ist. Ist der Verbotscharakter des § 30 GmbHG zu bejahen, ist weiter zu untersuchen, inwieweit das gesetzliche Verbot die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes fordert<sup>695</sup>. Hier ist konkret zu prüfen, ob der Sinn und Zweck des Auszahlungsverbotes auf eine Unwirksamkeit der Verpflichtung gerichtet ist, um den Weg zum Kondiktionsrecht zu eröffnen. Ist der Tatbestand des § 134 BGB erfüllt, ist es möglich, dass die Nichtigkeitsfolge durch die Spezialregelung des § 31 GmbHG verdrängt wird.

aa. § 30 GmbHG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB

Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind Vorschriften, die eine nach der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen<sup>696</sup>. Dabei muss sich das Verbot gerade gegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes richten<sup>697</sup>. Für die Qualifizierung einer Vorschrift als Verbotsgesetz ist deren Wortlaut ein – wenn auch nicht zwingender – Anhaltspunkt<sup>698</sup>. Der in § 30 GmbHG verwendete Ausdruck „darf nicht“ deutet daraufhin, dass die Rechtsordnung die Vornahme der Ausschüttung missbilligt und die Vornahme des Rechtsgeschäftes verhindern will<sup>699</sup>.

<sup>690</sup> BGH ZIP 1997, 1450.

<sup>691</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>692</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>693</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>694</sup> zuvor schon Joost ZHR 148 (1984), 27, 34; zweifelnd auch schon Brandner FS für Fleck 1988, 23, 27; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000); Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn. 11; Henze GmbHR 2000, 1069, 1072 f.; Kort ZGR 2001, 615, 625; MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72.

<sup>695</sup> Brox BGB AT 25. Auflage (2002) Rn.276.

<sup>696</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 134 Rn.5.

<sup>697</sup> BGH NJW 1983, 2873.

<sup>698</sup> Brox BGB AT 25. Auflage (2002) Rn.275.

<sup>699</sup> Brox BGB AT 25. Auflage (2002) Rn.275; Canaris FS für Robert Fischer (1979), 31, 56.

Allerdings hält die Rechtsprechung die Formulierung „darf nicht“ nicht für ein taugliches Auslegungsmittel<sup>700</sup>. Entscheidend ist jedoch, dass § 30 GmbHG eine bestimmte Handlung, nämlich eine Ausschüttung an den Gesellschafter unter bestimmten Umständen untersagt und somit verbietet. Nicht ohne Grund wird § 30 GmbHG in Rechtsprechung und Schrifttum als „Auszahlungsverbot“<sup>701</sup> bzw. „Rückgewährverbot“<sup>702</sup> bezeichnet. Aufgrund ihres Verbotscharakters ist die Vorschrift als Verbotsgesetz zu qualifizieren.

Freilich folgt hieraus nicht, dass jedes dem Verbot zuwiderlaufende Rechtsgeschäft der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB unterfällt<sup>703</sup>. Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft wegen eines Gesetzesverstößes nur dann nichtig, wenn sich aus der Verbotsnorm nicht ein anderes ergibt<sup>704</sup>. Ob ein Verstoß zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes führt, ist nach Sinn und Zweck der Verbotsvorschrift zu ermitteln<sup>705</sup>. Entscheidend ist, ob sich das Verbot gegen den wirtschaftlichen Erfolg und auch gegen die privatrechtliche Wirksamkeit des Geschäftes richtet<sup>706</sup>.

Stellt man zunächst auf den mit der Ausschüttung verfolgten wirtschaftlichen Erfolg ab, wird Sinn und Zweck des § 30 GmbHG wohl auf die Unwirksamkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Erfüllungsgeschäftes gerichtet sein. Schließlich ist § 30 GmbHG gegen die wirtschaftlichen Folgen einer verbotenen Auszahlung gerichtet. So ist es Ziel der Ausschüttung, der GmbH einen Vermögensgegenstand zu entziehen und diesen auf den Gesellschafter zu übertragen. Unter wirtschaftlicher Betrachtung werden der Gesellschaft Aktiva entzogen, was im Anwendungsbereich des § 30 GmbHG zu einer Unterbilanz führt oder eine bestehende Unterbilanz verstärkt. Genau gegen diese Verletzung der Stammkapitalziffer der Gesellschaft ist das Kapitalerhaltungsgebot aus § 30 GmbHG gerichtet. Um die wirtschaftlichen Folgen der Ausschüttung zu verhindern, wäre es ein geeignetes Mittel, sowohl die auf Ausschüttung gerichtete Verpflichtung als auch die Auszahlung selbst der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auszusetzen.

Zweifelhaft ist aber, ob sich das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG auch gegen die privatrechtliche Wirksamkeit von Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäft richtet. Lässt man zunächst die Regelung der Erstattungspflicht des § 31 GmbHG bei der Betrachtung außen vor, spricht vieles für eine Anwendung des § 134 BGB. Rechtsfolge der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wäre die Herausgabepflicht des Gesellschafters nach § 985 BGB. Aus der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes heraus erhält die GmbHG daneben noch einen schuldrechtlichen Rückforderungsanspruch.

<sup>700</sup> BGH NJW 1992, 2021, 2022; Siehe auch MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.44; Flume ZHR 144 (1980), 18, 24.

<sup>701</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fasrtich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.1; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.1; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.1.

<sup>702</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1451.

<sup>703</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2000) § 134 Rn.42.

<sup>704</sup> Brox BGB AT 25. Auflage (2002) Rn.276; BGH NJW 1992, 2021, 2022.

<sup>705</sup> BGH NJW 1983, 2873; 1992, 2021, 2022.

<sup>706</sup> BGH NJW 1992, 2021, 2022.

Der Gesellschafter wäre grundsätzlich nach § 812 I 1 1. Alt BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet<sup>707</sup>. Hat der Gesellschafter bei Annahme der Auszahlung bewusst gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßen trifft ihn darüber hinaus die verschärfte Haftung aus §§ 817 S.1, 819 Abs. 2 BGB<sup>708</sup>.

Bereits hier stellt sich die Frage, ob die Anwendung des Kondiktionsrechts im System der Kapitalerhaltung sinnvoll ist. Zunächst einmal stünde dem gutgläubigen Gesellschafter der Einwand der Entreicherung nach § 818 III BGB zu. Die strengere Haftung trifft den bewusst gegen § 30 GmbHG annehmenden Gesellschafter. Ihm ist der Entreicherungseinwand nach § 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB genommen. Wenig passend ist auch der Rückforderungsausschluss aus § 817 S.2 BGB im Falle der Bösgläubigkeit des Leistenden. War der Geschäftsführung der GmbHG der mit der Auszahlung verbundene Verstoß gegen § 30 GmbHG bekannt, könnte die Rückforderung nach § 817 S.2 BGB ausscheiden<sup>709</sup>.

Allerdings stellen sich die Probleme der Rückabwicklung verbotswidriger Rechtsgeschäfte nach Bereicherungsrecht auch in anderen Rechtsgebieten, ohne dass die Anwendung des § 134 BGB deshalb verneint wird<sup>710</sup>. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Tatbestand des § 134 BGB erfüllt ist. § 30 GmbHG wendet sich sowohl gegen den wirtschaftlichen Erfolg als auch gegen die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft.

#### bb. § 31 GmbHG als verdrängende Spezialregelung

Die Erfüllung des Tatbestandes heißt nicht, dass § 134 BGB auf verbotene Ausschüttungen Anwendung findet. Die bisherige Tatbestandsbetrachtung hat sich ausschließlich in der Untersuchung des § 30 GmbHG erschöpft und die Erstattungsregelung des § 31 Abs. 1 GmbHG nicht berücksichtigt. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob nicht § 134 BGB durch § 31 GmbHG als Spezialregelung verdrängt wird.

##### (1) Verhältnis zu Kondiktions- und Vindikationsrecht

Im Rahmen des Kapitalerhaltungsrecht existiert als Rückabwicklungsregelung zum Auszahlungsverbot der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Die spezielle Regelung der Rückabwicklung lässt die Anwendung des § 134 BGB ausscheiden, wenn neben dem Erstattungsanspruch kein Platz für die Anwendung von Vindikations- und Kondiktionsrecht bleibt. Sodann greift der Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ Platz<sup>711</sup>.

<sup>707</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.113.

<sup>708</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.113.

<sup>709</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.114; allerdings ist der Anwendungsbereich des § 817 S.2 in der Wissenschaft umstritten: vgl. Honsell, S.136 ff. /die Rechtsprechung handhabt § 817 S.2 BGB zunehmend restriktiv: BGHZ 111, 308, 312; NJW 2000, 1560, 1562.

<sup>710</sup> Siehe die Problematik zur Vergütung für Schwarzarbeit: MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.114.

<sup>711</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72.

Gegen die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes nach § 134 BGB spricht der spezielle Gutgläubensschutz aus § 31 Abs. 2 GmbHG<sup>712</sup>. Danach wird der gutgläubiger Gesellschafter privilegiert, da er nur insoweit zur Erstattung verpflichtet ist, als dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist<sup>713</sup>. Würde man der GmbH einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB gegen den Gesellschafter zugestehen, würde dieser besondere Schutz des gutgläubigen Gesellschafters ausgehöhlt.

Gegen die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes lässt sich die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG ebenfalls ins Feld führen. Auch gegen die Kondiktion könnte der Gesellschafter keinen Einwand erheben, die Gläubiger der Gesellschaft seien befriedigt. Zwar bietet das Kondiktionsrecht dem gutgläubigen Gesellschafter die Entreichungseinrede aus § 818 Abs. 3 BGB. Der Einwand aus § 818 Abs. 3 BGB geht gegenüber der Privilegierung des § 31 Abs. 2 GmbHG jedoch zum einen zu weit und zum anderen nicht weit genug. So wird der Gesellschafter durch § 818 Abs. 3 BGB im Falle der Entreichung auch dann vor der Herausgabe geschützt, wenn die Gläubiger der Gesellschaft noch nicht befriedigt sind. Andererseits ist der Gesellschafter unabhängig von der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Herausgabe verpflichtet, wenn er keine Entreichung nachweisen kann<sup>714</sup>.

Die Anwendung von § 985 BGB und § 812 ff. BGB in Folge einer Nichtigkeit des Erfüllungs- bzw. des Verpflichtungsgeschäftes nach § 134 BGB macht neben der Erstattungspflicht des Gesellschafters nach § 31 Abs. 1 GmbHG daher keinen Sinn.

(2) Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB trotz Spezialregelung des § 31 GmbHG für Rechtsfolge aus Verstoß gegen § 30 GmbHG

Gegen die Verdrängungswirkung des § 31 GmbHG lässt sich anführen, dass die Argumentation gegen eine Anwendung des § 134 BGB allzu sehr von der Rechtsfolgenseite her dominiert wird. Resultieren aus der Nichtigkeit von Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäft keine Rechtsfolgen für Bestand und Umfang des Erstattungsanspruchs, muss dies nicht zwangsläufig bedeuten, dass die Nichtigkeitsfolge selbst, unabhängig von den Folgen für die Rückgewährpflicht des Gesellschafters, ausscheidet. So erlangt die Anwendung des § 134 BGB auf das Verpflichtungsgeschäft über die Erstattungspflicht des Gesellschafters hinaus Bedeutung. Gerade für die im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Frage, inwieweit dem Gesellschafter aus einem früheren Ausschüttungsbeschluss noch Rechte gegen die Gesellschaft zustehen, ist die Frage der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes von entscheidender Bedeutung<sup>715</sup>. Unabhängig von der Erstattungspflicht des Gesellschafters könnte sich das Verbot aus § 30 GmbHG über § 134 BGB auch gegen einen späteren – nach Wiederherstellung der Stammkapitalziffer bestehenden – Auszahlungsanspruch richten.

<sup>712</sup> RGZ 168, 292, 302; BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>713</sup> Die praktische Bedeutung des § 31 Abs. 2 GmbHG ist allerdings gering, da der Erstattungsanspruch meist in der Insolvenz geltend gemacht wird, vgl. K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 III 2 a.

<sup>714</sup> das Argument wird dadurch verstärkt, dass der Nachweis der Entreichung in der Praxis selten gelingt.

<sup>715</sup> Siehe Teil 4 I.



- (a) Pro-Argument 1: § 31 Abs. 2 GmbHG und Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG als Ausschluss der Nichtigkeitsfolge

Aus dem System der Kapitalerhaltung ergibt sich jedoch, dass aus einem Verstoß gegen § 30 GmbHG gerade keine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes folgt. Zum einen dient das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG nur der Erhaltung des Stammkapitals im Gläubigerinteresse. Nach Wiederauffüllung des Stammkapitals spricht aus § 30 GmbHG heraus nichts dagegen, dem Gesellschafter einen Auszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft aus einem früheren Ausschüttungsbeschluss zuzugestehen. Im Falle der Anwendung des § 134 BGB wäre dem Gesellschafter der Auszahlungsanspruch für alle Zeit genommen. Er müsste sodann auf ein erneutes Verpflichtungsgeschäft hinwirken.

Weiter lässt sich wiederum die Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters durch § 31 Abs. 2 GmbHG gegen eine Anwendung des § 134 BGB auf das Verpflichtungsgeschäft anführen. Wie bereits dargestellt widerspricht die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG gegen die Anwendung des Kondiktionsrechts im System der Kapitalerhaltung. Darüber hinaus wird auch deutlich, dass die Nichtigkeitswirkung des § 134 BGB dem Kapitalerhaltungsrecht fremd ist. Dem gutgläubigen Gesellschafter soll im Falle der vollständigen Gläubigerbefriedigung die Leistung der Gesellschaft endgültig zustehen. Hiermit lässt sich nicht vereinbaren, dass Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft unwirksam sein sollen.

- (b) Pro-Argument 2: Zeitpunkt des Verstoßes gegen § 30 GmbHG

Gegen die Anwendung der Nichtigkeitsfolge auf das Verpflichtungsgeschäft spricht darüber hinaus, dass im Zeitpunkt der Verpflichtung der GmbH oftmals noch nicht feststeht, ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Ausschüttung tatsächlich eine Unterbilanz aufweist. Für die Feststellung, ob ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegt, ist stets auf den Zeitpunkt der Auszahlung selbst – also auf den Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäftes – abzustellen<sup>716</sup>. Ausschüttung und Verpflichtungsgeschäft werden zeitlich oft erheblich auseinander liegen. So ist nicht auszuschließen, dass zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschluss eine Unterbilanz noch nicht droht, die Stammkapitalziffer im Zeitpunkt der späteren Ausschüttung aber angegriffen wird. Obwohl in diesem Fall ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegt, trifft das Verbot nur das Erfüllungsgeschäft, nicht jedoch das Verpflichtungsgeschäft. Einige Vertreter, welche die Anwendung des § 134 BGB auf das Erfüllungsgeschäft bejahen, schränken die Nichtigkeitswirkung für das Verpflichtungsgeschäft denn auch erheblich ein. So sei ein Auszahlungsbeschluss nur dann nichtig, wenn er zwangsläufig auf eine Verletzung der Stammkapitalziffer und damit auf ein nichtiges Erfüllungsgeschäft gerichtet sei<sup>717</sup>.

<sup>716</sup> BGH NJW 1987, 1194, 1195; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.43; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.11.

<sup>717</sup> Röhrkasten GmbH 1974, 36 f.

Eine solche Differenzierung ist unnötig. Versprechen der GmbH zu Leistungen an die Gesellschafter stehen immer unter dem stillschweigenden Vorbehalt, dass § 30 GmbHG durch die Zahlung nicht verletzt wird<sup>718</sup>. Selbst wenn man annimmt, dass die Auszahlung selbst nichtig ist<sup>719</sup>, kann sich die Nichtigkeit somit nicht auf die Verpflichtung erstrecken. So kann die Verpflichtung in keinem Fall zwangsläufig zu einer Verletzung der Stammkapitalziffer führen. Schließlich steht der GmbH aus § 30 GmbHG ein Leistungsverweigerungsrecht gegen den Gesellschafter zu<sup>720</sup>.

(c) Contra-Argument: Parallele zu §§ 57, 62 AktG

Von Vertretern, welche die Anwendung von § 134 BGB auf Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäfte i.S.d. § 30 GmbHG befürworten, wird eine Parallele zum Kapitalerhaltungsrecht der Aktiengesellschaft gezogen<sup>721</sup>. Dort wird bei einem Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot aus § 57 AktG von der überwiegenden Auffassung die Nichtigkeit des Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäftes angenommen<sup>722</sup>. Nach den Vertretern der Mindermeinung soll Gleiches im Recht der GmbHG gelten. Zu prüfen ist daher, ob verschiedene Gewichtungen der Kapitalbindungssysteme von AktG und GmbHG eine unterschiedliche Anwendung des § 134 BGB rechtfertigen. Ist die Frage zu verneinen, folgt hieraus nicht zwingend, dass die Grundsätze des Aktienrechts auf § 30 GmbHG zu übertragen sind. Möglicherweise gilt es, die Anwendung des § 134 BGB auf § 57 AktG zu überdenken.

Der vergleichenden Argumentation ist zuzugestehen, dass sich die Vorschriften der § 57 AktG und § 30 GmbHG bis hin zu den Formulierungen sehr ähnlich sind<sup>723</sup>. Beide Regelungen enthalten den Ausdruck „darf nicht“ bzw. „dürfen nicht“. Somit ist in der Tat fraglich ob die Verbote aus § 57 AktG und § 30 GmbHG nicht gleich gehandhabt werden sollten.

Allerdings dürfen auch die Unterschiede im Wortlaut nicht übersehen werden. § 30 Abs. 1 GmbHG spricht nur von „Auszahlungen“, meint damit das Erfüllungsgeschäft<sup>724</sup>. Demgegenüber richtet sich das Verbot in § 57 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich gegen das Verpflichtungsgeschäft („zugesagt“) als auch das Erfüllungsgeschäft („ausgezahlt“). Somit kann die Argumentation aus dem GmbH-Recht, im Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses könne das Bestehen einer Unterbilanz noch nicht mit Sicherheit festgestellt werden, nicht auf das AktG übertragen werden. So liegt für die AG bereits im Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes ein Verstoß gegen § 57 AktG. Damit ist freilich noch nichts über die Nichtigkeitsfolge für das Erfüllungsgeschäft ausgesagt.

<sup>718</sup> RGZ 168, 292, 302; BGHZ 9, 157, 164; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11;

Röhrkasten GmbHR 1974, 36, 37; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2001) § 30 Rn.21.

<sup>719</sup> Canaris FS für R.Fischer (1979), 31, 32 ff.; Röhrkasten GmbHR 1974, 36 f.; Wiedemann GesR I 1. Auflage (1980) § 8 III 1 a; Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>720</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11; Röhrkasten GmbHR 1974,36, 37; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2001) § 30 Rn.21; Meister WM 1980, 390, 396.

<sup>721</sup> Canaris FS für R.Fischer (1979), 31, 32 ff.

<sup>722</sup> Großkomm. Z. AktG/Henze 4. Auflage (2000) Rn.200ff; KölnKomm/Lutter 2. Auflage (1988) § 57 Rn.62 f.; Hüffer 5. Auflage (2002) § 57 Rn.23.

<sup>723</sup> So auch Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) Rn.11.

<sup>724</sup> für das Vorliegen der Unterbilanz ist daher ausschließlich auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung abzustellen vgl. BGH NJW 1987, 1194, 1195; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.43; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.11.

Gegen eine Übertragung der Nichtigkeitsfolge bei einem Verstoß gegen § 57 GmbHG auf § 30 GmbHG wird angeführt, dass die Kapitalerhaltungsregeln im AktG strenger seien als im Recht der GmbH und sich hieraus die strengere Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung im AktG rechtfertige<sup>725</sup>. Tatsächlich bestehen erhebliche Unterschiede in den Kapitalbindungssystemen von AktG und GmbHG<sup>726</sup>. Für die Aktiengesellschaft folgt aus den §§ 57, 58 AktG eine strikte und ausschließliche Beschränkung von Ausschüttungen an die Aktionäre auf den im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn<sup>727</sup>. Demgegenüber ist das Ausschüttungsverbot im GmbH-Recht lediglich auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen beschränkt.

Ob sich aus der unterschiedlichen Stringenz der Kapitalbindungssysteme jedoch eine unterschiedliche Anwendung des § 134 BGB begründen lässt<sup>728</sup>, ist zweifelhaft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch im AG-Recht die Anwendung der Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB auf Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft einer verbotenen Ausschüttung abzulehnen ist.

Hauptargument gegen die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen das Ausschüttungsverbot im GmbH-Recht ist das Eingreifen des speziellen Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG<sup>729</sup> und die Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters in § 31 Abs. 2 GmbHG<sup>730</sup>. Diese Argumentation lässt sich exakt auf das AktG übertragen. Die Erstattung verbotener Leistungen wird in § 62 AktG ebenfalls speziell geregelt. § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG enthält eine Privilegierung des gutgläubig empfangenden Aktionärs. Der Gutgläubenschutz im AktG erlangt sogar höhere praktische Bedeutung als im GmbHG. So tritt die Befreiung von der Rückgewährpflicht unabhängig von der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ein und erhält daher auch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Bedeutung. Durch Anwendung des Vindikations- bzw. des Kondiktionsrecht würde der spezielle Schutz für den gutgläubigen Gesellschafter ausgehöhlt. Weiter enthält § 62 Abs. 3 AktG eine gegenüber dem Bereicherungsrecht verkürzte Verjährungsregel.

Im Ergebnis sind die Rechtsfolgen einer Nichtigkeit von Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäft der unzulässigen Auszahlung auch im System der Kapitalbindung des Aktienrechtes unerwünscht. Die Anwendung des § 134 BGB auf Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften ist daher auch für die Aktiengesellschaft abzulehnen<sup>731</sup>. Das Argument der Mindermeinung, wonach die im Aktienrecht anerkannte Anwendung der Nichtigkeit verbotener Auszahlungen auf das GmbH-Recht zu übertragen ist, wird abgelehnt. Vielmehr kann § 134 BGB auch im Recht der AG auf verbotene Ausschüttungen keine Anwendung finden.

<sup>725</sup> Henze GmbHR 2000, 1069, 1073.

<sup>726</sup> vgl. die Darstellung bei Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.5.

<sup>727</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.3, 21.

<sup>728</sup> so jedenfalls Henze GmbHR 2000, 1069, 1073; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.11.

<sup>729</sup> Siehe unter Teil 3 II 2 b bb; vgl. BGH ZIP 1997, 1450, 1451; MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.12.

<sup>730</sup> Siehe unter Teil 4 II 2 b bb und cc; vgl. RGZ 168, 292, 302; BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>731</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72; Joost ZHR 149 (1985) 419, 412 ff.; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 29 II 2 b aa.

## (3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis geht der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG den Rechtsfolgen aus einer Nichtigkeit des Erfüllungs- bzw. des Verpflichtungsgeschäftes vor. Aus der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB würden sich daher für die Erstattungspflicht keine Konsequenzen ergeben. Unabhängig von der Wirkung des § 134 BGB bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter ausschließlich nach § 31 GmbHG. Trotz des Verbotscharakters des § 30 GmbHG findet § 134 BGB von der Rechtsfolgenseite her im System der Kapitalerhaltung kein eigenes Wirkungsfeld. Die Nichtigkeitsstrafe wird durch den gesellschaftsrechtlichen Rückforderungsanspruch entbehrlich<sup>732</sup>. Die Vorschrift des § 31 GmbHG geht daher der Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB als Spezialregelung vor<sup>733</sup>.

## cc. Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes bei Kenntnis von Verstoß gegen § 30 GmbHG

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes<sup>734</sup> und der früheren Auffassung des BGH<sup>735</sup> sollte ein bewusster Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG mit der Nichtigkeitsfolge sanktioniert werden<sup>736</sup>. Wie bereits erwähnt, ließ sich diese Differenzierung nach subjektiven Kriterien nicht mit den Tatbeständen von § 134 BGB und § 30 GmbHG vereinbaren. §§ 30, 31 GmbHG lassen subjektive Merkmale für das Eingreifen der Erstattungspflicht nach § 31 GmbHG außen vor<sup>737</sup>. Nur in der Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters wird auch der Kenntnisstand des Gesellschafters bewertet. Der Tatbestand des § 134 BGB sieht ein besonderes Abstellen auf subjektive Umstände nicht vor<sup>738</sup>. Entscheidend für die Nichtigkeitsfolge ist vielmehr einzig, ob der Tatbestand des Verbotsgesetzes objektiv erfüllt ist<sup>739</sup>. Auf Basis des § 134 BGB ließ sich die frühere Differenzierung der Rechtsprechung nicht rechtfertigen. Insoweit ist der Rechtsprechungsänderung des BGH aus dem Jahre 1997<sup>740</sup> vorbehaltlos zuzustimmen.

<sup>732</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 34.

<sup>733</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1451; MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.72; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.12.

<sup>734</sup> RGZ 168, 292, 303.

<sup>735</sup> BGHZ 9, 157, 169; 69, 274, 280; 81, 365, 367.

<sup>736</sup> dem folgte auch der überwiegende Teil der Literatur: Scholz/Westermann 8. Auflage (1993) § 30 Rn.11; Baumbach/Hueck 15. Auflage (1988) § 30 Rn.21; Rowedder 2. Auflage (1990) § 30 Rn.16; Meyer-Landrut (1987) § 30 Rn.10; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1990) § 30 Rn.77; Schneider GmbHR 1982, 197, 203; Meister WM 1980, 390, 396; Flume ZHR 144 (1980), 18, 23; Brodmann 1. Auflage (1924) § 30 Ziff. 1 a.E.; Brandner FS für Fleck 1988, 23, 27; Westermann ZIP 1987, 1115, 1116.

<sup>737</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>738</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 134 Rn.12a.

<sup>739</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>740</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

c. Stellungnahme zur Nichtigkeit nach § 138 BGB

Schon das Reichsgericht<sup>741</sup> wies jedoch einen anderen Weg, auf welchem die Nichtigkeitsfolge für Parteien, die bewusst die Kapitalbindungsregeln umgehen, zu erreichen sein könnte. So sollte die Nichtigkeitsfolge ausnahmsweise eintreten, wenn der Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot in gegen die guten Sitten nach § 138 BGB verstoßender Weise erfolgt<sup>742</sup>.

Der Gedanke ist so falsch nicht<sup>743</sup>. Handeln beide Teile, also Geschäftsführung und Gesellschafter dem Kapitalerhaltungsgebot aus § 30 GmbHG bewusst zu wider, rückt in der Tat der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB ins Bild. Einschlägige Fallgruppe wäre die Abwehr der Schädigung Dritter durch einvernehmliches Handeln zweier Vertragsteile<sup>744</sup>.

Problematisch ist jedoch, inwieweit der Anwendungsbereich des § 138 BGB neben § 134 BGB überhaupt eröffnet ist. Wie dargestellt handelt es sich bei § 30 GmbHG um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB<sup>745</sup>. Die Anwendung des § 134 BGB wird nur durch die Spezialregelung des § 31 GmbHG verdrängt. Soweit ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt ist die Anwendung des § 138 BGB neben § 134 BGB eingeschränkt<sup>746</sup>. Führt der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nicht zur Nichtigkeit nach § 134 BGB ist die Anwendung des § 138 BGB zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. § 138 BGB greift insoweit jedoch nur dann ein, wenn der Gesetzesverstoß hinter der Sittenwidrigkeit zurücksteht<sup>747</sup>.

Hiervon kann im Falle des bewussten Verstoßes gegen § 30 GmbHG freilich keine Rede sein. Zwar ließe sich die Sittenwidrigkeit aus der bewussten Verletzung der Stammkapitalziffer und der daraus folgenden Gläubigerbenachteiligung herleiten. Der Sittenverstoß wäre jedoch mit der Verletzung des Verbotes aus § 30 GmbHG deckungsgleich. Die Anwendung des § 138 BGB hieße letztlich nichts anderes als § 134 BGB über den Umweg des § 138 BGB zu Wirkung zu verhelfen.

Im übrigen lässt sich gegen die Nichtigkeitsfolge aus § 138 BGB ebenfalls argumentieren, dass die Spezialregelung des § 31 BGB die Nichtigkeitsfolge überflüssig macht. Eine Aushebelung des § 31 Abs. 2 GmbHG stünde durch die Nichtigkeit nach § 138 BGB allerdings nicht zu befürchten, da die Privilegierung für den bewusst gegen das Kapitalerhaltungsgebot handelnden Gesellschafter ohnehin nicht zu Gute kommt. Allerdings hätte die Anwendung des § 138 BGB auf Ausnahmefälle ohnehin nur Sinn, wenn dadurch eine strengere Haftung des bösslich handelnden Gesellschafters erreicht würde.

---

<sup>741</sup> RGZ 168, 292, 302.

<sup>742</sup> RGZ 168, 292, 302.

<sup>743</sup> andenkend auch Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11.

<sup>744</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 138 Rn.36, 96 ff.; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 138 Rn.61 ff.

<sup>745</sup> Siehe Teil 4 II 2 b aa.

<sup>746</sup> MüKo/Mayer-Maly/Armbüster 4. Auflage (2001) § 134 Rn.4.

<sup>747</sup> BGH NJW 1970, 1179, 1980; NJW 1981, 1439, 1440.

Das Bereicherungsrecht trifft den Gesellschafter jedoch nicht härter als der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG. In den Genuss der kurzen Verjährung aus § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG kommt der bösllich handelnde Gesellschafter ohnehin nicht<sup>748</sup>.

d. Ergebnis: Keine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts

Im Ergebnis ist die Nichtigkeitsfolge des Verpflichtungsgeschäftes im Falle eines Verstoßes gegen das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG abzulehnen. Hierbei ist es unerheblich, ob Geschäftsführung und Gesellschafter bewusst gegen die Kapitalbindung verstoßen oder nicht. Gleiches gilt für das Erfüllungsgeschäft. Die Nichtigkeit ergibt sich weder aus § 134 BGB noch aus § 138 BGB. Zwar ist § 30 GmbHG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB zu qualifizieren. Zumindest das Erfüllungsgeschäft erfüllt damit den Tatbestand des § 134 BGB. Gleichwohl scheidet die Anwendung des § 134 BGB aus, da die Nichtigkeitsfolgen durch die spezielle Regelung der Erstattung in § 31 GmbHG überflüssig und dem Kapitalerhaltungssystem fremd sind. Gegen die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes spricht weiter, dass im Zeitpunkt der Verpflichtung noch nicht sicher bestimmt werden kann, ob mit Auszahlung gegen das Kapitalerhaltungsgebot verstoßen wird oder nicht.

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist entscheidend, dass das Verpflichtungsgeschäft zunächst Bestand hat und nicht schon von Anfang an unwirksam ist. Damit steht noch nicht fest, ob dem Gesellschafter später noch ein Auszahlungsanspruch zu steht.

3. Erfüllung des Auszahlungsanspruchs durch verbotswidrige Leistung

a. Ausgangsüberlegungen

Wie festgestellt lässt das Auszahlungsverbot die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes unberührt. Der Gesellschafter ist daher Inhaber eines Auszahlungsanspruchs gegen die Gesellschaft. Die Gesellschaft kann dem anspruchsberechtigten Gesellschafter jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 30 GmbHG entgegenhalten<sup>749</sup>. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nur solange, als durch die Auszahlung eine Unterbilanz eintreten würde. Der Gesellschafter kann nach Wegfall der Entnahmesperre aus § 30 GmbHG die Auszahlung verlangen ohne das hierfür eine erneute Willenbildung der Gesellschaft erforderlich ist<sup>750</sup>.

<sup>748</sup> nach dem Gesetzeswortlaut folgt allerdings nach der SchRModG seit 01.01.2002 für den bösllich handelnden Gesellschafter eine Verkürzung der Verjährung von 5 auf 3 Jahre, da sich die regelmäßige Verjährung nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB auf drei Jahre verkürzt hat. Hier liegt eine Systemwidrigkeit vor. Die Ansprüche gegen den bösllich handelnden Gesellschafter sind bis zu einer Neuregelung unverjährbar. So auch Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn.52.

<sup>749</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11; Röhrkasten GmbHR 1974, 36, 37; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.21; Meister WM 1980, 390, 396.

<sup>750</sup> Kort ZGR 2001, 615, 630.

Im Ergebnis bleibt der Auszahlungsanspruch von einer zwischenzeitlich eingetretenen oder drohenden Unterbilanz in seinem Bestand unberührt. Nach wirtschaftlicher Erholung ist die Entnahme auf Grundlage des ursprünglichen Verpflichtungsgeschäftes möglich.

Weniger unproblematisch lässt sich der Fortbestand des Auszahlungsanspruches begründen, wenn der Gesellschafter die Leistung während der wirtschaftlichen Krise entgegen dem Verbot aus § 30 GmbHG erhalten hat. Hier ist der Gesellschafter zunächst nach § 31 GmbHG zur Erstattung der empfangenen Leistung verpflichtet. Kommt der Gesellschafter der Erstattungspflicht nach und überwindet die Gesellschaft die wirtschaftliche Krise, ist fraglich, ob der Gesellschafter seinen ursprünglichen Auszahlungsanspruch erneut gegen die Gesellschaft geltend machen kann oder ob für eine Auszahlung ein neues Verpflichtungsgeschäft begründet werden muss.

Entscheidend für den Fortbestand des Auszahlungsanspruches ist, ob durch die verbotswidrige Leistung der Auszahlungsanspruch erfüllt wurde oder nicht. Besondere Brisanz gewinnt das Problem in einer anderen als der zuvor geschilderten Konstellation. Ist der Gesellschafter während der wirtschaftlichen Krise der Erstattungspflicht nicht nachgekommen – hat die Gesellschaft die Krise aber gleichwohl überwunden – könnte der Gesellschafter dem Erstattungsanspruch der GmbH aus § 31 GmbHG seinen originären Auszahlungsanspruch entgegenhalten und möglicherweise aufrechnen. Ist der Auszahlungsanspruch durch die verbotswidrige Leistung erloschen stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Aufrechnung nicht. Der Gesellschafter ist zur Erstattung verpflichtet. Eine Auszahlung ist erst nach erneuter Willensbildung der Gesellschaft möglich.

#### b. Meinungsstand

Nach der überwiegenden Auffassung in der Wissenschaft kommt der gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßenden Leistung an den Gesellschafter keine Erfüllungswirkung zu<sup>751</sup>. Der Auszahlungsanspruch bleibt somit von der verbotenen Ausschüttung in seinem Bestand unberührt. Nach Beseitigung der Unterbilanz kann der Gesellschafter seinen ursprünglichen Auszahlungsanspruch erneut geltend machen<sup>752</sup>. Die Erfüllungswirkung der verbotenen Auszahlung wird deshalb abgelehnt, weil der Gesellschafter nach Ausschüttung dem Erstattungsanspruch der GmbH ausgesetzt bleibt<sup>753</sup>. Die Leistung an den Gesellschafter erfolge nicht lastenfrei, sondern ist mit der Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG behaftet<sup>754</sup>.

<sup>751</sup> so ausdrücklich: Goedeler/Müller/Hachenburg 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck/Baumbach/Hueck 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Scholz/H.P.Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.12; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG, 363, 385; Butzke ZHR 154 (1990) 357, 370; Benecke ZIP 2000, 1969, 1972; Kort ZGR 2001, 615, 630; nicht ausdrücklich aber im Ergebnis: Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn.18 f.; Westermann ZIP 1987, 1115, 1116; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Meyer/Landruth 1. Auflage (1987) § 31 Rn.4; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius ZIP 2000, 1028, 1033; fragend Goette DStR 2000, 1236.

<sup>752</sup> Siehe Fn. 751.

<sup>753</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385 f.; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; wohl auch diesem Argumentationsansatz folgend Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7; Benecke ZIP 2000, 1969, 1972.

<sup>754</sup> Baumbach/Hueck/Baumbach/Hueck 17. Auflage (2000) Rn.6.

Da die Leistung nach § 31 Abs. 1 GmbHG sofort zu erstatten ist, könne eine Erfüllung nicht angenommen werden<sup>755</sup>.

Andere Vertreter der Wissenschaft sind der Auffassung, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters auch durch eine verbotswidrige Leistung der GmbHG erfüllt werde<sup>756</sup>. Nach der Auszahlung bestehe der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters nicht weiter<sup>757</sup>. Die Vertreter der Gegenmeinung betonen die Notwendigkeit einer Trennung des zivilrechtlichen Tatbestandes der Erfüllung und des gesellschaftsrechtlichen Instrumentes des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>758</sup>. So könne die aus der verbotenen Leistung folgende Erstattungspflicht die Erfüllungswirkung in Bezug auf den Auszahlungsanspruch nicht beseitigen<sup>759</sup>.

In seiner Elektroplan-Entscheidung vom 11.05.1987<sup>760</sup> setzt sich der BGH unter anderem auch mit der Erfüllungswirkung einer gegen § 30 GmbHG verstoßenden Auszahlung auseinander. Er wendet sich in seiner Entscheidung ausdrücklich gegen die in der Literatur vertretene Aufrechnungslösung<sup>761</sup>. Der BGH geht davon aus, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters durch die verbotswidrige Leistung erfüllt ist und somit erlischt<sup>762</sup>. Somit stehe dem Gesellschafter kein aufrechenbarer Anspruch aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgeschäft zu. Allerdings setzt sich der BGH nur mit der Frage auseinander, inwieweit das verbotswidrige Erfüllungsgeschäft der Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB unterfalle<sup>763</sup>. Dies im Grundsatz verneinend, geht der BGH ohne weiteres davon aus, dass der Auszahlungsanspruch durch das wirksame Erfüllungsgeschäft erfüllt wird<sup>764</sup>. Die Frage, ob die Erfüllungswirkung durch den verbotswidrigen Charakter der Leistung eingeschränkt wird, thematisiert der BGH nicht.

Einen abweichenden Standpunkt vertritt der BGH in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>765</sup>. Wiederrum setzt sich der BGH ablehnend mit der in der Literatur vertretenen Aufrechnungslösung auseinander. Die Möglichkeit zur Aufrechnung scheitert nach Auffassung des BGH jedoch nicht daran, dass dem Gesellschafter aus dem ursprünglichen Auszahlungsanspruch keine Rechte mehr zustehen. Vielmehr hält der BGH eine Aufrechnung wegen des Aufrechnungsverbotens aus § 19 Abs. 2 GmbHG – welches analog auf die Kapitalerhaltungsregeln anzuwenden sei – für ausgeschlossen.

<sup>755</sup> Benecke ZIP 2000, 1969, 1972.

<sup>756</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31; Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.10; wohl auch Buyer S.65 f.; zweifelnd Hommelhoff FS für Kellermann 1991, 165, 174.

<sup>757</sup> Siehe Fn.756.

<sup>758</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31; Rowedder 3. Auflage (1997) § 31 Rn.10.

<sup>759</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31.

<sup>760</sup> BGH ZIP 1987, 1113.

<sup>761</sup> Siehe hierzu Teil I I 3 b.

<sup>762</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114 f.

<sup>763</sup> hierbei übersieht der BGH, dass die von ihm zitierten Vertreter der Aufrechnungslösung überwiegend nicht von der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes nach § 134 BGB ausgehen: Baumbach/Hueck 14.

Auflage (1985) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 7. Auflage (1986) § 31 Rn.4.

<sup>764</sup> BGH ZIP 1987, 1113, 1114.

<sup>765</sup> BGHZ 146, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.



Indem sich der BGH mit der entsprechenden Anwendung des Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 GmbHG beschäftigt, geht er offenbar von einem nach wie vor bestehenden Auszahlungsanspruch des Gesellschafters aus<sup>766</sup>. Als mögliche Anspruchsgrundlage benennt der BGH ausdrücklich einen etwaigen Gewinnverwendungsbeschluss, welcher den Auszahlungen zu Grunde gelegen hat<sup>767</sup>. Mit der Frage der Erfüllungswirkung einer verbotswidrigen Leistung hat sich der BGH jedoch nicht argumentativ auseinandergesetzt. Dies war vor dem Hintergrund seiner Auffassung zur analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auch nicht erforderlich, da die Aufrechnung durch den Gesellschafters ohnehin ausgeschlossen ist. Somit konnte die Frage der Erfüllungswirkung dahinstehen. Zumindest folgt aus den Balsam/Procedo-Entscheidungen, dass der BGH das Fortbestehen des Verpflichtungsgeschäftes, auf welchem die verbotene Auszahlung gründet, nicht ausschließt.

### c. Stellungnahme

Der die Erfüllungswirkung bejahenden Auffassung<sup>768</sup> ist im Ausgangspunkt zunächst Recht zu geben. Betrachtet man Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft aus zivilrechtlicher Sicht, spricht einiges für die Erfüllungswirkung der Auszahlung. Auf Grundlage der zutreffenden Auffassung<sup>769</sup> ist das dingliche Geschäft der Auszahlung bzw. sonstigen Auskehr wirksam, da es der Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB nicht anheim fällt. Nach neuester Rechtsprechung ist die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäftes selbst in dem Fall anzunehmen, wenn die Parteien bei Auszahlung bewusst gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßen haben<sup>770</sup>. Ist das Erfüllungsgeschäft wirksam – bleibt es somit vom Verbot des § 30 GmbHG unberührt – ist im Grundsatz auch von der Erfüllungswirkung in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft nach § 362 BGB auszugehen<sup>771</sup>.

Zu prüfen ist daher, inwieweit sich die Belastung des Gesellschafters mit dem Erstattungsanspruch auf die zivilrechtliche Wirkung des Erfüllungsgeschäftes auswirkt. Die Argumentationslast liegt hierbei auf Seiten der Auffassung, welche die Erfüllungswirkung ablehnt. So müssen gute Gründe dafür sprechen, die an sich zwingende Erfüllungswirkung des dinglichen Geschäftes aufzuheben. Die Argumente dürften primär dem Gesellschaftersrecht zu entnehmen sein. Hiermit hat es allerdings nicht sein Bewenden. Vielmehr bedarf es einer soliden dogmatischen Grundlage dafür, die Erfüllungswirkung ausscheiden zu lassen. Die dogmatische Grundlage ist dem Zivilrecht zu entnehmen.

<sup>766</sup> den BGH ebenfalls so deutend: Kort ZGR 2001, 615, 630.

<sup>767</sup> BGHZ 146, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>768</sup> Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31; Rowedder 3. Auflage 1997 § 31 Rn.10.

<sup>769</sup> Siehe hierzu Teil 4 II 2 d.

<sup>770</sup> BGH ZIP 1997, 1450, 1452.

<sup>771</sup> so auch die Argumentation des BGH ZIP 1987, 1113, 1114; auch: Brandner FS für Fleck (1988), 23, 31.

aa. Pro-Argument 1: Belastung des Erfüllungsgeschäftes mit der Erstattungspflicht

Hauptargument gegen eine Erfüllungswirkung der verbotenen Auszahlung ist die aus der Entnahme folgende Erstattungspflicht des Gesellschafters aus § 31 GmbHG<sup>772</sup>. Erfolgt die Ausschüttung unter Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG, so ist der Gesellschafter zur Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet. Die Erstattungspflicht entsteht gleichzeitig und automatisch mit der verbotswidrigen Leistung an den Gesellschafter. Aus diesem Automatismus der Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG folgern Vertreter der herrschenden Auffassung, dass die Leistung von vornherein mit der Erstattungspflicht „belastet“<sup>773</sup> sei, und somit eine Erfüllungswirkung ausscheide. Verwendet werden auch Vokabeln wie „behaftet“<sup>774</sup> und „beeinträchtigt“<sup>775</sup>.

Hierbei bleiben die Gegner der Erfüllungswirkung eine dogmatische Grundlage schuldig. Hierauf deutet schon die Verwendung der wenig passenden Begriffe „belastet“, „behaftet“ und „beeinträchtigt“ hin, welche mit der verbotenen Leistung des Gesellschafters in Zusammenhang gebracht werden. Die Begrifflichkeiten lassen sich nicht mit der Erfüllungswirkung aus § 362 BGB in Verbindung bringen.

Die Argumentation selbst ist freilich – ungeachtet ihrer fehlenden dogmatischen Verankerung – nachvollziehbar. Hat der Gesellschafter etwas erhalten, was er letztlich wegen § 31 GmbHG nicht behalten darf, fällt es schwer anzunehmen, die Gesellschaft hätte mit dieser Leistung eine Verbindlichkeit getilgt. Vielmehr spricht die Erstattungspflicht aus § 31 GmbHG dafür, dass die verbotswidrige Leistung das Grundgeschäft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft nicht berührt. Der verbotswidrigen Leistung der Gesellschaft steht die Erstattungspflicht des Gesellschafters gegenüber. Der Erstattungsanspruch verfolgt den Zweck, die Folgen der verbotenen Auszahlung rückgängig zu machen. Insoweit hebt der Erstattungsanspruch die verbotswidrige Leistung auf. In der summarischen Betrachtung von verbotswidriger Leistung und Erstattungspflicht ist daher davon auszugehen, dass Auszahlungen, welche durch den Verstoß gegen § 30 GmbHG den Automatismus des Erstattungsanspruchs auslösen, keine Erfüllungswirkung in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft entfalten können.

bb. Pro-Argument 2: Gleichbehandlung der Gesellschafter

Ein weiteres Argument gegen die Erfüllungswirkung einer verbotswidrigen Leistung ergibt sich aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Gesellschafter. Beschließen mehrere Gesellschafter eine Gewinnverwendung im Sinne einer Ausschüttung an die Gesellschafter, kommt es gleichwohl nur zur Auszahlung an einen Gesellschafter, ergäbe sich ein Wertungswiderspruch, würde man die Erfüllungswirkung der verbotswidrigen Auszahlung bejahen<sup>776</sup>.

<sup>772</sup> Baumbach/Hueck/Baumbach/Hueck 17. Auflage (2000) Rn.6; Benecke ZIP 2000, 1969, 1972; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 386; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.

<sup>773</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 386.

<sup>774</sup> Baumbach/Hueck/Baumbach/Hueck 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6.

<sup>775</sup> Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.

<sup>776</sup> Kort ZGR 2001, 615, 630.

Der Gesellschafter, welcher die verbotswidrige Leistung erhalten hat, ist zur Erstattung an die GmbH verpflichtet. Bejaht man die Erfüllungswirkung der verbotswidrigen Leistung, steht ihm parallel hierzu kein Auszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft zu. Nach der Erstattung der Entnahme an die Gesellschaft stünde er damit schlechter, als die anderen Gesellschafter. Diese haben auf die Entnahme während der wirtschaftlichen Krise verzichtet und sind nach wirtschaftlicher Erholung der GmbH berechtigt, ihren Auszahlungsanspruch geltend zu machen. Dem betroffenen Gesellschafter bliebe nur die Möglichkeit, seine Mitgesellschafter zu einer erneuten Willensbildung der Gesellschafterversammlung im Sinne einer Auszahlung zu bewegen<sup>777</sup>.

Der Wertungswiderspruch besteht auch unabhängig vom Gleichbehandlungsgebot der Gesellschafter. So kann es nach Kort<sup>778</sup> für den Fortbestand des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters keine Rolle spielen, ob die Gesellschaft während des Bestehens einer Unterbilanz verbotswidrig zahlt und die Auszahlung zu erstatten ist, oder aber ob während der Unterbilanz keine Auszahlung erfolgt ist.

Zu prüfen bleibt, ob die Annahme einer Erfüllungswirkung in der dargestellten Konstellation tatsächlich zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung bzw. zu einem Wertungswiderspruch führt. Gegen eine Ungleichbehandlung spricht, dass der durch die Erfüllungswirkung benachteiligte Gesellschafter – bewusst oder unbewusst – gegen das Verbot aus § 30 GmbHG verstoßen hat, während die anderen Gesellschafter auf die Auszahlung bis zu einem Zeitpunkt der nachhaltigen Beseitigung der Unterbilanz aufgeschoben haben. Aber allein aus dem Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot rechtfertigt sich noch keine Ungleichbehandlung. Auch tragen alle Gesellschafter das Risiko, dass keine wirtschaftliche Erholung, sondern vielmehr eine Insolvenz eintritt. Haben einige Gesellschafter von vornherein keine Auszahlung erhalten, so muss der betroffene Gesellschafter die erhaltene Leistung nach § 31 GmbHG erstatten.

Der verbotswidrig handelnde Gesellschafter wird daher im Insolvenzfall durch die Erstattungspflicht so gestellt, als habe er keine Auszahlung erhalten. Das spricht dafür, den Gesellschafter auch im Falle der wirtschaftlichen Erholung mit den übrigen Gesellschaftern gleich zu behandeln und ihm den Auszahlungsanspruch trotz verbotswidriger Entnahme zuzugestehen. Wird der Gesellschafter im Insolvenzfall so gestellt als habe er die Auszahlung nicht erhalten, so ist er auch im Falle der nachhaltigen Beseitigung der Unterbilanz zu behandeln, als habe die Gesellschaft auf den Auszahlungsanspruch nichts geleistet<sup>779</sup>.

---

<sup>777</sup> denkbar wäre eine Mitwirkungspflicht der übrigen Gesellschafter aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

<sup>778</sup> Kort ZGR 2001, 615, 630.

<sup>779</sup> Kort ZGR 2001, 615, 630.

## cc. Dogmatische Grundlagen

Die herrschende Meinung hat sich bislang nicht mit der dogmatischen Begründung des Fortbestehens des Auszahlungsanspruches beschäftigt. Angesichts der weiterreichenden Folgen ist der Verneinung der Erfüllungswirkung der verbotenen Auszahlung nur zuzustimmen, wenn sich hierfür in der Erfüllungslehre eine haltbare Grundlage bietet.

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen ist zunächst die in Schrifttum<sup>780</sup> und Rechtsprechung<sup>781</sup> herrschende Auffassung der realen Leistungsbewirkung. Danach besteht der Tatbestand der Erfüllung i.S.d. § 362 BGB allein in der objektiven Herbeiführung des Leistungserfolges. Zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmale – welche neben der realen Leistungserbringung auf die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes gerichtet sein müssten<sup>782</sup> – sind nicht erforderlich. Danach tritt Erfüllung ein, wenn der Gläubiger die dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Leistung erhält und die Leistung der konkreten Schuld zugeordnet werden kann<sup>783</sup>.

Von diesem Ausgangspunkt fällt es zunächst schwer, die Erfüllungswirkung einer verbotenen Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG zu verneinen. So erhält der Gläubiger beispielsweise den durch den Auszahlungsbeschluss geschuldeten Geldbetrag. Das Erfüllungsgeschäft selbst ist auch wirksam, da § 134 BGB keine Anwendung findet<sup>784</sup>. Im Ergebnis ist der Gesellschafter Eigentümer des empfangenen Geldes geworden. Nichts anderes wurde im Auszahlungsbeschluss festgelegt. Auch erfolgte die Zahlung gerade auf Grund der Verpflichtung der GmbH gegenüber dem Gesellschafter. Danach entspricht die Leistung dem Inhalt des Schuldverhältnisses. Per Definitionen der Theorie der realen Leistungsbewirkung wäre daher Erfüllung i.S.d. § 362 BGB eingetreten.

Allerdings lässt sich der Tatbestand der Erfüllung nicht allein aus dem unmittelbaren Inhalt des betreffenden Schuldverhältnisses definieren. Schließlich wird der Grundsatz der Erfüllungswirkung einer vertragsgerechten Leistung auch nach der Lehre der realen Leistungsbewirkung durchbrochen. So bestimmt sich der Eintritt des Leistungserfolges nicht in jedem Falle ausschließlich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses.

Als Beispiel für eine fehlende Erfüllungswirkung trotz vertragsgerechter Leistung sei auf die Fallgruppe der Leistung an geschäftsunfähige bzw. beschränkt geschäftsfähige Personen hingewiesen.

<sup>780</sup> MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.10, 12; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.3 ff.; Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) Vor § 362 Rn.7.

<sup>781</sup> BGH NJW 1991, 1294, 1295; 1992, 2698, 2699.

<sup>782</sup> einen zweigliedrigen Tatbestand der Erfüllung fordern: Theorie der finalen Leistungsbewirkung, Zweckvereinbarungstheorie; Vertragstheorie; Nachweise in MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.6-9.

<sup>783</sup> MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.12; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.7; insoweit ist eine Zweckbestimmung durch den Schuldner möglich.

<sup>784</sup> Siehe hierzu Teil 4 II 2 d.

Nach herrschender Auffassung fehlt geschäftsunfähigen sowie beschränkt geschäftsfähigen Personen die zur Annahme der Leistung erforderliche Empfangszuständigkeit<sup>785</sup>. Der Schuldner kann sich trotz wirksamer Übereignung<sup>786</sup> des geschuldeten Gegenstandes nicht von seiner Verbindlichkeit befreien.

Bsp.: Der Hund des H zerreißt die Hose des 15-jährigen J. H gibt J Geld als Ersatz. J verjubelt das Geld mit seinen Freunden auf dem Jahrmarkt. Die Eltern des J fordern von H Schadensersatz<sup>787</sup>.

Nach herrschender Auffassung ist zwar die Übereignung an den Minderjährigen J wirksam, eine Erfüllung der Schadensersatzpflicht ist mangels Genehmigung der Eltern als gesetzliche Vertreter nicht eingetreten<sup>788</sup>. Der H ist daher trotz Zahlung an den J schadensersatzpflichtig. Im steht gegen J ein Kondiktionsanspruch zu, dem jedoch die Einrede aus § 818 Abs. 3 BGB entgegensteht.

Somit ist der Erfüllungstatbestand des § 362 BGB keineswegs so eindeutig wie es zunächst den Anschein hat. Festzuhalten ist, dass die Erfüllungswirkung in bestimmten Konstellationen von Umständen abhängen kann, die außerhalb des sich aus der eigentlichen Verpflichtung ableitenden Leistungserfolges begründet sind. Zum Eintritt des Leistungserfolges im Sinne des § 362 BGB kann somit unter Umständen mehr erforderlich sein als die Vornahme des geschuldeten Rechtsgeschäftes.

dd. Dogmatischer Ansatz 1: Fehlendes Recht zum Behalten der Leistung

Zweifel an der Erfüllungswirkung der verbotenen Auszahlung kommen in erster Line deshalb auf, weil der Gesellschafter automatisch mit Erhalt verpflichtet ist, die Leistung gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschaft zu erstatten<sup>789</sup>. Kommt der Gesellschafter seiner Erstattungspflicht nach, so ist ihm aus dem Auszahlungsanspruch letztlich kein Vermögenswert zugeflossen. Nach dem Regelungssystem der §§ 30, 31 GmbHG soll verhindert werden, dass der Gesellschafter die verbotene Leistung behält. Zu untersuchen ist daher, ob die Erfüllungswirkung i.S.d. § 362 BGB auch dann eintritt, wenn der Gläubiger die Leistung nicht behalten darf.

In Teilen der Kommentarliteratur wird vertreten, dass die Erfüllungswirkung voraussetze, dass der Gläubiger die Leistung behalten darf<sup>790</sup>. Eine Leistungsverpflichtung sei nur dann erfüllt, wenn der Gläubiger die endgültige Verfügungsmacht über den Gegenstand der Leistung erhält, diesen also nicht mehr herausgeben muss<sup>791</sup>.

<sup>785</sup> MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.15; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.6;

<sup>786</sup> die Eigentumsübertragung an einen Minderjährigen ist in der Regel wirksam, da die Übereignung lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB ist; h.M.: MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.15; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 107 Rn.4.

<sup>787</sup> nach Muschler/Bloch JuS 2000, 729, 738.

<sup>788</sup> Muschler/Bloch JuS 2000, 729, 738.

<sup>789</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) Rn.6; Benecke ZIP 2000, 1969, 1972; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 386; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370.

<sup>790</sup> MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.12.

<sup>791</sup> MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.3.

Für Geldschulden hat der BGH entschieden, dass der Leistungserfolg nur dann erzielt wird, wenn der Gläubiger den Geldbetrag endgültig zur freien Verfügung übereignet und überwiesen erhält<sup>792</sup>. Darf der Gläubiger den Betrag nicht behalten, so trete der Leistungserfolg nicht ein<sup>793</sup>. Inwieweit die Grundsätze der vorzitierten Entscheidung des BGH sich auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen lassen, bedarf einer näheren Untersuchung.

Zunächst soll der vereinfachte Sachverhalt, welcher der vorzitierten Entscheidung des BGH zugrunde lag, dargestellt werden. Das Grundstück des S war mit einer Grundschuld zugunsten der Sparkasse G belastet. Die Grundschuld sicherte eine Forderung der Sparkasse G gegen H, was S jedoch nicht wusste. S ging vielmehr davon aus, dass die Grundschuld die Forderung der B gegen ihn selbst sicherte. Daher zahlte S den geschuldeten Betrag an die B zur Ablösung der Grundschuld. Die B musste den Betrag nach § 816 II BGB an die Sparkasse G herausgeben, und macht daher ihre Forderung gegen den S geltend.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Der BGH hat die Revision nicht angenommen. Den Nichtannahmebeschluss begründete der BGH damit, dass die B nur vorübergehend befriedigt worden sei, da sie den erhaltenen Betrag an die Sparkasse G als Inhaberin der gesicherten abführen musste.

Die vorzitierte Entscheidung des BGH lässt sich nicht auf die Kapitalerhaltungsregeln übertragen<sup>794</sup>. Die Umstände, welche zum Nichteintritt der Erfüllung geführt haben, waren vom Regelungsmechanismus der §§ 30, 31 GmbHG grundverschieden. Die Gläubigerin und Leistungsempfängerin B war hinsichtlich der Zahlung des S Nichtberechtigte i.S.d. § 816 Abs. 2 BGB und musste den erhaltenen Betrag daher an die berechtigte Sparkasse G herausgeben. Die B war also gar nicht Inhaberin der Forderung, auf welche S zahlte. Vielmehr stand der B eine andere Forderung gegen S zu, welche selbstverständlich nicht durch die Zahlung des S erlöschen konnte, da dieser – ohne es zu wissen – in Wahrheit auf eine andere Forderung (die der Sparkasse G) gezahlt hatte. Wäre der BGH zu einem anderen Ergebnis gelangt, hätte der S mit einer Leistung zwei Verpflichtungen erfüllt.

In der hier thematisierten Konstellation leistet die Gesellschaft im Unterschied dazu auf eine Forderung des Gesellschafters. Der Gesellschafter darf die Leistung zwar ebenfalls nicht behalten. Dies gründet sich jedoch auf den Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG und nicht aus der fehlenden Forderungsinhaberschaft.

Das Ergebnis der besprochenen Entscheidung des BGH<sup>795</sup> lässt sich daher in der Begründung nicht auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen. Der Entscheidung kann auch nicht der allgemeine Grundsatz entnommen werden, dass die Erfüllungswirkung stets ausscheidet, wenn der Gläubiger den Leistungsgegenstand nicht zur endgültigen Verfügungsmacht erhält, ihn also wieder herausgeben muss<sup>796</sup>.

---

<sup>792</sup> BGH NJW 1996, 1207.

<sup>793</sup> BGH NJW 1996, 1207.

<sup>794</sup> a.A. Benecke ZIP 2000, 1969, 1972 welche unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH die Erfüllungswirkung der verbotenen Auszahlung verneint.

<sup>795</sup> BGH NJW 1996, 1207.

<sup>796</sup> so aber im Anschluss an BGH\_NJW 1996, 1207; MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.3.

Diese Argumentation ist zu allgemein gehalten, um wirklich überzeugen zu können. Außerdem ist die Begründung des BGH auf die Regelung des § 816 Abs. 2 BGB zugeschnitten und auch deshalb einer Verallgemeinerung nicht zugänglich.

ee. Dogmatischer Ansatz 2: Leistung unter Vorbehalt

Wie bereits dargestellt wird der Grundsatz der Erfüllungswirkung durch reale Leistungserbringung mehrfach durchbrochen<sup>797</sup>. Eine weitere Ausnahme bilden bestimmte Konstellationen einer Leistung unter Vorbehalt<sup>798</sup>. Unter dem Oberbegriff einer Leistung unter Vorbehalt werden verschiedene Fallgruppen zusammengefasst. Unter bestimmten Umständen kann eine Leistung unter Vorbehalt den Eintritt der Erfüllungswirkung verhindern. Freilich führt nicht jede Leistung unter Vorbehalt zum Ausschluss der Erfüllungswirkung. Für die weitere Untersuchung sind zunächst die Varianten einer Leistung unter Vorbehalt vorzustellen.

Ein ohne weitere Erläuterung im Zusammenhang mit einer Leistung erklärter Vorbehalt führt regelmäßig nicht zum Ausschluss der Erfüllungswirkung<sup>799</sup>. Ein allgemeiner Vorbehalt ist dahin auszulegen, dass sich der Schuldner lediglich gegen ein Schuldanerkenntnis verwahren bzw. der Einrede aus § 814 BGB vorbeugen muss, er habe auf eine Nichtschuld geleistet<sup>800</sup>. Ein solcher Vorbehalt vermag an der Beweislast des zurück fordernden Schuldners nichts zu ändern. Der Gläubiger erhält durch die Leistung nicht weniger als das, worauf er Anspruch hat<sup>801</sup>. Daher vermag der Vorbehalt an der Erfüllungswirkung der Leistung nichts zu ändern.

Einfluss auf die Erfüllungswirkung hat jedoch ein Vorbehalt des Schuldners, die Leistung erfolge unter der Bedingung, dass die Schuld tatsächlich bestehe. Mit einer solchen Bedingung will der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Rückforderung die Beweislast auferlegen, er dürfe die Leistung behalten<sup>802</sup>. Der Gläubiger muss eine unter solchem Vorbehalt stehende Leistung nicht annehmen, eine Erfüllungswirkung kommt einer solchen Leistung nicht zu<sup>803</sup>.

Ein Vorbehalt kann auch dahin erklärt werden, die Leistung erfolge unter einer echten Bedingung. Die Bedingung kann insbesondere auf den Eintritt besonderer Umstände außerhalb des Erfüllungsvorganges gerichtet sein<sup>804</sup>. Durch einen solchen Vorbehalt tritt die Erfüllungswirkung nur bei Vorliegen der außerhalb der Forderung liegenden Bedingung ein<sup>805</sup>.

<sup>797</sup> Siehe Beispiel zum Minderjährigenschutz unter 3 c cc.

<sup>798</sup> Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.11.

<sup>799</sup> BGH NJW 1982, 2301, 2302; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 362 Rn.11; Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.11; MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.4.

<sup>800</sup> Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16.

<sup>801</sup> Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16.

<sup>802</sup> Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16.

<sup>803</sup> BGHZ 86, 267, 269; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 362 Rn.11; Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16; Ermann/Westermann 10. Auflage (2000) § 362 Rn.11; MüKo/Wenzel 4. Auflage (2001) § 362 Rn.4.

<sup>804</sup> BGH NJW 1985, 376, 377; Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) Rn.11.

<sup>805</sup> Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16.

Ein besonderer Unterfall hiervon ist die Leistung unter dem Vorbehalt der Rückforderung unter besonderen Umständen<sup>806</sup>.

Leistet der Schuldner unter dem Vorbehalt, die Forderung unter bestimmten Bedingungen zurückzufordern, so steht mit der Rückforderung im Falle des Bedingungeintrittes fest, dass die Leistung nicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit führte<sup>807</sup>. Inwieweit die unter dem Vorbehalt stehende Leistung Erfüllungswirkung hat, hängt somit von der Rückforderung durch den Schuldner ab<sup>808</sup>.

Die letzte Fallgruppe kann für das Kapitalerhaltungsrecht fruchtbar gemacht werden. Leistet die Gesellschaft zur Erfüllung eines Gewinnverwendungsbeschlusses eine Zahlung an den Gesellschafter, so kann der Gesellschafter diese Leistung nur dann endgültig behalten, sofern die Stammkapitalziffer im Zeitpunkt der Auszahlung unverletzt ist und bleibt. Führt die Zahlung hingegen zu einer Unterbilanz oder wird eine solche verstärkt, liegt ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vor. Der Gesellschafter ist aus § 31 Abs. 1 GmbHG zur Erstattung des erhaltenen Betrages verpflichtet. Somit erfolgt die Zahlung der Gesellschaft an den Gesellschafter unter dem Vorbehalt der Rückforderung. Genauer bestimmt sich der Rückforderungsvorbehalt auf den Eintritt einer außerhalb der Forderung liegenden Bedingung, nämlich des Bestehens oder Entstehens einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Auszahlung. Zahlt die Gesellschaft unter Verstoß gegen § 30 GmbHG, tritt die Bedingung der Rückforderung ein, der Gesellschafter ist zur Erstattung verpflichtet.

Gegen diese Lösung kann nicht eingewandt werden, es fehle zwischen Gesellschaft und Gesellschafter an einer Vereinbarung des Vorbehaltes bzw. einer entsprechenden einseitigen Erklärung der Gesellschaft. Die Vereinbarung bzw. die einseitige Erklärung des Vorbehaltes ist nicht erforderlich. Der Vorbehalt ergibt sich aus dem Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG. Schließlich enthalten die Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG nichts anderes als den Vorbehalt einer Rückforderung der Leistung im Falle einer verbotenen Auszahlung. So geht die Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Kapitalerhaltungsregeln von der stillschweigenden Vereinbarung eines Vorbehaltes aus<sup>809</sup>. Allerdings konstruiert die Rechtsprechung den Vorbehalt nicht für das Erfüllungs- sondern in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft. Danach sind Zahlungsversprechen an die Gesellschafter stets als unter dem Vorbehalt stehend auszulegen, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt nicht unterkapitalisiert ist<sup>810</sup>.

---

<sup>806</sup> BGHZ 28, 359, 364.

<sup>807</sup> BGHZ 28, 359, 364.

<sup>808</sup> BGHZ 28, 359, 364; a.A. Soergel/Zeiss 12. Auflage (1990) § 362 Rn.16: danach führt die unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgte Leistung grundsätzlich nicht zur Erfüllung. Hierbei geht Soergel/Zeiss offenbar davon aus, dass die Rückforderung nicht vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird.

<sup>809</sup> RGZ 168, 292, 302; BGHZ 9, 157, 169; siehe schon unter II.2.b.dd.; dem folgend die Literatur: Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.21; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11; Röhrkasten GmbHHR 1974, 36, 37.

<sup>810</sup> RGZ 168, 292, 302; BGHZ 9, 157, 169; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.21; Röhrkasten GmbHHR 1974, 36, 37.



Es sprechen gute Gründe dafür, dass ein Vorbehalt nicht nur im Rahmen des Verpflichtungsgeschäftes, sondern auch für das Erfüllungsgeschäft gilt. So ergibt sich der Vorbehalt in beiden Fällen aus dem Regelungssystem der §§ 30, 31 GmbHG. Folgt der Vorbehalt der Auszahlung im Rahmen des Kausalgeschäftes aus dem Ausschüttungsverbot des § 30 GmbHG, so folgt der Vorbehalt der Rückforderung aus der Erstattungspflicht des § 31 Abs. 1 GmbHG. Ein Zahlungsverprechen der Gesellschaft erfolgt wegen § 30 GmbHG mit der Maßgabe, dass die Gesellschaft die Verpflichtung nur erfüllt, sofern hierdurch das Stammkapital nicht verbraucht wird<sup>811</sup>. Leistet die Gesellschaft eine Zahlung an den Gesellschafter, so darf der Gesellschafter den erhaltenen Betrag gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG nur behalten, sofern die Zahlung weder zu einer Unterbilanz führt, noch eine solche verstärkt. Jede Zahlung steht daher unter dem Vorbehalt der Rückforderung unter der Bedingung, dass die Zahlung unter Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot des § 30 GmbHG erfolgte.

Die Rechtsprechung und die Literatur geht von einem rechtsgeschäftlichen Vorbehalt aus. So wird das Auszahlungsverprechen der Gesellschaft so ausgelegt, dass die Zahlung nur bei ausreichender Deckung des Stammkapitals erfolgt<sup>812</sup>. Der Vorbehalt wird als stillschweigend vereinbart angesehen. Die Rechtsprechung muss dort auf ihre Grenzen treffen, wo Gesellschaft und Gesellschafter dem Verbot des § 30 GmbHG bewusst zuwider handeln. Handeln die Vertragsparteien bei Vornahme von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft unter Kenntnis der Unterbilanz, ist für eine Auslegung der Willenserklärungen im Sinne eines Vorbehaltes kein Platz mehr. Die Auslegung von Willenserklärungen (§ 133 BGB) und Verträgen (§ 157 BGB) setzt jeweils das Bestehen einer Erklärungs- oder Regelungslücke voraus<sup>813</sup>. Hat die Erklärung bzw. die Vereinbarung einen eindeutigen Inhalt, ist für eine Auslegung kein Raum<sup>814</sup>. Ist der Geschäftsführung und der Gesellschaft die Unterbilanz im Zeitpunkt der Auszahlung bekannt, kann in ihre Leistungserklärung nicht hineininterpretiert werden, dass sie sich die Rückforderung im Falle der Unterbilanz vorbehält.

Entgegen der Rechtsprechung und der Literatur ist die Geltung eines Zahlungs- bzw. Rückforderungsvorbehaltes nicht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen. Vielmehr steht der Vorbehalt der Nichtzahlung bei Unterbilanz bzw. der Rückforderung für den Fall der Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot nicht im Ermessen der Vertragsparteien. Beide Vorbehalte folgen direkt aus §§ 30, 31 GmbHG und sind daher gesetzlicher Natur. So steht jedes Zahlungsverprechen der Gesellschaft kraft § 30 GmbHG automatisch und gesetzlich unter dem Vorbehalt eines ausreichend gedeckten Stammkapitals. Jede Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter erfolgt automatisch und gesetzlich aus § 31 GmbHG mit der Maßgabe der Rückforderung, sofern durch die Ausschüttung eine Unterbilanz begründet oder verstärkt wird.

Der gesetzliche Vorbehalt ist im Gegensatz zu einem rechtsgeschäftlichen Vorbehalt unabhängig vom Kenntnisstand der Parteien. Zahlt die Gesellschaft in Kenntnis einer bestehenden Unterbilanz an den Gesellschafter aus, so lässt sich ein Rückforderungsvorbehalt in die Willenserklärung der Gesellschaft nicht hineininterpretieren.

---

<sup>811</sup> BGHZ 9, 157, 169.

<sup>812</sup> RGZ 168, 292, 302; BGHZ 9, 157, 169; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.11; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.21; Röhrkasten GmbHR 1974, 36, 37.

<sup>813</sup> BGHZ 40, 91, 103; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 133 Rn.5 f.; 157 Rn.3.

<sup>814</sup> BGHZ 25, 318, 319; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 133 Rn.6.

Im Falle des bewussten Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG würde daher eine Erfüllungswirkung eintreten. Der gesetzliche Rückforderungsvorbehalt gilt demgegenüber unabhängig von subjektiven Elementen auf Seiten der Gesellschaft bzw. des Gesellschafters. So bedarf der gesetzliche Vorbehalt aus § 31 Abs. 1 GmbHG keiner Vereinbarung, sondern liegt automatisch jeder Auszahlung an den Gesellschafter zugrunde.

Die Konstruktion des Rückforderungsvorbehaltes stellt die herrschende Meinung<sup>815</sup> – welche für den Nichteintritt der Erfüllungswirkung einer verbotenen Auszahlung plädiert – auf eine dogmatische Grundlage. Jede Auszahlung der Gesellschaft an einen Gesellschafter steht damit unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass die Auszahlung eine bestehende Unterbilanz verstärkt oder erstmalig zu einer Unterbilanz führt. Erfolgt die Auszahlung unter Beachtung der Kapitalerhaltungsregeln, tritt die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs ein. Verstößt die Zahlung gegen das Verbot aus § 30 GmbHG, so greift der Vorbehalt der Rückforderung ein. Eine Erfüllungswirkung kann für diesen Fall nicht eintreten.

#### 4. Ergebnis: Fortbestand des Auszahlungsanspruchs

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters trotz des Verbotes aus § 30 GmbHG wirksam begründet wurde und auch nach Auszahlung fortbesteht. So folgt aus dem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG keine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes aus §§ 134, 138 BGB.

Weiter bleibt der Auszahlungsanspruch von der tatsächlichen verbotswidrigen Auszahlung unberührt. So steht jede Zahlung an die Gesellschafter unter dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass die Leistung der Gesellschaft zu einer Unterbilanz führt oder eine solche verstärkt. Der Rückforderungsvorbehalt ist nicht rechtsgeschäftlicher, sondern gesetzlicher Natur. Schließlich folgt der Vorbehalt direkt aus dem Regelungssystem der §§ 30, 31 GmbHG. Da der Vorbehalt nicht auf auslegungsfähigen Willenserklärungen basiert, werden auch Fälle des bewussten Verstoßes gegen § 30 GmbHG erfasst. Durch den Rückforderungsvorbehalt wird die Erfüllungswirkung der verbotswidrigen Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter in Bezug auf den Auszahlungsanspruch ausgeschlossen.

Sieht sich der Gesellschafter dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG ausgesetzt, steht ihm parallel nach wie vor ein Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen – der verbotenen Auszahlung zugrunde liegenden – Verpflichtungsgeschäft zu.

<sup>815</sup> so die h.M.: Goerdeler/Müller/Hachenburg 7. Auflage (1979) § 31 Rn.4; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.38; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370; Benecke ZIP 2000, 1969, 1972; Kort ZGR 2001, 615, 630; Westermann ZIP 1987, 1115, 1116; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Meyer/Landruth 1. Auflage (1987) § 31 Rn.4; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius ZIP 2000, 1028, 1033.

### III. Aufrechnungsrecht des Gesellschafters

#### 1. Einführung

Wie in den vorangehenden Untersuchungen gezeigt wurde, steht dem Gesellschafter nach Empfang einer verbotenen Leistung i.S.d. § 30 GmbHG in der Regel noch ein Anspruch gegen die Gesellschaft aus dem der Auszahlung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft zu. Dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 GmbHG wird der Gesellschafter daher seinen Auszahlungsanspruch entgegen halten. Stehen sich zwei gleichartige Ansprüche auf Geldleistung gegenüber, liegt nichts näher, als beiden Parteien die Aufrechnung ihrer Ansprüche zu gestatten. Allerdings handelt es sich bei der Forderung der Gesellschaft um einen Anspruch welcher primär zur Wahrung von Gläubigerinteressen dient. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG soll die Erhaltung des Haftungsfonds der Gesellschaft sichern. Da hier bei Geltendmachung des Anspruchs Drittmittel im Mittelpunkt stehen, sind die Verfügungsmöglichkeiten der Gesellschaft nach § 31 Abs. 4 GmbHG eingeschränkt. Steht der Erstattungsanspruch somit im Dienste der Kapitalerhaltung, ist fraglich, ob die Möglichkeit der Forderungsverrechnung überhaupt gegeben ist.

Im Rahmen der Kapitalerhaltungsregelungen wird die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch nicht ausgeschlossen. Eine Regelung wie § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG für die Einlageforderung ist § 31 GmbHG fremd. Unter § 31 Abs. 4 GmbHG findet sich lediglich ein Erlassverbot. Ein Aufrechnungsverbot ist nicht ausdrücklich geregelt. Insoweit lässt sich eine Divergenz zwischen den Regeln der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung feststellen. So verbietet § 19 Abs. 2 Satz. 2 GmbHG dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft. Der Gesellschaft selbst ist grundsätzlich die Aufrechnung gestattet. Streitig ist, ob das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch in analoger Anwendung zu übertragen ist.

Der BGH lässt in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen die Aufrechnung des Gesellschafters ohne weitere Begründung scheitern<sup>816</sup>. In einer weiteren Entscheidung bejaht der BGH ausdrücklich die Analogie des Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch des § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>817</sup>. Die Übertragung des Aufrechnungsverbot auf die Kapitalerhaltungsregeln ist in der Wissenschaft umstritten. Im wesentlichen bewegt sich der Streit darum, inwieweit ein Gleichlauf zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung angezeigt ist und der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung auch im Kapitalerhaltungsrecht – als Grundsatz der realen Kapitalwiederaufbringung – Geltung beansprucht.

---

<sup>816</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>817</sup> BGHZ 146, 105, 107.

Unabhängig vom einem einseitigen Aufrechnungsverbot stellt sich die Frage, ob die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch nicht grundsätzlich nur eingeschränkt möglich ist. Möglicherweise ist es auch der Gesellschaft nicht in jedem Fall gestattet, gegenüber einer Forderung des Gesellschafters mit dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG die Aufrechnung zu erklären. Besteht eine solche grundsätzliche Einschränkung des Instrumentes der Aufrechnung für die Gesellschaft, so gilt die Beschränkung auch für den Gesellschafter. Wäre die Aufrechnung daher unabhängig von einem einseitigen Aufrechnungsverbot eingeschränkt, so würde der Streit um eine Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wohl an Bedeutung verlieren.

Im folgenden ist daher zunächst zu untersuchen, ob die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch – gleich von welcher Seite erklärt – nur eingeschränkt möglich ist. Im Anschluss soll die analoge Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch thematisiert werden.

## 2. Einschränkung der Aufrechnung für die Gesellschaft und den Gesellschafter

### a. Aufrechnung durch die Gesellschaft im Kapitalaufbringungsrecht

Im Recht der Kapitalaufbringung ist in Rechtsprechung<sup>818</sup> und Literatur<sup>819</sup> anerkannt, dass eine Aufrechnung mit der Einlageforderung grundsätzlich nur zulässig ist, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, liquide und fällig ist. Die Aufrechnung durch die Gesellschaft darf daher nur den Zweck haben, ein überflüssiges Hin- und Herzahlen zu ersetzen<sup>820</sup>. Die grundsätzliche Einschränkung der Aufrechnung gegen die Einlageforderung hat mit dem Verbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nichts zu tun. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG enthält nur ein einseitiges Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter. Im Umkehrschluss müsste der Gesellschaft die Aufrechnung ohne weiteres offen stehen.

Dass die Gesellschaft selbst nicht über die Einlageforderung verfügen darf, folgt aus dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung. Der Grundsatz findet seinen deutlichsten Niederschlag in § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Danach ist die Gesellschaft selbst nicht Herr über die Einlageforderung. Ihr ist es nicht gestattet, den Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung zu befreien. So soll im Gläubigerinteresse gewährleistet werden, dass der Gesellschaft die Einlage tatsächlich und ungeschmälert zufließt. Die nur eingeschränkte Zulässigkeit der Aufrechnung folgt daher letztlich aus dem Erlassverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der realen Kapitalaufbringung.

<sup>818</sup> BGHZ 125, 141, 143.

<sup>819</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 19 Ziff.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.17 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18 ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 19 Rn.61; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003); § 19 Rn.30; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034.

<sup>820</sup> RGZ 72, 266; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.22; Brodmann 1. Auflage (1924) § 19 Ziff. 3; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e.

Die Aufrechnung der Einlageschuld gegen eine Forderung des Gesellschafters, welche nicht vollwertig, fällig und liquide ist, ist somit als Teilerlass<sup>821</sup> i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verboten.

b. Meinungsstand zum Aufrechnungsverbot für die Gesellschaft im Kapitalerhaltungsrecht

Eine Einschränkung der Aufrechnung durch die Gesellschaft gegen den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist im Kapitalerhaltungsrecht ebenso wenig geregelt wie in § 19 GmbHG. Rechtsprechung zum Aufrechnungsverbot der Gesellschaft existiert für den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht. In der Wissenschaft wird die Frage einstimmig wie im Kapitalaufbringungsrecht entschieden<sup>822</sup>. Dort wird die Aufrechnung gegen den Einlageanspruch – gleich ob von Seiten der GmbHG oder des Gesellschafters erklärt – nur dann für zulässig erachtet, wenn die Gegenforderung des Gesellschafters fällig, vollwertig und liquide ist<sup>823</sup>. Die Einschränkung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch wird insbesondere auch von den Vertretern eingeräumt, welche das einseitige Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht auf den Erstattungsanspruch übertragen wollen<sup>824</sup> oder sich zur Streitfrage der Stimme enthalten<sup>825</sup>.

c. Stellungnahme

Das Verbot für die Gesellschaft, die Einlageforderung durch Aufrechnung zu erledigen, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters bestimmte Anforderungen nicht erfüllt, leitet sich aus dem Gebot der realen Kapitalaufbringung ab. Sobald nämlich die Aufrechnung einen Teilerlass beinhaltet, verstößt sie gegen § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und ist daher unwirksam. Durch den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung wird sichergestellt, dass der Gesellschaft die Einlage tatsächlich und ungeschmälert zufließt. Kommt es nicht zu einer Einzahlung, soll gewährleistet sein, dass der Gesellschaft der Einlageanspruch erhalten bleibt und sich der Gesellschafter hiervon nicht befreien kann<sup>826</sup>. Spätestens der Insolvenzverwalter soll so die Einlagenansprüche realisieren können<sup>827</sup>. Erst die Strenge der Kapitalaufbringungsregeln legitimiert die beschränkte Haftung der Gesellschafter<sup>828</sup>. Die Einschränkung des Aufrechnungsrechts der Gesellschaft dient somit dem Schutz der Gläubigerinteressen an der Schaffung eines Mindesthaftungsfonds der Gesellschaft in Höhe des Stammkapitals.

<sup>821</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73.

<sup>822</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHG 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>823</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e.

<sup>824</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>825</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32.

<sup>826</sup> Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.635.

<sup>827</sup> Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.635.

<sup>828</sup> K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 1.

Das Aufrechnungsverbot zu Lasten der Gesellschaft ist daher auf den Erstattungsanspruch zu übertragen, sofern der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung sinngemäß auch für das Kapitalerhaltungsrecht Geltung beansprucht. Entscheidend ist somit, ob auch das Kapitalerhaltungsrecht ein Gebot der realen Kapital(wieder)aufbringung<sup>829</sup> kennt.

Der Begriff der realen „Kapitalwiederaufbringung“ ist zunächst missverständlich. So sind die Regeln der §§ 30, 31 GmbHG nicht darauf gerichtet, die Einlageleistung durch die Gesellschafter zu wiederholen. Insbesondere lebt durch eine verbotene Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG die Einlagepflicht der Gesellschafter nicht wieder auf<sup>830</sup>. Die Einlage ist erbracht und bleibt es<sup>831</sup>. Inhalt des Erstattungsanspruchs ist nicht die Wiederholung der Einlageleistung. Vielmehr hat der Gesellschafter die Entnahme insoweit zurückzuerstatten, als sie die Stammkapitalziffer verletzt. Der Erstattungsanspruch kann daher der Höhe nach sowohl hinter der ursprünglichen Einlagepflicht zurückbleiben, als sie auch überschreiten. Weiter fehlt dem Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG – im Gegensatz zur Einlagepflicht – das Element der vertraglichen Bindung des Gesellschafters. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung kann somit nicht ohne weitere Überlegungen als Grundsatz der realen „Kapitalwiederaufbringung“ auf den Erstattungsanspruch übertragen werden.

Gleichwohl zeigt bereits die Regelung des § 31 GmbHG, dass auch der Erstattungsanspruch eine besondere Sicherung im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft genießt. So findet sich unter § 31 Abs. 4 GmbHG ein Erlassverbot, welches zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Inhalt nach dem Kern der Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG entspricht<sup>832</sup>. So ist auch im Kapitalerhaltungsrecht die Verfügungsmacht der Gesellschaft über ihren Anspruch eingeschränkt. Der Erstattungsanspruch steht damit in seinem Bestand nicht zur Disposition der Gesellschaft und des betroffenen Gesellschafters. Grund hierfür ist der klar gläubigerschützende Normzweck des § 31 GmbHG. Im § 31 Abs. 4 GmbHG ist daher ein Grundsatz der realen Erstattung verankert.

Ebenso wie der Gläubigerschutz die reale Kapitalaufbringung erfordert, besteht ein Gläubigerinteresse an der effektiven Erstattung der verbotenen Auszahlung an die Gesellschaft. Das Gläubigerinteresse ist freilich nach der hier vertretenen Ansicht<sup>833</sup> nur insoweit berechtigt, als die Unterbilanz nicht anderweitig beseitigt wurde. Die Einlageforderung dient der Herstellung des Stammkapitals im Zeitpunkt der Entstehung der GmbH. Parallel hierzu bezweckt der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG den Ausgleich für die verbotswidrige Auszahlung. Der Erstattungsanspruch ist somit das Surrogat des auf den Gesellschafter übertragenen Vermögensgegenstandes. Daher ist der Bestand des Erstattungsanspruchs zu sichern, um die Gesellschaft bilanziell so zu stellen, als wäre die verbotene Ausschüttung nicht erfolgt. Spätestens der Insolvenzverwalter soll somit in die Lage versetzt werden, den Gesellschafter auf Erstattung in Anspruch zu nehmen. Eine Befreiung des Gesellschafters kann nur erfolgen, wenn der Gesellschaft die verbotene Ausschüttung auch tatsächlich gleichwertig zurückerstattet wird. Erst dann hat die Erstattungspflicht ihre Ausgleichsfunktion erfüllt.

<sup>829</sup> den Begriff verwendend: Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 177.

<sup>830</sup> so aber: Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3.

<sup>831</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.1:“Die Stammeinlage ist bezahlt und bleibt es“.

<sup>832</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) Rn.32; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.23.

<sup>833</sup> Siehe Teil 2 I 1 c.

Für die sinngemäße Übertragung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung spricht auch die im Grundsatz gleiche Zielrichtung von Einlage- und Erstattungsspflicht. Beide Ansprüche dienen der Wahrung der Gläubigerinteressen durch Schaffung und Sicherung der Stammkapitals als Mindesthaftungsfond<sup>834</sup>. Beide Ansprüche sind damit Bestandteile eines einheitlichen Kapitalerhaltungssystems. Die identische Zielrichtung beider Kapitalschutzinstrumente fasst der BGH in Begriffe des „engen funktionalen Zusammenhangs zwischen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht“<sup>835</sup> und der „funktionalen Vergleichbarkeit von Erstattungsanspruch und Einlageforderung“<sup>836</sup>.

Für eine Übertragung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung auf den Erstattungsanspruch spricht somit die gleiche Zielrichtung der von Einlageforderung und Erstattungsanspruch als auch die Notwendigkeit einer Beständigkeit der Forderung aus § 31 Abs. 1 GmbHG im Interesse des Gläubigerschutzes. Es bleibt daher die Frage, inwieweit Unterschiede zwischen Einlage- und Erstattungsforderung gegen eine Übertragung der Regeln der realen Kapitalaufbringung sprechen.

Die Einlageforderung unterscheidet sich vom Erstattungsanspruch im wesentlichen durch ihren (auch) rechtsgeschäftlichen Charakter sowie ihrer klaren Begrenzung auf die Höhe der Stammeinlage. Das zweite Differenzierungsmerkmal kann für die Frage der Beständigkeit des Erstattungsanspruches von vornherein keine Rolle spielen. Dass der Erstattungsanspruch nicht auf die Einlageforderung beschränkt, sondern sich aus der Höhe der verbotenen Auszahlung bestimmt, hat lediglich Auswirkungen auf den Umfang der Gesellschafterhaftung. Der Gesellschafter hat exakt soviel zu erstatten, wie er von der Gesellschaft unter Verletzung der Stammkapitalziffer erhalten hat.

Es bleibt zu prüfen, inwieweit die fehlende vertragliche Verankerung der Erstattungsspflicht im Gegensatz zur Einlageforderung gegen eine Übertragung der Regeln der realen Kapitalaufbringung spricht. Die Einlageforderung basiert auf einer vertraglichen Verpflichtung der Gesellschafter untereinander<sup>837</sup>. Diese rechtsgeschäftliche Grundlage fehlt dem Erstattungsanspruch, der vielmehr quasi-deliktischer Natur ist<sup>838</sup>. Wie bereits gezeigt<sup>839</sup> führt der unterschiedliche Haftungsgrund beider Kapitalschutzinstrumente dazu, dass sich nicht alle Regeln des Kapitalaufbringungsrechts deckungsgleich auf den Erstattungsanspruch übertragen lassen. Scheidet der Wegfall der Einlageforderung im Falle anderweitiger Aufbringung des Stammkapitals aus, bedeutet das nicht zwingend, dass der Erstattungsanspruch bei Beseitigung der Unterbilanz ebenfalls beständig ist<sup>840</sup>. Der automatische Wegfall der Einlageforderung ist bereits wegen der vertraglichen Haftung des Gesellschafters ausgeschlossen. Aufgrund der anderen Rechtsnatur kann daraus nicht auf Gleiches für den Erstattungsanspruch geschlossen werden.

<sup>834</sup> Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), 165, 175; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 383.

<sup>835</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>836</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>837</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.3; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.8.

<sup>838</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.1.

<sup>839</sup> Siehe unter Teil 2 I 2 b.

<sup>840</sup> Siehe unter Teil 2 I 2 b.

Für die Übertragbarkeit der Regeln der realen Kapitalaufbringung wird der Unterschied in der Haftungsgrundlage im Grundsatz nicht relevant. Solange die Unterbilanz fortbesteht ist das Gläubigerinteresse an der Erstattung der verbotenen Auszahlung identisch mit dem Interesse an der Einzahlung der Stammeinlage. Beide Instrumente sind unabhängig von ihrer vertraglichen oder gesetzlichen dogmatischen Grundlage auf die Herstellung bzw. Erhaltung des Stammkapitals gerichtet. Solange die Unterbilanz andauert ist der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG erforderlich, um das Stammkapital wiederaufzufüllen. Der Erstattungsanspruch muss daher ebenso beständig sein wie die Einlageforderung. Auf die unterschiedlichen Haftungsgrundlagen von Einlageforderung und Erstattungsanspruch kommt es damit während der Phase der Unterbilanz nicht an. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ist damit im Grundsatz auch auf die gesetzliche Erstattungshaftung aus § 31 Abs. 1 GmbHG übertragbar.

Im Ergebnis hat die Bestandssicherung von Einlage- und Erstattungsanspruch im Kapitalaufbringungs- als auch im Kapitalerhaltungsrecht außerordentliche Bedeutung. Beide Ansprüche dienen Gläubigerschutzinteressen und sind in ihrer Zielrichtung zum Schutz des Stammkapitals vergleichbar. Die Ansprüche können daher nur entfallen, wenn der Gesellschaft die Einlage oder die Erstattung real zufließt. Dem Grundsatz der realen Einlageleistung korrespondiert somit im Kapitalerhaltungsrecht ein Grundsatz der realen Erstattung der verbotenen Auszahlung<sup>841</sup>. Die effektive Erstattung der verbotenen Ausschüttung findet ihre Verankerung ebenso in § 31 Abs. 4 GmbHG wie der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung in § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Das Interesse der Gläubiger an einer realen Einlageleistung ist dem Interesse der Gläubiger an einer effektiven Erstattung der verbotenen Auszahlung vergleichbar.

Die Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze<sup>842</sup> zur Einschränkung der Aufrechnung gegen die Einlageforderung auf den Erstattungsanspruch ist daher geboten. Die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch mit einer Forderung, welche nicht vollwertig, fällig und liquide ist, wirkt wie ein Teilerlass zugunsten des Gesellschafters. Ein solcher Teilerlass fällt unter das Erlassverbot des § 31 Abs. 4 GmbHG und ist daher unzulässig<sup>843</sup>.

Der einhelligen Auffassung der Wissenschaft<sup>844</sup> ist daher darin zuzustimmen, die Aufrechnung der Gesellschaft mit dem Erstattungsanspruch gegen Forderungen des Gesellschafters nur eingeschränkt zuzulassen. Eine Verrechnung des Erstattungsanspruchs mit Forderungen des Gesellschafters ist damit grundsätzlich nur möglich, sofern die Forderung des Gesellschafters fällig, liquide und vollwertig ist. Im Ergebnis verbleibt damit lediglich ein eingeschränkter Anwendungsbereich für eine Verrechnung<sup>845</sup>.

<sup>841</sup> der von Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), 165, 177 geprägte Begriff der „Kapitalwiederaufbringung“ ist wegen der Unterschiede zwischen Einlage- und Erstattungspflicht abzulehnen.

<sup>842</sup> RGZ 72, 266, 268; BGHZ 125, 141, 143.

<sup>843</sup> so parallel zur Einlageforderung: Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73.

<sup>844</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>845</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.71.



3. Einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters – Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG

Die Regelungen zum Kapitalerhaltungsrecht beinhalten kein einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des erstattungspflichtigen Gesellschafters. Nach dem Wortlaut der §§ 30 ff. GmbHG spricht nichts gegen ein Recht des Gesellschafters, sich vom Erstattungsanspruch der GmbH durch Aufrechnung mit seinem Auszahlungsanspruch zu befreien. Ein einseitiges Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter lässt sich dogmatisch nur aus einer Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG herleiten.

a. Meinungsstand

In den Balsam/Procedo-Entscheidungen lehnt der BGH ohne ausdrückliche Bezugnahme ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters ab<sup>846</sup>. Aus welchem Grund die Aufrechnung des Gesellschafters scheitern soll lässt der BGH offen. Deutlicher wird der BGH in einer Entscheidung vom 27.11.2000<sup>847</sup>. Darin stützt der BGH das Aufrechnungsverbot des Gesellschafters in Bezug auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ausdrücklich auf die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG<sup>848</sup>. Hiermit tritt er insbesondere der obergerichtlichen Entscheidung entgegen, welche die Analogiefähigkeit der § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf das Kapitalerhaltungsrecht verneint hat<sup>849</sup>.

Die Wissenschaft ist in der Frage geteilt. Während die Analogiefähigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG von der wohl noch überwiegenden Auffassung<sup>850</sup> verneint wird, mehren sich die Stimmen, welche das Aufrechnungsverbot auch auf § 31 GmbHG ausdehnen wollen<sup>851</sup>. Andere Vertreter der Literatur enthalten sich eines Votums in der Streitfrage<sup>852</sup>. In der früheren Kommentarliteratur wurde ein Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters nahezu einstimmig abgelehnt<sup>853</sup>. Schon früh wurde darauf hingewiesen, dass dem Gesellschafter die Aufrechnung nur möglich ist, sofern dem Gesellschafter ein vollwertiger Anspruch gegen die Gesellschaft zusteht, was wohl nicht der Fall sei, sofern der Erstattungsanspruch von einem Konkursverwalter – bzw. nunmehr Insolvenzverwalter – geltend gemacht werde<sup>854</sup>.

<sup>846</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>847</sup> BGHZ 146, 105, 107 f.

<sup>848</sup> BGHZ 146, 105, 107 f..

<sup>849</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1181.

<sup>850</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) 31 Rn.59; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6, 18; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn. 26; Müller ZIP 1996, 941, 944; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370 f.; Joost ZHR 148 (1984), 27, 47.

<sup>851</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 44; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.76; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 ff.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 382; Hirte NJW 2003, 1154, 1156; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Kort 2001, 615, 631 f.; Müller GmbHR 2001, 143, 144; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius 2000, 1028, 1034; Paul ZinsO 2000, 583, 586; ders. ZinsO 2001, 243, 245.

<sup>852</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7, 32; Stimpel FS 100 Jahre GmbHG (1992), 350.

<sup>853</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff. 4; Hachenburg/Goerdeler/Müller 7. Auflage (1979) § 31 Rn.31; Rowedder 2. Auflage (1990) § 31 Rn.24; Scholz/Westermann 6. Auflage (1978) § 31 Rn.27; Baumbach/Hueck 14. Auflage (1985) § 31 Rn.18.

<sup>854</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff. 4.

In der aktuellen Kommentarliteratur besteht nunmehr keine Einigkeit mehr zur Analogiefähigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG<sup>855</sup>. In aktuellen Veröffentlichungen überwiegen die Stimmen, welche das Aufrechnungsverbot auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen wollen<sup>856</sup>.

Wie sich stets der Wortlaut des Gesetzes gegen eine Analogie einwenden lässt, ist die fehlende Erwähnung des Aufrechnungsverbot in § 31 GmbHG das natürliche Argument der Aufrechnungsbefürworter<sup>857</sup>. Das Argument wird dadurch verstärkt, dass der Gesetzgeber im Kapitalaufbringungsrecht durch § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine ausdrückliche Regelung zum Aufrechnungsverbot aufgenommen hat, im Kapitalerhaltungsrecht eine Parallelregelung jedoch nicht aufnahm. Die Aufrechnungsbefürworter argumentieren insbesondere mit der unterschiedlichen Fassung der § 19 Abs. 2 und § 31 Abs. 4 GmbHG<sup>858</sup>. In § 31 Abs. 4 GmbHG hat der Gesetzgeber ein Erlassverbot ausdrücklich aufgenommen und somit die Parallele zum Kapitalaufbringungsrecht gezogen. Das Erlassverbot findet sich dort unter § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Habe der Gesetzgeber das Erlassverbot auf den Erstattungsanspruch erstreckt, das Aufrechnungsverbot jedoch nicht ausdrücklich erwähnt, so zeige sich, dass eine Übertragung des Aufrechnungsverbot vom Kapitalaufbringungsrecht auf das Kapitalerhaltungsrecht gerade nicht gewollt sei<sup>859</sup>. Ergänzend weisen die Analogiegegner darauf hin, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit der Aufnahme eines Aufrechnungsverbot bzw. einer Verweisungsnorm in § 31 GmbHG keinen Gebrauch gemacht hat<sup>860</sup>.

Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zum Aufrechnungsverbot innerhalb des Kapitalerhaltungsrecht wird von der Gegenauffassung dogmatisch mit der Analogie zum Kapitalaufbringungsrecht beantwortet. Die bestehenden Wortlautunterschiede zwischen § 19 Abs. 2 und § 31 Abs. 4 GmbHG werden auf eine fehlende redaktionelle Abstimmung des Gesetzgebers zurückgeführt<sup>861</sup>. Schließlich enthielten die Gesetzesmaterialien zum GmbHG und zur GmbH-Novelle keinen Hinweis auf eine unterschiedliche Behandlung von Einlage- und Erstattungsanspruch der Gesellschaft<sup>862</sup>. Hieraus wird der Schluss gezogen, der Gesetzgeber habe der inhaltlichen Abstimmung von Kapitalaufbringungsrecht und Kapitalerhaltungsrecht keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet<sup>863</sup>.

<sup>855</sup> für Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG: Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 44; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.76 ; dagegen: Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) 31 Rn.59; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn. 26 /Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6, 18; die Frage offenlassend: Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.7, 32.

<sup>856</sup> Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Kort 2001,615, 631 f.; Müller GmbHR 2001, 143, 144; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius 2000, 1028, 1034; Paul ZinsO 2000, 583; ders. ZinsO 2001, 243; gegen die Analogie aber: Lange NJW 2002, 2293 ff.

<sup>857</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182; G.Müller ZIP 1996, 941, 944;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18.

<sup>858</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18.

<sup>859</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18.

<sup>860</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182 ; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18.

<sup>861</sup> BGHZ 146, 105, 107; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 381; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973.

<sup>862</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176.

<sup>863</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 381.

J. Müller befürwortet die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG mit Hinweis auf das Recht der Aktiengesellschaft<sup>864</sup>. Dort ist in § 66 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG ein einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des Aktionärs geregelt. Das Aufrechnungsverbot betrifft sowohl die Einlagepflicht aus § 54 Abs. 1 AktG als auch die Erstattungspflicht aus § 62 Abs. 1 AktG. Dieser Gleichklang zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung müsse auch auf die GmbH übertragen werden<sup>865</sup>.

Inhaltlich begründet wird die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG von den Aufrechnungsgegnern damit, dass Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im Kern den gleichen Grundsätzen folgen würde und somit die Schutzmechanismen zur Sicherung der Einlageforderung auch auf den Erstattungsanspruch zu übertragen seien<sup>866</sup>. Der Gläubigerschutz erfordere hinsichtlich des Aufrechnungsverbot es Stammkapitals, so dass der Kapitalschutz umfassend gewährleistet sei<sup>867</sup>. Wiederum wird der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG als Gegenstück zur Einlageforderung der Gesellschaft bezeichnet<sup>868</sup>. Diene die Einlageforderung der Aufbringung des Stammkapitals, so diene der Erstattungsanspruch der Erhaltung desselben. Somit seien beide Instrumente des Gläubigerschutzes mit gleichen Funktionen auszustatten<sup>869</sup>.

Gegen die Argumentation einer notwendigen Gleichbehandlung von Einlage- und Erstattungsanspruch führt Joost ins Feld, dass die Kapitalaufbringungsregeln grundsätzlich strenger angelegt seien als die Instrumente der Kapitalerhaltung.<sup>870</sup> Dies zeige insbesondere die Regelung des § 33 Abs. 1 GmbHG. Nach der Meinung von Joost ist es nicht möglich, die Grundsätze der realen Kapitalaufbringung aus § 19 GmbHG parallel auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu übertragen.<sup>871</sup>

Der BGH greift in seiner Entscheidung vom 27.11.2000<sup>872</sup> die Argumentation der Analogiebefürworter auf. Bereits in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen prägt der BGH den Begriff der funktionalen Vergleichbarkeit zwischen Einlageforderung und Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>873</sup>. Diesen Begriff führt der BGH nunmehr als engen funktionalen Zusammenhang zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ins Feld, um einen Gleichlauf zwischen Einlageforderung und Erstattungsanspruch in der Frage des einseitigen Aufrechnungsverbot es zu begründen<sup>874</sup>. So gebe es keinen sachlichen Grund, das Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht auf den Erstattungsanspruch zu erstrecken.

<sup>864</sup> J. Müller GmbHR 2001, 143, 144.

<sup>865</sup> J. Müller GmbHR 2001, 143, 144.

<sup>866</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 381 ff.; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176 ff.; J. Müller GmbHR 2001, 141, 144.

<sup>867</sup> J. Müller GmbHR 2001, 141, 144; Paul ZinsO 2001, 243, 244.

<sup>868</sup> J. Müller GmbHR 2001, 141, 144.

<sup>869</sup> Paul ZinsO 2001, 243, 244.

<sup>870</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 47.

<sup>871</sup> Joost ZHR 148 (1984), 27, 47.

<sup>872</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>873</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>874</sup> BGHZ 146, 105, 107.

Auch der BGH führt das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung des Aufrechnungsverbot in § 31 GmbHG auf eine mangelnde inhaltliche Abstimmung zwischen Kapitalaufbringung- und Kapitalerhaltungsrecht zurück. Insbesondere enthielten die Gesetzesmaterialien zum GmbHG und zur GmbH-Novelle 1980 keinen Anhaltspunkt für eine gewollte Differenzierung<sup>875</sup>.

Eine besondere Position zum einseitigen Aufrechnungsverbot wird von Ulmer<sup>876</sup> vertreten. So bejaht Ulmer grundsätzlich die entsprechende Anwendung des Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 2 GmbHG<sup>877</sup>. Hierbei stützt er sich auf die Argumente, auf welche sich auch der BGH in seiner späteren Entscheidung vom 27.11.2000<sup>878</sup> beruft. Für die spezielle Konstellation der Wiederauffüllung des Stammkapitals will Ulmer die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG einschränken. So solle der Gesellschafter dann zur Aufrechnung berechtigt sein, wenn die Stammkapitalziffer durch anderweitige Wiederauffüllung des Stammkapitals wiederhergestellt sei<sup>879</sup>. Schließlich sei nach Beseitigung der Unterbilanz der Kapitalschutzzweck des § 31 Abs. 1 GmbHG bereits anderweitig verwirklicht. Freilich soll das Aufrechnungsrecht zeitlich begrenzt sein. Wird die Stammkapitalziffer erneut unterschritten, greife das Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter erneut ein<sup>880</sup>.

Im Ergebnis ist der Meinungsstand dreigeteilt. Während die noch herrschende Auffassung in der Literatur<sup>881</sup> sowie OLG Naumburg<sup>882</sup> die Übertragung des Aufrechnungsverbot auf das Kapitalerhaltungsrecht ablehnt, bejaht der BGH<sup>883</sup> und eine stärker werdende Auffassung in der Literatur<sup>884</sup> die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Ulmer begrüßt grundsätzlich die Übertragung des Aufrechnungsverbot, will die Aufrechnung jedoch im Zeitpunkt der Wiederherstellung der Stammkapitalziffer zulassen<sup>885</sup>.

<sup>875</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>876</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 ff., 387 f.; aktuell auch Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn.44.

<sup>877</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 ff.

<sup>878</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>879</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 387 f.

<sup>880</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 388.

<sup>881</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) 31 Rn.59; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6, 18; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn. 26; Müller ZIP 1996, 941, 944.; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370 f.; Joost ZHR 148 (1984), 27, 47; Lange NJW 2002, 2293 ff.

<sup>882</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182.

<sup>883</sup> im Ergebnis: BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1257; ausdrücklich: BGHZ 146, 105, 107.

<sup>884</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 44; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.76; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 ff.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 382; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Kort 2001, 615, 631 f.; Müller GmbHR 2001, 143, 144; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius 2000, 1028, 1034; Paul ZinsO 2000, 583, 586; ders. ZinsO 2001, 243, 245.

<sup>885</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 ff., 387 f.; so auch Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn.44.

b. Relevanz der Streitfrage

Vor einer Positionierung in der Streitfrage ist zunächst zu untersuchen, welche Auswirkungen die Übertragung des einseitigen Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG hat.

Wie bereits dargestellt gilt unabhängig von einer etwaigen Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ein allgemeines Aufrechnungsverbot für Gesellschaft und Gesellschafter. Ist die Gegenforderung des Gesellschafters nicht vollwertig, fällig und liquide, so scheidet eine Aufrechnung am Grundsatz der effektiven Erstattung verbotener Ausschüttungen<sup>886</sup>. Auch ohne Übertragung des einseitigen Aufrechnungsverbot wäre eine Aufrechnung durch den Gesellschafter nicht in jedem Falle zulässig. Einer Aufrechnung durch den Gesellschafter kann im Einzelfall auch von vornherein das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG selbst im Wege stehen.

Zur Verdeutlichung der Bedeutung der Streitfrage sollen der weiteren Untersuchung einige Beispiele vorangestellt werden. In sämtlichen Fällen liegt eine verbotene Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG vor. Die Beispiele unterscheiden sich in Kapitalausstattung und Liquidität der Gesellschaft und im Charakter der Gegenforderung des Gesellschafters:

Bsp. 1: Die Gesellschaft befindet sich in der Insolvenz (Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit). Der Insolvenzverwalter macht den Erstattungsanspruch geltend. Kann der Gesellschafter mit seinem Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichem Gewinnverwendungsbeschluss aufrechnen?

Bsp. 2: Wie Bsp1. Nur steht dem Gesellschafter ein Anspruch aus einem Drittgeschäft (Kaufpreisforderung aus adäquatem Veräußerungsgeschäft mit GmbH) zu. Kann der Gesellschafter seine Kaufpreisforderung mit dem Erstattungsanspruch verrechnen?

Bsp. 3: Die Gesellschaft hat die wirtschaftliche Krise überstanden. Die Unterbilanz ist nachhaltig beseitigt, die Gesellschaft ist liquide. Der Geschäftsführer nimmt den früheren Gesellschafter auf Erstattung der verbotenen Ausschüttung in Anspruch. Kann der Gesellschafter mit seinem Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichem Gewinnverwendungsbeschluss aufrechnen?

---

<sup>886</sup> Siehe Teil 4 III 2 c.

Bsp. 4: Die Gesellschaft hat die Überschuldung beseitigt und ist liquide. Das Stammkapital ist gleichwohl noch nicht vollständig wiederhergestellt. Der Geschäftsführer nimmt den Gesellschafter auf Erstattung der verbotenen Auszahlung in Anspruch. Kann der Gesellschafter mit seinem Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss aufrechnen?

Bsp. 5: Wie Bsp.4, nur will der Gesellschafter mit einer Drittforderung aufrechnen. Zu Recht?

Die Frage in Beispiel Nr.1 ist schnell beantwortet. Eine Aufrechnung scheidet von vornherein an der fehlenden Durchsetzbarkeit des Auszahlungsanspruches des Gesellschafters. Der Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss besteht zwar fort<sup>887</sup>. Allerdings kann der Anspruch wegen des Auszahlungsverbot aus § 30 Abs. 1 GmbHG solange nicht geltend gemacht werden, wie die Unterbilanz fortbesteht bzw. durch die Auszahlung eine Unterbilanz entstehen würde<sup>888</sup>. Die Verrechnung scheidet daher bereits am Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Auf etwaige Aufrechnungsverbote muss nicht zurückgegriffen werden.

In Beispiel 2 spielt das Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 GmbHG keine Rolle. Auf Forderungen des Gesellschafters aus Drittgeschäften<sup>889</sup> findet § 30 Abs. 1 GmbHG keine Anwendung<sup>890</sup>. Weiter ist zu fragen, ob eine Verrechnung im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft überhaupt – also unabhängig von einem einseitigen Aufrechnungsverbot wie in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG – möglich ist. Wie gezeigt ist die Aufrechnung mit einer Gesellschafterforderung gegen den Erstattungsanspruch grundsätzlich nur möglich, sofern die Forderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist<sup>891</sup>. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, fehlt es an der Vollwertigkeit der Forderung des Gesellschafters<sup>892</sup>.

<sup>887</sup> Siehe zur Unanwendbarkeit des § 134 BGB unter II.2.; Zum Fortbestand des Auszahlungsanspruch trotz verbotwidriger Leistung der Gesellschaft siehe unter II.3.

<sup>888</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.38; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.21; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.7.

<sup>889</sup> Allerdings müssen sich Leistung und Gegenleistung entsprechen. Ansonsten ist eine verdeckte Gewinnausschüttung gegeben, was § 30 GmbHG auf den Plan ruft.

<sup>890</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.8; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.14; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.20.

<sup>891</sup> Siehe Teil 4 III 2.; h.L.: Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>892</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.21.

Im Beispiel 2 ist daher eine Verrechnung von vornherein ausgeschlossen. Die Gesellschaft befindet sich im Stadium der Insolvenz. Die Forderung des Gesellschafters ist daher nicht vollwertig, da auf sie allenfalls eine Quote entfällt. Selbst dem Insolvenzverwalter ist eine Verrechnung nicht möglich. Die Frage, ob dem Gesellschafter darüber hinaus ein einseitiges Aufrechnungsverbot aus entsprechender Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG trifft, kann daher dahinstehen.

In Beispiel 3 hat sich die Gesellschaft von ihrer wirtschaftlichen Krise vollständig erholt. Insbesondere wurde die Unterbilanz nachhaltig beseitigt. Dem Gesellschafter steht noch der Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss zu. Der Geltendmachung des Auszahlungsanspruchs kann auch § 30 GmbHG nicht mehr entgegengehalten werden, da die Stammkapitalziffer durch die Auszahlung nicht berührt wird. Die allgemeine Einschränkung der Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch ist nicht einschlägig, da der Auszahlungsanspruch fällig, unstreitig und vollwertig ist. Die Vollwertigkeit der Forderung folgt daraus, dass die Gesellschaft zahlungsfähig und nicht überschuldet ist.

Somit könnte die Gesellschaft selbst gegen den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters mit ihrem Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG aufrechnen. Fraglich ist allein, ob auch dem Gesellschafter ein solches Aufrechnungsrecht zusteht oder ob das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechend anzuwenden ist. Im Beispiel 3 ist daher der Meinungsstreit zur Analogiefähigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG relevant.

Im Beispiel 4 kommt der Streitfrage wiederum keine Relevanz zu. Zwar greift die allgemeine Einschränkung der Aufrechnung nicht, da die Forderung des Gesellschafters parallel zu Beispiel 3 vollwertig ist. Allerdings scheitert die Geltendmachung des Auszahlungsanspruchs am Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, da die Gesellschaft trotz Überwindung der Überschuldung die Unterbilanz noch nicht überwunden hat. Durch eine Auszahlung an den Gesellschafter würde die Unterbilanz der Gesellschaft verstärkt. Somit ist der Tatbestand des § 30 Abs. 1 GmbHG erfüllt. Auf die entsprechende Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kommt es somit nicht an.

Im Unterschied zu Beispiel 4 will der Gesellschafter im Fall 5 nicht mit einem Auszahlungsanspruch, sondern mit einer Drittforderung aufrechnen. Die Geltendmachung der Gegenforderung scheitert daher nicht am Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Die allgemeinen Aufrechnungsbeschränkungen greifen ebenso wenig wie im vorigen Beispiel. Somit wäre die Gesellschaft berechtigt, die Aufrechnung zu erklären. Das Aufrechnungsrecht des Gesellschafter hängt von der Analogiefähigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ab.

Die Betrachtung zeigt die eingeschränkte Relevanz der Streitfrage auf. In der praktisch häufigsten Konstellation der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch den Insolvenzverwalter scheidet eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch durch die auf die Kapitalerhaltungsregeln zu übertragende Rechtsprechung des BGH<sup>893</sup> zur eingeschränkten Verrechenbarkeit der Einlageforderung aus.

---

<sup>893</sup> BGHZ 125, 141, 143.

Die Aufrechnung scheidet an der fehlenden Vollwertigkeit der Gegenforderung des Gesellschafters, da die Gesellschaft zahlungsunfähig und bzw. oder überschuldet ist. Befindet sich die Gesellschaft in einem solchen Stadium, scheidet die Verrechnung unabhängig davon, ob die Gegenforderung auf einem Gewinnverwendungsbeschluss oder einem Drittanspruch beruht.

Die Differenzierung zwischen Drittanspruch des Gesellschafters oder Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss gewinnt nur selten an Bedeutung. Die eingeschränkte Verrechenbarkeit des Erstattungsanspruchs richtet sich wie gezeigt gleichermaßen gegen Drittforderung und Auszahlungsanspruch des Gesellschafters. Der Drittanspruch unterscheidet sich vom Auszahlungsanspruch nur insoweit, dass der Geltendmachung der Drittforderung im Falle der Unterbilanz das Auszahlungsverbot aus § 30 Abs. 1 GmbHG nicht entgegengehalten werden kann<sup>894</sup>. Die Differenzierung wird erst relevant, sofern die Gesellschaft zwar zahlungsfähig und nicht überschuldet ist, gleichwohl aber ein Unterbilanz aufweist (Beispiel 4). Sodann greift zwar einerseits die grundsätzliche Verrechnungsbeschränkung nicht, andererseits jedoch das Auszahlungsverbot aus § 30 Abs. 1 GmbHG. Diese Konstellation ist praktisch nur bei einer überdurchschnittlich hohen Stammkapitalziffer denkbar.

Die Streitfrage der analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gewinnt daher erst an Bedeutung, sobald sich die Gesellschaft nach der verbotenen Ausschüttung wirtschaftlich erholt. Hat die Gesellschaft Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung überwunden und ist sie daher in der Lage, die Forderung des Gesellschafters zu bedienen, greifen die Regeln zur eingeschränkten Verrechenbarkeit nicht. Die Verrechnung durch die Gesellschaft ist unproblematisch möglich, da die Gegenforderung des Gesellschafters wieder vollwertig ist. Letztlich dient die Verrechnung in diesen Fällen tatsächlich nur dazu, ein Hin- und Herzahlen zu vermeiden. Inwieweit auch der Gesellschafter in dieser Situation in der Lage ist, sich durch Verrechnung von seiner Erstattungspflicht zu befreien, hängt somit von der Beantwortung der Streitfrage ab. Wendet man das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechend auf den Erstattungsanspruch an, ist dem Gesellschafter die Verrechnung von sich aus nicht möglich. Die alleinige Entscheidungsgewalt läge somit in der Hand der Gesellschaft.

#### c. Stellungnahme

In der folgenden Stellungnahme soll zunächst eine Auslese der Argumente erfolgen. So sollen für die Entscheidung über die Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zunächst die Argumente ausgeschlossen werden, welche auf die Frage der Übertragung des einseitigen Aufrechnungsverbotes auf den Erstattungsanspruch keinen Einfluss haben können. Im Nachgang sind sodann konkret die Analogievoraussetzungen zu prüfen. Primär wird sich die Untersuchung damit zu beschäftigen haben, ob eine im wesentlichen gleiche Interessenlage im Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht die Übertragung des Normzwecks des einseitigen Aufrechnungsverbotes des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gebietet.

---

<sup>894</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.8; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.14; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.20.



## aa. Betrachtung der Argumentation pro und contra

## (1) Argumente aus dem Wortlaut

Von den Gegnern der Übertragung des einseitigen Aufrechnungsverbot wird der unterschiedliche Wortlaut von § 19 Abs. 2 GmbHG einerseits und § 31 Abs. 4 GmbHG andererseits angeführt<sup>895</sup>. So findet sich zwar in beiden Vorschriften ein Verbot, dem Gesellschafter die Einlage bzw. die Erstattungsleistung zu erlassen. Damit verankert der Gesetzgeber in beiden Kapitalschutzsystemen den Grundsatz der realen Erbringung von Einlage und Erstattungsleistung. Offensichtlich bildet daher § 31 Abs. 4 GmbHG das Pendant zu § 19 Abs. 2 GmbHG. Trotz dieser grundsätzlich identischen Zielsetzung beider Regelungen hat der Gesetzgeber ein einseitiges Aufrechnungsverbot nur in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG und nicht in § 31 Abs. 4 GmbHG aufgenommen.

Hieraus kann jedoch kein durchschlagendes Argument gegen die Übertragung des Aufrechnungsverbot auf das Kapitalerhaltungsrecht entnommen werden. Vielmehr führt der unterschiedliche Wortlaut beider Vorschriften lediglich dazu, hier Erwägungen über eine Analogie anzustellen. Hierfür spricht insbesondere, dass die Gesetzesmaterialien zum GmbHG keinen Anhaltspunkt dafür liefern, dass ein Aufrechnungsverbot zwar für die Einlageforderung, nicht jedoch für den Erstattungsanspruch gelten solle<sup>896</sup>.

Im übrigen zeigt die Rechtsprechung, dass fehlende Regelungen in vergleichbaren gesetzlich geregelten Rechtsverhältnissen einer Analogie nicht entgegen stehen. So wird die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB auf nahezu alle Dauerschuldverhältnisse übertragen<sup>897</sup>. Insbesondere war es im alten Mietrecht kein Hinderungsgrund für die Analogie zu § 626<sup>898</sup>, dass zwar Regelungen für die Möglichkeit fristloser Kündigungen<sup>899</sup> existierten, eine Normierung zur allgemeinen außerordentlichen Vertragskündigung wie § 626 BGB jedoch nicht aufgenommen wurde.<sup>900</sup> Die Planmäßigkeit einer Regelungslücke lässt sich somit nicht daraus schließen, dass der Gesetzgeber in einem Regelungssystem eine Rechtsfolge anordnet und in einem anderen System eine solche Anordnung unterlässt.

Aus der fehlenden Erwähnung des Aufrechnungsverbot in § 31 GmbHG folgt somit kein Gegenargument, sondern vielmehr der natürliche Begründungszwang für eine Analogie zum Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Es muss daher geprüft werden, ob eine etwa dem Kapitalaufbringungsrecht vergleichbare Interessenlage auch im Kapitalerhaltungsrecht ein einseitiges Aufrechnungsverbot erfordert.

<sup>895</sup> OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182; G.Müller ZIP 1996, 941, 944; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4.

<sup>896</sup> BGHZ 146, 105, 107; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 381; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 176; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973.

<sup>897</sup> Palandt/Putzo 62. Auflage (2003) § 626 Rn.1.

<sup>898</sup> Palandt/Putzo 62. Auflage (2003) § 626 Rn.1.

<sup>899</sup> So die §§ 542 ff., 553 ff. BGB alter Fassung.

<sup>900</sup> in § 543 Abs. 1 BGB n.F. ist die Regelung des § 626 Abs. 1 BGB ausdrücklich in das Mietrecht aufgenommen worden.

Fehlt es an dieser Analogievoraussetzung, so scheidet die entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aus. Allerdings lässt sich das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung des Aufrechnungsverbot nicht als echtes Gegenargument anführen, um den Begründungszwang der Analogie zusätzlich zu erhöhen.

(2) Argument der Parallele zum AktG

Im AktG gilt zu Lasten des Aktionärs ein einseitiges Aufrechnungsverbot, welches sowohl den Einlageanspruch der AG aus § 54 Abs 1 AktG als auch den Erstattungsanspruch aus § 62 Abs. 1 AktG betrifft. Die einheitliche Regelung für Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung findet sich in § 66 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG. Vereinzelt wird in der Literatur argumentiert, dass in Parallele zum AktG auch im GmbH-Recht ein einheitliches einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters gelten müsse<sup>901</sup>. Somit sei eine Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zur Schaffung eines Gleichlaufes zwischen Aktien- und GmbH-Recht erforderlich<sup>902</sup>.

Der Argumentation ist zunächst entgegen zu halten, dass sie in Wahrheit nicht auf eine Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hinausläuft. Will man Regelungen des Aktienrechtes auf das GmbH-Recht übertragen, so findet sich der dogmatische Ansatz in einer Analogie zur entsprechenden Regelung des Aktienrechtes. Befürwortet J. Müller ein einseitiges Aufrechnungsverbot des Gesellschafters gegen den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG im Hinblick auf die Regelung des § 66 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG, so kann der Weg nicht über eine entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG führen. Vielmehr führt die Argumentation J. Müllers zu einer Analogie zu § 66 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG.

Unabhängig vom dogmatischen Ansatz lassen sich Regelungen aus dem Kapitalerhaltungsrecht der AG nicht auf das GmbH-Recht übertragen. Grund hierfür sind die wesentlichen Unterschiede im Vermögensbindungssystem beider Gesellschaftsformen<sup>903</sup>. Übereinstimmung besteht nur in der Zielsetzung und in den Grundzügen der Regelungssysteme. Beide Vermögensbindungssysteme dienen der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens im Gläubigerinteresse. Verbotene Auszahlungen sind nach § 31 Abs. 1 GmbHG und § 62 Abs. 1 AktG zu erstatten. In der konkreten Gestaltung der Kapitalbindungssysteme zeigen sich jedoch erhebliche Unterschiede<sup>904</sup>. Für die Aktiengesellschaft folgt aus den §§ 57, 58 AktG eine strikte und ausschließliche Beschränkung von Ausschüttungen an die Aktionäre auf den im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn. Demgegenüber ist das Ausschüttungsverbot im GmbH-Recht lediglich auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen beschränkt.

<sup>901</sup> J. Müller GmbHR 2001, 143, 144.

<sup>902</sup> J. Müller GmbHR 2001, 143, 144.

<sup>903</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.5; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.3.

<sup>904</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.5; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.3.

Das Kapitalbindungssystem der AktG ist damit grundsätzlich strenger als in der GmbH ausgestaltet<sup>905</sup>. Eine Übertragung der aktienrechtlichen Regelungen in das Kapitalerhaltungssystem verbietet sich daher ebenso wie die Heranziehung des AktG zur Interpretation der Kapitalerhaltungsregeln der GmbH<sup>906</sup>. Auch zeigt gerade die Regelung des § 66 Abs. 2 AktG mit seinem Verweis auf die Regelung der Kapitalaufbringung in § 66 Abs. 1 AktG, dass im Aktienrecht ein Gleichlauf zwischen Einlagepflicht und Erstattungspflicht gewollt war. Diese Verweisungstechnik findet sich in den Regelungen des GmbHG zum Erstattungsanspruch gerade nicht. Im Ergebnis lassen sich aus den Regelungen des Aktiengesetzes keine Argumente für die Streitfrage der Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entnehmen.

### (3) Argument der funktionalen Vergleichbarkeit von Einlage- und Erstattungsanspruch

Der BGH stützt die von ihm bejahte entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG in seiner Entscheidung vom 27.11.2000 auf den Erstattungsanspruch primär auf einen sogenannten engen funktionalen Zusammenhang zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung<sup>907</sup>. Worin dieser funktionale Zusammenhang besteht, deutet der BGH in seiner Urteilsbegründung nur kurz an. So bestehe der Zusammenhang darin, dass Kapitalerhaltungsregeln und Kapitalaufbringungsregeln beide auf die Schaffung und Erhaltung des Haftungsfonds der GmbH ausgerichtet seien. So dienten die Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG der Erhaltung des Stammkapitals, dessen Aufbringung durch das Verbot der Aufrechnung gegen die Einlageforderung gewährleistet werden soll<sup>908</sup>. Hierbei übernimmt der BGH die Argumentation von Hommelhoff, der den Begriff der „funktionalen Übereinstimmung“ in die Diskussion einführte<sup>909</sup>.

Der Argumentation des BGH ist zuzugeben, dass sowohl den Kapitalaufbringungs- als auch Kapitalerhaltungsregeln die gleiche Zielrichtung innewohnt. Beide Instrumente sind Diener des Gläubigerschutzes durch Gewährleistung eines Mindesthaftkapitals der GmbH. Dienen die Regeln der Kapitalaufbringung der Herstellung des Stammkapitals, so dienen die Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG dem Schutz des Stammkapitals vor Eingriffen von Seiten der Gesellschafter. Insoweit besteht auch zwischen Einlageanspruch und Erstattungsanspruch Übereinstimmung in der Zielrichtung. Die Einlagepflicht dient der Herstellung, die Erstattungspflicht der Wiederherstellung des Stammkapitals.

Ob derart pauschale Feststellungen genügen, um eine Gleichbehandlung von Einlage- und Erstattungsanspruch zu rechtfertigen, ist jedoch zweifelhaft. Aus der gleichen Zielrichtung beider Kapitalschutzinstrumente muss nicht zwingend folgen, dass beide Ansprüche gleich zu behandeln sind.

<sup>905</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 30 Rn.5; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.3.

<sup>906</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.3; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 39 Rn.15.

<sup>907</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>908</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>909</sup> Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175.

Im Rahmen dieser Arbeit wurden die Unterschiede zwischen Einlagepflicht und Erstattungspflicht bereits dargestellt<sup>910</sup>. Insgesamt ist die Einlagepflicht des Gesellschafters strengeren Regeln unterworfen als der Erstattungsanspruch. Hingewiesen sei auf die strengere Haftung der Mitgesellschafter und die Möglichkeit der Kaduzierung im Falle ausbleibender Einlageleistung. Ein weiterer Unterschied zeigt sich darin, dass die Einlagepflicht – anders als der Erstattungsanspruch – zusätzlich auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Gesellschafter untereinander im Gesellschaftsvertrag basiert<sup>911</sup>.

Aufgrund der bestehenden Unterschiede kann grundsätzlich keine Gleichsetzung von Einlagepflicht und Erstattungspflicht erfolgen. In der Literatur wird der Erstattungsanspruch teilweise als wiederaufgelebter Einlageanspruch bezeichnet<sup>912</sup>. Dem kann vor dem Hintergrund der Unterschiede in beiden Regelungssystemen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nicht gefolgt werden. Auch der BGH übernimmt den Begriff des Erstattungsanspruchs als „wiederaufgelebter“ Einlageanspruch nicht, sondern beschränkt sich auf den Begriff des funktionalen Zusammenhanges<sup>913</sup>.

Es kann somit festgehalten werden, dass die funktionale Vergleichbarkeit von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nicht dazu führen kann, dass die Regelungen zur Sicherung der Einlageleistung identisch auf den Erstattungsanspruch übertragen werden<sup>914</sup>. Unstreitig kann die Nichterfüllung des Erstattungsanspruches nicht zur Kaduzierung des Geschäftsanteils wie im Rahmen der Kapitalaufbringungsregeln nach § 21 GmbHG führen<sup>915</sup>. Auch eine Übertragung der gegenüber § 31 Abs. 3 GmbHG verschärfte Ausfallhaftung der weiteren Gesellschafter wird einhellig abgelehnt<sup>916</sup>.

Damit ist freilich eine entsprechende Anwendung einzelner Schutzmechanismen des Kapitalaufbringungsrechts auf den Erstattungsanspruch nicht ausgeschlossen. So sind die Grundsätze zur eingeschränkten Zulässigkeit der Aufrechnung durch die Gesellschaft gegen die Einlageforderung auf den Erstattungsanspruch übertragbar<sup>917</sup>. Jedoch kann eine Analogie nicht auf pauschale Feststellungen einer identischen Zielrichtung von Einlage- und Erstattungsanspruch gestützt werden. Auch für die Frage der entsprechenden Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG genügt es nicht, auf die unstreitige funktionale Vergleichbarkeit von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln hinzuweisen. Vielmehr ist konkret zu untersuchen, ob die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind.

---

<sup>910</sup> Siehe Teil 2 I 2 b.

<sup>911</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 2 I 2 b.

<sup>912</sup> so Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3.

<sup>913</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>914</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3.

<sup>915</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3; auch von Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 24 Rn.3 wird keine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 21 GmbHG auf den Erstattungsanspruch angeführt.

<sup>916</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.3, 15; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.19; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.24.

<sup>917</sup> Siehe Teil 4 III 2 c.

## bb. Analogiebildung zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG

Mindestvoraussetzung für eine entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist eine planwidrige Regelungslücke im Normensystem der Kapitalerhaltung. Das Bestehen einer Regelungslücke kann nach einem Blick in das Gesetz bejaht werden. So findet sich das in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG geregelte einseitige Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter in der Regelung des § 31 GmbHG nicht.

Entscheidend ist, ob diese Gesetzeslücke planwidrig ist oder nicht. Die Planwidrigkeit ist anzunehmen, wenn die Interessen der Parteien bei Einlageforderung und Erstattungsanspruch im wesentlichen vergleichbar sind und eine Übertragung des Normzwecks des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG geboten ist.

Die grundsätzliche Ähnlichkeit von Einlageforderung und Erstattungsanspruch wurde bereits dargestellt<sup>918</sup>. Beide dienen dem Schutz des Stammkapitals als Mindesthaftungsfonds im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Sichern die Regeln der Kapitalaufbringung die erstmalige Schaffung des Stammkapitals, so gewährleisten die Kapitalerhaltungsregeln den Schutz des einmal geschaffenen Kapitals vor Zugriffen aus dem Kreis der Gesellschafter. Die im Grundsatz vergleichbare Interessenlage erlaubt so die Ausdehnung der Grundsätze zur realen Kapitalaufbringung auf den Erstattungsanspruch. Mit den Worten des BGH sind Einlageforderung und Erstattungsanspruch funktional vergleichbar<sup>919</sup>. Zwischen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht besteht ein funktionaler Zusammenhang<sup>920</sup>. Somit sind die Interessen der Parteien bei Einlageforderung und Erstattungsanspruch im wesentlichen vergleichbar.

Weiter ist zu prüfen, welcher Normzweck der Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zugrunde liegt. Lässt sich der Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf § 31 GmbHG übertragen, so fordert auch das Kapitalerhaltungsrecht die Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters<sup>921</sup>. Hier ist im ersten Schritt der Sinn und Zweck des einseitigen Aufrechnungsverbot zu ermitteln. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob sich das Aufrechnungsverbot auf den Erstattungsanspruch übertragen lässt und ob hierfür eine Notwendigkeit besteht.

---

<sup>918</sup> Siehe Teil 4 III 2 c.

<sup>919</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>920</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>921</sup> die Feststellung der Planwidrigkeit der Regelungslücke überschneidet sich mit dem eigentlichen Analogieschluss, der auf die vergleichbare Interessenlage abstellt: Schmalz, Rn.326 f.

- (1) Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG
- (a) Vereitelung einer Umgehung der Sachgründungsvorschriften

In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, der Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bestehe darin, die Umgehung der Sacheinlagevorschriften zu verhindern<sup>922</sup>. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG solle die GmbH vor der Gefahr schützen, dass sich der Gesellschafter unter Verstoß gegen die Sachgründungsvorschriften von seiner Bareinlagepflicht durch Sacheinlage in Form der Tilgung einer Verbindlichkeit der GmbH befreit<sup>923</sup>.

Diese Normzweckbeschreibung ist verfehlt. Zum einen kann das Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aufgrund seiner Einseitigkeit nicht wirksam vor der Umgehung der Sachgründungsvorschriften schützen. Schließlich ist es der GmbH möglich, die Aufrechnung zu erklären. Weiter erfolgt der Schutz vor der Umgehung der Sachgründungsvorschriften bereits durch § 19 Abs. 5 GmbHG, weshalb sich ein zusätzlicher Schutz durch § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG erübrigt.

- (b) Grundsatz der realen Kapitalaufbringung

Das einseitige Aufrechnungsverbot wird in der Literatur primär als Element der realen Kapitalaufbringung gewertet. So solle durch § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG verhindert werden, dass die Einlageforderung erlischt, ohne dass die Gegenforderung wegen der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vollwertig ist<sup>924</sup>.

Den Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG als Ausprägung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung aufzufassen, ist verfehlt. Hierbei wird übersehen, dass § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kein allgemeines Aufrechnungsverbot beinhaltet, sich vielmehr allein gegen eine Aufrechnung durch den Gesellschafter richtet. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist daher nichts darüber zu entnehmen, inwieweit der Gesellschaft selbst die Aufrechnung gegen Einlageforderungen gestattet ist. Wie bereits dargestellt<sup>925</sup> ist eine Aufrechnung gegen die Einlageforderung grundsätzlich nur eingeschränkt möglich<sup>926</sup>.

<sup>922</sup> Lange NJW 2002, 2293, 2294; ähnlich auch Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn.26.

<sup>923</sup> Lange NJW 2002, 2293, 2294.

<sup>924</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.54; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.10; Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), 165, 176; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034 /

<sup>925</sup> Siehe Teil 4 III 2 a.

<sup>926</sup> BGHZ 125, 141, 143; Brodmann 1. Auflage (1924) § 19 Ziff.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.17 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18 ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 19 Rn.61; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003); § 19 Rn.30; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034.

Gleich von welcher Seite die Aufrechnung erklärt wird, ist ihre Wirksamkeit daran geknüpft, dass die Gegenforderung des Gesellschafters fällig, vollwertig und liquide ist<sup>927</sup>. Es besteht daher unabhängig vom einseitigen Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ein allgemeines Aufrechnungsverbot. Das grundsätzliche Aufrechnungsverbot wird nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG abgeleitet. Es findet seine Berechtigung vielmehr aus dem Erlassverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG<sup>928</sup>.

Mit Hilfe der allgemeinen Beschränkung der Aufrechnung gegen Einlageforderung wird dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung genüge getan. Die Bedeutung des einseitigen Aufrechnungsverbotes zu Lasten des Gesellschafters aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist daher beschränkt. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gewinnt erst an Bedeutung, sofern die Gegenforderung vollwertig, fällig und liquide ist – durch die Aufrechnung also lediglich ein Hin- und Herzahlen vermieden werden soll. In solchen Fällen ist die Aufrechnung der Gesellschaft, nicht jedoch dem Gesellschafter gestattet. Die Einhaltung des Gebotes der realen Kapitalaufbringung kann im übrigen nicht in das Ermessen der Gesellschaft gestellt werden, da anderenfalls eine Umgehung des Prinzips zu Lasten der Gläubiger eröffnet wäre. Die Zulässigkeit der Aufrechnung durch die Gesellschaft zeigt daher, dass der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung dort keine Rolle mehr spielt, wo die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist.

Die Übertragung des allgemeinen Aufrechnungsverbotes auf das Kapitalerhaltungsrecht steht hier folgerichtig auch nicht im Streit<sup>929</sup>. So ist eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG nur zulässig, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist<sup>930</sup>.

(c) Kompetenzzuweisung

So ist festzuhalten, dass der Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht auf das Prinzip der realen Kapitalaufbringung zurück zu führen ist. Die effektive Einzahlung der Einlage wird bereits durch das allgemeine Aufrechnungsverbot gewährleistet. Vielmehr führt § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu einer Kompetenzzuweisung an die Gesellschaft. Trotz vollwertiger Gegenforderung des Gesellschafters soll es nur der Gesellschaft selbst zukommen, den Gesellschafter durch Aufrechnung von seiner Einlagepflicht zu befreien.

<sup>927</sup> BGHZ 125, 141, 143; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.17 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18 ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 19 Rn.61; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003); § 19 Rn.30; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Servatius GmbHHR 2000, 1028, 1034.

<sup>928</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>929</sup> Siehe Teil 4 III 2.

<sup>930</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

Der Normzweck des einseitigen Aufrechnungsverbot es liegt daher in der Zuweisung der Entscheidungskompetenz darüber, ob der Gesellschafter die Einlage tatsächlich leisten soll oder durch Aufrechnung hiervon befreit wird<sup>931</sup>. Für die Frage der Übertragbarkeit des Normzwecks des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist daher von Ausschlag gebender Bedeutung, welche Funktion der Kompetenzzuweisung im Rahmen der Kapitalaufbringung zukommt.

(aa) Abgrenzung zur realen Kapitalaufbringung

In der Literatur wird teilweise angenommen, die Aufrechnungskompetenz der Gesellschaft aus § 19 Abs. 2 GmbHG sei letztlich wiederum ein Element der realen Kapitalaufbringung<sup>932</sup>. So habe allein die Gesellschaft zu prüfen, ob die Aufrechnung im Sinne der realen Kapitalaufbringung zulässig ist<sup>933</sup>. Gerade dem Gesellschafter solle diese Prüfkompetenz eben nicht zukommen, da er ohnehin nur im eigenen Interesse entscheiden würde<sup>934</sup>. Danach soll durch die Zuweisung der Aufrechnungskompetenz an die Gesellschaft die Wahrung der Grundsätze der realen Kapitalaufbringung gesichert werden.

Der Auffassung, wonach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG der Gesellschaft eine Prüfkompetenz zur Feststellung der Zulässigkeit einer Aufrechnung mit der Einlageforderung zuweist, ist nicht zu folgen. Ebenso ist die Kompetenzzuweisung des einseitigen Aufrechnungsverbot es kein Element des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung.

Die Reichweite des Gebotes der effektiven Einlageleistung erschöpft sich in der Begründung des bereits beschriebenen allgemeinen Aufrechnungsverbot es sowohl für den Gesellschafter als auch für die Gesellschaft. Ist die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide, so ist der Gesellschaft die Aufrechnung gestattet. Erfüllt die Gegenforderung die genannten Voraussetzungen nicht, kann auch die Gesellschaft die Aufrechnung nicht erklären. Im zweiten Fall kann die Gesellschaft im Rahmen ihrer Prüfung zu einem Ergebnis kommen wie sie will, eine Aufrechnung ist zur Sicherung der realen Kapitalaufbringung nicht möglich. Die Prüfkompetenz, ob eine Aufrechnung mit der Gegenforderung des Gesellschafters zulässig ist oder nicht, liegt allein bei der Judikative. Die Einhaltung der Grundsätze der realen Kapitalaufbringung stehen damit nicht zur Disposition der Parteien.

Ist die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, kann die Gesellschaft die Aufrechnung erklären. Die Notwendigkeit einer effektiven Einlageleistung steht einer Aufrechnung nicht entgegen. Die Entscheidung der Gesellschaft hat daher mit einer Prüfung der Wahrung der Grundsätze der realen Kapitalaufbringung nichts zu tun. Die Kompetenz liegt gerade nicht in der Prüfung der Aufrechnungsvoraussetzungen. Vielmehr hat die Gesellschaft nur darüber zu entscheiden, ob sie die Einlage von dem Gesellschafter in Natura einfordern will oder nicht.

---

<sup>931</sup> Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), 165, 177; andeutend auch Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034.

<sup>932</sup> Hommelhoff in FS für Kellermann (1991), 165, 177.

<sup>933</sup> siehe Fn.932.

<sup>934</sup> siehe Fn.932.



## (bb) Sinn und Zweck der Kompetenzzuweisung

Das einseitige Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters stellt die Entscheidung, ob die Einlage in Natura zu erbringen ist oder die Erfüllung der Einlagepflicht durch Aufrechnung mit einer vollwertigen Gegenforderung des Gesellschafters eintritt, allein in das Ermessen der Gesellschaft. Für die Analogiebildung auf den Erstattungsanspruch ist zunächst entscheidend, womit sich die Kompetenzzuweisung rechtfertigt.

Das Instrument der Aufrechnung gibt dem Schuldner die Möglichkeit, sich ohne Verständigung mit seinem Gläubiger von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Neben der selbstverständlichen Erfüllungsfunktion der Aufrechnung soll dem Schuldner durch § 387 BGB ein Mittel zur Selbsthilfe gegeben werden<sup>935</sup>. Der Schuldner wird durch die Aufrechnung in die Lage versetzt, seine Gegenforderung ohne das Risiko eines zu führenden Aktivprozesses auf einfachem Wege durchzusetzen<sup>936</sup>. Durch die Erfüllungswirkung kann der Schuldner das Risiko des eigenen Forderungsausfalls mit seiner Gegenforderung ausschließen. Die Aufrechnung hat für den Schuldner damit eine Sicherungs- und Vollstreckungsfunktion<sup>937</sup>.

Die Möglichkeit der Aufrechnung bedeutet für den Gläubiger im Gegenzug eine Erschwerung der Durchsetzung seiner Forderung. Ist die Forderung des Gläubigers unstreitig und die Gegenforderung streitig, bedeutet eine erklärte Aufrechnung durch den Schuldner für den Gläubiger den Zwang zur Einleitung eines Aktivprozesse. Stellt sich die streitige Gegenforderung als unbegründet heraus, hat der Prozess zumindest zu einer Verzögerung der Forderungsrealisierung zum Nachteil des Gläubigers und währenddessen zu einer Schwächung seiner Liquidität geführt. Das Instrument der Aufrechnung kann daher insbesondere von illiquiden Schuldnern missbraucht werden. So kann sich der Schuldner dem Ausgleich unstreitiger Verbindlichkeiten durch Aufrechnung mit zweifelhaften Gegenansprüchen für einen nicht unerheblichen Zeitraum entziehen. Dazu trägt der Gläubiger während der gerichtlichen Auseinandersetzung um die Berechtigung der Gegenforderung das Risiko einer etwa während des Zivilprozesses eintretenden Insolvenz des Schuldners.

Vor diesem Hintergrund verstehen sich einseitige Aufrechnungsverbote<sup>938</sup>. Gegen bestimmte Ansprüche soll eine Aufrechnung nicht statthaft sein, um dem Gläubiger die Realisierung seiner Forderungen zu erleichtern. So soll durch einseitige Verbote beispielsweise verhindert werden, dass sich der Schuldner einer Forderung aus unerlaubter Handlung seiner Zahlungspflicht durch Aufrechnung entzieht<sup>939</sup>.

<sup>935</sup> Müko/Schlüter 4. Auflage (2001) § 387 Rn.1; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 387 Rn.1; Staudinger/Gursky 13.Bearb. (1995) Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn.5.

<sup>936</sup> Müko/Schlüter 4. Auflage (2001) § 387 Rn.1.

<sup>937</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 387 Rn.1; Staudinger/Gursky 13.Bearb. (1995) Vorbem zu §§ 387 ff. Rn.5.

<sup>938</sup> Siehe beispielsweise in §§ 350 – 395 BGB.

<sup>939</sup> Siehe § 393 BGB; hierzu RGZ 154, 334, 339: "dass zunächst der gestörte Rechtsfriede durch Wiedergutmachung wiederhergestellt wird, ohne dass dem Verletzten zugemutet werden soll, sich vor Erfüllung des Wiedergutmachungsanspruchs wegen einer Forderung anderer Art mit dem Schuldner auseinanderzusetzen".

Dem Gläubiger soll die Realisierung seiner Forderung in angemessener Frist und ohne Erörterung von Gegenansprüchen des Schuldners ermöglicht werden<sup>940</sup>. Auch soll der Handlungszwang, seine Gegenforderung durchzusetzen, für den Schuldner durch die Möglichkeit zur Aufrechnung nicht umgekehrt werden.

Der Zweck einseitiger Aufrechnungsverbote lässt sich – wie im folgenden gezeigt werden soll – auf die Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG übertragen.

Das einseitige Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG greift nur ein, sofern das allgemeine Aufrechnungsverbot keine Anwendung findet, die Gesellschaft somit in der Lage wäre, die berechnigte Gegenforderung des Gesellschafters zu befriedigen. Gleichwohl steht das einseitige Aufrechnungsverbot in einem engen Zusammenhang zur allgemeinen Aufrechnungsbeschränkung. Oft werden die Parteien darüber im Streit sein, ob die Gegenforderung des Gesellschafters überhaupt besteht bzw. ob die Forderung vollwertig ist. Im Zweifel wird der Gesellschafter die Aufrechnung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft erklären. Aus Sicht des Gesellschafters bietet sich die Aufrechnung insbesondere dann als brauchbares Mittel an, wenn die Gesellschaft erkennen lässt, dass sie grundsätzlich oder momentan nicht bereit ist, die Gegenforderung des Gesellschafters zu befriedigen. Nach der Erklärung des Gesellschafters streiten die Parteien über die Wirksamkeit der Aufrechnung. Dieser Streit wird häufig zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung führen. Erst im Rahmen eines – sich möglicherweise über mehrere Instanzen erstreckenden – Rechtsstreits wird die Vollwertigkeit der Gegenforderung des Gesellschafters bejaht oder verneint werden.

Mit § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wird dem Gesellschafter ein Aufrechnungsrecht grundsätzlich abgesprochen. Die Aufrechnung ist auch im Falle einer vollwertigen Gegenforderung des Gesellschafters ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann daher die Einlage einfordern, ohne dass der Gesellschafter seine Gegenforderung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten kann. Vielmehr muss der Gesellschafter die Einlage sofort leisten. Ein Streit über das Bestehen einer Gegenforderung wird möglicherweise erneut zu einem Rechtsstreit führen. Nur ist die Gesellschaft für die Dauer des Rechtsstreits bereits im Besitz der Gesellschaftereinlage. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG schützt die Gesellschaft daher bei Geltendmachung der Gesellschaftereinlage vor Streitigkeiten um die Werthaltigkeit der Gegenforderungen des Gesellschafters<sup>941</sup>. Das einseitige Aufrechnungsverbot sichert und beschleunigt daher die Realisierung der Einlageforderung.

Das einseitige Aufrechnungsverbot dient damit zum einen der Verbesserung der Liquidität der Gesellschaft. Dabei tritt die Verbesserung der Liquidität nur dann ein, wenn die Vollwertigkeit der Gegenforderungen des Gesellschafters tatsächlich streitig ist. Ist die Gegenforderung vollwertig, so hat die Gesellschaft die Verbindlichkeit gegenüber ihrem Gesellschafter umgehend zu tilgen. Eine Verbesserung der Liquidität tritt nicht ein. Vielmehr sollte die Gesellschaft von sich aus die Aufrechnung erklären, um ein überflüssiges Hin- und Herzahlen zu vermeiden.

---

<sup>940</sup> BGH NJW 1987, 2997, 2998; Müko/Schlüter 4. Auflage (2001) § 387 Rn.1; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 387 Rn.1; Staudinger/Gursky 13.Bearb. (1995) § 393 Rn.1.

<sup>941</sup> so auch Bayer Anm. zu BGH LM H. 5/2001 § 19 GmbHG Nr.22.

Zum Zweiten verbessert § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Verwertbarkeit der Einlageforderung für die Gesellschaft. So kann die Gesellschaft die Einlageforderung an Dritte veräußern<sup>942</sup>. Der Zessionar muss nicht befürchten, dass der Gesellschafter gegen die Einlageforderung die Aufrechnung mit etwaigen Gegenforderungen erklärt. Bestünde für den Zessionar das Risiko, dass der Gesellschafter die Einlageleistung unter Aufrechnung mit einer Gegenforderung verweigert, wäre der Gesellschaft eine Verwertung der Einlagepflicht erheblich erschwert.

(cc) Interessenabwägung

Jedem gesetzlichen Aufrechnungsverbot liegt eine Interessenabwägung zugunsten des Gläubigers zu Grunde. So rechtfertigen es besondere Umstände, dem Schuldner die Option zu nehmen, seine Gegenforderung durch Aufrechnung zu sichern und gleichzeitig zu vollstrecken. Im Falle des § 393 BGB rechtfertigt sich die Benachteiligung des Schuldners darin, dass er den Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung vorsätzlich geschädigt hat<sup>943</sup>. Durch das einseitige Aufrechnungsverbot gegen unpfändbare Forderungen in § 394 BGB soll – auch im öffentlichen Interesse – verhindert werden, dass dem Gläubiger die Lebensgrundlage entzogen wird<sup>944</sup>.

Das einseitige Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist Ausdruck einer Interessenabwägung zu Lasten des Gesellschafters. Nach der gesetzlichen Wertung haben die Interessen des Gesellschafters an einer Aufrechnung hinter die Interessen der Gesellschaft und der Gläubiger der GmbH zurückzustehen. Um die Übertragbarkeit der Wertung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch beurteilen zu können, ist das Interesse des Gesellschafters an einer Aufrechnung gegen die Einlageforderung und das Interesse der Gesellschaft sowie ihrer Gläubiger, eine solche Aufrechnung zu verhindern, herauszuarbeiten.

Für den Gesellschafter bedeutet das einseitige Aufrechnungsverbot, dass er zunächst seine Einlage leisten muss. Seine Gegenforderung muss er sodann gegen die Gesellschaft geltend machen. War die Gegenforderung des Gesellschafters im Zeitpunkt der Einzahlung der Einlage nicht vollwertig, entsteht dem Gesellschafter durch das einseitige Aufrechnungsverbot kein wirklicher Nachteil. Auch ohne § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hätte er sich der Einlageforderung der Gesellschaft nicht auf Dauer entziehen können<sup>945</sup>. Schließlich wäre eine durch ihn erklärte Aufrechnung mangels vollwertiger Gegenforderung ohnehin unwirksam gewesen. Die im Ergebnis nutzlose Verteidigung gäbe dem Gesellschafter lediglich einen zeitlich begrenzten Liquiditätsvorteil.

§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG benachteiligt den Gesellschafter aber, soweit das allgemeine Aufrechnungsverbot nicht eingreift, seine Forderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung also vollwertig, fällig und liquide war. In diesem Fall steht der Weg über eine Verrechnung beider Forderungen an sich offen.

<sup>942</sup> zur Zulässigkeit der Abtretung der Einlageforderung: Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn. 145 ff.

<sup>943</sup> Müko/Schlüter 4. Auflage (2001) § 387 Rn.1; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 387 Rn.1.

<sup>944</sup> Müko/Schlüter 4. Auflage (2001) § 394 Rn.1; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 394 Rn.1.

<sup>945</sup> spätestens der Insolvenzverwalter würde die Unwirksamkeit der Aufrechnung im Rahmen eines Zivilprozesses aufdecken.

Zahlt er in dieser Konstellation seine Einlage ein, besteht das Risiko, dass die Gesellschaft seine Forderung nicht im Gegenzug befriedigt. Grund für die Weigerung der Gesellschaft kann sein, dass die Gesellschaft das Bestehen der Gegenforderung bestreitet. Der Gesellschafter kann daher gezwungen werden, seine Forderung auf im Wege eines Aktivprozesses geltend zu machen. Das Aufrechnungsverbot bedeutet für den Gesellschafter somit eine Umkehrung des Handlungszwangs zu seinen Lasten. Das einseitige Aufrechnungsverbot verschlechtert somit die Liquidität des Gesellschafters und weist ihm das Risiko zu, dass die Gesellschaft während des Zivilverfahrens insolvent wird.

Das Aufrechnungsverbot stellt den Gesellschafter daher schlechter als andere Gläubiger der Gesellschaft, welchen die Aufrechnung gegen Forderungen der Gesellschaft nicht verwehrt ist. Anders als Drittgläubiger kann sich der Gesellschafter vom Risiko des Forderungsausfalls nicht durch Aufrechnung befreien. Verweigert ihm die Gesellschaft die Befriedigung, fällt er bei eintretender Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der GmbH möglicherweise mit seiner Forderung aus<sup>946</sup>.

Dem Interesse des Gesellschafters auf Realisierung seiner Gegenforderung steht das Interesse der Gesellschaft an einer Vermeidung von Streitigkeiten im Rahmen der Realisierung der Einlageforderung gegenüber. Ohne einseitiges Aufrechnungsverbot würde eine Erörterung der Gegenansprüche des Gesellschafters zu Lasten der Liquidität der Gesellschaft geführt werden. Während des Streits hätte die Gesellschaft darüber hinaus das Risiko zu tragen, mit der Einlageforderung auszufallen.

Die bis hier dargestellten widerstreitenden Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft entsprechen einer üblichen Aufrechnungssituation. Grundsätzlich werden die Interessen des Schuldners an der Sicherung und Vollstreckung seiner Gegenforderung höher bewertet. Eine Aufrechnung wird zugelassen. Das GmbHG hat diesen Interessenkonflikt mit § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG allerdings zuungunsten des Gesellschafters entschieden.

Die Entscheidung für ein einseitiges Aufrechnungsverbot findet ihre Rechtfertigung in der besonderen Rechtsnatur der Einlageforderung der Gesellschaft. Die Einlageforderung nimmt neben anderen Außenständen der Gesellschaft eine Sonderstellung ein. Die Mindesteinlage soll die Schaffung eines Mindesthaftungsfonds der Gesellschaft zugunsten der Gläubiger der GmbH garantieren. Dabei besteht neben dem Gebot der realen Kapitalaufbringung ein Gebot der schnellen Verfügbarkeit des Haftkapitals. Der Gläubigerschutz erfordert nicht nur, dass der GmbH die Einlage ungeschmälert zufließt. Die Gläubiger haben auch ein berechtigtes Interesse daran, dass der Gesellschaft das Kapital im Bedarfsfalle schnell zur Verfügung steht. Die Realisierbarkeit der Einlageforderung ist daher zugunsten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger sicherzustellen. Gerade die Liquidität der Einlageforderung dient der Herstellung eines Mindesthaftungsfonds. Streitigkeiten um den Bestand und die Vollwertigkeit etwaiger Gegenforderungen der Gesellschafter wirken dem Interesse der Gesellschaft entgegen, über die Einlage schnell verfügen zu können.

---

<sup>946</sup> verweigert die GmbH zu Unrecht die Befriedigung des Gesellschafters besteht im Insolvenzfall eine Haftung der Geschäftsführung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG.

Der Einlageforderung der Gesellschaft soll der Gesellschafter daher nichts – auch nicht berechnete Gegenansprüche – entgegenhalten können. Weigert sich der Gesellschafter die Einlage zu zahlen, soll die Gesellschaft sich durch ein Factoring schnell in den Stand setzen können, über den Einlagebetrag – oder zumindest eines Teiles davon – verfügen zu können. Auch um die Verwertbarkeit der Einlageforderung nicht zu mindern, sind Einwendungen des Gesellschafters von vornherein auszuschließen.

Besteht auf der einen Seite ein gesteigertes Interesse der Gesellschaft an einer schnellen Realisierbarkeit der Einlageforderung, so ist des weiteren das Interesse des Gesellschafters an einer Aufrechnung nur niedrig zu bewerten. So ist es der Gesellschafter, der durch Beteiligung an einer GmbH seine persönliche Haftung über die Höhe der Stammeinlage hinaus ausschließen will. Die Haftungsbeschränkung kommt einzig dem Gesellschafter zu Gute. Im Gegenzug kommt seiner Einlageverpflichtung besondere Bedeutung zu und kann anderen Forderungen der Gesellschaft nicht gleichgestellt werden. Gerade in der Verpflichtung zur Erbringung der Stammeinlage rechtfertigt sich die Haftungsbeschränkung zugunsten des Gesellschafters. Mit der Einlageverpflichtung zahlt der Gesellschafter die Risikoprämie<sup>947</sup> für die Haftungsbeschränkung<sup>948</sup>. Genießt der Gesellschafter durch die Übernahme der Einlageverpflichtung den Schutz einer beschränkten persönlichen Haftung so ist es nur billig, dass ihm der übliche Schuldnerschutz der § 387 ff. BGB gerade nicht zukommen soll.

Es besteht also ein herausgehobenes Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger daran, die Einlageforderung schnell zu realisieren und Streitigkeiten über etwaige Gegenforderungen des Gesellschafters zu vermeiden. Hinzu kommt die herabgesetzte Schutzwürdigkeit des Gesellschafters in seiner Stellung als Schuldner der Stammeinlage. Diese Interessenabwägung zuungunsten des Gesellschafters legt § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG seiner Wertung zugrunde, dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen die Einlageforderung in jedem Falle zu versagen.

(2) Übertragbarkeit des Normzwecks des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch

Der Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG beinhaltet eine Kompetenzzuweisung an die GmbH. Nur die Gesellschaft soll darüber entscheiden können, ob der Gesellschafter die Einlage in Natura leisten muss oder sich durch Aufrechnung befreien kann. Das Gebot der realen Kapitalerhaltung erschöpft sich dagegen im allgemeinen Aufrechnungsverbot für beide Seiten, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters nicht vollwertig, fällig und liquide ist. Durch die Kompetenz soll die Liquidität der Gesellschaft und die Verwertbarkeit der Einlageforderung im Gläubigerinteresse sichergestellt werden.

<sup>947</sup> Wiedemann DB 1993, 141, 147.

<sup>948</sup> Hirte KapGesR 3. Auflage (2001) Rn.614.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die Gewichtung der Interessen von GmbH, Gesellschaftern und Gläubigern im Kapitalerhaltungsrecht eine Übertragung des Normzwecks des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch zulassen. Im Ausgangspunkt wird das Gebot der effektiven Erstattung verbotener Auszahlungen durch das allgemeine Aufrechnungsverbot gewährleistet. So ist eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch grundsätzlich ausgeschlossen, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters nicht vollwertig, fällig und liquide ist.

(a) Interesse der Gesellschaft

Aus Sicht der Gesellschaft ist ein Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters gegen den Erstattungsanspruch positiv, da der Gesellschaft bei Geltendmachung der Erstattung Streitigkeiten über die Werthaltigkeit der Gegenforderung erspart werden. Darüber hinaus werden weitere Streitigkeiten vermieden, welche bei der Einlageforderung regelmäßig keine Rolle spielen. So wird der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch oftmals mit seinem wiederaufgelebten Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss aufrechnen wollen. Hierbei werden Streitfragen zum tatsächlichen Bestehen eines Auszahlungsanspruches zwischen den Parteien stehen. Weiter ist Streit darüber zu erwarten, ob das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG der Geltendmachung des Auszahlungsanspruches nicht entgegensteht. Die Fülle der Streitfragen lässt regelmäßig einen aufwendigen Zivilprozess um die Erstattungsforderung erwarten. Ein einseitiges Aufrechnungsverbot zu Lasten des Gesellschafters würde die Liquidierbarkeit des Erstattungsanspruches daher deutlich erhöhen.

Entsprechendes gilt für die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruches. Belastet man den Zessionar des Erstattungsanspruches bei der Realisierung desselben gegen den Gesellschafter mit dem Risiko mannigfaltiger Einwendungen des Gesellschafters, dürfte eine sinnvolle Veräußerung des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG kaum möglich sein.

(b) Interesse des Gesellschafters

Ebenso wie der einlagenpflichtige Gesellschafter ist auch der nach § 31 Abs. 1 GmbHG erstattungspflichtige Gesellschafter grundsätzlich an einer Aufrechnungsmöglichkeit interessiert. Durch eine Aufrechnung entlastet sich der Gesellschafter insbesondere von einem Ausfall seiner Gegenforderung im Falle einer späteren Insolvenz der Gesellschaft. Weiter entfällt für den Gesellschafter der Zwang, seine Forderung aktiv geltend zu machen. Nicht zuletzt bietet die Aufrechnung dem Gesellschafter die Möglichkeit, seine Liquidität zu verbessern. Insoweit lassen sich zunächst keine Unterschiede zum einlagenpflichtigen Gesellschafter feststellen.

Wie gezeigt<sup>949</sup> steht dem nach § 31 GmbHG erstattungspflichtigen Gesellschafter in der Regel ein Anspruch aus dem ursprünglichen – der verbotenen Ausschüttung zugrunde liegenden – Kausalgeschäft zu. In dieser typischen Konstellation hat der Gesellschafter ein gesteigertes Interesse an der Möglichkeit, sich durch Aufrechnung von der Erstattungspflicht zu befreien.

---

<sup>949</sup> Siehe Teil 4 II.

So kann der Gesellschafter seinen Auszahlungsanspruch nur in einem Zeitpunkt geltend machen, in welchem die Unterbilanz der Gesellschaft nachhaltig beseitigt ist. Verschlechtert sich die Vermögenslage der Gesellschaft bis hin zur Grenze der Unterbilanz, so steht der Geltendmachung des Auszahlungsanspruch aus einem Gewinnverwendungsbeschluss das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG entgegen. Steht die Gesellschaft daher erneut an der Grenze der Unterbilanz<sup>950</sup>, so ist dem Gesellschafter weder die Aufrechnung<sup>951</sup> noch die aktive Geltendmachung des Auszahlungsanspruches<sup>952</sup> möglich.

Dem auf Erstattung in Anspruch genommenen Gesellschafter bietet sich also nur während der nachhaltigen Beseitigung der Unterbilanz die Gelegenheit, seine Gegenforderung aus dem früheren Kausalgeschäft geltend zu machen. Weigert sich die Gesellschaft während dieser Phase, seinen Auszahlungsanspruch auszugleichen, ist eine Aufrechnung für den Gesellschafter das einzige Mittel, seinen Anspruch rechtzeitig geltend zu machen. Ist dem Gesellschafter die Aufrechnung versagt, bleibt ihm nur die Hoffnung dauernder wirtschaftlicher Gesundung der Gesellschaft.

Dem einlagenpflichtigen Gesellschafter wird demgegenüber regelmäßig eine Gegenforderung aus einem Drittgeschäft zustehen. In dem Fall steht eine Unterbilanz zwar der Aufrechnung, nicht aber der eigenständigen Geltendmachung der Forderung gegen die Gesellschaft entgegen. Somit hat der nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtete Gesellschafter ein dringenderes Interesse an einer Aufrechnungsmöglichkeit als der Gesellschafter, dessen Einlage noch aussteht.

(c) Sicherung einer schnellen Realisierung und effektiven Verwertung des Erstattungsanspruchs

Dem einseitigen Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG liegt die Wertung zu Grunde, dass dem Interesse der Gesellschaft und deren Gläubiger an einer schnellen Realisierung der Einlageforderung durch Einzug oder Verwertung der Vorzug gegenüber dem Sicherungsinteresse des Gesellschafters zu geben ist. Fraglich ist, ob auch im Rahmen der Kapitalerhaltung ein besonderes Interesse an der zügigen Realisierung der Erstattungsforderung besteht.

Selbstverständlich sollte der Erstattungsanspruch schnell realisiert werden, um der Gesellschaft die entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG entzogenen Mittel wieder zuzuführen. Allerdings sind Einlageanspruch und Erstattungsanspruch hinsichtlich ihrer Liquidierbarkeit grundverschieden. Die Einlageforderung ist leicht bestimmbar, findet sie sich doch im Gesellschaftsvertrag verankert.

<sup>950</sup> d.h. jede weitere Auszahlung führt zu einer Verletzung der Stammkapitalziffer.

<sup>951</sup> unabhängig von der analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG steht das allgemeine Aufrechnungsverbot wegen fehlender Fälligkeit der Gegenforderung einer Aufrechnung entgegen: Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>952</sup> dem Anspruch des Gesellschafters steht das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG entgegen.

Der Einlageforderung kann der Gesellschafter ausschließlich mit dem Einwand der Erfüllung entgegentreten. Hierbei trifft ihn naturgemäß die volle Darlegungs- und Beweislast<sup>953</sup>. Die Einlageforderung ist daher schnell zu titulieren.

Anders der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Er folgt aus einem Verstoß gegen § 30 GmbHG. Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG sind von der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen<sup>954</sup>. So kann der Gesellschafter dem Erstattungsanspruch entgegenhalten, eine Unterbilanz habe im Zeitpunkt der Auszahlung nicht bestanden bzw. sei durch die Auszahlung nicht entstanden. Nimmt die Gesellschaft den Gesellschafter aus einer verdeckten Gewinnausschüttung in Anspruch, kann der Gesellschafter einwenden, es habe sich um ein Drittgeschäft gehandelt. Auch hier ist es an der Gesellschaft, das gestörte Äquivalenzverhältnis<sup>955</sup> von Leistung und Gegenleistung zugunsten des Betroffenen zu beweisen.

Der Inanspruchnahme aus § 31 Abs. 1 GmbHG kann der Gesellschafter gemäß § 31 Abs. 2 GmbHG weiter entgegenhalten, er habe die Zahlung in gutem Glauben empfangen und der Erstattungsbetrag sei nicht erforderlich, um die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen. Seine Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Auszahlung hat der Gesellschafter selbst zu beweisen<sup>956</sup>. War der Gesellschafter gutgläubig, hat die Gesellschaft den Nachweis zu führen, dass die Mittel zur Gläubigerbefriedigung erforderlich sind<sup>957</sup>.

Gegen den Erstattungsanspruch kann sich der Gesellschafter somit mit Nachdruck zur Wehr setzen. Gleich ob seine Einwendungen letztlich erfolgreich sind, wird durch die gerichtliche Klärung der Streitfragen die Realisierung des Erstattungsanspruches doch erheblich verzögert. Im Rahmen eines Rechtstreites zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wird sich regelmäßig eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich machen. Die Unterbilanz im Zeitpunkt der Auszahlung ist durch eine Zwischenbilanz darzulegen. Wird die Richtigkeit der Bilanz durch den Gesellschafter bestritten, so muss die Bilanz durch einen Sachverständigen geprüft werden<sup>958</sup>. Gleiches gilt für die Feststellungen im Rahmen des Gutgläubensschutzes in § 31 Abs. 2 GmbHG.

Im Ergebnis sind daher Einlageanspruch und Erstattungsanspruch in Hinblick auf ihre Liquidierbarkeit verschieden. Die Bezifferung des Einlageanspruches ist auf Grundlage des Gesellschaftsvertrages denkbar einfach möglich. Dem Einlageanspruch kann der Gesellschafter allenfalls den Erfüllungseinwand entgegenhalten. Die Geltendmachung des Erstattungsanspruches wird regelmäßig von Streitfragen begleitet, deren außergerichtliche bzw. gerichtliche Klärung erheblichen – insbesondere auch zeitlichen – Aufwand erfordert.

<sup>953</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.3.

<sup>954</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.22; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 30 Rn.64; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.7; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.21.

<sup>955</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 30 Rn.24; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 30 Rn.57; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 30 Rn.14 ff.

<sup>956</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 31 Rn.36; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.14; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.21

<sup>957</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 31 Rn.39; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.14 /Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.21.

<sup>958</sup> Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) § 30 Rn.64.



Die Liquidität der Einlageforderung würde durch ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters erheblich beeinträchtigt werden. Ohne die Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wäre es dem Gesellschafter möglich, der Einlageforderung der Gesellschaft Einwände entgegenzuhalten und somit die Realisierung der Einlage zeitlich zu verzögern. Demgegenüber würde ein Aufrechnungsverbot im Kapitalerhaltungsrecht die Realisierbarkeit des Erstattungsanspruches zwar verbessern. Eine vergleichbare Liquidität wie die Einlageforderung wird der Erstattungsanspruch jedoch auch mit einem Aufrechnungsverbot für den Gesellschafter nicht erreichen. So ist der Aufrechnungseinwand nur ein Einwand des Gesellschafters unter vielen.

Gleiches gilt für die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruches. Der Wert der Einlageforderung bemisst sich ausschließlich an der Bonität des Gesellschafters, da der Gesellschafter keine Einwände erheben kann. Die Einlageforderung ist daher sehr gut verwertbar. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist dagegen sehr schwer sinnvoll zu veräußern. Wegen der zahlreichen potentiellen Einwände des Gesellschafters ist die Geltendmachung des Anspruches mit erheblichen Risiken verbunden, welche von einem potentiellen Zessionar zudem schlecht realistisch beurteilt werden können. So wird ein Factoring von vornherein nur mit einem erheblichen Risikoabschlag zugunsten des Erwerbers möglich sein. Der Veräußerungserlös wird wohl regelmäßig nur einen Bruchteil des Nennwertes des Erstattungsanspruches betragen. Wird die Verwertbarkeit des Einlageanspruches durch das einseitige Aufrechnungsverbot deutlich verbessert, so bliebe die Verwertbarkeit des Erstattungsanspruches trotz Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG schlecht.

(d) Übertragbarkeit der Interessenabwägung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch

§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entscheidet den Interessenkonflikt zwischen Gesellschaft und Gesellschafter über die Zulassung einer Aufrechnung durch den Gesellschafter gegen die Einlageforderung zugunsten der GmbH und deren Gläubigern<sup>959</sup>. Dieser Entscheidung basiert auf der Wertung, dass die Interessen des Gesellschafters vor dem Hintergrund der besonderen drittschützenden Natur der Einlageforderung zur Erhaltung der Liquidität der Einlageforderung zurücktreten müsse. Die Interessenabwägung basiert daher auf zwei Prämissen. Erstens haben die Interessen des Gesellschafters zurückzutreten, da die Einlageforderung der Herstellung des Mindesthaftungsfonds dient und sich der Gesellschafter durch die Einlage das Privileg der beschränkten Haftung erwirkt. Zum Zweiten gilt es, die Liquidität und damit die Verwertbarkeit der Einlageforderung zu sichern, indem ein Streit über mögliche Gegenforderungen des Gesellschafters nicht zu einer Verzögerung der Leistung der Einlage führen. Lassen sich beide Prämissen auch aus dem Kapitalerhaltungsrecht entnehmen, ist auch die Wertung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu übertragen.

Die Interessen des erstattungspflichtigen Gesellschafters haben im Rahmen der Kapitalerhaltung ebenso zurückzutreten wie im Rahmen der Kapitalaufbringung. Ebenso wie die Einlageforderung ist auch der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ein Instrument des Gläubigerschutzes.

<sup>959</sup> Siehe Teil 4 III 3 c bb (2) (c).

Die Realisierbarkeit des Erstattungsanspruchs steht daher nicht allein im Interesse der Gesellschaft, sondern auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Die Gläubiger der Gesellschaft sind mangels persönlicher Haftung der Gesellschafter auf einen besonderen Schutz des Stammkapitals vor Zugriffen der Gesellschafter angewiesen. Weiter ist der erstattungspflichtige Gesellschafter auch weniger schutzwürdig als andere Gläubiger der Gesellschaft. So geht der Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG stets eine verbotene Auszahlung nach § 30 GmbHG voraus. Die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften ist für den Gesellschafter der Preis für den Ausschluss der persönlichen Haftung. Verstößt der Gesellschafter gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften, ist er in Gegensatz zu anderen Gläubigern der Gesellschaft weniger schutzwürdig.

Wie bereits gezeigt wurde, ist der Erstattungsanspruch in seiner Liquidität und Verwertbarkeit der Einlageforderung nicht gleichzusetzen. Die Einlageforderung lässt sich mangels möglicher Einwendungen des Gesellschafters grundsätzlich leicht realisieren. Die Liquidität der Einlageforderung würde durch eine Aufrechnungsmöglichkeit des Gesellschafters stark eingeschränkt werden. Der Erstattungsanspruch hingegen sieht sich in der Regel vielfachen Einwendungen des Gesellschafters ausgesetzt. Eine Realisierung ist regelmäßig erst nach gerichtlicher Klärung vieler Streitfragen möglich. Die Realisierbarkeit des Erstattungsanspruchs wird zwar durch ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters zusätzlich erschwert. So wird zusätzlich zu prüfen sein, ob die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist. Allerdings fällt diese zusätzliche Hürde angesichts der übrigen Einwendungen des Gesellschafters kaum ins Gewicht.

Im Ergebnis kann die Wertung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht auf § 31 Abs. 1 GmbHG übertragen werden. Der Zweck, welchen das einseitige Aufrechnungsverbot im Kapitalaufbringungsrecht hat, lässt sich im Kapitalerhaltungsrecht nicht erfüllen. Der Einlageanspruch setzt die Gesellschaft in die Lage, schnell über das Mindeststammkapital verfügen zu können. Der Bareinlageanspruch kann nur dann nicht realisiert werden, wenn der Gesellschafter zahlungsunfähig ist. In diesem Fall kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil gemäß § 21 GmbHG kaduzieren. Insbesondere § 21 GmbHG zeigt, dass das Kapitalaufbringungsrecht darauf ausgerichtet ist, der GmbH im Bedarfsfalle die Einlagen der Gesellschafter schnell zur Verfügung zu stellen.

Im Gegensatz hierzu ist das System der Kapitalerhaltung von vornherein nicht darauf eingerichtet, der Gesellschaft eine schnelle Rückführung der verbotenen Auszahlung zu gewährleisten. Der Erstattungsanspruch soll vielmehr ein Ausgleich für entzogenes Stammkapital sein. Der Schwerpunkt des Erstattungsanspruchs liegt somit darin, den Gläubigern im Falle einer Insolvenz ein Mindestmaß an Haftungsmasse aus einem verbotenen Kapitalabzug zu gewährleisten<sup>960</sup>. Dieser Gedanke hat auch den Gesetzgeber geleitet, als er die Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters gemäß § 31 Abs. 2 GmbHG in das System der Kapitalerhaltung integrierte. Auch hier steht die Befriedigung der Gläubiger im Vordergrund. Sind die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gedeckt, wird der gutgläubige Gesellschafter von seiner Erstattungspflicht frei.

---

<sup>960</sup> so wird der Erstattungsanspruch in der überwiegenden Zahl der Fälle erst durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.

Bei aller funktionalen Vergleichbarkeit von Einlageforderung und Erstattungsanspruch<sup>961</sup> besteht in der Realisierbarkeit beider Forderungen der Gesellschaft ein wesentlicher Unterschied. Der Unterschied wird insbesondere in den Spezialregelungen im Kapitalaufbringungsrecht und Kapitalerhaltungsrecht deutlich. Ein Recht zur Kaduzierung wie in § 21 GmbHG findet sich im Kapitalerhaltungsrecht nicht. Die Privilegierung des Gesellschafters im Fall der Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft in § 31 Abs. 2 GmbHG ist dem Kapitalaufbringungsrecht fremd.

#### 4. Ergebnis: Recht zur Aufrechnung für den Gesellschafter

Die Analogiebildung zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG im Kapitalerhaltungsrecht ist entgegen der Rechtsprechung des BGH<sup>962</sup> abzulehnen<sup>963</sup>. Dem BGH<sup>964</sup> ist freilich zuzugeben, dass ein funktionaler Zusammenhang zwischen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht besteht. Die funktionale Vergleichbarkeit von Einlageforderung und Erstattungsanspruch besteht nach Auffassung des Verfassers darin, dass das Gebot der realen Kapitalaufbringung auch im Kapitalerhaltungsrecht als Gebot der realen Erstattung der verbotenen Auszahlung Geltung gewinnt. Die funktionale Vergleichbarkeit führt dazu, dass eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch – gleich von welcher Seite erklärt – dann unwirksam ist, sofern die Gegenforderung nicht vollwertig, fällig und liquide ist<sup>965</sup>.

Dem BGH muss widersprochen werden, soweit er aus der funktionalen Vergleichbarkeit von Einlageforderung und Erstattungsanspruch heraus den Analogieschluss aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den § 31 GmbHG zulässt. Das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG findet seine Rechtfertigung nicht im Prinzip der realen Kapitalaufbringung. Dieses Prinzip wird bereits durch das allgemeine Aufrechnungsverbot für beide Parteien gewährleistet. Das einseitige Aufrechnungsverbot verfolgt vielmehr den Zweck, der Gesellschaft die schnelle Realisierung der Einlageforderung zu ermöglichen. Die Liquidität der Einlageforderung soll nicht durch ein Aufrechnungsrecht des Gesellschafters beeinträchtigt werden. Dieser Normzweck lässt sich auf den Erstattungsanspruch nicht übertragen, da der Erstattungsanspruch bereits in seiner Anlage nicht auf eine schnelle Realisierung ausgerichtet ist.

<sup>961</sup> so der BGH in: BGHZ 146, 105, 107.

<sup>962</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258; BGHZ 146, 105, 107.

<sup>963</sup> ebenso gegen eine Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG: Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Hachenburg/Goerdeler/Müller 8. Auflage (1992) 31 Rn.59; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6, 18; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003) § 31 Rn. 26; Müller ZIP 1996, 941, 944; Butzke ZHR 154 (1990), 357, 370 f.; Joost ZHR 148 (1984), 27, 47; für Analogie: Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 44; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.76; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 ff.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 382; Hirte NJW 2003 1154, 1156; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Kort 2001, 615, 631 f.; Müller GmbHR 2001,143, 144; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius 2000, 1028, 1034; Paul ZinsO 2000, 583, 586; ders. ZinsO 2001, 243, 245.

<sup>964</sup> BGHZ 146, 105, 107; ähnlich auch BGH in BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>965</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991) S.175 f.; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

Die Relevanz der Streitfrage ist materiell-rechtlich angesichts des für beide Parteien bestehenden allgemeinen Aufrechnungsverbots beschränkt. Nur sofern die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist, kommt eine Aufrechnung überhaupt in Frage. Anderenfalls scheidet die Aufrechnung nicht an einer Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, sondern bereits am Grundsatz der effektiven Erstattung der verbotenen Ausschüttung.

Für die Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Gesellschafter ist die Frage der analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur für die Beispielfälle<sup>966</sup> 3 und 5 entscheidungserheblich. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Gesellschafter in den Beispielen 3 und 5 die Aufrechnung zu gestatten. Nach der Rechtsprechung des BGH scheidet in den Beispielen 3 und 5 die Aufrechnung durch den Gesellschafter an der Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

Die praktische Bedeutung der Streitfrage geht jedoch weiter. Zwar scheidet eine Aufrechnung durch den Gesellschafter oftmals daran, dass seine Gegenforderung nicht vollwertig, fällig und liquide ist. Ohne eine analoge Anwendung des einseitigen Aufrechnungsverbot sind jedoch in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zunächst Feststellungen zur Gegenforderung des Gesellschafters und zur wirtschaftlichen Verfassung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zu treffen. Nach Auffassung des BGH sind derartige Feststellungen jedoch überflüssig, da eine Aufrechnung des Gesellschafters bereits am einseitigen Aufrechnungsverbot scheidet<sup>967</sup>. Zur Gegenforderung des Gesellschafters muss erst verhandelt werden, wenn von Seiten der Gesellschaft die Aufrechnung erklärt wurde.

Die praktische Relevanz der Streitfrage wird auch in den Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH vom 29.05.2000<sup>968</sup> und der Entscheidung des BGH vom 27.11.2000<sup>969</sup> deutlich. In beiden Fällen scheidet die Aufrechnung gegen die Einlageforderung bereits am allgemeinen Aufrechnungsverbot aus dem Grundsatz der effektiven Erstattung verbotener Ausschüttungen. Den Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>970</sup> lagen Sachverhalte zugrunde, in denen ein Vergleichsverwalter ehemalige Gesellschafter in Anspruch nahm. Im Sachverhalt der Entscheidung vom 27.11.2000<sup>971</sup> nahm ein Gesamtvollstreckungsverwalter den Gesellschafter auf Erstattung in Anspruch. Die Gegenforderung der Gesellschafter waren daher nicht vollwertig<sup>972</sup>, da die Gesellschaft jeweils nicht in der Lage war, die Ansprüche der Gesellschafter zu befriedigen. Die Aufrechnung hätte daher nicht einmal von der Gesellschaft wirksam erklärt werden können. Die Entscheidung der Streitfrage einer analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG war daher für die Urteilsfindung unerheblich. Gleichwohl vereinfacht die Annahme eines einseitigen Aufrechnungsverbot die Rechtsfindung. Durch die analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann jede Aufrechnung von Seiten des Gesellschafters als unbeachtlich betrachtet werden. Die Einhaltung des Gebotes der effektiven Erstattung verbotener Ausschüttungen muss nicht gesondert überprüft werden.

<sup>966</sup> Siehe unter Teil 4 III 3 b.

<sup>967</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>968</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>969</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>970</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>971</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>972</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.21.

#### IV. Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschafters

Alternativ zur Aufrechnung könnte dem Gesellschafter gegenüber dem Erstattungsanspruch des Gesellschafters ein Leistungsverweigerungsrecht gegen die Gesellschaft bis zur Erfüllung des Auszahlungsanspruches zustehen. Ein solcher Einwand des Gesellschafters gegen den Erstattungsanspruch wird in der Literatur vertreten<sup>973</sup>. Der Einwand wird zum einen auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB gestützt<sup>974</sup>. Weiter wird für das Leistungsverweigerungsrecht die aus § 242 BGB abgeleitete Arglistenrede *dolo-petit*<sup>975</sup> herangezogen<sup>976</sup>.

Der BGH hat dem Gesellschafter in den Balsam/Procedo-Entscheidungen das Recht abgesprochen, gegen den Erstattungsanspruch der Gesellschaft den *dolo-petit*-Einwand geltend zu machen<sup>977</sup>. Hierbei betont der BGH, das Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschafters scheitere an dem Gebot der realen Kapital(wieder)aufbringung<sup>978</sup>. In der Literatur wird die Möglichkeit der Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten von den Vertretern abgelehnt, welche eine Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG befürworten<sup>979</sup>.

Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 Abs. 1 BGB bzw. des *dolo-petit*-Einwandes vorliegen. Weiter ist zu prüfen, ob der Gesellschafter mit den Einwänden aus Gründen des Kapitalschutzes ausgeschlossen ist.

<sup>973</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Müller ZIP 1996, 941, 944; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

<sup>974</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6.

<sup>975</sup> *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est.*

<sup>976</sup> Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 385; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Müller ZIP 1996, 941, 944; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

<sup>977</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>978</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>979</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn. 18; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 ff.; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Thümmel BB 2000, 1485, 1486.

## 1. Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 Abs. 1 BGB ist, dass der Schuldner gegen den Gläubiger über eine fällige Gegenforderung verfügt<sup>980</sup>. Dem erstattungspflichtigen Gesellschafter steht in der hier zu behandelnden Konstellation ein Auszahlungsanspruch aus dem ursprünglichen Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafterversammlung gegen die Gesellschaft zu. Die Gegenseitigkeit von Erstattungsanspruch der GmbH und Auszahlungsanspruch des Gesellschafters ist daher gegeben. An der notwendigen Fälligkeit der Gegenforderung fehlt es jedoch, sofern der Anspruch des Schuldners einredebehaftet ist und somit nicht selbstständig durchsetzbar wäre<sup>981</sup>. Ein Zurückbehaltungsrecht scheidet daher bereits tatbestandlich aus, sofern dem Auszahlungsanspruch des Gesellschafters das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegensteht. Würde durch eine Auszahlung an den Gesellschafter eine Unterbilanz der GmbH herbeigeführt oder verstärkt, ist dem Gesellschafter die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 Abs. 1 BGB somit von vornherein verwehrt.

Zentrale Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 273 Abs. 1 BGB ist, dass die gegenseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Der Tatbestand der Konnexität ist im weitesten Sinne zu verstehen. So genügt es für die Anwendung des § 273 Abs. 1 BGB, wenn zwischen beiden Ansprüchen ein innerer natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dass es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen durchgesetzt werden könnte<sup>982</sup>. Nicht erforderlich ist es daher, dass beide Ansprüche aus ein und dem selben Rechtsgeschäft herrühren<sup>983</sup>. Vielmehr wird es bereits als ausreichend betrachtet, sofern beide Forderungen aus einer dauernden Geschäftsbeziehung herrühren<sup>984</sup>. Regelmäßig bejaht wird die Konnexität, wenn wechselseitige Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis herrühren<sup>985</sup>.

Macht der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch der GmbH seinen Auszahlungsanspruch aus dem Ausschüttungsbeschluss geltend, ist die Konnexität i.S.d. § 273 Abs. 1 GmbHG zu bejahen. Beide Ansprüche beruhen auf der gesellschaftsrechtlichen Bindung des Gesellschafters. Hinzu kommt, dass der Erstattungsanspruch und der Auszahlungsanspruch beide in dem ursprünglichen Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafter ihre Grundlage finden.

<sup>980</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.6 f.; Staudinger/Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.6, 9; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.8, 30; Soergel/Wolf 12. Auflage (1990) § 273 Rn.8, 16; Jauernig/Vollkommer 9. Auflage (1999) § 273 Rn. 7 f.; Erman/Kuckuk 10. Auflage (2000) § 273 Rn.10, 14.

<sup>981</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.7; Staudinger-Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.12; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.31.

<sup>982</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.9.; Staudinger/Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.13; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.13; Soergel/Wolf 12. Auflage (1990) § 273 Rn.20; Jauernig/Vollkommer 9. Auflage (1999) § 273 Rn.9; Erman/Kuckuk 10. Auflage (2000) § 273 Rn.15

<sup>983</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.9; Staudinger/Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.16; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.13; Soergel/Wolf 12. Auflage (1990) § 273 Rn.20

<sup>984</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.10; Staudinger/Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.18; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.16; Jauernig/Vollkommer 9. Auflage (1999) § 273 Rn. 9

<sup>985</sup> BGHZ 64, 122, 125; NJW 1974, 899; 1990, 1171, 1172.

Die verbotene Auszahlung vollzog den Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafter und führte gleichzeitig zum Entstehen des Erstattungsanspruchs nach § 31 GmbHG. An der Konnexität fehlt es allerdings, sofern der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch Gegenforderungen aus Drittgeschäften mit der GmbH ableitet. Derartige Ansprüche basieren nicht auf der kooperativen Beziehung des Gesellschafters zur Gesellschaft und stehen daher in keinem Zusammenhang<sup>986</sup>.

Sind somit die Tatbestandsvoraussetzungen für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes gegen den Erstattungsanspruch für den Gesellschafter wegen seines Auszahlungsanspruchs erfüllt, so stellt sich die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht an einem bestehenden Aufrechnungsverbot scheitert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch nur möglich, sofern er einen fälligen, vollwertigen und liquiden Anspruch gegen die Gesellschaft erheben kann<sup>987</sup>. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so ist die Aufrechnung gemäß dem Grundsatz der effektiven Erstattung verbotener Auszahlung untersagt. Nach der weitergehenden Rechtsprechung ist dem Gesellschafter die Aufrechnung aus der entsprechenden Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG in jedem Falle untersagt<sup>988</sup>. Zu prüfen ist, ob das Aufrechnungsverbot zu einem Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes führt.

Das Verhältnis zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht wurde im älteren Schrifttum streitig behandelt. So wurde von namhaften Autoren die Auffassung vertreten, dass Aufrechnungsverbote das Recht zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nicht beeinträchtigen würden<sup>989</sup>. Insbesondere das gesetzliche Aufrechnungsverbot aus § 394 BGB sollte es dem Arbeitgeber nicht verbieten, Lohn wegen schuldhaft schlechter Arbeit des Arbeiters zurückzuhalten<sup>990</sup>. Von den Vertretern, welche die Wirkung von Aufrechnungsverboten nicht auf das Zurückbehaltungsrecht ausdehnen wollten, wurden die Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten betont. So setzt die Aufrechnung im Gegensatz zu § 273 Abs. 1 BGB gleichartige Forderungen voraus, fordert andererseits keine Konnexität der Ansprüche<sup>991</sup>.

Für eine Beachtlichkeit von Aufrechnungsverboten trat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 26.05.1914<sup>992</sup> zu § 394 BGB ein. Zwar schließt ein Aufrechnungsverbot die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nicht stets aus, allerdings dürfe ein Zurückbehaltungsrecht dann nicht zugelassen werden, wenn es denselben Zweck und denselben Erfolg wie die verbotene Aufrechnung hat<sup>993</sup>. Der Rechtsprechung des Reichsgerichtes hat sich auch der BGH angeschlossen<sup>994</sup>.

<sup>986</sup> ähnlich: RGZ 118, 295, 300.

<sup>987</sup> Siehe Teil 4 III 2 c..

<sup>988</sup> BGHZ 146, 105, 107 f.

<sup>989</sup> Enneccerus Lehrb. d. BürglR 1.Band 2.Abt. 11. Auflage (1915) 1.Band 2. Abt. § 249 I 3; Simèon Lehrb. d. BürglR 6. Auflage (1913) 1.Band 1. Hälfte § 43 2 a.

<sup>990</sup> Enneccerus Lehrb. d. BürglR 1. Band 2.Abt. 11. Auflage (1915) 1.Band 2. Abt. § 249 I 3.

<sup>991</sup> Enneccerus Lehrb. d. BürglR 1.Band 2.Abt. 11. Auflage (1915) 1.Band 2. Abt. § 249 I 3.

<sup>992</sup> RGZ 85, 108, 110.

<sup>993</sup> RGZ 85, 108, 110.

<sup>994</sup> BGH NJW 1974, 367, 368; NJW-RR 1986, 543, 544.

Die aktuelle Literatur kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass ein Zurückbehaltungsrecht ausscheide, wenn es nur dazu diene, ein Aufrechnungsverbot zu umgehen<sup>995</sup>.

Zutreffend ist zunächst der Ausgangspunkt der älteren Literatur, welche die Unterschiede von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht betont<sup>996</sup>. So unterscheiden sich die Tatbestände beider Institute erheblich. Die Aufrechnung ist nur gegen einen gleichartigen Anspruch möglich. Dagegen ist es unerheblich, aus welchem rechtlichen Verhältnis die Gegenforderung stammt. Der Tatbestand des § 273 Abs. 1 BGB ist enger und weiter zugleich, indem er auf die Konnexität und nicht auf die Art der wechselseitigen Ansprüche abstellt. Weiter unterscheiden sich Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht in ihren Rechtsfolgen. Die Aufrechnung führt zum Erlöschen der gegenseitigen Forderungen. Eine solche Erfüllungswirkung wohnt § 273 Abs. 1 BGB nicht inne. Hat die Aufrechnung daher Vollstreckungsfunktion, so kommt dem Zurückbehaltungsrecht eine Sicherungs- und Druckausübungsfunktion zu.

Aus den beschriebenen Unterschieden beider Institute kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass Aufrechnungsschranken das Zurückbehaltungsrecht nicht berühren. Trotz aller Unterschiede haben beide Instrumente einen großen gemeinsamen Anwendungsbereich. Stehen sich gleichartige Forderungen aus demselben rechtlichen Verhältnis i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB gegenüber, kann der Schuldner sowohl aufrechnen als auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Wird der Schuldner sodann Zug um Zug zur Leistung verurteilt kommt die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts der Aufrechnung gleich. Stehen sich daher gleichartige Ansprüche gegenüber, bedeutet die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts im Ergebnis nichts anderes als die Aufrechnung. Ist die Aufrechnung ausgeschlossen führt das Zurückbehaltungsrecht zu einer Umgehung des Verbotes, was nicht zugelassen werden kann.

In Übertragung dieser Grundsätze auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes des Gesellschafters aus § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Auszahlungsanspruches gegen die Gesellschaft dann ausgeschlossen, wenn eine Aufrechnung unstatthaft ist. Würde dem Gesellschafter die Zurückhaltung der Erstattung gestattet werden, wäre das Aufrechnungsverbot wirkungslos.

---

<sup>995</sup> Larenz SchuldR 14. Auflage § 16 Ziff.5; Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 273 Rn.14; Staudinger/Selb 13.Bearb. (1995) § 273 Rn.31; Müko/Krüger 4. Auflage (2001) § 273 Rn.76; Soergel/Wolf 12. Auflage (1990) § 273 Rn.55; Jauernig/Vollkommer 9. Auflage (1999) § 273 Rn. 12.; Erman/Kuckuk 10. Auflage (2000) § 273 Rn.20.

<sup>996</sup> Enneccerus Lehrb. d. BürglR 1.Band 2.Abt. 11. Auflage (1915) 1.Band 2. Abt. § 249 I 3.



## 2. Dolo-petit-Einwand

Der Einwand *dolo facit, qui petit quod (statim)*<sup>997</sup> *redditurus est* – nachfolgend kurz *dolo petit* – ist ein Grundsatz des spätklassischen römischen Rechts und findet seine Verankerung im deutschen Zivilrecht im Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB<sup>998</sup>. Der *dolo-petit*-Einwand gibt dem Schuldner das Recht, eine Leistung zu verweigern, wenn die Einforderung eine ungehörige und damit unzulässige Rechtsausübung darstellt<sup>999</sup>. Hauptanwendung findet der Einwand in Fällen, in welchen der Gläubiger einen Gegenstand einfordert, welchen er nach Erhalt umgehend wieder herauszugeben hat. Die Rechtsausübung ist überflüssig und arglistig, weil der mit der Leistung eintretende Zustand von der Rechtsordnung nicht gewollt ist<sup>1000</sup>.

Den *dolo-petit*-Einwand kann der Gesellschafter gegenüber dem Erstattungsanspruch nur erheben, wenn die Gesellschaft mit der Rückforderung der verbotenen Auszahlung einen von der Rechtsordnung nicht gewollten Zustand herbeiführen will, weil sie nach Erhalt der Erstattung zur umgehenden Rückzahlung verpflichtet ist. Bereits im Ansatz zeigt sich, dass der *dolo-petit*-Einwand auf Erstattungspflicht des Gesellschafters aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht recht passt. Die Durchsetzung des Erstattungsanspruchs gegen den Gesellschafter führt in der Regel nicht zu einem ungewollten und vorübergehenden Rechtszustand. Auch wenn der Gesellschafter über einen fälligen Auszahlungsanspruch verfügt, fordert die Rechtsordnung nicht stets, dass der Erstattungsbetrag umgehend an den Gesellschafter zurückgezahlt wird. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, soll der Erstattungsbetrag primär an die Drittgläubiger der Gesellschaft verteilt werden. Fällt der Gesellschafter nach Verteilung der Masse mit seinem Auszahlungsanspruch aus, so ist dieses Ergebnis gerade vom System der Kapitalerhaltung gewollt. Ein Zustand welcher der Rechtsordnung nicht entspricht, tritt durch die Erstattung somit nicht ein.

In den Fällen, in welchen es dem Gesellschafter nicht möglich ist, gegen den Erstattungsanspruch aufzurechnen, könnte die Erhebung des *dolo-petit*-Einwandes ohnehin nicht erfolgen. Insoweit sind die Grundsätze zur Übertragung von Aufrechnungsverboten auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB heranzuziehen<sup>1001</sup>. Schließlich würde der *dolo-petit*-Einwand die gleiche Wirkung wie die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes zeigen. Der Gesellschaft wäre es unmöglich, ihren Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter durchzusetzen. Das Aufrechnungsverbot aus dem Grundsatz der effektiven Erstattung der verbotenen Auszahlung würde mit dem *dolo-petit*-Einwand umgangen werden. Das bestehende Aufrechnungsverbot schließt somit die Erhebung des *dolo-petit*-Einwandes aus<sup>1002</sup>. Die Anwendung des *dolo-petit*-Einwandes ist daher nur denkbar, wenn der Gesellschafter nicht mit einem Aufrechnungsverbot belastet ist.

<sup>997</sup> das „statim“ ist in den römischen Quellen nicht belegt, sondern von der deutschen Zivilrechtsdogmatik eingefügt worden.

<sup>998</sup> Palandt/Heinrichs 62. Auflage (2003) § 242 Rn.52; Staudinger/Schmidt 13.Bearb. (1995) 242 Rn.755, 777 ff; Müko/Roth 4. Auflage (2001) § 242 Rn.539 ff.; Wacke JA 1982, 477.

<sup>999</sup> Wacke JA 1982, 477.

<sup>1000</sup> Staudinger/Schmidt 13.Bearb. (1995) 242 Rn.777.

<sup>1001</sup> Siehe Teil 4 IV 1.

<sup>1002</sup> Soergel/Teichmann 12. Auflage (1990) § 242 Rn.299.

Eine Konstellation, welcher dem Anwendungsbereich des dolo-petit-Einwandes nahe kommt, liegt vor, sofern die Gesellschaft sich wirtschaftlich vollständig erholt hat. Ist die Gesellschaft in der Lage, den Auszahlungsanspruch zu befriedigen, läuft die Durchsetzung der Erstattung gegen den Gesellschafter in der Tat auf ein Hin- und Herzahlen hinaus<sup>1003</sup>. Nach der Erstattung hat die Gesellschaft dem Gesellschafter den Anspruch auf Auszahlung zu befriedigen. Nur in diesem Fall ist die Anwendung des dolo-petit-Einwandes vertretbar, da die Durchsetzung des Erstattungsanspruches auf einen nur vorübergehenden Rechtszustand gerichtet ist. Fraglich bleibt, ob die Geltendmachung des Erstattungsanspruches wirklich als rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB zu qualifizieren ist.

Gleichwohl bleibt auch in der zuletzt beschriebenen Situation kein Raum für die Anwendung des dolo-petit-Einwandes. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Gesellschafter in dem Fall der vollständigen wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft mit seiner Gegenforderung gegen den Erstattungsanspruch aufrechnen<sup>1004</sup>. Daneben kann der Gesellschafter an dem Erstattungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben. Für die Anwendung des dolo-petit-Einwandes besteht daher kein Anlass, da der Gesellschafter sich gegen den Erstattungsanspruch auch ohne Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegen die Inanspruchnahme der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu Wehr setzen kann.

#### V. Zusammenfassung Teil 4

Im 4. Teil wurde der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters untersucht, welcher der verbotenen Ausschüttung zugrunde lag.

Zunächst wurde festgestellt, dass das der verbotenen Ausschüttung zugrunde liegende Kausalgeschäft wirksam ist. Eine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach §§ 134, 138 BGB ist abzulehnen. So ist § 31 GmbHG als *lex specialis* für die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG anzusehen. Hierdurch werden die allgemeinen Regeln der §§ 134, 138 BGB verdrängt. Weiter spricht gegen die Nichtigkeitsfolge aus §§ 134, 138 BGB, dass zum Zeitpunkt der schuldrechtlichen Begründung der Auszahlungsverpflichtung noch nicht mit Sicherheit feststellbar ist, ob eine Auszahlung eine Unterbilanz der Gesellschaft herbeiführt oder verstärkt.

Weiter führt die verbotswidrige Ausschüttung an den Gesellschafter nicht dazu, dass der schuldrechtliche Anspruch des Gesellschafters erfüllt wird. So erfolgt jede Ausschüttung an den Gesellschafter unter dem Vorbehalt, dass im Zeitpunkt der Leistung keine Unterbilanz der Gesellschaft vorliegt bzw. durch die Leistung entsteht. Der Vorbehalt ist gesetzlicher Natur und folgt aus dem Regelungsmechanismus der §§ 30, 31 GmbHG.

---

<sup>1003</sup> auch die Befürworter des dolo-petit-Einwandes wollen wohl die Anwendung auf diese Konstellation beschränken: Ulmer FS 100 Jahre GmbHG, 363, 385; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.6; Müller ZIP 1996, 941, 944; Westermann ZIP 1987, 1115, 1117.

<sup>1004</sup> Siehe Teil 4 III 4.

Letztlich war entscheidend, ob der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch der Gesellschaft mit seinem Auszahlungsanspruch aufrechnen kann. Entgegen der aktuellen Rechtsprechung des BGH ist dem Gesellschafter eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch nicht grundsätzlich untersagt. Das einseitige Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann nicht in Analogie auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG übertragen werden. Allerdings ist dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch nicht in jedem Fall eröffnet. Vielmehr muss die Gegenforderung des Gesellschafters fällig, vollwertig und liquide sein. Anderenfalls verbietet der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung die Aufrechnung, welcher sich als Prinzip der effektiven Erstattung verbotener Ausschüttungen auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen lässt.

Parallel zur Frage der Aufrechnung war zu untersuchen, ob dem Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Befriedigung seines Auszahlungsanspruchs gegen die Gesellschaft geltend machen kann. Ist dem Gesellschafter die Aufrechnung möglich, ist ein Rückgriff auf § 273 Abs. 1 BGB und den dolo-petit-Einwand freilich nicht erforderlich, da die Aufrechnung aufgrund der Erfüllungswirkung die lohnendere Alternative bietet. Die Frage nach der Anwendbarkeit von § 273 Abs. 1 BGB und dem dolo-petit-Einwand gewinnt daher in Konstellationen Bedeutung, in welchen dem Gesellschafter die Aufrechnung nicht gestattet ist, weil die Gesellschaft wirtschaftlich noch nicht vollständig gesundet ist. Die Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass das Aufrechnungsverbot auch § 273 Abs. 1 BGB und den Einwand aus § 242 BGB ausschließt.

## 5. Teil Gegenseitige Erfüllung von Erstattungsanspruch und Auszahlungsanspruch

### I. Vorbemerkungen

Die Balsam/Procedo-Entscheidungen<sup>1005</sup> weisen dem Gesellschafter den Weg, auf welchem die Erfüllung seines Auszahlungsanspruchs erfolgen soll. Im ersten Schritt habe der Gesellschafter der Gesellschaft die verbotene Auszahlung zu erstatten. Sodann hat die Gesellschaft über die Verwendung der Rückzahlung zu entscheiden<sup>1006</sup>.

Entgegen der hier vertretenen Auffassung<sup>1007</sup> soll dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch von vornherein untersagt sein<sup>1008</sup>. Eine Verrechnung kann nur im Einverständnis mit der Gesellschaft erfolgen<sup>1009</sup>. Auf Basis der Rechtsprechung des BGH stellen sich für den Gesellschafter mehrere – bislang ungeklärte – Fragen.

Zunächst deuten die Balsam/Procedo-Entscheidungen darauf hin, dass der Gesellschafter seinen Auszahlungsanspruch nur im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern realisieren kann:

„Es ist den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung nach Maßgabe der inneren Verhältnisse der Gesellschaft und etwa bestehender Verpflichtungen zu entscheiden.“<sup>1010</sup>

Die zitierte Passage aus den Balsam/Procedo-Entscheidungen vermittelt den Eindruck, als könne eine Auszahlung aufgrund des alten Verpflichtungsgeschäftes nur auf einen erneuten Beschluss der Gesellschafter hin erfolgen.

Ein Beschluss der Gesellschafter ist aber keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs. Das Verpflichtungsgeschäft, auf dem die unzulässige Auszahlung basiert, ist trotz des Verstoßes gegen § 30 GmbHG wirksam<sup>1011</sup>. Durch die verbotene Auszahlung tritt keine Erfüllungswirkung ein<sup>1012</sup>. Der Auszahlungsanspruch besteht daher fort. Ein Gesellschafterbeschluss zur Schaffung eines Auszahlungsanspruchs ist daher überflüssig<sup>1013</sup>.

<sup>1005</sup> BGHZ 144, 336; ZIP 2000, 1256.

<sup>1006</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1007</sup> Siehe unter Kapitel 3 III 2 c.

<sup>1008</sup> im Ergebnis: BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1257; ausdrücklich: BGHZ 146, 105, 107.

<sup>1009</sup> Entweder im Wege der Aufrechnung der Gesellschaft oder durch Abschluss eines Verrechnungsvertrages.

<sup>1010</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258

<sup>1011</sup> Siehe Teil 4 II 2 d.

<sup>1012</sup> Siehe Teil 4 II 3.

<sup>1013</sup> So auch Kort ZGR 2001, 615, 636; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074.

Die Durchsetzbarkeit des Auszahlungsanspruches kann ausschließlich bei Eingreifen des Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG entfallen. Ist die Gesellschaft nicht in der Lage, den Auszahlungsanspruch unter Erhaltung ihrer Stammkapitalziffer zu erfüllen, greift wiederum die Auszahlungssperre des § 30 GmbHG ein. Der Gesellschaft steht bis zum Wegfall der Unterbilanz ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Der Gesellschafter kann seinen Auszahlungsanspruch daher ohne Einverständnis mit den anderen Gesellschaftern geltend machen. Der Anspruch steht nur unter der Bedingung, dass er aus ungebundenem Vermögen erfüllt werden kann<sup>1014</sup>.

Der Gesellschafter wird jedoch an einer einvernehmlichen Einigung mit der Gesellschaft interessiert sein. Eine gerichtliche Durchsetzung des Auszahlungsanspruches ist auch wegen der möglicherweise ungewissen weiteren wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft riskant<sup>1015</sup>. Der Gesellschafter ist daher in der Regel an einer einvernehmlichen wechselseitigen Erfüllung von Erstattungsanspruch und Auszahlungsanspruch interessiert. Die Erfüllung beider Ansprüche kann im Wege der Verrechnung erfolgen. Hierzu ist der Gesellschafter nach Rechtsprechung des BGH<sup>1016</sup> auf die Mitwirkung der Gesellschaft angewiesen. Insoweit ist zu untersuchen, welchem Gesellschaftsorgan die Entscheidungskompetenz zur Aufrechnung zukommt.

Allerdings ist auch denkbar, dass der Gesellschafter den Erstattungsanspruch bereits erfüllt hat und nunmehr auf einen kurzfristigen Ausgleich seiner Auszahlungsforderung drängt. Insoweit ist zu untersuchen, welche Risiken eine zeitnahe wechselseitige Erfüllung beider Forderungen für den Gesellschafter in sich bergen kann.

## II. Probleme des „Hin- und Herzählens“

### 1. Einleitung

Die Gesellschaft könnte sich nach Erhalt der Erstattung dazu entschließen, den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters aus dem der verbotenen Ausschüttung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft zu erfüllen. Tritt durch die Auszahlung an den Gesellschafter nicht erneut eine Unterbilanz ein, steht das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG einer Auszahlung an den Gesellschafter nicht entgegen.

Gleichwohl erscheint ein solches „Hin- und Herzahlen“ von Erstattungs- und Auszahlungsbetrag problematisch. So entsteht der Eindruck, als sei die Erstattung an die Gesellschaft nur unter der Bedingung erfolgt, den Gesellschafter im Gegenzug zu befriedigen. Der Eindruck eines Zusammenhangs verstärkt sich umso mehr, je schneller die Auszahlung an den Gesellschafter der Erstattung an die Gesellschaft folgt.

<sup>1014</sup> Henze GmbHR 2000, 1069, 1074.

<sup>1015</sup> So ist denkbar, dass die Gesellschaft während des Zivilprozesses erneut in eine Unterbilanz abgleitet, was der Durchsetzung des Auszahlungsanspruches nach § 30 GmbHG entgegensteht.

<sup>1016</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1257; BGHZ 146, 105, 107.

Noch fraglicher ist die Erstattung durch den Gesellschafter, wenn dieser zuvor die Ausschüttung von der Gesellschaft erhalten hat. Leistet der Gesellschafter die Erstattung erst nach der Ausschüttung, deutet es daraufhin, dass die Erstattung aus Mitteln der Gesellschaft erfolgte.

Es stellt sich somit die Frage inwieweit ein „Hin- und Herzahlen“ von Erstattung und Ausschüttung den Gesellschafter wirklich von seiner Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG befreit. Der Begriff der unzulässigen Hin- und Herzahlung stammt aus dem Kapitalaufbringungsrecht. Bei Erbringung der Pflichteinlage ist eine wechselseitige Leistungserbringung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft unter Einbezug der Einlageleistung durch den Gesellschafter höchst problematisch. Steht die Erbringung der Einlageleistung durch den Gesellschafter mit einer Gegenleistung der Gesellschaft in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang, kann nach Rechtsprechung und Literatur ein unzulässiges „Hin- und Herzahlen“ vorliegen<sup>1017</sup>. Rechtsfolge hiervon ist, dass die Einlage des Gesellschafters als nicht erbracht gewertet wird und er erneut zur Zahlung herangezogen werden muss<sup>1018</sup>. Im folgenden ist zu untersuchen, inwieweit die Grundsätze des Kapitalaufbringungsrechts zur ordnungsgemäßen Einlagenerbringung auf den Erstattungsanspruch zu übertragen sind.

## 2. Fallgruppen des unzulässigen Hin- und Herzahlens bei der Leistung der Einlage

Im Recht der Kapitalaufbringung fasst der Oberbegriff des unzulässigen Hin- und Herzahlens verschiedene Fallgruppen zusammen. Die bedeutendste Gruppe betrifft die Leistung einer sogenannten verdeckten Sacheinlage. Ebenfalls als unzulässiges Hin- und Herzahlen wird die Umgehung des Aufrechnungsverbot bezeichnet. Letztlich findet der Begriff Verwendung, sofern der Gesellschafter der Gesellschaft die Mindesteinlage nicht zur freien Verfügung überlässt und hiermit gegen § 7 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 GmbHG verstößt. Dazu vier Beispiele:

Bsp. 1: Der Gesellschafter zahlt der Gesellschaft die geschuldete Bareinlage i.H.v. EUR 25.000. Gleichzeitig veräußert er eine Werkzeugmaschine an die Gesellschaft für EUR 25.000 und lässt sich den Kaufpreis drei Tage später auszahlen.

Im Beispiel hat der Gesellschafter seine Bareinlagepflicht nur scheinbar erfüllt. Die Einlage besteht statt in Barzahlung – verdeckt – in der übertragenen Maschine, also einer Sacheinlage. Der Gesellschafter hat mit dem Hin- und Herzahlen die Sachgründungsvorschriften in §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3, 8 Abs. 1 Nr.4 u. 5, 9, 9c GmbHG umgangen.

<sup>1017</sup> BGHZ 113, 335, 334; 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.9; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.35; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.140; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn.141; Altmeppen/Roth 4. Auflage (2003) § 19 Rn. 51.

<sup>1018</sup> i.d.R. macht der Insolvenzverwalter die Einlage gegen den Gesellschafter geltend.

Aufgrund der verdeckten Sacheinlage gilt die Bareinlage des Gesellschafters weiterhin als nicht erbracht<sup>1019</sup>. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage ergänzen die Umgehungssanktion des § 19 Abs. 5 GmbHG und finden daher auch in dieser Norm ihre dogmatische Grundlage<sup>1020</sup>. Die vorzitierte Vorschrift verbietet eine Aufrechnung gegen die Bareinlageforderung mit einer Vergütungsforderung des Gesellschafters aus einer Überlassung von Vermögensgegenständen. Auch eine Verrechnung von Einlage- und Kaufpreisforderung wäre daher im Beispiel unzulässig gewesen.

Bsp. 2: Der Gesellschafter zahlt der GmbH einen Betrag i.H.v. EUR 50.000 als Darlehen aus. Später wird die Gesellschaft zahlungsunfähig. Die Gesellschafter beschließen eine Kapitalerhöhung. Der Gesellschafter zahlt der Gesellschaft zur Erfüllung seiner Einlagepflicht aus einer Erhöhung des Stammkapitals EUR 50.000. Sechs Tage später tilgt die Gesellschaft den Gesellschafterkredit<sup>1021</sup>.

In Beispiel 2 wird das aus dem Gebot der realen Kapitalaufbringung abgeleitete allgemeine Aufrechnungsverbot gegen Einlageforderungen umgangen. Ist die Gegenforderung des Gesellschafters nicht vollwertig, fällig und liquide, so ist Gesellschafter und GmbH die Aufrechnung mit der Einlageforderung untersagt<sup>1022</sup>. Nichts anderes kann gelten, wählen die Parteien nicht den Weg der Aufrechnung, sondern zahlen Gesellschaft und Gesellschafter Einlage und den Betrag der Gegenforderung hin und her. Auch hier gebietet es der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, dass der Gesellschafter nicht von seiner Einlagepflicht befreit wird<sup>1023</sup>.

Bsp. 3: Der Gesellschafter ist zur Zahlung einer Bareinlage i.H.v. EUR 25.000 verpflichtet. Er zahlt den Betrag an einen Gläubiger zur Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit<sup>1024</sup>.

<sup>1019</sup> BGHZ 113, 335, 340 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 5 Rn.18; Lutter/Hommelhoff 14. Auflage (1995) § 5 Rn.36. ff; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.78; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn.141.

<sup>1020</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.77; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.35.

<sup>1021</sup> Nach BGHZ 125, 141, 143.

<sup>1022</sup> BGHZ 125, 141; Brodmann 1. Auflage (1924) § 19 Ziff.3; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.17 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18 ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.73 ff.; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 19 Rn.61; Roth/Altmeppen 4. Auflage (2003); § 19 Rn.30; K.Schmidt GesR 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034.

<sup>1023</sup> BGHZ 125, 141, 143; Lutter/Hommelhoff 15 Auflage (2000) § 19 Rn.35.

<sup>1024</sup> nach Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 490.

Bsp. 4: Der Alleingesellschafter und Geschäftsführer übergibt einem Rechtsanwalt als Bevollmächtigten der GmbH den Mindesteinlagebetrag von EUR 25.000. Den Betrag hatte er sich von Dritten kurzfristig entliehen. Nach der vor dem Notar erklärten Versicherung über die Einzahlung der Mindesteinlage lässt sich der Gesellschafter den Betrag von EUR 25.000 wieder auszahlen und führt das Geld wieder den Entleihern zu<sup>1025</sup>.

Das Recht der Kapitalaufbringung stellt an die Leistung der Mindesteinlage gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG besondere Anforderungen. So ist die Mindesteinlage so zu bewirken, dass sie in die sogenannte endgültige freie Verfügung der Gesellschaft übergeht<sup>1026</sup>. Die freie Verfügung setzt voraus, dass die Geschäftsführer tatsächlich und rechtlich in der Lage sind, die eingezahlten Mittel uneingeschränkt für die Gesellschaft nutzen zu können<sup>1027</sup>. Gelangt der Einlagebetrag nicht in den Besitz<sup>1028</sup> der Geschäftsführung – wie im Beispiel 3 – fehlt es an der freien Verfügbarkeit<sup>1029</sup>. Gleichermaßen unzulässig ist die Aufrechnung mit Gegenforderungen<sup>1030</sup>. Weiter führen bloße Scheinzahlungen nicht zur Befreiung des Gesellschafters von der Einlagepflicht<sup>1031</sup>. So hat der Gesellschafter in Beispiel 4 die Tilgung der Einlageschuld nicht ernsthaft gewollt, da er das Geld selbst nur kurzfristig entliehen hatte. Streitig ist, inwieweit schuldrechtliche Verwendungsbindungen der freien Verfügbarkeit entgegenstehen. So etwa wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Einlagebetrag zur Tilgung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Einleger eingesetzt werden soll<sup>1032</sup>. Nach allgemeiner Auffassung ist das Tatbestandsmerkmal der freien Verfügbarkeit bei einer solchen schuldrechtlichen Verwendungsabrede zu Gunsten des Einlegers nicht erfüllt<sup>1033</sup>. Der Streitfrage kommt keine erhebliche Bedeutung zu, da regelmäßig die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage einer Befreiung des Gesellschafters von der Einlagepflicht entgegenstehen<sup>1034</sup>.

<sup>1025</sup> Nach RGSt 24, 286, 287 f.

<sup>1026</sup> BGHZ 113, 335, 348 f.; BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 7 Rn.5a; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 7 Rn.13 f.; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.33 ff.; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn.39.

<sup>1027</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.34.

<sup>1028</sup> so der ursprünglich verwendete Begriff in Art.210 Abs. 3 ADHGB 1884. Der Begriff der „freien Verfügung“ findet sich bereits seit 1892 im § 8 Abs. 2 GmbHG.

<sup>1029</sup> Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 490.

<sup>1030</sup> Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 490.

<sup>1031</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.35; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 7 Rn.14; Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 490.

<sup>1032</sup> Siehe Beispiel (1).

<sup>1033</sup> BGHZ 113, 335, 347; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.36; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 7 Rn.5a.; a.A.: Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 486 f.; differenzierend Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 7 Rn.14.

<sup>1034</sup> zur Teilkongruenz der Rechtsfolgen: Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477, 488.



### 3. Übertragbarkeit der Grundsätze zum unzulässigen „Hin- und Herzahlen“ auf den Erstattungsanspruch

Gelten die Einschränkungen des Kapitalaufbringungsrechtes bei Leistung der Einlage auch im Kapitalerhaltungsrecht? Sind die Grundsätze des Hin- und Herzahlens auf den Erstattungsanspruch zu übertragen, so wäre die Realisierung des Auszahlungsanspruchs durch wechselseitige Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsforderung für den Gesellschafter mit erheblichen Risiken verbunden. Zahlt der Gesellschafter die Erstattung an die GmbH und lässt sich kurz darauf die Ausschüttung auszahlen, so besteht die Erstattungsforderung möglicherweise fort.

In der Literatur treten in neuer Zeit Tendenzen auf, den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Einlageforderung gleichzustellen. So wird der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG von einigen Literaturstimmen als „wiederaufgelebte Einlageforderung“ bezeichnet<sup>1035</sup>. Will man den Begriff der wiederauflebenden Einlageforderung mit Leben erfüllen, muss der Weg zu einer Gleichbehandlung von Einlage- und Erstattungsanspruch beschritten werden. Konsequenter wäre es demnach, die Grundsätze des unzulässigen Hin- und Herzahlens der Einlage auf das Kapitalerhaltungsrecht zu übertragen.

Wie in der vorliegenden Arbeit bereits dargestellt tendiert auch die Rechtsprechung dahin, den Erstattungsanspruch den Regeln der Kapitalaufbringung zu unterwerfen. Den Begriff der wiederauflebenden Einlageforderung macht sich der BGH freilich nicht zu eigen. In den Balsam/Procedo-Entscheidungen begründet der BGH die Solidität des Erstattungsanspruchs mit der funktionalen Vergleichbarkeit zwischen Einlageforderung und Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>1036</sup>. In seiner Entscheidung zur Übertragung des einseitigen Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG führt der BGH den Begriff des funktionalen Zusammenhangs zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ins Feld, um den Gleichlauf in beiden Kapitalschutzsystemen zu begründen<sup>1037</sup>.

Wie bereits ausgeführt können die Regeln und Instrumente der Kapitalaufbringung nicht unbesehen auf den Erstattungsanspruch übertragen werden<sup>1038</sup>. Die gemeinsame Zielrichtung von Einlageforderung und Erstattungsanspruch führt nicht zu einer Gleichbehandlung beider Kapitalschutzinstrumente. Es verbleiben unbestritten erhebliche Unterschiede zwischen Einlage und Erstattungspflicht, so zur Kaduzierbarkeit des Geschäftsanteils und der Ausfallhaftung der Mitgesellschafter<sup>1039</sup>. Die These der durch die Erstattungspflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG wiederauflebenden Einlageforderung kann somit nicht gefolgt werden. Vielmehr sind die Elemente des Kapitalaufbringungs-schutzes – so auch die Grundsätze des unzulässigen Hin- und Herzahlens der Einlage – einzeln auf ihre Übertragbarkeit auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu untersuchen.

<sup>1035</sup> Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.3; Thümmel BB 2000, 1485, 1486.

<sup>1036</sup> BGHZ 144, 336, 341; ZIP 2000, 1256, 1257.

<sup>1037</sup> BGHZ 146, 105, 107.

<sup>1038</sup> Siehe hierzu unter Teil 4 III 3 c aa (3).

<sup>1039</sup> Siehe im Einzelnen unter Teil 2 I 2 b.

a. Freie Verfügbarkeit des Erstattungsbetrages

Die Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH sprechen auf den ersten Blick dafür, dass der Gesellschaft der Erstattungsbetrag zur freien Verfügung i.S.d. §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG bewirkt werden muss. So sei der Gesellschafter uneingeschränkt zur Rückzahlung des Erstattungsbetrages an die Gesellschaft verpflichtet<sup>1040</sup>. Sodann sei es den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung nach Maßgabe der inneren Verhältnisse der Gesellschaft zu entscheiden<sup>1041</sup>.

Es erschließt sich jedoch schnell, dass die vom BGH verwandte Formulierung sich nicht i.S.d. freien Verfügbarkeit deuten lässt. Das Gebot der freien Verfügbarkeit lässt sich aus mehreren Gründen nicht auf den Erstattungsanspruch übertragen.

Selbst im Kapitalaufbringungsrecht unterliegt nicht der gesamte Einlagebetrag dem Gebot der Bewirkung zur endgültigen freien Verfügbarkeit i.S.d. §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG. So ist der Regelungsbereich der §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG auf die zur Eintragung erforderliche Mindesteinlage i.S.d. § 7 Abs. 2 GmbHG beschränkt. Die nach der Eintragung noch zu erbringende Resteinlage ist von dem aus §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG folgenden Gedanken der freien Verfügbarkeit nicht erfasst<sup>1042</sup>. Die Auffassung<sup>1043</sup>, welche die Grundsätze der freien Verfügbarkeit auf die Resteinlage ausdehnt, verwischt die Grenzen zu den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage<sup>1044</sup>. Die Erbringung der Resteinlage unterliegt anderen Schutzmechanismen als §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG. In den meisten Fällen bedarf es eines Rückgriffs auf §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG ohnehin nicht. So scheidet die Aufrechnung des Gesellschafters gegen die Resteinlageforderung an § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG und nicht an der fehlenden freien Verfügbarkeit nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Die Erfüllung der Resteinlage durch Zahlung an einen Gläubiger der Gesellschaft ist demgegenüber – anders als zur Erfüllung der Mindesteinlageverpflichtung – grundsätzlich<sup>1045</sup> zulässig<sup>1046</sup>.

Das Gebot der Bewirkung zur freien Verfügbarkeit ist daher auf die Mindesteinlage nach § 7 Abs. 2 GmbHG zugeschnitten. Durch die Mindesteinlage soll gewährleistet werden, dass die Gesellschaft nicht ohne reales Gesellschaftsvermögen ins Leben tritt<sup>1047</sup>. Um die Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens wirklich mit Kapital auszustatten, sind an die Erfüllung der Mindesteinlagen in §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG besondere strenge Voraussetzungen geknüpft.

<sup>1040</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1041</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1042</sup> BGH ZIP 1986, 161, 162; BGHZ 125, 141, 143; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.43 u. Scholz/Schneider § 19 Rn.112; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.27;

Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.9; Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477.

<sup>1043</sup> Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 19 Rn.39.

<sup>1044</sup> auch bezüglich des Resteinlagebetrages scheidet eine Erfüllung der Einlageverpflichtung, welche der Gesellschaft nicht zur freien Verfügung gestellt wird, oftmals. Allerdings greifen hier die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage und nicht der Gedanke aus §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG ein.

<sup>1045</sup> Die Forderung des Dritten muss vollwertig, fällig und liquide sein, siehe: Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.27.

<sup>1046</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.112; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.27; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.9.

<sup>1047</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 7 Rn.2.

Die Gründe der strengen Einbringungsregeln für die Mindesteinlage lassen sich weder auf die Resteinlageforderung noch auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG übertragen. Ist die Resteinlage von der Einschränkung nicht betroffen, kann das Erfordernis der freien Verfügbarkeit nicht auf den Erstattungsanspruch übertragen werden. Schließlich soll den erstattungspflichtigen Gesellschafter keine strengere Haftung treffen als den Gesellschafter, der seine Resteinlage noch schuldet.

b. Verdeckte Sacheinlage

Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage sollen die Umgehung der Sachgründungsvorschriften verhindern. Der Umgehungsschutz ist für den Fall der Aufrechnung mit Vergütungsansprüchen gegen die Bareinlageforderung in § 19 Abs. 5 GmbHG verankert. Beide Instrumente der Sicherung der Sachgründungsvorschriften lassen sich nicht auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen<sup>1048</sup>.

Die Sachgründungsvorschriften der §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3, 8 Abs. 1 Nr.4 u. 5, 9, 9c GmbHG sind auf die Gründung der Gesellschaft zugeschnitten. Die Sachgründungsvorschriften sollen die Gläubiger durch Offenlegung und registergerichtliche Kontrolle sowie eine verschuldensunabhängige Unterbewertungshaftung schützen<sup>1049</sup>. Durch die registergerichtliche Prüfung vor der Eintragung soll gesichert werden, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Entstehung über einen werthaltigen Einlagegegenstand verfügen kann.

Die Sachgründungsvorschriften können daher nicht auf das Kapitalerhaltungsrecht übertragen werden. Die Erfüllung des Erstattungsanspruchs unterliegt allein der Kontrolle der Geschäftsführung und später der Kontrolle des Insolvenzverwalters. Dem Gesellschafter ist es nicht untersagt, den Erstattungsanspruch durch Sachleistungen unter Verzicht auf die angemessene Vergütung zu erfüllen. Voraussetzung hierfür ist, dass sich die Gesellschaft mit der vom Gesellschafter gewählten Art der Erfüllung einverstanden zeigt. Allerdings ist ein Teilerlass gemäß § 31 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen. Entspricht der Wert der Sachleistung des Gesellschafters nicht den verbotenen Entnahmen so bleibt der Erstattungsanspruch in Höhe der Wertdifferenz bestehen.

Dem Kapitalerhaltungsrecht ist daher die Trennung von Bar- und Sacherstattungspflicht unbekannt. Eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften bei Erstattung nach § 31 Abs.1 GmbHG ist nicht denkbar.

c. Beidseitiges Aufrechnungsverbot

Das beiderseitige Aufrechnungsverbot verbietet sowohl der Gesellschaft als auch dem Gesellschafter eine Verrechnung der Einlageforderung mit einer Gegenforderung des Gesellschafters. Das Aufrechnungsverbot greift nur ein, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters nicht vollwertig, fällig und liquide ist<sup>1050</sup>.

<sup>1048</sup> so für § 19 Abs. 5 GmbHG: Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 380 f.

<sup>1049</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76.

<sup>1050</sup> BGHZ 125, 141, 146; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

Das beiderseitige Aufrechnungsverbot folgt aus dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung und findet seine dogmatische Grundlage im Erlassverbot des § 19 Abs.2 Satz 1 GmbHG. Wird das Ergebnis einer Aufrechnung durch das Hin- und Herzahlen von Einlage und Forderungsbetrag zu Gunsten des Gesellschafters erreicht liegt eine unzulässige Umgehung vor. Das Hin- und Herzahlen befreit den Gesellschafter nicht von seiner Einlagepflicht<sup>1051</sup>.

Das beiderseitige Verbot der Aufrechnung gegen eine nicht vollwertige, fällige und liquide Gegenforderung des Gesellschafters findet auch im Kapitalerhaltungsrecht Anwendung<sup>1052</sup>. Eine Aufrechnung der Gesellschaft gegen den Erstattungsanspruch ist somit unwirksam. Der Erstattungsanspruch des Gesellschafters besteht fort<sup>1053</sup>.

Gilt das beiderseitige Aufrechnungsverbot sowohl im Kapitalaufbringungsrecht als auch im Kapitalerhaltungsrecht, so muss der Umgehungsschutz bezüglich der Einlageforderung auf den Erstattungsanspruch übertragen werden. Das Aufrechnungsverbot wäre anderenfalls leicht zu umgehen. Hindert die Parteien nur das Aufrechnungsverbot an einer Verrechnung, so ist der Umweg über ein Zahlen des Erstattungsbetrages unter umgehender Rückzahlung an den Gesellschafter in Erfüllung des Auszahlungsanspruchs schnell eingeschlagen. Soll die effektive Erstattung der verbotenen Auszahlung gewährleistet werden, so ist einem bloßen Hin- und Herzahlen des Erstattungsbetrages entgegen zu wirken. Ein Hin- und Herzahlen von Erstattung und dem Forderungsbetrag des Gesellschafters ist daher dann unzulässig, sofern die Gegenforderung nicht vollwertig, fällig und liquide ist. Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit der Aufrechnung und das Fortbestehen der Erstattungspflicht des Gesellschafters.

d. Einseitiges Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG analog

Das Eingreifen des beiderseitigen Aufrechnungsverbot setzt voraus, dass die Gegenforderung des Gesellschafters nicht gleichwertig ist. Ein Hin- und Herzahlen von Erstattung und Auszahlungsanspruch wird daher nur problematisch, sofern sich die Gesellschaft in einer wirtschaftlichen Krise befindet. Ist die Forderung des Gesellschafters vollwertig greift ein Aufrechnungsverbot nach der hier vertretenen Auffassung nicht ein, so dass ein Umgehungsgeschäft nicht denkbar ist.

<sup>1051</sup> BGHZ 125, 141, 143; Lutter/Hommelhoff 15 Auflage (2000) § 19 Rn.35.

<sup>1052</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHG 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>1053</sup> Siehe im Einzelnen unter Teil 4 II 4.

Nach der Auffassung des BGH<sup>1054</sup> und einer stärker werdenden Auffassung der Literatur<sup>1055</sup> findet neben dem beiderseitigen Aufrechnungsverbot auch § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG Anwendung<sup>1056</sup>. Danach ist es dem Gesellschafter unabhängig von der Qualität seiner Gegenforderung untersagt, gegen den Erstattungsanspruch die Aufrechnung zu erklären. Fraglich ist, ob ein Hin- und Herzahlen von Erstattungs- und Zahlungsbetrag eine unzulässige Umgehung des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG analog darstellt. Auf Basis der Rechtsprechung des BGH ist die Frage von Bedeutung, da ein Hin- und Herzahlen unabhängig von der wirtschaftlichen Verfassung der Gesellschaft unzulässig wäre.

Gegen eine Umgehung des einseitigen Aufrechnungsverbot durch ein Hin- und Herzahlen spricht zunächst der Normzweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG enthält eine Kompetenzzuweisung an die Gesellschaft. Durch das einseitige Aufrechnungsverbot soll es der Gesellschaft ermöglicht werden, die Einlageforderung schnell zu realisieren. Das beiderseitige Aufrechnungsverbot ist demgegenüber ein Instrument zur Sicherstellung der realen Kapitalaufbringung. Beide Kapitalschutzinstrumente sind daher ihrem Sinn und Zweck nach unterschiedlich<sup>1057</sup>.

Im übrigen ist es dem Gesellschafter allein nicht möglich, die Beschränkungen des einseitigen Aufrechnungsverbot zu umgehen. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes ist ihm nicht möglich<sup>1058</sup>. Ein Hin- und Herzahlen von Erstattungs- und Zahlungsbetrag ist nur im Zusammenwirken und im Einverständnis mit der Gesellschaft möglich. Liegt ein solches Einverständnis vor scheidet eine Umgehung des einseitigen Aufrechnungsverbot bereits begrifflich aus. So verbietet es § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG der Gesellschaft nicht, selbst die Aufrechnung zu erklären, bzw. einen Verrechnungsvertrag mit dem Gesellschaft abzuschließen. Ein Hin- und Herzahlen kann § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG erst recht nicht tangieren.

#### e. Zwischenergebnis

Das Hin- und Herzahlen des Erstattungsbetrages in Erfüllung des Zahlungsanspruchs des Gesellschafters ist im Ergebnis grundsätzlich möglich. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Erstattungsbetrag in die freie Verfügung der Gesellschaft bewirkt wird. So kann sich der Gesellschafter von der Erstattungspflicht auch durch Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit befreien<sup>1059</sup>. Weiter scheidet das Hin- und Herzahlen auch nicht an den Grundsätzen einer verdeckten Sacheinlage.

<sup>1054</sup> im Ergebnis: BGHZ 146, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1257; ausdrücklich: BGHZ 146, 105, 107.

<sup>1055</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.11, 24; Rowedder/Pentz 4. Auflage (2002) § 31 Rn.44; Michalski/Heidinger 1. Auflage (2002) § 31 Rn.76; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 ff.; Ulmer FS 100 Jahre GmbHG (1992), 363, 382; Henze GmbHR 2000, 1069, 1074; Kort 2001, 615, 631 f.; Müller GmbHR 2001, 143, 144; Benecke ZIP 2000, 1969, 1973; Thümmel BB 2000, 1485, 1486; Servatius 2000, 1028, 1034; Paul ZinsO 2000, 583, 586; ders. ZinsO 2001, 243, 245.

<sup>1056</sup> Siehe hierzu Teil 4 III 3 a.

<sup>1057</sup> Siehe hierzu Teil 4 III 3

<sup>1058</sup> Siehe hierzu Teil 4 IV 1.

<sup>1059</sup> unter der Voraussetzung, dass die Forderung des Gesellschaftsgläubigers vollwertig, fällig und liquide ist.

Problematisch wird die wechselseitige Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch aber, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich angeschlagen ist. Ist das Stammkapital der Gesellschaft angegriffen, scheidet eine Ausschüttung bereits am Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so ist der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters nicht vollwertig. In diesem Falle wäre selbst der Gesellschaft eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch untersagt. Gleichermaßen ist ein Hin- und Herzahlen zwischen den Parteien unzulässig.

#### 4. Tatbestand des unzulässigen Hin- und Herzahlens

Ist die Gesellschaft wirtschaftlich angeschlagen ist für den Gesellschafter die Realisierung seines Auszahlungsanspruchs selbst dann problematisch, wenn die Gesellschaft bereit ist, nach der Erstattung die Forderung des Gesellschafters zu erfüllen. Der Gesellschafter läuft Gefahr, dass die wechselseitige Anspruchserfüllung als unzulässiges Hin- und Herzahlen qualifiziert wird, und er der Gesellschaft<sup>1060</sup> aus § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet bleibt. Es ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein unzulässiges Hin- und Herzahlen anzunehmen ist.

Ist ein Hin- und Herzahlen nur dann unzulässig, wenn der Gesellschafter in der Absicht handelt, das Aufrechnungsverbot zu umgehen? Ist eine Abrede zwischen den Parteien über die wechselseitige Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsforderung erforderlich? Oder genügt ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Erstattung und Auszahlung an den Gesellschafter?

##### a. Streitstand zur verdeckten Sacheinlage

In Rechtsprechung und Literatur werden die Voraussetzungen eines unzulässigen Hin- und Herzahlens hauptsächlich im Rahmen des Instituts der verdeckten Sacheinlage erörtert. Der Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot im Falle einer nicht vollwertigen Gegenforderung des Gesellschafters wird hierbei kaum gesonderte Aufmerksamkeit geschenkt. Der BGH spricht die eigenständige Bedeutung der Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot neben den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage nur in seiner Entscheidung vom 21.02.1994 an<sup>1061</sup>. Hierbei stellt der BGH die beiden Instrumente des Kapitalaufbringungsschutzes hinsichtlich ihrer Voraussetzungen gleich<sup>1062</sup>. Daher soll zunächst der Meinungsstand zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage durch Hin- und Herzahlen dargestellt und erörtert werden. Im weiteren wird zu untersuchen sein, ob sich die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auch auf die Umgehung des Aufrechnungsverbot im Rahmen des Kapitalerhaltungsrechts übertragen lassen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der verdeckten Sacheinlage sind im einzelnen umstritten. Einigkeit besteht lediglich insoweit, als dass an die subjektiven Elemente keine hohen Anforderungen zu stellen sind.

<sup>1060</sup> Insbesondere nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

<sup>1061</sup> BGHZ 125, 141, 143.

<sup>1062</sup> BGHZ 125, 141, 143; so wohl auch Lutter/Hommelhoff 15 Auflage (2000) § 19 Rn.35.

So setzt nach inzwischen allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung<sup>1063</sup> und Literatur<sup>1064</sup> ein unzulässiges Hin- und Herzahlen keine Umgehungsabsicht der beteiligten Parteien voraus. Es ist daher nicht erforderlich, dass Geschäftsführung und Gesellschafter die Sachgründungsvorschriften wissend und wollend umgehen. Umstritten ist aber, ob zwischen den wechselseitigen Leistungen ein rein objektiver Zusammenhang oder eine willentliche Verknüpfung durch die Parteien in Form einer Abrede erforderlich ist. Nach einigen Vertretern der Wissenschaft liegt ein unzulässiges Hin- und Herzahlen vor, sobald ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinlage und Leistung der Gesellschaft besteht<sup>1065</sup>. Die Gegenauffassung fordert demgegenüber eine Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, die den wirtschaftlichen Erfolg der Sacheinlage umfasst<sup>1066</sup>. Durch die Abrede soll der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Bareinlage und Verkehrsgeschäft mit dem Gesellschafter hergestellt werden<sup>1067</sup>.

In der Rechtsprechung war die Frage zunächst unentschieden. Einige Obergerichte stellten primär auf den zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen Bareinlage und der Leistung der Gesellschaft ab<sup>1068</sup>. Hingegen forderte insbesondere das OLG Hamm eine Abrede zwischen den Parteien zur Herstellung des wirtschaftlichen Zusammenhangs<sup>1069</sup>.

Der BGH hat die Frage zunächst in einigen Entscheidungen ausdrücklich offengelassen<sup>1070</sup>. Der sogenannten IBH/Lemmerz-Entscheidung des BGH<sup>1071</sup> lag ein Sachverhalt zu Grunde, welcher sowohl die Voraussetzungen eines sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs, als auch einer den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassenden Abrede zwischen den Parteien erfüllte. Insofern musste sich der BGH nicht festlegen. Später hat der BGH bei Vorliegen eines sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs ein beweiskräftiges Indiz für eine entsprechende Abrede zwischen Geschäftsführung und Gesellschafter angenommen<sup>1072</sup>. Damit hat der BGH einen Ansatz aus der Wissenschaft aufgegriffen<sup>1073</sup>. Nach der Rechtsprechung war daher die Streitfrage um das Erfordernis einer Abrede irrelevant, sobald eine enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang bestand. Gleich ob eine Abrede erforderlich war oder nicht, durch den sachlichen und zeitlichen Zusammenhang wurde die Abrede widerlegbar vermutet<sup>1074</sup>.

<sup>1063</sup> BGHZ 110, 47, 63; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838, 1839.

<sup>1064</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 5 Rn. 43; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Priester ZIP 1991, 345, 351; Joost ZIP 1990, 349, 360.

<sup>1065</sup> So Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 5 Rn.44; Lutter/Gehling WM 1989, 1445 ff.; Lutter FS für Stiefel (1987) 505, 513.

<sup>1066</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.77; Ulmer ZHR154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Mülbart ZHR 154 (1990) 145, 189; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 559; Groß AG 1993, 108, 110.

<sup>1067</sup> Joost ZIP 1990, 549, 559.

<sup>1068</sup> OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838, 1839.

<sup>1069</sup> OLG Hamm GmbHHR 1992, 749, 750; 1994, 472, 473; OLG Düsseldorf DB 1995, 135 /wohl auch OLG Hamburg ZIP 1985, 1488, 1491.

<sup>1070</sup> BGHZ 110, 47, 65; 113, 335, 343; 125, 141, 143.

<sup>1071</sup> BGHZ 110, 47.

<sup>1072</sup> BGHZ 125, 141, 143.

<sup>1073</sup> Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.

<sup>1074</sup> BGHZ 125, 141, 143.

In einer Entscheidung vom 4. März 1996<sup>1075</sup> musste der BGH schließlich teilweise Stellung beziehen, da in dem zu Grunde liegenden Sachverhalt kein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Leistung der Einlage und Erfüllung des zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehenden Rechtsgeschäftes bestand. Der BGH hat entschieden, dass auch eine den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassenden Abrede zwischen den Parteien den Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt<sup>1076</sup>. Der BGH ließ in der Entscheidung vom 4. März 1996<sup>1077</sup> jedoch ausdrücklich offen, ob eine Abrede auch dann erforderlich ist, wenn ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang der wechselseitigen Leistungen vorliegt<sup>1078</sup>.

Im Ergebnis besteht in Literatur und Rechtsprechung insoweit Einigkeit, dass dem Merkmal des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs eine Schlüsselfunktion zukommt. Von der einen Auffassung wird der sachliche und zeitliche Zusammenhang als alleinige Tatbestandsvoraussetzung eines unzulässigen Hin- und Herzählens anerkannt<sup>1079</sup>. Die Gegenauffassung fordert zwar eine Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter<sup>1080</sup>. Gleichwohl wird dem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang eine Indizwirkung für das Bestehen einer Abrede anerkannt<sup>1081</sup>. Die im Detail bestehenden Differenzen sollen im folgenden anhand der einzelnen Tatbestandsmerkmale dargestellt werden.

#### aa. Der sachliche Zusammenhang

Der sachliche Zusammenhang wird allgemein als Grundvoraussetzung für ein unzulässiges Hin- und Herzahlen von Bareinlage und Leistung der Gesellschaft angesehen. Die Anforderungen, welche von den Vertretern der Wissenschaft an den sachlichen Zusammenhang gestellt werden sind jedoch unterschiedlich.

---

<sup>1075</sup> BGHZ 132, 133.

<sup>1076</sup> BGHZ 132, 133, 139.

<sup>1077</sup> BGHZ 132, 133, 139.

<sup>1078</sup> Der BGH betont im Leitsatz die Indizwirkung eines engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs für das Bestehen einer der wirtschaftlichen Erfolg der Sacheinlage umfassenden Abrede zwischen den Parteien.

<sup>1079</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 5 Rn.44; Lutter/Gehling WM 1989, 1445 ff.; Lutter FS für Stiefel (1987) 505, 513; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838, 1839.

<sup>1080</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.77; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Mülbart ZHR 154 (1990) 145, 189; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 559; Groß AG 1993, 108, 110; OLG Hamm GmbHR 1992, 749, 750; 1994, 472, 473; OLG Düsseldorf DB 1995, 135; wohl auch OLG Hamburg ZIP 1985, 1488, 1491.

<sup>1081</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.80; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.



Von der wohl überwiegenden Auffassung wird die tatsächliche Austauschbarkeit von Bar- und Sacheinlage als ausreichend erachtet<sup>1082</sup>. Danach liegt der sachliche Zusammenhang vor, wenn der Gesellschafter im Zeitpunkt der Begründung der Bareinlagepflicht bereits den später geleisteten Vermögensgegenstand als Sacheinlage hätte erbringen können<sup>1083</sup>. Weitergehend will Henze<sup>1084</sup> den sachlichen Zusammenhang auch annehmen, wenn der Gesellschafter zwar im Zeitpunkt der Begründung der Einlagepflicht noch nicht über den Gegenstand verfügen konnte, er sich den Gegenstand jedoch hätte rechtzeitig beschaffen können.

Von einigen Autoren werden über die bloße Austauschbarkeit hinaus weitere Verknüpfungsumstände zwischen Bareinlage und Leistung der Gesellschaft gefordert. Eine solche notwendige Verkopplung läge vor, wenn Einlagebetrag und Gegenleistung der Gesellschaft für den nichtgeldlichen Gegenstand der Größenordnung nach übereinstimmen<sup>1085</sup>. Eine sachliche Verbindung sei auch gegeben, wenn die Gegenleistung für den nichtgeldlichen Gegenstand direkt aus den Mitteln der Bareinlage bewirkt werde<sup>1086</sup>. Die genannten zusätzlichen Verknüpfungstatsachen werden als negative Abgrenzungsmerkmale von der überwiegenden Auffassung nicht akzeptiert<sup>1087</sup>. Sie erlangen primär als positive Indizien für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage Bedeutung<sup>1088</sup>.

#### bb. Der zeitliche Zusammenhang

Einigkeit besteht darüber, dass eine zeitliche Nähe zwischen Bareinlage und Leistung der Gesellschaft entweder als Tatbestandsmerkmal<sup>1089</sup> oder zumindest als Indiz<sup>1090</sup> für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage bedeutsam ist. Umstritten ist jedoch bis zu welchem zeitlichen Abstand ein enger zeitlicher Zusammenhang angenommen werden kann. Ausgehend von wenigen Wochen<sup>1091</sup> als Obergrenze zieht sich das Meinungsspektrum bis zu einem<sup>1092</sup> oder gar zwei Jahren<sup>1093</sup>. Von der wohl herrschenden Auffassung wird jedoch eine Obergrenze von 6 Monaten befürwortet<sup>1094</sup>.

<sup>1082</sup> Lutter FS für Stiefel (1987) 505, 514; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; Henze ZHR 154 (1990) 105, 112; Groß AG 1993, 108, 109; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; wohl auch Joost ZIP 1990, 549, 558, der den sachlichen Zusammenhang als solchen zwar als Tatbestandsmerkmal ablehnt, jedoch gleichwohl die „Einlagefähigkeit“ der Gesellschafterleistung als Grundvoraussetzung fordert.

<sup>1083</sup> Lutter FS für Stiefel (1987) 505, 514; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; Groß AG 1993, 108, 109; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400.

<sup>1084</sup> Henze ZHR 154 (1990) 105, 112; ablehnend, da die Auffassung von einem Sacheinlagegebot ausgeht: Priester ZIP 1991, 345, 350; Groß AG 1993, 108, 110.

<sup>1085</sup> Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1989) § 5 Rn. 140; Henze ZHR 154 (1990) 105, 113.

<sup>1086</sup> Henze ZHR 154 (1990) 105, 113.

<sup>1087</sup> Priester ZIP 1991, 345, 349.

<sup>1088</sup> Priester ZIP 1991, 345, 349.

<sup>1089</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 5 Rn.44; Lutter/Gehling WM 1989, 1445, 1447; Lutter FS für Stiefel (1987) 505, 513; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838, 1839.

<sup>1090</sup> BGHZ 125, 141, 143; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbH 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.

<sup>1091</sup> Lutter FS für Stiefel 1987, 505, 515.

<sup>1092</sup> Autenrieth DSz 1988, 252, 253.

<sup>1093</sup> Mayer NJW 1990, 2593, 2598.

<sup>1094</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage 1989 § 5 Rn.147a; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage § 5 Rn.40; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Lutter/Gehling WM 1989, 1445, 1447; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400.

Die Halbjahresfrist gewährleistet nach überwiegender Auffassung, dass die Gesellschaft den Bareinlagebetrag für ihre Zwecke einsetzen konnte. Auch habe der Gesellschafter mit Ablauf der 6 Monate seine Zahlungsbereitschaft hinreichend nachgewiesen.

Von einigen Vertretern der Wissenschaft wird das Festlegen einer Obergrenze für den zeitlichen Zusammenhang abgelehnt<sup>1095</sup>. Vielmehr soll der zeitliche Zusammenhang in jedem Einzelfall ohne starre zeitliche Obergrenze bestimmt werden.

Für die überwiegende Mehrheit der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zum unzulässigen Hin- und Herzahlen erlangt der Streit keine Bedeutung. In den publizierten Entscheidungen des BGH sowie der Obergerichte zum unzulässigen Hin- und Herzahlen liegen Bareinlageleistung und Rückzahlung der Gesellschafter meistens nur wenige Tage<sup>1096</sup> und selten mehrere Wochen<sup>1097</sup> auseinander. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass die Rechtsprechung bislang zur Grenze des engen zeitlichen Zusammenhangs kaum Stellung bezogen hat.

Der BGH hat einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Bareinlageleistung und Gegenleistung der Gesellschaft nur einmal verneint<sup>1098</sup>. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zu Grunde, wonach zwischen beiden Rechtsgeschäften ein Zeitraum von knapp 10 Monaten lag. Unter Hinweis auf die in der Wissenschaft herrschende Auffassung<sup>1099</sup>, wonach als Obergrenze ein Zeitraum von 6 Monaten angenommen wird, hat der BGH den zeitlichen Zusammenhang abgelehnt<sup>1100</sup>.

cc. Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Die wohl überwiegende Auffassung sieht in einer Abrede zwischen den Parteien über das Hin- und Herzahlen von Bareinlage und Gegenleistung der Gesellschaft ein notwendiges Tatbestandsmerkmal der verdeckten Sacheinlage<sup>1101</sup>. Für den BGH ist eine Abrede für die Annahme einer unzulässigen Sacheinlage zumindest dann erforderlich, sobald ein zeitlichen Zusammenhang zwischen beiden Leistungen nicht besteht<sup>1102</sup>. Dabei soll die Abrede den wirtschaftlichen Erfolg der Sacheinlage umfassen<sup>1103</sup>.

<sup>1095</sup> Henze ZHR 154 (1990), 105, 113; Groß AG 1993, 108, 110; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 435.

<sup>1096</sup> BGHZ 110, 47: 11 Tage; BGHZ 113, 335: am gleichen Tag; BGHZ 125, 141: 7 Tage; OLG Hamburg ZIP 1988, 372: 9 Tage; OLG Hamm ZIP 1992, 749: gleicher Tag; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838: gleicher Tag.

<sup>1097</sup> OLG Koblenz ZIP 1986, 1559: 2 Wochen; OLG Hamm GmbHR 1994, 472: 5 Wochen; OLG Köln ZIP 1999, 399 : 5 ½ Wochen.

<sup>1098</sup> BGHZ 132, 133, 139.

<sup>1099</sup> Siehe Fn.1093

<sup>1100</sup> BGHZ 132, 133, 139.

<sup>1101</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.77; Ulmer ZHR154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Mülbert ZHR 154 (1990) 145, 189; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 559; Groß AG 1993, 108, 110; OLG Hamm GmbHR 1992, 749, 750; 1994, 472, 473; OLG Düsseldorf DB 1995, 135 /wohl auch OLG Hamburg ZIP 1985, 1488, 1491.

<sup>1102</sup> BGHZ 132, 133, 139.

<sup>1103</sup> So der BGH im Leitsatz: BGHZ 132, 133.

An die Vereinbarung selbst werden keine hohen Anforderungen gestellt. Eine formelle Abrede ist nicht erforderlich<sup>1104</sup>. Auch ist die Wirksamkeit der Abrede unerheblich<sup>1105</sup>. Entscheidend soll vielmehr ein Einverständnis des Gesellschafters mit der Geschäftsführung darüber sein, dass die Einlage im Ergebnis – also wirtschaftlich – nicht in Bar sondern durch Übertragung eines sonstigen Vermögensgegenstandes des Gesellschafters erfolgt<sup>1106</sup>.

Zu welchem Zeitpunkt die Abrede spätestens getroffen sein muss ist noch umstritten. Henze fordert, dass die Abrede bereits im Zeitpunkt der Begründung der Bareinlagepflicht getroffen worden sein muss<sup>1107</sup>. Die überwiegende Auffassung lässt es genügen, wenn die Einigkeit über die spätere Rückzahlung erst im Zeitpunkt der Zahlung der Bareinlage getroffen wird<sup>1108</sup>. Der BGH hat hierzu in seiner Entscheidung vom 04. März 1996 nicht Stellung nehmen müssen<sup>1109</sup>.

Unverkennbar ist die Schwierigkeit, eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter zu beweisen. Würde die Beweislast hierfür uneingeschränkt den Insolvenzverwalter treffen, so würde die Fallgruppe des unzulässigen Hin- und Herzählens in der Praxis bedeutungslos werden. Fordert man eine Abrede zwischen den Parteien, muss man die Geltendmachung der Bareinlage durch Beweiserleichterungen in Bezug auf das Bestehen der Abrede erleichtern. In Rechtsprechung und Literatur wird dem nahen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang daher Indizwirkung für das Vorliegen einer Einlage zugebilligt<sup>1110</sup>. Es ist bei Vorliegen des Zusammenhangs an dem einlagepflichtigen Gesellschafter, das Nichtbestehen einer Abrede zu beweisen.

#### b. Übertragbarkeit des Tatbestandes der verdeckten Sacheinlage durch Hin- und Herzahlen

Der Tatbestand des unzulässigen Hin- und Herzählens von Bareinlage und Leistung der Gesellschaft wird von Rechtsprechung und Literatur mit dem Tatbestand der verdeckten Sacheinlage gleichgesetzt. Das Institut der verdeckten Sacheinlage findet auf den Erstattungsanspruch keine Anwendung<sup>1111</sup>. Ein Hin- und Herzahlen kann gleichwohl auch im Rahmen der Kapitalerhaltung unzulässig sein. Ein Hin- und Herzahlen von Erstattungsleistung und Forderungsbetrag des Gesellschafters aus dem ursprünglichen Auszahlungsgeschäft ist problematisch, sofern die Gesellschaft wirtschaftlich angeschlagen und die Forderung des Gesellschafters damit nicht vollwertig ist. Unter Umständen bedeutet das Hin- und Herzahlen eine Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes.

<sup>1104</sup> Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263.

<sup>1105</sup> BGHZ 132, 133; Priester ZIP 1991, 345, 351.

<sup>1106</sup> Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 140; Henze ZHR 154 (1990), 105, 114.; Priester ZIP 1991, 345, 351; Groß AG 1993, 108, 110.

<sup>1107</sup> Henze ZHR 154 (1990), 105, 114.

<sup>1108</sup> Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 140; Priester ZIP 1991, 345, 351.

<sup>1109</sup> BGHZ 132, 133: Die Vereinbarung wurde bereits im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft getroffen.

<sup>1110</sup> BGHZ 125, 141, 143; 132, 133; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.

<sup>1111</sup> Siehe unter Teil 5 II 3 b.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob der Tatbestand des unzulässigen Hin- und Herzählens bei verdeckter Sacheinlage auf die Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes übertragen werden kann. Bedarf es also zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ebenso einer Abrede, welche den wirtschaftlichen Erfolg der Aufrechnung umfasst? Wird die Abrede vermutet, sofern ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Erstattungsleistung und Auszahlung an den Gesellschafter besteht? Ist der zeitliche und sachliche Zusammenhang ebenso weit zu fassen?

aa. Standpunkt des BGH

Die Wissenschaft hat sich mit dem Tatbestand der Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes – soweit erkennbar – bislang nicht auseinandergesetzt<sup>1112</sup>. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 4. März 1996 den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage auch auf das Umgehungsverbot bezüglich des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes übertragen<sup>1113</sup>. In seiner Entscheidung hat er den zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen Bareinlage und der Tilgung des Gesellschafterforderung betont und hieraus das Bestehen einer Abrede zwischen den Parteien widerlegbar vermutet<sup>1114</sup>. Eine Begründung für die Übertragung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage ist der BGH schuldig geblieben.

bb. Stellungnahme

Eine Übertragung des Tatbestandes der verdeckten Sacheinlage durch unzulässiges Hin- und Herzahlen auf die Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes setzt einen im Wesentlichen identischen Normzweck voraus. Beide Instrumente sanktionieren die Umgehung eines gesetzlichen Kapitalschutzsystems. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage sanktionieren die Umgehung der Sachgründungsvorschriften. Das Verbot des Hin- und Herzählens von Bareinlage und Gegenleistung soll die Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes verhindern. Im folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit die Sachgründungsvorschriften und das beiderseitige Aufrechnungsverbot ihrem Sinn und Zweck nach vergleichbar sind.

Beide Instrumente dienen dem Schutz der realen Kapitalaufbringung im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft. Die Sachgründungsvorschriften sollen gewährleisten, dass der Gesellschafter auch im Falle der Sachgründung seinen Kapitaldeckungsbeitrag voll erbringt<sup>1115</sup>. Das beiderseitige Aufrechnungsverbot soll verhindern, dass sich der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht durch Verrechnung mit einer nicht vollwertigen Forderung befreit, was im Ergebnis auf einen unzulässigen Teilerlass hinauslaufen würde<sup>1116</sup>. Im Grundsatz ist die Schutzrichtung beider Instrumente identisch. Die Übereinstimmung erstreckt sich auch auf die Rechtsfolgen beider Umgehungstatbestände. Sowohl bei der verdeckten Sacheinlage als auch bei einem Verstoß gegen das beiderseitige Aufrechnungsverbot gilt die Bareinlage des Gesellschafters als nicht erbracht.

<sup>1112</sup> Im Recht der Kapitalaufbringung ist das verständlich, da die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage und der Bewirkung der Einlage zur freien Verfügung der Gesellschaft sämtliche Fälle des unzulässigen Hin- und Herzählens bereits umfassen. Für den Erstattungsanspruch gewinnt die Frage an Bedeutung, da die beiden vorgeschilderten Instrumente des Kapitalschutzes im Kapitalerhaltungsrecht keine Anwendung finden (siehe unter Teil 5 II 3 a und b.).

<sup>1113</sup> BGHZ 125, 141, 143.

<sup>1114</sup> BGHZ 125, 141, 143.

<sup>1115</sup> Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 131.

<sup>1116</sup> Siehe Teil 4 III 2.

Der Gesellschafter muss die Bareinlage nach wie vor erbringen. Die tatsächlich erfolgte Sachübernahme wird ihrem Wert nach nicht auf die Einlagepflicht des Gesellschafters angerechnet. Gleiches gilt für die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung der Gesellschaft. Bareinlageleistung und Aufrechnung gelten als nicht erfolgt<sup>1117</sup>.

Ausgehend von der beschriebenen Übereinstimmung beider Kapitalschutzinstrumente zeigen sich bei näherer Betrachtung erhebliche Differenzen im Normzweck von Sachgründungsvorschriften und dem beiderseitigen Aufrechnungsverbot.

Der Schutzmechanismus der Sachgründungsvorschriften setzt sich aus drei Elementen des Gläubigerschutzes zusammen:

- der registergerichtlichen Kontrolle<sup>1118</sup>
- der Publizität<sup>1119</sup>
- der Differenzhaftung aus § 9 GmbHG<sup>1120</sup>.

Durch die registergerichtliche Kontrolle soll maßgeblich die Vollwertigkeit der Sacheinlage gesichert werden<sup>1121</sup>. So muss der Registerrichter die Eintragung nach § 9c GmbHG ablehnen, wenn die Sacheinlage überbewertet ist. Nach § 10 Abs. 3 GmbHG sind die Festsetzungen bezüglich der Sacheinlagen gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG in die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, aufzunehmen<sup>1122</sup>. Die Gläubiger sollen daher nicht nur über die Aufbringung des Kapitals sondern auch über die Form (Bar oder Sachgründung) informiert werden. Hierdurch sollen die Verkehrskreise auf die Sacheinlagen und die damit verbundenen Probleme der Bewertung und der eingeschränkten Disponibilität aufmerksam gemacht werden<sup>1123</sup>. Neben den Publizitäts- und Kontrollvorschriften wird durch eine verdeckte Sacheinlage auch die Haftung der Gesellschafter für eine Überbewertung der Sacheinlage umgangen werden<sup>1124</sup>.

<sup>1117</sup> Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung kann der Gesellschafter gegen die Gesellschaft geltend machen. Gleiches gilt für den Wertersatzanspruch des Gesellschafters im Falle der verdeckten Sacheinlage. Im Insolvenzfall sind die Forderungen der Gesellschafter jedoch meist wertlos. Der Einlageforderung des Insolvenzverwalters können sie ohnehin nicht entgegengestellt werden.

<sup>1118</sup> BGHZ 110, 47, 64; 113, 335, 341; 132, 133, 138; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76; Priester ZIP 1991, 345, 347; Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 131.

<sup>1119</sup> BGHZ 110, 47, 64; 113, 335, 341; 132, 133, 138; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76; Lutter FS für Stiefel (1987), 505, 511 f.; Priester ZIP 1991, 345, 347; Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 131; Joost ZIP 1990, 549, 555.

<sup>1120</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76; Lutter FS für Stiefel (1987), 505, 511 f.; Joost ZIP 1990, 549, 555.

<sup>1121</sup> Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 131.

<sup>1122</sup> Besonders deutlich wird die Bedeutung der Publizität bei der Kapitalerhöhung (vgl. BGHZ 110, 47, 62). Wird nach außen eine Bar-Kapitalerhöhung vollzogen, die eingelegten Barmittel jedoch nur zur Tilgung von Darlehensverbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern eingesetzt, so werden die Verkehrskreise über die wahre wirtschaftliche und unternehmerische Bedeutung der Kapitalerhöhung getäuscht. Statt einem Zufluss neuer liquider Mittel, auf welchen Gläubiger Vertrauen fassen könnten, geschieht letztlich nichts anderes als ein Passiv-Tausch.

<sup>1123</sup> Ulmer ZHR 154 (1990), 128, 131.

<sup>1124</sup> Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76; Lutter FS für Stiefel (1987), 505, 511 f.; Joost ZIP 1990, 549, 555.

Durch Leistung der Bareinlage und folgender Sachübernahme werden eben diese drei Schutzmechanismen der Sachgründungsvorschriften ausgehebelt. Hierin liegt die eigentliche Rechtfertigung der Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage. Der wahre Wert der Sacheinlage und dessen Nützlichkeit zum Erreichen des Gesellschaftszwecks ist daneben ohne Bedeutung. Die Bareinlage gilt auch dann als nicht erfüllt, wenn der später vom Gesellschafter erworbene Vermögensgegenstand nach Art und Wert als Sacheinlage voll und ganz geeignet war. In einem solchen Fall wäre an sich das Ergebnis der Kapitalaufbringung durch die Gläubiger der Gesellschaft nicht zu beanstanden. Schließlich ist der Gesellschaft dem Wert nach das Stammkapital zur Verfügung gestellt worden. Die Sacheinlagevorschriften haben daher primär formellen und präventiven<sup>1125</sup> Charakter. Entscheidend ist, dass der Gesellschafter die Formen eines ordentlichen Sachgründungsverfahrens wahrt. Inwieweit die Kapitalaufbringung aus materieller Sicht im Sinne der realen Kapitalaufbringung zu beanstanden ist oder nicht, spielt keine Rolle.

Hierin zeigt sich der Unterschied zum Instrument des beiderseitigen Aufrechnungsverbot. Das Verbot hat seine Wurzeln in der Untersagung eines Teilerlasses in § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und dient daher konkret und unmittelbar der Umsetzung des Gebotes der realen Kapitalaufbringung<sup>1126</sup>. Die Bareinlage gilt dann als nicht erbracht, sofern die Gesellschaft gegen eine Forderung aufrechnet, welche nicht vollwertig, fällig und liquide und damit im Ergebnis nicht gleichwertig ist<sup>1127</sup>. Eher formellen Charakter trägt demgegenüber das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2, welches dem Gesellschafter ohne Ansehung der Werthaltigkeit seiner Gegenforderung die Aufrechnung gegen die Einlageforderung untersagt.

Das Aufrechnungsverbot trägt daher materiellen Charakter, während die Sachgründungsvorschriften eher die Form der Kapitalaufbringung wahren sollen. Das Aufrechnungsverbot soll konkret vor einer Unterdeckung bei der Kapitalaufbringung schützen<sup>1128</sup>. Die Sachgründungsvorschriften werden dadurch verletzt, dass sich die Kapitalaufbringung nicht in einem der Sacheinlage vorgeschriebenen Verfahren vollzieht. Angesichts des unterschiedlichen Schutzzwecks beider Schutzinstrumente kann der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage nicht ohne weiteres auf die Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot übertragen werden<sup>1129</sup>. Vielmehr muss der Umgehungstatbestand für das Aufrechnungsverbot neu definiert werden.

---

<sup>1125</sup> BGHZ 110, 47, 57; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.76.

<sup>1126</sup> Siehe Teil 4 III 2.

<sup>1127</sup> BGHZ 125, 141, 143; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; K.Schmidt 4. Auflage (2002) § 37 II 2 e.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.74 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 19 Rn.18.

<sup>1128</sup> übertragen auf das Kapitalerhaltungsrecht soll die effektive Erstattung der verbotenen Ausschüttung an die Gesellschaft gesichert werden.

<sup>1129</sup> so aber BGHZ 125, 141, 143.

c. Voraussetzungen einer Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot

Unter welchen Voraussetzungen ein Umgehungsgeschäft anzunehmen ist entscheidet sich an der Reichweite des betreffenden Verbotes. Das beiderseitige Verrechnungsverbot soll sicherstellen, dass die verbotene Ausschüttung effektiv an die Gesellschaft erstattet wird. Es soll verhindert werden, dass sich der Gesellschafter durch Verrechnung mit einer nicht gleichwertigen Forderung von der Erstattungspflicht befreit<sup>1130</sup>.

Es ist den Parteien jedoch nicht untersagt, den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters zu erfüllen. So greifen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG erst ein, sofern durch die Auszahlung eine Unterbilanz entsteht bzw. verstärkt wird. Die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters ist möglicherweise der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter nach §§ 129 ff InsO ausgesetzt. Das ändert aber nichts daran, dass die Gesellschaft darin frei ist, den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters auch trotz anderer Zahlungsverbindlichkeiten zu erfüllen. Der Umgehungstatbestand darf daher nicht soweit ausgedehnt werden, dass der wirtschaftlich angeschlagenen Gesellschaft die Erfüllung von Gesellschafterforderungen untersagt wird.

aa. Abrede der wechselseitigen Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch

Gegen die wechselseitige Erfüllung von Erstattungsanspruch der Gesellschaft und Auszahlungsanspruch des Gesellschafters bestehen daher auch dann keine Bedenken, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, sämtliche Zahlungsverbindlichkeiten zu erfüllen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Gesellschaft frei darüber entscheiden kann, dass sie den Anspruch des Gesellschafters in Ansehung anderer Verbindlichkeiten befriedigt, oder die Zahlung zunächst zurückstellt<sup>1131</sup>. Auf diese Entscheidung soll der betroffene Gesellschafter keinen Einfluss nehmen.

Das Aufrechnungsverbot wird umgangen, sobald von den Parteien ein Zusammenhang zwischen der Erstattung und der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs hergestellt wird. Der Tatbestand ist daher stets erfüllt, sofern die Gesellschaft dem Gesellschafter im Gegenzug zur Rückzahlung der verbotenen Auszahlung die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs verspricht. Liegt eine solche Abrede zwischen den Parteien vor, so gilt die Erstattung als nicht erfolgt. Der Gesellschafter kann im Rahmen eines späteren Insolvenzverfahrens in Anspruch genommen werden.

Parallel zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage sind an die Abrede geringe Anforderungen zu stellen. Die Wirksamkeit der Abrede ist für den Umgehungstatbestand irrelevant<sup>1132</sup>. Ebenso wenig muss den Parteien das Eingreifen des Aufrechnungsverbotes bekannt und ihre Absicht auf dessen Umgehung gerichtet sein<sup>1133</sup>.

<sup>1130</sup> Siehe Teil 4 III 2.

<sup>1131</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1132</sup> BGHZ 132, 133; Priester ZIP 1991, 345, 351.

<sup>1133</sup> So zur verdeckten Sacheinlage: BGHZ 110, 47, 63; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400; OLG Brandenburg ZIP 1998, 1838, 1839; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 5 Rn. 43; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Priester ZIP 1991, 345, 351; Joost ZIP 1990, 349, 360.

Würde die Durchsetzung des Aufrechnungsverbot von einer Umgehungsabsicht der Parteien abhängig gemacht, hinge die Verwirklichung des Normzwecks bei Fehlen einer solchen Absicht von normfremden Umständen ab<sup>1134</sup>. In diesem Falle könnte das Gesetz nicht durchgesetzt werden, auch wenn sich die Parteien objektiv normzweckwidrig verhalten.

Es genügt daher das Bestehen eines von den Parteien hergestellten objektiven Zusammenhangs zwischen Erfüllung des Erstattungsanspruchs und des Auszahlungsanspruchs. Dieser Zusammenhang ist schon dann gegeben, wenn sich der Gesellschafter der Erstattung solange entzieht, bis ihm die Gesellschaft die Erfüllung seines Auszahlungsanspruchs zusagt.

bb. sachlicher und zeitlicher Zusammenhang

Das Bestehen eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG und Erfüllung des Auszahlungsanspruchs ist für die Umgehung des Aufrechnungsverbot nicht erforderlich. Das – umstrittene – Tatbestandsmerkmal<sup>1135</sup> des sachlichen Zusammenhangs im Sinne der verdeckten Sacheinlage lässt sich nicht auf das Aufrechnungsverbot übertragen. Ein über die schlichte Abrede hinausgehender sachlicher Zusammenhang zwischen Erstattung und Auszahlung ist nicht denkbar.

Zu untersuchen ist die Bedeutung eines nahen sachlichen Zusammenhangs für den Tatbestand der Umgehung des Aufrechnungsverbot. Zum einen wäre es denkbar, für den Fall des Fehlens einer Abrede zwischen den Parteien, das Bestehen eines zeitlichen Zusammenhang als Voraussetzung des Umgehungsverbot genügen zu lassen. Dagegen bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Wie bereits ausgeführt ist die Gesellschaft grundsätzlich frei, den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters zu erfüllen. Durch das beiderseitige Aufrechnungsverbot soll nur verhindert werden, dass der Gesellschafter an seine Erstattung Bedingungen knüpft. Es soll gewährleistet sein, dass die Gesellschaft über das Ob und Wie der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs frei entscheidet. So ist nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschaft den Auszahlungsanspruch – aus freien Stücken – zeitlich kurz nach der Erstattung erfüllt. Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen beiden führt daher noch nicht zu einer Umgehung des Aufrechnungsverbot. Erforderlich ist vielmehr stets eine Abrede der Parteien, welche den Zusammenhang zwischen beiden Zahlungen herstellt.

cc. Indizwirkung des zeitlichen Zusammenhangs für das Bestehen einer Abrede

Ist ein zeitlicher Zusammenhang kein Tatbestandsmerkmal des Umgehungsgeschäftes, ist doch noch offen, inwieweit dem Merkmal eine Indizwirkung für das Bestehen einer Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zukommt. Die Rechtsprechung und Lehre von der verdeckten Sacheinlage bejaht eine solche Indizwirkung des zeitlichen Zusammenhangs<sup>1136</sup>. Besteht ein solcher, so sei es Sache des Gesellschafters, das Nichtbestehen einer Abrede mit der Gesellschaft zu beweisen.

<sup>1134</sup> BGHZ 110, 47, 64.

<sup>1135</sup> Siehe unter Teil 5 II 4 a bb.

<sup>1136</sup> BGHZ 125, 141, 143; 132, 133; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.80; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.



Für die Annahme der Indizwirkung sprechen zunächst die Beweisprobleme, welchen sich die klagende Partei bei der Nachweisführung des Umwegungsgeschäftes gegenüber sieht. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG wird regelmäßig von Insolvenzverwaltern geltend gemacht. Ohne Beweiserleichterung müsste der klagende Insolvenzverwalter das Bestehen einer Abrede zwischen Gesellschafter und Gesellschaft beweisen, nachdem der Gesellschafter die Erstattung von der Befriedigung seines Auszahlungsanspruches abhängig machte. Da der Insolvenzverwalter die Willensbildung der Gesellschaft nur schlecht rekonstruieren kann, dürfte ihm ein solcher Nachweis nur selten gelingen<sup>1137</sup>. Ohne Beweiserleichterung würde eine Umgehung des Aufrechnungsverbot in der Praxis weitgehend folgenlos bleiben. Um das Instrument des Aufrechnungsverbot durch effektive Ahndung von Umwegungsgeschäften zur Geltung zu bringen, ist eine Beweiserleichterung zu Gunsten der klagenden Partei unabdingbar.

Die Indizwirkung kann dabei nur von einem zeitlichen Zusammenhang zwischen beiden wechselseitigen Zahlungen ausgehen. Ist die Zahlung an den Gesellschafter zeitlich vor der Erstattung erfolgt, ist eine Indizwirkung zu bejahen. Hier ist in der Tat zu vermuten, dass der Gesellschafter die Erstattung aus dem Auszahlungsbetrag geleistet hat. So einfach wird es die Praxis der Justiz jedoch selten machen. Fraglich ist daher, welcher zeitlicher Abstand zwischen der Erstattung und Auszahlung an den Gesellschafter bestehen darf, um noch eine hinreichende Anknüpfung für die Indizwirkung zu rechtfertigen.

Im Rahmen der Rechtsprechung und der Lehre von der verdeckten Sacheinlage wird von der herrschenden Auffassung eine zeitliche Obergrenze von 6 Monaten gezogen<sup>1138</sup>. Im Rahmen der Umgehung des Aufrechnungsverbot ist die Erstreckung der Vermutungswirkung für das Bestehen einer Abrede über einen solch langen Zeitraum bedenklich. Anders als bei der Umgehung der Sachgründungsvorschriften deutet ein solch weiter zeitlicher Zusammenhang zwischen Erstattung und Erfüllung des Auszahlungsanspruches weniger eindeutig auf das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen den Zahlungen hin.

Ist ein Gesellschafter bei Begründung seiner Bareinlagepflicht im Besitz eines einlagefähigen Vermögensgegenstandes und veräußert er diesen binnen Halbjahresfrist an die Gesellschaft, so deutet dies in der Tat daraufhin, dass im Ergebnis eine Sach- und keine Bar-Gründung verabredet wurde. Insbesondere ist es wenig wahrscheinlich, dass die Gesellschaft nach Erhalt der Bareinlage ernsthaft erwägt hat, den Vermögensgegenstand von dem Gesellschafter nicht zu erwerben. Bei der Umgehung der Sachgründungsvorschriften lässt sich die Indizwirkung auch über einen weit gefassten zeitlichen Zusammenhang daher gut begründen.

Demgegenüber lässt sich von einer Erfüllung des Auszahlungsanspruches binnen 6 Monaten nach der Erstattung nicht ebenso eindeutig auf das Bestehen einer Abrede zwischen den Parteien schließen. So ist es denkbar, dass die Gesellschaft von sich aus dem Auszahlungsanspruch des Gesellschafters vor anderen Verbindlichkeiten den Vorrang eingeräumt hat.

<sup>1137</sup> Ein Vereinbarung über das Hin- und Herzahlen dürfte sich kaum jemals schriftlich finden lassen.

Denkbar wäre allenfalls die Aussage des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin.

<sup>1138</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.30a; Hachenburg/Ulmer 8. Auflage (1992) § 5 Rn.147a; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage § 5 Rn.40; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Lutter/Gehling WM 1989, 1445, 1447; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln ZIP 1999, 399, 400.

Erfüllt die Gesellschaft den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters erst nach Monaten, ist eher davon auszugehen, dass eine Abrede nicht bestand, und die Gesellschaft von ihrer Entscheidungskompetenz uneingeschränkt Gebrauch gemacht hat.

Der zeitliche Zusammenhang, welcher eine Indizwirkung rechtfertigt, ist daher sehr viel enger zu fassen. Zwischen beiden Zahlungen muss ein so geringer Abstand bestehen, dass nach überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft die Auszahlungsentscheidung autonom getroffen hat. Das Bestehen einer Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann daher nur vermutet werden, sofern die Auszahlung an den Gesellschafter binnen Monatsfrist nach der Erstattung erfolgt. Tritt die Vermutungswirkung ein, so steht dem in Anspruch genommenen Gesellschafter die Möglichkeit offen, das Nichtbestehen der Abrede zu beweisen<sup>1139</sup>. Besteht hingegen ein größerer zeitlicher Abstand ist es Sache des Insolvenzverwalters, das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen beiden Zahlungen durch Abrede der Parteien darzulegen und zu beweisen.

## 5. Ergebnis

Für den Gesellschafter ist die wechselseitige Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsbetrag im Grundsatz unproblematisch möglich. Insbesondere finden die Fallgruppen zum unzulässigen Hin- und Herzahlen bei Aufbringung der Bareinlage auf den Erstattungsanspruch keine uneingeschränkte Anwendung. So ist der Gesellschafter nicht verpflichtet, den Erstattungsbetrag zur freien Verfügung an die Gesellschaft zu leisten. Vielmehr kann er auch eine Forderung eines Drittgläubigers der Gesellschaft bedienen und sich hierdurch von seiner Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG befreien. Zahlt die Gesellschaft unmittelbar nach der Erstattung durch den Gesellschafter an diesen den Auszahlungsbetrag aus dem ursprünglichen – der verbotenen Auszahlung zu Grunde liegenden – Verpflichtungsgeschäft so hindert diese wechselseitige Leistungserbringung nicht die Erfüllung des Erstattungsanspruchs.

Die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters ist problematisch, sofern sich die Gesellschaft in der Krise befindet. Besteht eine Unterbilanz, so verstößt die Auszahlung gegen das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG. Der Gesellschafter ist sodann erneut zur Erstattung verpflichtet.

Ist die Gesellschaft nicht in der Lage, alle fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, so ist auch der Gesellschaft die Aufrechnung versagt. Um die Einhaltung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot sicherzustellen, ist ein Hin- und Herzahlen ebenso unzulässig wie eine Aufrechnung. Ein unzulässiges Hin- und Herzahlen setzt eine Abrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter voraus, welche den Zusammenhang zwischen Erstattung und Erfüllung des Auszahlungsanspruchs herstellt.

---

<sup>1139</sup> BGHZ 125, 141, 143; 132, 133; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 5 Rn.80; Ulmer ZHR 154 (1990) 128, 141; v.Gerkan GmbHR 1992, 433, 436; Henze ZHR 154 (1990) 105, 114; Priester ZIP 1991, 345, 351; Wiedemann ZIP 1991, 1257, 1263; Joost ZIP 1990, 549, 560.

Das Bestehen der Abrede wird durch einen zeitlichen Zusammenhang beider Zahlungsvorgänge indiziert. Der zeitliche Zusammenhang ist – anders als im Rahmen der Rechtsprechung und Lehre zur verdeckten Sacheinlage – sehr eng zu fassen. Ein Zusammenhang besteht nur dann, wenn beide Zahlungen nicht mehr als einen Monat auseinander fallen.

### III. Kompetenz zur Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters

Der erstattungspflichtige Gesellschafter wird gegenüber der Gesellschaft seinen Auszahlungsanspruch aus dem der ursprünglichen verbotenen Ausschüttung zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäft geltend machen. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Gesellschaft selbst noch in der Lage ist, den Auszahlungsanspruch zu befriedigen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Gesellschafter gegen den Erstattungsanspruch die Aufrechnung mit seinem Auszahlungsanspruch erklären, soweit die Gesellschaft noch nicht zahlungsunfähig oder überschuldet ist<sup>1140</sup>. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH steht nur der Gesellschaft ein Recht zur Aufrechnung zu<sup>1141</sup>.

Auf Basis der Rechtsprechung des BGH hat die Gesellschaft allein zu entscheiden, ob sie gegenüber dem Auszahlungsanspruch des Gesellschafters die Aufrechnung mit der Erstattungsforderung erklärt. Entschließt sich die Gesellschaft zur Verrechnung muss sie prüfen, ob die Forderung des Gesellschafters vollwertig ist oder wegen fehlender Gleichwertigkeit ein Aufrechnungsverbot eingreift.

An dieser Stelle stellt sich die Frage, welchem Organ der GmbH die Entschließungs- und die Prüfungskompetenz hierfür zukommt. Kann der Geschäftsführer frei über die Verrechnung entscheiden oder ist er an eine Weisung der Gesellschafterversammlung gebunden? Trifft den Geschäftsführer eine Prüfungspflicht für den Fall, dass er angewiesen wird, die Aufrechnung gegen die Erstattungsforderung zu erklären? Erachtet der Geschäftsführer nach Prüfung die Aufrechnung für zulässig, kann er den Gesellschafter gleichwohl auf Zahlung in Anspruch nehmen?

Der Fragenkreis lässt sich über die Verrechnung hinaus ausdehnen. Was gilt, wenn der betroffene Gesellschafter die verbotene Ausschüttung bereits erstattet hat? Kann der Geschäftsführer nunmehr ohne weiteres den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters befriedigen? Hat er zuvor die Gesellschafter anzuhören? Oder ist gar eine Weisung der Gesellschafterversammlung, die Auszahlung zu bewirken, bindend?

---

<sup>1140</sup> Anderenfalls ist der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters nicht vollwertig und das beiderseitige Aufrechnungsverbot hindert beide Seiten an der Aufrechnung.

<sup>1141</sup> im Ergebnis: BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258; ausdrücklich: BGHZ 146, 105, 107.

Der Frage kann erhebliche Bedeutung zukommen. Insbesondere wenn sämtliche Gesellschafter an der verbotenen Ausschüttung teilgenommen haben und nunmehr erstattungspflichtig sind. Hier haben die Gesellschafter an einer Befreiung von der Erstattungspflicht durch Verrechnung ein einheitliches Interesse und werden entsprechenden Druck auf die Geschäftsführung ausüben. Soll ein bereits ausgeschiedener Gesellschafter in Anspruch genommen werden, sind die neuen bzw. verbliebenen Gesellschafter an einer Erstattung durch Zahlung interessiert und werden dem Auszahlungsbegehren des ausgeschiedenen Gesellschafters unter Umständen kein Gehör schenken. Häufig wird daher einer auf Ausgleich der widerstreitenden Gesellschafter- und Gläubigerinteressen zielenden Geschäftsführung eine Schlüsselrolle zukommen. Inwieweit der Geschäftsführer die Art der Erfüllung des Erstattungsanspruch an den Interessen der Gläubiger der Gesellschaft als auch den Interessen des betroffenen Gesellschafters ausrichten kann, hängt primär von der innergesellschaftlichen Prüfungs- und Entscheidungskompetenz ab.

Der BGH spricht die Kompetenzfrage in seinen Balsam/Procedo-Entscheidungen nur am Rande an<sup>1142</sup>:

„Es ist den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung nach Maßgabe der inneren Verhältnisse der Gesellschaft und etwa bestehender Verpflichtungen zu entscheiden.

Danach wird den Eindruck erweckt, die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz über die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters falle der Gesellschafterversammlung zu. Dem Geschäftsführer bliebe sodann die Rolle des bloßen Exekutivorgans.

Henze<sup>1143</sup> sieht das Handlungsgebot zunächst bei der Geschäftsführung. Erst wenn die Gesellschafter die Entscheidungskompetenz an sich zögen, sei es dem Geschäftsführer nicht mehr möglich, die Aufrechnung gegen eine Forderung des Gesellschafters vorzunehmen<sup>1144</sup>. Kort<sup>1145</sup> spricht dem Geschäftsführer die Entscheidungskompetenz zu. Ein mögliches Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung wird nicht erörtert<sup>1146</sup>.

Hommelhoff sieht die alleinige Entscheidungskompetenz zur Frage der Aufrechnung mit dem Erstattungsanspruch bei dem Geschäftsführer<sup>1147</sup>. Er spricht den Gesellschaftern ein Weisungsrecht ausdrücklich ab<sup>1148</sup>.

Im folgenden wird zu untersuchen sein, wem richtigerweise die Kompetenz zur Behandlung des Auszahlungsanspruchs zukommt. Kann der Geschäftsführer in eigener Zuständigkeit entscheiden, wie er den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters erfüllt? Muss der Geschäftsführer die Angelegenheit der Gesellschafterversammlung vorlegen? Ist er an eine etwaige Weisung der Gesellschafterversammlung gebunden?

<sup>1142</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1143</sup> Henze GmbHR 2000, 1069, 1074.

<sup>1144</sup> Siehe Fn.1143.

<sup>1145</sup> Kort ZGR 2001, 615, 638 f.

<sup>1146</sup> Siehe Fn.1145.

<sup>1147</sup> Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 177.

<sup>1148</sup> Siehe Fn.1147.

Oder ist bereits organisatorisch die Gesellschafterversammlung zur Entscheidung berufen? Hier sind Fragen der Ersteinstandungszuständigkeit und der sachlichen Kompetenz zu thematisieren. Zur Einführung soll das Zuständigkeitssystem der GmbH in den Grundzügen dargestellt werden.

## 1. Zuständigkeitssystem der GmbH

Das interne Zuständigkeitssystem der GmbH ist geprägt von einer sogenannten Allzuständigkeit<sup>1149</sup> der Gesellschafterversammlung und der grundsätzlichen Erstzuständigkeit<sup>1150</sup> der Geschäftsführung. Die Gesellschafterversammlung ist das Organ der Willensbildung<sup>1151</sup>, die Geschäftsführung das Leitungsorgan. Die Gesellschafterversammlung kann somit nahezu<sup>1152</sup> jede Angelegenheit der Gesellschaft an sich ziehen und im Innenverhältnis für die Geschäftsführung bindend entscheiden<sup>1153</sup>. Ihr steht nach § 37 Abs. 1 GmbHG gegenüber der Geschäftsführung ein umfassendes Weisungsrecht zu<sup>1154</sup>. Dem Weisungsrecht korrespondiert die Folgepflicht für die Geschäftsführung<sup>1155</sup>.

Übt die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht nicht aus, so sind die Geschäftsführer in ihren Entscheidungen grundsätzlich frei<sup>1156</sup>. Diese Erstzuständigkeit ist jedoch auf die laufenden und mit dem Unternehmensgegenstand in Einklang stehenden Geschäfte der Gesellschaft beschränkt<sup>1157</sup>. Stehen ungewöhnliche Maßnahmen und Geschäfte an, trifft den Geschäftsführer eine Vorlagepflicht<sup>1158</sup>. Er hat sodann nach § 49 Abs. 2 GmbHG eine Gesellschafterversammlung einzuberufen und auf eine Weisung hinzuwirken<sup>1159</sup>.

Die Gesellschafterversammlung ist daher grundsätzlich organisatorisch nicht zur Entscheidung über die Geschäfte der Gesellschaft berufen. Will sie auf das laufende Geschäft Einfluss nehmen, muss sie der Geschäftsführung Weisungen erteilen. Bestimmte Maßnahmen der Geschäftsleitung sind der Gesellschafterversammlung zur Alleinentscheidung zugewiesen. Diese Ausnahmen sind in § 46 GmbHG aufgeführt, wie bspw. die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern oder die Einziehung von Geschäftsanteilen<sup>1160</sup>.

<sup>1149</sup> Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn.117; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.60; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.1.

<sup>1150</sup> Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.1.

<sup>1151</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 37 1.a) bezeichnet die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als „oberstes Willensorgan“.

<sup>1152</sup> zu den Grenzen der sachlichen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung siehe unter 3.

<sup>1153</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.60.

<sup>1154</sup> Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn.117; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.17; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.10; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.30.

<sup>1155</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.30.

<sup>1156</sup> Die Kompetenzen der Geschäftsführung können durch die Satzung erheblich eingeschränkt werden. Gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG bleibt der Geschäftsführer im Außenverhältnis voll vertretungsberechtigt.

<sup>1157</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.2; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.11 f.

<sup>1158</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.10; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6a ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12.

<sup>1159</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6e; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12.

<sup>1160</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend, so ebenfalls Alleinzuständigkeit: § 26 Abs. 1, § 66 Abs. 1, 3 Satz 2 vgl. Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.1 f.

## 2. Erstentscheidungskompetenz

Wem die organisatorische Zuständigkeit über die Behandlung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters zukommt, entscheidet sich an der Sonderzuweisungsnorm des § 46 GmbHG. So steht die Erstentscheidungskompetenz grundsätzlich der Geschäftsführung zu. Diese Zuständigkeit geht im wesentlichen nur bezüglich der in § 46 GmbHG aufgeführten Maßnahmen auf die Gesellschafterversammlung über. Entscheidend ist somit, ob die Entscheidung über den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters einer Maßnahme des Kataloges aus § 46 GmbHG zugeordnet werden kann.

Der Einzelfall des Auszahlungsanspruchs ist in § 46 GmbHG natürlich nicht konkret aufgeführt. Oft wird der Auszahlungsanspruch jedoch auf einem einstigen Gewinnverwendungsbeschluss basieren. Insoweit ist an die Anwendung der Regelung in § 46 Nr.1 GmbHG zu denken. Danach beschließen die Gesellschafter über die Verwendung des Ergebnisses. Haben die Gesellschafter nach wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft daher erneut über den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters zu entscheiden?

Die Frage ist zu verneinen. Der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters basiert auf einem Verpflichtungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft ist trotz des Verstoßes gegen das Kapitalbindungsgebot des § 30 GmbHG wirksam<sup>1161</sup>. Die Gesellschaft ist daher auch an den alten – der verbotenen Ausschüttung zu Grunde liegenden – Gewinnverwendungsbeschluss gebunden. Eine erneute Entscheidung über das „ob“ des Auszahlungsanspruchs steht somit nicht an.

Der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters steht im engen Zusammenhang mit der verbotenen Ausschüttung, welche dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft zu Grunde liegt. Insbesondere die Frage der Aufrechnung ist gleichzeitig eine Entscheidung über die Behandlung des Erstattungsanspruchs aus § 31 GmbHG. Insoweit ist zu prüfen, ob der Gesellschafterversammlung in § 46 GmbHG eine Zuständigkeit zur Überwachung der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG zugewiesen wird.

Zu denken ist zunächst an § 46 Nr.8 1.Alt GmbHG. Danach ist die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter der Gesellschafterversammlung vorbehalten. Allerdings ist der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG kein Ersatzanspruch im Sinne des § 46 Nr.8 GmbHG<sup>1162</sup>. Die Geltendmachung des Ersatzanspruches liegt mindestens im präventiven Gläubigerinteresse am Kapitalschutz und kann nicht von einer Willensbildung der Gesellschafter abhängig gemacht werden. § 46 Nr.8 GmbHG ist daher keine Grundlage für eine originäre Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über den Auszahlungsanspruch.

Auch aus § 46 Nr.2 GmbHG lässt sich keine organisatorische Gesellschafterkompetenz zur Behandlung des Auszahlungsanspruchs ableiten. Zwar betrifft § 46 Nr.2 GmbHG eine Zuständigkeit über die Einforderung der Stammeinlagen.

---

<sup>1161</sup> siehe hierzu Teil 4 II 2.

<sup>1162</sup> Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn. 92; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.38a; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.148.

Der Vorschrift kann jedoch nicht entnommen werden, dass die Gesellschafterversammlung auch über die Einforderung des Erstattungsanspruchs entscheiden sollen<sup>1163</sup>. Selbst bezüglich der Kapitalaufbringung entscheidet die Gesellschaft nur über die Fälligkeit der Resteinlageforderung<sup>1164</sup>. Über die Art und Weise der Durchsetzung der Resteinlageforderung hat die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr.2 GmbHG nicht originär zu entscheiden. Die Durchsetzung des Anspruchs liegt vielmehr grundsätzlich bei der Geschäftsführung<sup>1165</sup>.

Die Erstentscheidungszuständigkeit zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG und der Behandlung des Auszahlungsanspruch liegt somit bei der Geschäftsführung.

### 3. Grenzen des Weisungsrechts und Erfüllung des Auszahlungsanspruchs

#### a. Einführung

Der Erstentscheidungskompetenz der Geschäftsführer steht das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber. Der Umfang des Weisungsrechts bestimmt sich im Grundsatz an der sogenannten Allzuständigkeit<sup>1166</sup> der Gesellschafterversammlung. Danach hat die Gesellschafterversammlung die Kompetenz, über alle sachliche Fragen der Gesellschaft zu entscheiden. Entsprechend umfassend ist das Weisungsrecht. Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur Aktiengesellschaft. Dort hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Der Geschäftsführer ist dagegen den Weisungen der Gesellschafter unterworfen<sup>1167</sup>.

Nach dem Grundsatz des uneingeschränkten Weisungsrechtes könnte die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer die Behandlung des Erstattungsanspruchs und des Auszahlungsanspruchs bindend vorgeben. So könnte der Geschäftsführer angewiesen werden, beide wechselseitigen Forderungen zu verrechnen. Denkbar wäre auch die Weisung der Gesellschafter, den Auszahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht zu erfüllen. Ein uneingeschränktes Weisungsrecht würde es den Gesellschaftern sogar ermöglichen, der Geschäftsführung die Geltendmachung der Erstattungsforderungen nach § 31 GmbHG zu untersagen.

Ein derart unbeschränktes Weisungsrecht ist trotz der grundsätzlich bestehenden Allzuständigkeit der Gesellschafter problematisch. Erstens führt und leitet der Geschäftsführer die Geschicke der Gesellschaft nicht ausschließlich im Interesse der Gesellschafter. Vielmehr sind dem Geschäftsführer auch besondere drittschützende Aufgaben übertragen. Besondere Bedeutung haben hier Maßnahmen zum Gläubigerschutz wie die Insolvenzantragspflicht aus § 64 Abs. 1 GmbHG. Der Geschäftsführer ist daher nicht ausschließlich Verwalter fremden Vermögens sondern gleichzeitig auch Träger spezifischer Pflichten im Interesse des Gläubigerschutzes.

<sup>1163</sup> Verneinend: BGH WM 1987, 208, 209; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.15; Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn. 26.

<sup>1164</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 46 Rn.7 /Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.55 f.

<sup>1165</sup> Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 46 Rn.7; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.56.

<sup>1166</sup> Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn.117; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.60; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.1.

<sup>1167</sup> BGHZ 31, 258, 278.



Weiter stößt ein unbeschränktes Weisungsrecht wegen der persönlichen Haftung des Geschäftsführers auf Bedenken. So ist der Geschäftsführer der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG ersatzpflichtig, wenn er es unterlässt, die Rechte der GmbH gegen ihre Gesellschafter geltend zu machen. Die Ersatzansprüche gewinnen insbesondere an Bedeutung, sobald die Gesellschafter ihre sachliche Allzuständigkeit an einen Insolvenzverwalter abgegeben haben<sup>1168</sup>. Der Geschäftsführer haftet nun unter Umständen für ausgeführte Weisungen der Gesellschafter, sofern deren Vorgaben der Gesellschaft geschadet haben.

Ein unumschränktes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung ist daher sowohl aus Gläubigerschutzgründen als auch aus Haftungsgründen für den Geschäftsführer untragbar. So darf es nicht sein, dass die Gesellschafter Gläubigerschutzvorschriften durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung aushebeln. Weiter kann man dem Geschäftsführer keine umfassende Folgepflicht aufbürden und ihn parallel für die Ausführung der Weisung in Haftung nehmen. Es ist daher erforderlich, das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung einzuschränken.

In Rechtsprechung und Wissenschaft wurden zwei Ansätze für eine Einschränkung des Weisungsrechts entwickelt. Einmal sollen bestimmte Einzelweisungen untersagt sein. Zum anderen soll dem Geschäftsführer ein bestimmter grundsätzlich weisungsfreier Zuständigkeitsbereich zustehen.

b. Grundsätze zur Einschränkung des Weisungsrechtes

aa. Nichtigkeit bestimmter Weisungen

Der erste Ansatz wurde von der Rechtsprechung entwickelt. In seiner Entscheidung vom 14.12.1959<sup>1169</sup> hat der BGH der Gesellschafterversammlung zunächst ein umfassendes Weisungsrecht zugebilligt. Zugleich hat der BGH die Folgepflicht für die Geschäftsführung eingeschränkt. So habe die Geschäftsführung nur solchen Weisungen zu folgen, welche mit Gesetz, Satzung und den guten Sitten im Einklang stehen<sup>1170</sup>. In der betreffenden Entscheidung hatte der BGH zur Haftung des Geschäftsführers zu entscheiden, welcher auf Weisung gegen das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG verstoßen hatte. Der Geschäftsführer berief sich zur Haftungsbefreiung auf die Weisung der Gesellschafterversammlung. Der BGH erklärte Weisungen für unbeachtlich, welche auf einen Verstoß gegen die Kapitalschutzregeln gerichtet sind. Die Einschränkung des Weisungsrechtes beruhe darauf, dass auch die Gesellschafter die Grenzen des § 30 GmbHG nicht überspringen könnten<sup>1171</sup>.

---

<sup>1168</sup> Vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens können auch Gesellschaftsgläubiger die Ersatzansprüche der GmbH pfänden und sich überweisen lassen.

<sup>1169</sup> BGHZ 31, 258, 278.

<sup>1170</sup> BGHZ 31, 258, 278.

<sup>1171</sup> BGHZ 31, 258, 278.

Der Ansatz wird vom BGH in seiner folgenden Rechtsprechung weiter konkretisiert. So seien Weisungen für die Geschäftsführung unbeachtlich, welche gegen zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Gläubiger erlassene Vorschriften verstoßen<sup>1172</sup>. Die Rechtsprechung wird vom BGH fortgeführt<sup>1173</sup>.

In der Literatur ist die Rechtsprechung des BGH auf weite Zustimmung gestoßen<sup>1174</sup>. Der Gesellschafter sei nicht an nichtige Gesellschafterbeschlüsse gebunden. Nichtig sei eine Weisung dann, sofern deren Ausführung gegen zwingende oder gläubigerschützende Vorschriften verstoßen würde<sup>1175</sup>. Entsprechende Weisungen müsse der Geschäftsführer nicht ausführen. Kommt er der unwirksamen Weisung gleichwohl nach, dann kann er sich zur Haftungsbefreiung nicht darauf berufen, den Willen der Gesellschafter ausgeführt zu haben<sup>1176</sup>.

Zwingende drittschützende Vorschriften, welche durch Weisungen der Gesellschafter nicht suspendiert werden, sind die Kapitalerhaltungsregeln<sup>1177</sup>, die Insolvenzantragspflicht<sup>1178</sup> und die Pflicht zur Einhaltung der Vorschriften zur Publizität der Gesellschaft<sup>1179</sup>. Weisungen, welche gegen diese Schutzvorschriften verstoßen, sind unbeachtlich.

#### bb. Weisungsfreier Kernbereich

Der zweite Ansatz zur Einschränkung des Weisungsrecht wurde in der Wissenschaft entwickelt. So soll das Weisungsrecht der Gesellschafter bei bestimmten Entscheidungen grundsätzlich ausgeschlossen werden, so dass der Geschäftsführung ein Bereich zur alleinigen eigenverantwortlichen Entscheidung verbleibt<sup>1180</sup>. Der Einschränkung des Weisungsrechts liegt der Gedanke zu Grunde, dass den Geschäftsführer bestimmte Kardinalpflichten<sup>1181</sup> treffen. So sei es zwingend Sache der Geschäftsführung, die Kapitalgrundlage der Gesellschaft zu erhalten und den Antrag zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen<sup>1182</sup>. In den sogenannten Kernbereich der Geschäftsführung dürften die Gesellschafter dem Geschäftsführer nicht hineinregieren. Vielmehr solle der Geschäftsführer ohne Einflussnahme entscheiden, ob bestimmte Maßnahmen im Sinne der Kapitalerhaltung zulässig oder notwendig sind, oder ob der Antrag zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen ist.

<sup>1172</sup> BGH GmbHR 1974, 131, 132.

<sup>1173</sup> BGHZ 76, 155, 159.

<sup>1174</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 43 Rn.28; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 43 Rn.18; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.77; Konzen NJW 1989, 2977, 2982; Fleck GmbHR 1974, 224, 227; Goette DStR 1998, 938, 942.

<sup>1175</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 43 Rn.18; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 43 Rn.28; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.77.

<sup>1176</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 43 Rn.18; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 43 Rn.28.

<sup>1177</sup> BGHZ 31, 258, 278; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.52; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.22; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.77; Konzen NJW 1989, 2977, 2979; Fleck GmbHR 1974, 224, 227.

<sup>1178</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.52; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Konzen NJW 1989, 2977, 2979; Fleck GmbHR 1974, 224, 227.

<sup>1179</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15.

<sup>1180</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.8, 11; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 844 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 491.

<sup>1181</sup> So ausdrücklich Gieseke GmbHR 1996, 487, 490 f.

<sup>1182</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.8, 11; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 844 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 491.

Von der Rechtsprechung wurde ein umfassender Ausschluss des Weisungsrechtes der Gesellschafter in Kernbereichen der Kapitalerhaltung und Insolvenzanmeldung der Geschäftsführung noch nicht erwogen<sup>1183</sup>. Von Teilen der Literatur wird allerdings die Anerkennung eines weisungsfreien Kernbereiches der Geschäftsführung angegriffen<sup>1184</sup>. Ein unabhängig vom Inhalt des konkreten Gesellschafterbeschlusses sogenannter weisungsfreier Bereich der Geschäftsführung existiere nicht<sup>1185</sup>.

cc. Relevanz der Streitfrage

Beide Standpunkte haben im Ausgangspunkt den gleichen Ansatz. So soll der Geschäftsführung bei dem Vollzug zwingender drittschützender Vorschriften ein eigener Entscheidungsspielraum belassen werden. Nach der Rechtsprechung sollen Weisungen unwirksam sein, wenn sie ihrem Inhalt nach auf eine Verletzung der Kapitalschutzvorschriften hinauslaufen. Weisungen zu Fragen des Kapitalschutzes sollen von vornherein ausgeschlossen werden. Gleiches gilt für die Insolvenzantragspflicht. Nach beiden Auffassungen ist insbesondere beim Kapitalschutz ein Kompetenzbereich betroffen, welcher eine Einschränkung der Entscheidungskompetenz der Gesellschafter erforderlich macht.

Nach beiden Lösungsansätzen ist es der Gesellschafterversammlung untersagt, der Geschäftsführung eine Weisung zu erteilen, welche auf eine Verletzung der Kapitalschutzvorschriften hinausläuft. So ist es der Gesellschafterversammlung beispielsweise untersagt, den Geschäftsführer anzuweisen, auf einen Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG zu verzichten.

Nach dem Ansatz der Rechtsprechung verstößt eine solche Weisung gegen das Erlassverbot aus § 31 Abs. 4 GmbHG. Die Regelung des § 31 Abs. 4 GmbHG ist zwingend und drittschützend, so dass eine hiergegen verstoßende Weisung nichtig ist<sup>1186</sup>, was wiederum die Folgepflicht der Geschäftsführung ausschließt<sup>1187</sup>.

Nach der Kernbereichslehre ist es der Gesellschafterversammlung unabhängig vom Inhalt der Weisung untersagt, der Geschäftsführung in Fragen der Kapitalerhaltung Anweisungen zu erteilen<sup>1188</sup>. Auf Grundlage der Kernbereichslehre wäre die Weisung für die Geschäftsführung ebenfalls unbeachtlich.

<sup>1183</sup> OLG Düsseldorf spricht zwar in ZIP 1984, 1476, 1478 von einem unantastbaren Kernbereich eigenverantwortlicher Pflichten (§§ 30, 31, 33 mit 43, 40, 49 Abs. 3, 64 GmbHG). Jedoch meint das Gericht damit wohl nicht, dass die Gesellschafter hier generell mit Weisungen ausgeschlossen sind. Vielmehr soll es unzulässig sein, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, welche auf Verstöße gegen die genannten Normen zulaufen. Dies meint das Gericht wohl damit, wenn es ausführt, die Gesellschafter dürften die Geschäftsführer in der Wahrnehmung ihrer Verpflichtungen nicht behindern.

<sup>1184</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.38; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.22 /Konzen NJW 1989, 2977, 2979.

<sup>1185</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.38; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.22 /Konzen NJW 1989, 2977, 2979.

<sup>1186</sup> BGH GmbHR 1974, 131, 132.

<sup>1187</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 43 Rn.18; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 43 Rn.28; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.77.

<sup>1188</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.8, 11; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 844 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 491.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Auffassungen besteht jedoch darin, dass nach der Rechtsprechung nur solche Weisungen unbeachtlich sind, die gegen eine drittschützende Vorschrift verstoßen. Nach der Gegenauffassung ist eine Weisung demgegenüber schon dann unwirksam, wenn sie nur einen Gegenstand des sogenannten Kernbereiches der autonomen Geschäftsführung berührt. Auf eine Verletzung einer drittschützenden Norm kommt es bei der Beurteilung der Folgepflicht der Geschäftsführung nicht an. Beide Auffassungen unterscheiden sich daher immer dann, wenn eine Weisung zwar den Kernbereich der autonomen Geschäftsführung betrifft, aber nicht zur Verletzung einer drittschützenden Norm führt.

Die Relevanz des Streits soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Die A-GmbH befindet sich in der Krise. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind gleichwohl noch nicht eingetreten. Es besteht daher noch keine Pflicht für den Geschäftsführer, einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Gesellschafterversammlung ist der Auffassung, die Gesellschaft sei überschuldet und weist den Geschäftsführer an, den Insolvenzantrag zu stellen.

Nach der Rechtsprechung und der zustimmenden Literatur ist der Geschäftsführer an die Weisung gebunden. Die Weisung betrifft zwar Fragen des Insolvenzantragspflicht aus § 64 GmbHG. Die Weisung führt jedoch nicht zu einem Verstoß gegen § 64 Abs. 1 GmbHG, da der Geschäftsführer schließlich den Antrag stellen soll. Ein Verstoß gegen die drittschützende Vorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG käme nur in Betracht, wenn den Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung angewiesen wird, den Antrag zurückzustellen oder zu unterlassen..

Folgt man der Kernbereichslehre, wäre die Weisung der Gesellschafterversammlung unbeachtlich. So betrifft die Weisung die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführung. In Fragen des § 64 GmbHG soll der Geschäftsführer jedoch frei entscheiden dürfen<sup>1189</sup>. Weisungen sind daher grundsätzlich unzulässig.

Die gleichen unterschiedlichen Ergebnisse zeigen sich im Kapitalerhaltungsrecht. Nach der Kernbereichslehre sind Weisungen zur Art und Weise der Realisierung des Erstattungsanspruchs unbeachtlich, da Fragen der Kapitalerhaltung der Geschäftsführung zur autonomen Entscheidung zugewiesen sind<sup>1190</sup>. Danach wäre eine Weisung unzulässig, den Erstattungsanspruch durch Zahlung statt durch Aufrechnung mit Gegenforderungen des Gesellschafters zu realisieren.

<sup>1189</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.8, 11; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 844 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 491.

<sup>1190</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.15; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.8, 11; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 844 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 491.

Nach der Rechtsprechung<sup>1191</sup> und der zustimmenden Auffassung in der Wissenschaft<sup>1192</sup> wäre eine solche Weisung zulässig und durch den Geschäftsführer zu beachten. Schließlich ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, den Erstattungsanspruch mit dem Auszahlungsanspruch zu verrechnen. Eine Zahlungsaufforderung an den Gesellschafter trotz bestehender Gegenforderungen verstößt nicht gegen die Kapitalerhaltungsregeln<sup>1193</sup>. Somit ist die Weisung nicht unwirksam, womit es für die Geschäftsführung bei der Folgepflicht bleibt.

#### dd. Stellungnahme

Bei der Entscheidung, wie weit das Weisungsrecht der Gesellschafter einzuschränken ist, muss der Grundsatz der Allzuständigkeit<sup>1194</sup> der Gesellschafterversammlung berücksichtigt werden. Anders als in der Aktiengesellschaft übt in der GmbH die Gesellschafterversammlung die Herrschaft über die Geschäfte der Gesellschaft aus<sup>1195</sup>. Diese sachliche Allzuständigkeit nehmen die Gesellschafter durch ihr Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung wahr. Von diesem Grundsatz kann nur mit guten Gründen abgewichen werden. Die Kernbereichslehre erscheint von vornherein problematischer als der Standpunkt der Rechtsprechung. So schränkt die Kernbereichslehre das Weisungsrecht der Gesellschafter in bestimmten Fragen vollständig aus. Demgegenüber erklärt die Rechtsprechung nur Weisungen mit einem bestimmten Inhalt für unwirksam. Der Grundsatz der Allzuständigkeit wird durch die Kernbereichslehre daher erheblich mehr eingeschränkt als durch die Auffassung der Rechtsprechung.

Im Rahmen der weiteren Untersuchung ist zunächst zu prüfen, inwieweit die Einschränkung des Weisungsrechtes erforderlich ist. Weiter soll auf die dogmatischen Grundlagen für die Begrenzung des Weisungsrechts eingegangen werden.

#### (1) Erforderlichkeit der Einschränkung des Weisungsrechtes

Wie bereits dargestellt<sup>1196</sup> ist eine Begrenzung des Weisungsrechtes aus zwei Gesichtspunkten erforderlich. Zum einen kann der Geschäftsführer nicht zu einer Handlung gezwungen werden, welche ihn schadensersatzpflichtig macht. Zum anderen sind dem Geschäftsführer gesetzlich Aufgaben zur Schutz der Interessen Dritter zugewiesen. Über diese zwingenden Normen können sich auch die Gesellschafter nicht hinweg setzen.

<sup>1191</sup> BGHZ 31, 258, 278; 76, 155, 159; BGH GmbHR 1974, 131, 132.

<sup>1192</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 43 Rn.28; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 43 Rn.18; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.77; Konzen NJW 1989, 2977, 2982; Fleck GmbHR 1974, 224, 227; Goette DStR 1998, 938, 942.

<sup>1193</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist es dem Gesellschafter aber möglich selbst die Aufrechnung zu erklären, da das einseitige Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbH auf den Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG keine Anwendung findet. Anders die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ( siehe Teil 4 III 3 a).

<sup>1194</sup> Hachenburg/Hüffer 8. Auflage (1990) § 46 Rn.117; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 46 Rn.60; Scholz/K.Schmidt 9. Auflage (2002) § 46 Rn.1.

<sup>1195</sup> BGHZ 31, 258, 278.

<sup>1196</sup> Siehe unter Teil 5 III 3. a.

Beide Gesichtspunkte werden durch die Auffassung des BGH ausreichend berücksichtigt, indem Weisungen mit bestimmten Inhalt nichtig und somit für die Geschäftsführung nicht bindend sind. Wird der Geschäftsführer angewiesen, trotz Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft keinen Insolvenzantrag zu stellen, liegt hierin ein Verstoß gegen die Antragspflicht aus § 64 Abs. 1 GmbHG. Die Norm ist zwingend und dient dem Schutz von Alt- und Neugläubigern. Kommt der Geschäftsführer der Weisung nach, macht er sich schadensersatzpflichtig nach § 64 Abs. 2 GmbHG. Um die Befolgung der Antragspflicht sicherzustellen und den Geschäftsführer vom Haftungsrisiko zu befreien, ist die Weisung als unwirksam anzusehen. Gleiches gilt, wenn die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung anweist, Zahlungen entgegen dem Ausschüttungsverbot des § 30 GmbHG an die Gesellschafter auszuzahlen. In beiden Fällen sind die Weisungen nach der Rechtsprechung des BGH nichtig und daher nicht zu befolgen, da anderenfalls zwingende Drittschützende Vorschriften verletzt würden.

Demgegenüber schränkt die Kernbereichslehre das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung auch dann ein, wenn dem Geschäftsführer bei Umsetzung des Beschlusses keine Haftung droht und die Maßnahme auch nicht gegen eine zwingende drittschützende Norm verstößt. Hierzu folgende Beispiele:

Bsp. 1: Geschäftsführer und Gesellschafter streiten darüber, ob die Gesellschaft überschuldet ist. Der Geschäftsführer will keinen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen, da er der Meinung ist, die Gesellschaft sei nicht überschuldet. Da die Gesellschafter kein Risiko eingehen wollen, weisen sie den Geschäftsführer durch Beschluss an, den Insolvenzantrag zu stellen.

Bsp. 2: Wie in Bsp. 1 besteht Streit über die Antragspflicht nach § 64 GmbHG. Diesmal ist der Geschäftsführer der irrigen Auffassung, die Überschuldung sei bereits eingetreten. Die Gesellschafterversammlung weist ihn an, keinen Antrag beim Insolvenzgericht zu stellen.

In beiden Beispielen enthalten die Weisungen keinen Verstoß gegen die Antragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG. Die positive Weisung in Beispiel 1 kann niemals gegen § 64 Abs. 1 GmbHG verstoßen. Ist die Gesellschaft weder zahlungsunfähig noch überschuldet so liegt auch in der Untersagung eines Insolvenzantrages (Beispiel 2) kein Verstoß gegen die Antragspflicht. Beide Beispiele lassen sich auf das Ausschüttungsverbot aus § 30 GmbHG – insbesondere auf einen Streit über Entstehung einer Unterbilanz durch Auszahlungen an die Gesellschafter – übertragen.

Wie die Beispiele zeigen lässt sich die Kernbereichslehre nicht damit rechtfertigen, dass Weisungen nicht gegen zwingendes Recht verstoßen und den Geschäftsführer nicht in die sichere Haftung führen dürfen. Die Rechtfertigungsgründe für eine Einschränkung des Weisungsrechtes können daher die Kernbereichslehre nicht stützen.

Die Kernbereichslehre hat vielmehr den Zweck, dem Geschäftsführer bei der Erfüllung seiner drittschützenden Pflichten einen eigenen Entscheidungsspielraum zu lassen und einen Streit zur Folgepflicht zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung zu vermeiden. Dies zeigt insbesondere das Beispiel 2. Nach der Rechtsprechung hat der Geschäftsführer die Wirksamkeit der Weisung zur Frage eines Insolvenzantrages zu untersuchen. Liegt eine Überschuldung tatsächlich vor, so wäre die Weisung nichtig. Eine Folgepflicht trifft den Geschäftsführer nicht. Besteht jedoch keine Überschuldung, so hat der Geschäftsführer nach der Rechtsprechung der wirksamen Weisung Folge zu leisten. Nach der Kernbereichslehre wird der Geschäftsführer von der inhaltlichen Prüfung der Weisung entlastet. Weisungen, die einen Kernbereich betreffen, sind unabhängig von ihrem Inhalt unbeachtlich. Fraglich ist, ob das Entlastungsargument die Kernbereichslehre wirklich rechtfertigt.

Unter Umständen wird es dem Geschäftsführer schwer fallen, die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit der Weisung zu prüfen. Kommt er bei der Überprüfung der Überschuldung bzw. der Unterbilanz zu einem anderen Ergebnis als die Gesellschafter, so ist ein Streit zwischen den Gesellschaftsorganen programmiert. Die Gesellschafterversammlung will den Insolvenzantrag unterbinden, da nach der Auffassung der Gesellschafter eine Antragspflicht nicht besteht. Der Geschäftsführer wiederum sieht sich in der Pflicht den Insolvenzantrag zu stellen, weil er von der Überschuldung ausgeht. Nach der Kernbereichslehre ist der Geschäftsführer in seiner Entscheidung frei. Gleich ob nun eine Überschuldung besteht oder nicht, ist er an eine Weisung der Gesellschafter nicht gebunden, da die Antragstellung in seine Entscheidungskompetenz fällt.

Allerdings mag auch das Argument der Vermeidung eines Streites um die Wirksamkeit der Weisung nicht zu überzeugen. Die Kernbereichslehre würde dazu führen, dass den Gesellschaftern jeder Einfluss auf wichtige Maßnahmen der Gesellschaft wie die Insolvenzantragstellung, die Auszahlungen an Gesellschafter in Zeiten der Krise und die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs völlig abhanden käme. So könnten die Gesellschafter nicht verhindern, dass der Geschäftsführer einen übereilten Insolvenzantrag stellt oder berechnete Zahlungsansprüche der Gesellschafter wegen einer vermeintlichen Unterbilanz nicht bedient. Gerade in der entscheidenden Frage der Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist ein Ausschluss der Gesellschafter von der Entscheidung nicht tragbar. Die Einflussnahme der Gesellschafter muss nur dann ausgeschlossen werden, sofern die Gesellschafter den Geschäftsführer an der Erfüllung seiner Pflichten hindern wollen, indem sie ihn anweisen, trotz Überschuldung keinen Insolvenzantrag zu stellen. Diese Einschränkung der Weisungsbefugnis ist nach Rechtsprechung des BGH gewährleistet. Für einen weisungsfreien Bereich der Geschäftsführung gibt es daher keinen berechtigten Grund.

## (2) Dogmatische Grundlage für die Einschränkung des Weisungsrechtes

Die Abweichung vom Grundsatz der Allzuständigkeit der Gesellschafter braucht eine dogmatische Grundlage. Einen Ansatz zur Begrenzung des Weisungsrechts findet sich im Gesetz unter § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG. Danach haftet der Geschäftsführer für Verstöße gegen §§ 30 und 33 GmbHG auch dann, wenn er einen Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung befolgt hat<sup>1197</sup>.

<sup>1197</sup> im Umkehrschluss lässt sich aus § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG eine Haftungsbefreiung zugunsten des Geschäftsführers ableiten, sofern sein Handeln zu Schaden der Gesellschaft auf eine Weisung der Gesellschafterversammlung zurück geht.

§ 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG suspendiert damit die Folgepflicht des Geschäftsführers, sofern die Weisungen der Gesellschafter auf verbotene Auszahlungen nach § 30 GmbHG oder den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft nach § 33 GmbHG gerichtet sind<sup>1198</sup>. Über die Verweisung in § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG gilt gleiches für den Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht.

Die Haftungsverschärfung in § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG betrifft mit §§ 30, 33, 64 GmbHG jeweils zwingende Ge- und Verbote im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft. Aus § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG lässt sich somit ein verallgemeinerungsfähiger Grundsatz entnehmen, dass Weisungen der Gesellschafter dann für die Geschäftsführung nicht bindend sind, sofern in Erfüllung der Weisung gegen zwingende drittschützende – insbesondere gläubigerschützende – Vorschriften verstoßen wird<sup>1199</sup>.

Die herrschende Auffassung kann sich in ihrer inhaltlichen Beschränkung des Weisungsrechtes auf eine entsprechende Anwendung des § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG stützen. So schließt die Haftungsverschärfungsregelung die Folgepflicht nur für Weisung mit einem ge- oder verbotswidrigem Inhalt aus.

Für die Kernbereichslehre ist eine dogmatische Grundlage demgegenüber nicht erkennbar. Vielmehr wird aus der Regelung des §§ 43 Abs. 3, 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG deutlich, dass es den Gesellschaftern grundsätzlich möglich ist, den Geschäftsführern im Bereich der Kapitalerhaltung und der Insolvenzbeantragung Weisungen zu erteilen. Die Weisungen müssen nur mit den Handlungs- und Unterlassungsanweisungen der §§ 30, 33, 64 GmbHG konform gehen.

### (3) Zwischenergebnis

In der Frage der Begrenzung des Weisungsrechtes ist der herrschenden Auffassung zu folgen. Danach sind Weisungen unwirksam und damit nicht zu befolgen, deren Inhalt gegen eine zwingende drittschützende Vorschrift verstößt. Eine weitergehende Einschränkung der Gesellschafterzuständigkeit ist weder aus Haftungs- noch aus Gläubigerschutzgesichtspunkten erforderlich noch dogmatisch begründbar.

#### c. Einfluss der Gesellschafter auf die Behandlung des Erstattungs- und des Auszahlungsanspruchs

Die Gesellschafter haben damit auch in Fragen der Kapitalerhaltung ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung. Der Geschäftsführer kann aufgefordert werden, den Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter geltend zu machen. Auch ist eine Weisung möglich, gegenüber dem Auszahlungsanspruch die Aufrechnung zu erklären. Grenzen findet das Weisungsrecht dort, wo zwingende gläubigerschützende Vorschriften der Kapitalerhaltung der Ausführung einer Weisung im Wege stehen.

<sup>1198</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.98.

<sup>1199</sup> Goette DStR 1998, 938, 942.



Eine solche zwingende drittschützende Vorschrift ist beispielsweise das Erlassverbot in § 31 Abs. 4 GmbHG. Eine Weisung der Gesellschafter, gegenüber dem erstattungspflichtigen Gesellschafter auf die Forderung aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu verzichten, ist nichtig und damit für die Geschäftsführung unbeachtlich<sup>1200</sup>.

Im folgenden sollen verschiedene denkbare Weisungen in Bezug auf die wechselseitige Behandlung des Erstattungsanspruchs der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG und dem Auszahlungsanspruch des Gesellschafters untersucht werden.

aa. Weisung zur Verrechnung

Die Gesellschafter weisen den Geschäftsführer an, gegen den Auszahlungsanspruch mit der Erstattungsforderung aufzurechnen. Eine solche Weisung ist denkbar wenn die Gesellschafter die verbotene Ausschüttung nachträglich heilen wollen. Eine Aufrechnung durch die Gesellschaft ist grundsätzlich möglich.

Allerdings setzt eine zulässige Aufrechnung voraus, dass die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist<sup>1201</sup>. Das beiderseitige Aufrechnungsverbot folgt aus dem Grundsatz der realen Erstattung verbotener Ausschüttungen und wird in Parallele zum Grundsatz der realen Kapitalaufbringung aus § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG im Kapitalerhaltungsrecht aus dem Erlassverbot des § 31 Abs. 4 GmbHG abgeleitet<sup>1202</sup>.

Die Grundsätze der realen Kapitalaufbringung und Erstattung verbotener Ausschüttungen folgen aus den zwingenden gläubigerschützenden Vorschriften der §§ 19 Abs. 2 Satz 1 und 31 Abs. 4 GmbHG. Eine Weisung die auf einen Verstoß gegen das Aufrechnungsverbot zielt, ist daher nichtig und für die Geschäftsführung unbeachtlich. Es ist daher Aufgabe der Geschäftsführung, vor Ausführung der Weisung die Zulässigkeit der Aufrechnung zu prüfen. Dabei haben die Geschäftsführer Vollwertigkeit, Fälligkeit und Liquidität der Gegenforderung des Gesellschafters zu prüfen.

Die Liquidität und Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters können die Geschäftsführer ohne weiteres bejahen<sup>1203</sup>. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf aber die Prüfung der Vollwertigkeit des Auszahlungsanspruchs. Vollwertigkeit setzt voraus, dass das Gesellschaftsvermögen nach Höhe und Liquidität im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zur Befriedigung aller fälligen Gesellschaftsschulden sicher ausreicht<sup>1204</sup>. Der Geschäftsführer hat daher zu prüfen, ob die Gesellschaft auch ohne Zahlung des Gesellschafters auf den Erstattungsanspruch in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.

<sup>1200</sup> Ein durch die Geschäftsführer erklärter Verzicht auf den Erstattungsanspruch wäre ohnehin nichtig: Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32.

<sup>1201</sup> Brodmann 1. Auflage (1924) § 31 Ziff.4; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 31 Rn.24 f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 31 Rn.18; Scholz/Westermann 9. Auflage (2000) § 31 Rn.32; Hommelhoff FS für Kellermann (1991), 165, 175 f.; Servatius GmbHR 2000, 1028, 1034; Kort ZGR 2001, 615, 638; wohl auch G.Müller ZIP 1996, 941, 944.

<sup>1202</sup> Siehe hierzu: Teil 4 III 2 c.

<sup>1203</sup> Das Bestehen des Auszahlungsanspruches steht nach der hier vertretenen Auffassung ebenso wie die Fälligkeit außer Zweifel.

<sup>1204</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich 17. Auflage (2000) § 19 Rn.18; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 19 Rn.76.

Kommt die Geschäftsführung zu dem Ergebnis, dass der Auszahlungsanspruch vollwertig ist, hat sie die Weisung der Gesellschafterversammlung zu befolgen und muss die Aufrechnung erklären. Ist die Forderung nicht vollwertig, darf und muss die Geschäftsführung die Aufrechnung unterlassen. An die Weisung der Gesellschafterversammlung ist die Geschäftsführung bei Eingreifen des beiderseitigen Aufrechnungsverbotes nicht gebunden.

bb. Weisung zur Geltendmachung des Erstattungsanspruches durch Zahlung des Gesellschafters

Im Gegenteil ist aber auch denkbar, dass die Gesellschafter der Geschäftsführung die Verrechnung untersagen und sie anweisen, die Erstattungsforderung durch Zahlung des Gesellschafters einzutreiben. Eine solche Weisung wird erfolgen, sofern die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft nach wie vor schlecht ist und der Erstattungsbetrag zur Erfüllung von Gesellschafterverbindlichkeiten benötigt wird. Eine entsprechende Weisung ist nicht zu beanstanden<sup>1205</sup>. Die Liquidierung des Erstattungsanspruchs entspricht vielmehr dem Leitmotiv des Kapitalerhaltungsrechtes.

cc. Weisung zur Befriedigung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters

Nachdem der Gesellschafter die verbotene Ausschüttung an die Gesellschaft zurückgezahlt hat, können die Gesellschafter über die Behandlung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters entscheiden<sup>1206</sup>. So können die Gesellschafter die Geschäftsführung anweisen, den Auszahlungsanspruch durch Zahlung zu befriedigen. Einer solchen Weisung kann sich die Geschäftsführung grundsätzlich nicht widersetzen. Allerdings steht die Auszahlung an den Gesellschafter unter dem Vorbehalt des § 30 GmbHG. Die Auszahlung darf daher nicht wiederum eine verbotene i.S.d. § 30 GmbHG sein. Eine Weisung, welche auf eine Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften hinausläuft, ist nach § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG unbeachtlich.

Wie bei jeder Auszahlung an die Gesellschafter hat die Geschäftsführung die Einhaltung der Eigenkapitalgrenze im Auge zu behalten. Führt die Auszahlung zu einer Unterbilanz oder verstärkt eine bereits bestehende, so hat der Geschäftsführer der Weisung zu widersprechen. Führt er die Weisung aus, haftet er der Gesellschaft. Auf die Weisung der Gesellschafter kann er sich nach § 43 Abs. 3 Satz 3 nicht berufen<sup>1207</sup>.

<sup>1205</sup> Die Einforderung des Erstattungsbetrages ohne Rücksicht auf den Auszahlungsanspruch des Gesellschafters wird vom BGH ausdrücklich befürwortet: BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1206</sup> BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1207</sup> Die Haftung entfällt allerdings, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht erforderlich ist.

dd. Weisung zur Zurückweisung des Auszahlungsanspruchs

Nach der Erstattung durch den Gesellschafter kann die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung auch anweisen, die Befriedigung des Auszahlungsanspruchs zurückzustellen. Eine solche Weisung ist verständlich und legitim, soweit die Gesellschaft zunächst andere Gesellschaftsverbindlichkeiten zu erfüllen hat und die Liquidität zur umgehenden Befriedigung der Gesellschafterforderung nicht vorhanden ist<sup>1208</sup>. Die Geschäftsführung ist daher in Innenverhältnis gehindert, den Auszahlungsanspruch zu erfüllen.

ee. Weisungen unter Verstoß gegen Treupflicht und Gleichbehandlungsgebot

Freilich können die Weisungen der Gesellschafterversammlung auch weniger von sachlichen Gründen getragen sein. Insbesondere wenn Streitigkeiten im Gesellschafterkreis bestehen ist es denkbar, dass die Befriedigung des Auszahlungsanspruchs eines Gesellschafters behindert wird.

Bsp.1: Der Gesellschafter C hat den Erstattungsbetrag nach § 31 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschaft gezahlt. Er fordert nun die Befriedigung seines Auszahlungsanspruchs aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgeschäft. Die Gesellschaft hat sich vollständig von der Krise erholt. Es wäre ihr möglich, den Gesellschafter C unter Erhaltung ihrer Liquidität zu befriedigen. Die Gesellschafterversammlung weist den Geschäftsführer gleichwohl an, die Auszahlung bis auf weiteres zu verweigern.

Bsp.2: Die Gesellschaft bestand ursprünglich aus den Gesellschaftern A, B und C. Aufgrund eines Gewinnverteilungsbeschlusses erfolgten an alle drei Gesellschafter verbotene Auszahlungen. Der Gesellschafter C scheidet aus der Gesellschaft aus. Nach der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft wird der Fremdgeschäftsführer angewiesen, die Erstattungsforderungen gegen A und B gegen die Auszahlungsansprüche aus dem ursprünglichem Gewinnverwendungsbeschluss zu verrechnen. Gleichzeitig wird der Geschäftsführer angewiesen, den Erstattungsanspruch gegen C geltend zu machen und die Auszahlung aus dem Gewinnverwendungsbeschluss zu verweigern.

Die Weisung in Beispiel 1 verstößt gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Gesellschafter untereinander<sup>1209</sup>. Ein sachlicher Grund für die Verweigerung besteht nicht, da die Liquidität der Gesellschaft die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs ohne Gefährdung anderer Gläubiger ermöglicht.

<sup>1208</sup> Unter diesem Umständen entspricht die Weisung der Rechtsprechung des BGH: BGHZ 144, 336, 342; ZIP 2000, 1256, 1258.

<sup>1209</sup> Vgl. allgemein zur Treuepflicht: Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 13 Rn.21 ff.; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 13 Rn.36 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 14 Rn.15 ff.

In Beispiel 2 wird durch den Beschluss der Gesellschafter A und B das Gleichbehandlungsgebot verletzt<sup>1210</sup>. Auch dem ausgeschiedenen Gesellschafter C steht die Auszahlung zu<sup>1211</sup>. Die Unterscheidung ist sachlich nicht begründbar und damit willkürlich.

Fraglich ist, ob der Geschäftsführer an eine treuwidrige Weisung und die Gesellschafter ungleichbehandelnde Weisung gebunden ist.

Zu einer Nichtigkeit des Weisungsbeschlusses wird ein Verstoß gegen Treupflichten und das Gleichbehandlungsgebot regelmäßig nicht führen<sup>1212</sup>. Anderenfalls müsste der Geschäftsführer Weisungen auf Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes und der Treupflichten überprüfen<sup>1213</sup>. Gesellschafterbeschlüsse, welche gegen Treupflichten und Gleichbehandlungsgebote verstoßen, sind allerdings anfechtbar<sup>1214</sup>.

Die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen bleibt nicht ohne Wirkung auf die Folgepflicht der Geschäftsführung. Ist ein Beschluss erfolgreich angefochten und rechtskräftig für unwirksam erklärt worden, darf der Geschäftsführer die Weisung nicht mehr befolgen<sup>1215</sup>. Ist die Anfechtungsfrist abgelaufen und der Beschluss somit unangreifbar, muss der Geschäftsführer der Weisung zwingend Folge leisten<sup>1216</sup>.

Schwierig wird es für den Geschäftsführer, wenn der anfechtbare Beschluss noch nicht bestandskräftig geworden ist. Solange die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist, entfaltet die Weisung zunächst keine Folgepflicht für die Geschäftsführung<sup>1217</sup>. Die anfechtbare Weisung sollte der Geschäftsführer allerdings erfüllen, wenn mit einer Anfechtung nicht zu rechnen ist<sup>1218</sup>. Grundsätzlich muss der Geschäftsführer jedoch mit einer Anfechtung rechnen. Bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist<sup>1219</sup> hat er daher selbst zu entscheiden, ob er der Weisung nachkommt oder nicht<sup>1220</sup>.

<sup>1210</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 13 Anh. Rn.35 ff.; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 13 Rn.41 ff.; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 14 Rn.26.

<sup>1211</sup> nach der vom Verfasser vertretenen Auffassung steht dem Gesellschafter C ein Aufrechnungsrecht zu, da § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht auf den Erstattungsanspruch übertragbar ist. Vgl. Kapitel 3 III.

<sup>1212</sup> Für Anfechtbarkeit: Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 47 Anh. Rn.50 ff.; Scholz/Winter 9. Auflage (2000) § 14 Rn.61; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 47 Anh. Rn.54 f.

<sup>1213</sup> Hierdurch würde das Haftungsrisiko für die Geschäftsführung unzumutbar erhöht.

<sup>1214</sup> Dem betroffenen Gesellschafter ist zur raten nicht den Gesellschafterbeschluss gerichtlich anzugreifen sondern vielmehr seinen Auszahlungsanspruch auf dem Klagewege gegen die Gesellschaft durchzusetzen. Auf dem direkten Weg dürfte er die Auszahlung schneller erreichen.

<sup>1215</sup> Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 849.

<sup>1216</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.30; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.12; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.22; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.101; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.81; Konzen NJW 1989, 2977, 2982; Fleck GmbHR 1974, 224, 228; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 849; Gieseke GmbHR 1996, 487, 489.

<sup>1217</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.101; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.12; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.30; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.22; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.82; Konzen NJW 1989, 2977, 2982; Eisenhardt FS für Pfeiffer (1988), 839, 851 f.; Gieseke GmbHR 1996, 487, 489.

<sup>1218</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.101; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.30; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.81.

<sup>1219</sup> Bzw. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über eine Anfechtungsklage.

<sup>1220</sup> Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 43 Rn.103; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.12; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.30; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.22; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 43 Rn.83; Konzen NJW 1989, 2977, 2982.

In den Beispielfällen ist dem Geschäftsführer zu raten, die Auszahlung zunächst entsprechend der Weisung der Gesellschafter zurück zu stellen. Schließlich ist nicht sicher, dass der Gesellschafter C den Beschluss anfechtet. Sollte der Beschluss durch Fristablauf unangreifbar werden, hätte der Geschäftsführer durch die Auszahlung vollendete Tatsachen geschaffen und sich über eine wirksame Weisung hinweggesetzt.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass treuwidrige Weisungen bis zur Bestandskraft keine Folgepflicht für die Geschäftsführung entfalten. Jedoch tut der Geschäftsführer aus Haftungsgründen gut daran, bis zur rechtskräftigen Entscheidung zur Unwirksamkeit des Weisungsbeschlusses eine Auszahlung zu unterlassen.

#### 4. Vorlagepflicht der Geschäftsführung

Der Geschäftsführer hat im Ergebnis wirksame Weisungen der Gesellschafter auszuführen. Wie muss der Geschäftsführer aber vorgehen, wenn die Gesellschafter keine Weisungen erteilen. Kann er sodann autonom über die wechselseitige Behandlung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch entscheiden? Oder muss er die Gesellschafter anhalten, ihm eine Weisung zu erteilen?

Zu prüfen ist daher, ob der Geschäftsführer die Frage der Behandlung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung vorlegen muss. Die Vorlagepflicht trifft den Geschäftsführer grundsätzlich bei Geschäften, welche eine Zustimmung der Gesellschafter erforderlich machen<sup>1221</sup>. Streitig ist, welche Geschäfte als ungewöhnlich i.S.d. Vorlagepflicht zu qualifizieren sind.

##### a. Streitstand

Die herrschende Auffassung entzieht dem Geschäftsführer die Entscheidungskompetenz für alle außergewöhnliche Maßnahmen insbesondere für Entscheidungen zur Unternehmenspolitik<sup>1222</sup>. Der Geschäftsführer soll von seiner Vorlagepflicht nur für die laufenden Geschäfte der Gesellschaft entbunden sein<sup>1223</sup>.

<sup>1221</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.10; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6a ff.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12.

<sup>1222</sup> BGH WM 1984, 305, 306; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10 f.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.10; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126; ders. ZIP 1983, 383, 385; Roth ZGR 1985, 265, 267 f.

<sup>1223</sup> Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.6.

Sobald eine Maßnahme außergewöhnlichen Charakter trägt, soll der Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen<sup>1224</sup>. Diese umfassende Vorlagepflicht folge aus der Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 2 GmbHG<sup>1225</sup>.

Die Gegenauffassung<sup>1226</sup> will der Geschäftsführung ihre primäre Zuständigkeit auch bei außergewöhnlichen Geschäften belassen, sie somit nicht auf die laufende Geschäftstätigkeit beschränken. Vielmehr soll die Vorlagepflicht auf bestimmte Fallgruppen beschränkt sein<sup>1227</sup>. Die Fallgruppen werden auch von der herrschenden Auffassung als Beispiele für außergewöhnliche Maßnahmen angeführt, insoweit besteht daher Übereinstimmung:

- Maßnahmen, die außerhalb des in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstands liegen<sup>1228</sup>.
- Maßnahmen, die den von den Gesellschaftern festgelegten Grundsätzen der Geschäftspolitik widersprechen<sup>1229</sup>.
- Entscheidungen, bei denen mit Widerspruch der Gesellschafter zu rechnen ist<sup>1230</sup>.
- Für Geschäfte mit besonderem Risiko für die Gesellschaft nach § 49 Abs. 2 GmbHG, insbesondere wenn der Eintritt eines erheblichen Schadens droht<sup>1231</sup>.

<sup>1224</sup> BGH WM 1984, 305, 306; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10 f.; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.10; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126; ders. ZIP 1983, 383, 385; Roth ZGR 1985, 265, 267 f.

<sup>1225</sup> Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12;

Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10.

<sup>1226</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.10; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6a ff.; Kort ZIP1991, 1274, 1276.

<sup>1227</sup> Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.10; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6a ff.

<sup>1228</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6b; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.13; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.7; Kort ZIP1991, 1274, 1278.

<sup>1229</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6c; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.8; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.14; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.8; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 124 f.; Kort ZIP1991, 1274, 1277.

<sup>1230</sup> BGH WM 1984, 305, 306; OLG Frankfurt GmbHR 1989, 254, 255; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6d; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.9; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.16; Rowedder/Koppensteiner 4. Auflage (2002) § 37 Rn.11; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 125; Roth ZGR 1985, 265, 268.

<sup>1231</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6e.; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.10; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.15; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126 f.

b. Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist nicht zuzustimmen. Die besseren Argumente kann die Gegenauffassung für sich geltend machen. Dem Gesetz lässt sich nichts dafür entnehmen, dass die Geschäftsführer für jedes außergewöhnliche Geschäft die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen müssen.

Für eine solches Ergebnis kann insbesondere nicht § 49 GmbHG fruchtbar gemacht werden<sup>1232</sup>. Zunächst trifft § 49 Abs. 2 GmbHG keine Regelung über die allgemeine Kompetenzverteilung zwischen den Organen der GmbH. Vielmehr weist § 49 GmbHG lediglich die Zuständigkeit über die Einberufung von Gesellschafterversammlungen dem Geschäftsführer zu. Weiter verpflichtet § 49 Abs. 2 GmbHG nur dann zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung, wenn es im Interesse der Gesellschaft liegt. Das Gesellschaftsinteresse erfordert eine Versammlung, wenn die Geschäftsführer im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafter zu einer geplanten Maßnahme einholen müssen<sup>1233</sup>. § 49 Abs. 2 GmbHG begründet daher keine Zuständigkeiten, sondern setzt vielmehr eine fehlende Entscheidungskompetenz der Geschäftsführer voraus<sup>1234</sup>.

Weiter ist die Kompetenzentziehung für sogenannte außergewöhnliche Geschäfte auch nicht praktikabel. Die Grenze zwischen laufenden und außergewöhnlichen Geschäften ist fließend. Eine trennscharfe Differenzierung ist unmöglich<sup>1235</sup>.

Die herrschende Meinung dehnt letztlich das Haftungsrisiko für die Geschäftsführung über die Maßen aus. Verletzt der Geschäftsführer bei jedem eigenverantwortlichen abgeschlossenen Risikogeschäft seine Vorlagepflicht, so wäre der Tatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG allein deshalb fast erfüllt. Nachdem sich ein unternehmerisches Risiko verwirklicht hat werden sich die Gesellschafter auf den Standpunkt stellen, dass sie dem Geschäft nach entsprechender Vorlage die Zustimmung versagt hätten. Der vorsichtige Geschäftsführer würde sich letztlich vor jedem ebenso chancen- wie risikoreichen Geschäft die Zustimmung in der Gesellschafterversammlung erteilen lassen.

Die Vorlagepflicht der Geschäftsführer ist somit auf die dargestellten vier Fallgruppen zu beschränken. Hierdurch werden die wesentlichen Maßnahmen erfasst, welche die Entscheidungskompetenz der Geschäftsführung überschreiten, ohne die Vorlagepflicht über die Maßen auszudehnen und ohne die Geschäftsführer in ihrer grundsätzlich bestehenden Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen.

c. Vorlagepflicht für Behandlung des Auszahlungsanspruchs

Es stellt sich daher die Frage, ob die Entscheidung über die Art und Weise der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters im Wechselspiel zur Erfüllung des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG einer Fallgruppe der Vorlagepflicht zuzuordnen ist.

<sup>1232</sup> so aber: Hommelhoff ZGR 1978, 119, 126; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.12;

Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.10.

<sup>1233</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 49 Rn.13; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 49 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.15.

<sup>1234</sup> so auch Kort ZIP 1991, 1274, 1277.

<sup>1235</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6a.

Die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs sowie die Geltendmachung des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG verlässt weder den Unternehmensgegenstand noch die vorgegebene Geschäftspolitik eines Unternehmens. Auch handelt es sich nicht um ein Geschäft mit besonderem Risiko für die Gesellschaft. Die entsprechenden Fallgruppen sind daher nicht einschlägig.

Denkbar ist jedoch, dass die Art und Weise der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs des Gesellschafters dem Willen eines oder mehrerer Gesellschafter widerspricht. Folgt man Rechtsprechung und Literatur zur Vorlagepflicht, so wäre die Geschäftsführung verpflichtet, vor der Entscheidung eine Zustimmung oder anderslautende Weisung der Gesellschafterversammlung einzuholen<sup>1236</sup>.

Inwieweit Widerspruch aus dem Gesellschafterkreis zu erwarten ist, wird je nach der geplanten Entscheidung der Geschäftsführung unterschiedlich sein.

Bsp 1: Der Geschäftsführer entscheidet sich gegen eine Verrechnung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch. Er plant, den betroffenen Gesellschafter zunächst auf Erstattung in Anspruch zunehmen.

Bsp 2: Der Geschäftsführer weigert sich nach Erstattung durch den Gesellschafter, den Auszahlungsanspruch zu erfüllen.

Bsp 3: Der Geschäftsführer beabsichtigt, Erstattungsforderung und Auszahlungsanspruch miteinander zu verrechnen.

Bsp 4: Der Gesellschafter hat die Erstattung nach § 31 Abs. 1 GmbHG bereits geleistet. Nach Meinung des Geschäftsführers soll der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters nunmehr befriedigt werden.

---

<sup>1236</sup> BGH WM 1984, 305, 306; OLG Frankfurt GmbHR 1989, 254, 255; Baumbach/Hueck/Zöllner 17. Auflage (2000) § 37 Rn.6d; Hachenburg/Mertens 8. Auflage (1996) § 37 Rn.9; Lutter/Hommelhoff 15. Auflage (2000) § 37 Rn.11; Scholz/Schneider 9. Auflage (2000) § 37 Rn.16; Hommelhoff ZGR 1978, 119, 125; Roth ZGR 1985, 265, 268.



In allen Beispielfällen ist es grundsätzlich möglich, dass die Gesellschafter mit der Entscheidung des Geschäftsführers nicht einverstanden sind. In den Beispielen 1 und 2 wird der betroffene Gesellschafter naturgemäß auf Erfüllung seines Auszahlungsanspruchs – sei es durch Verrechnung oder Zahlung – bestehen. In den Beispielen 3 und 4 könnten die übrigen Gesellschafter mit einer Erfüllung des Auszahlungsanspruchs nicht einverstanden sein.

Gleichwohl ist die Frage der Vorlagepflicht differenziert zu entscheiden. Grundsätzlich ist eine Vorlagepflicht bei erwartetem Widerspruch der Gesellschafter notwendig, um den Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, den Geschäften und Maßnahmen der Gesellschaft eine bestimmte Richtung zu geben. Der Geschäftsführer soll gehindert werden, vollendete Tatsachen zu schaffen.

Aus diesem Zweck der Vorlagepflicht ist in den Beispielen 1 und 2 eine Vorlage an die Gesellschafterversammlung nicht erforderlich. In beiden Fällen führt die Entscheidung des Geschäftsführers nicht zu einem irreversiblen Zustand. Weder die Weigerung zur Verrechnung noch die Weigerung zur Auszahlung binden die Gesellschaft dauerhaft. In beiden Beispielen bleibt der Auszahlungsanspruch gerade durch die Weigerung zur Erfüllung bestehen. Sollte der betroffene Gesellschafter mit der Entscheidung des Geschäftsführers nicht einverstanden sein, so kann er im Gesellschafterkreis auf eine entsprechende Weisung der Gesellschafterversammlung drängen. Entscheidet sich die Versammlung dazu, den Auszahlungsanspruch des betroffenen Gesellschafters zu erfüllen, wird sie dem Geschäftsführer eine entsprechende Weisung erteilen. Eine Vorlagepflicht für den Geschäftsführer erübrigt sich daher.

Ganz anders ist die Situation in den Beispielen 3 und 4. Hier besteht in der Tat die Gefahr, dass die Gesellschafter durch die Erfüllungshandlung des Geschäftsführers übergangen werden. Erklärt der Gesellschafter die Aufrechnung gegenüber dem Geschäftsführer so ist der Erstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG erloschen. Durch die Zahlung in Beispiel 4 gehen der Gesellschaft liquide Mittel verloren. Zeigen sich die Gesellschafter später mit der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs nicht einverstanden kommt jede Weisung zu spät. Daher muss der Geschäftsführer vor der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs die Gesellschafter anhören.

Freilich gilt das vorgenannte nur im Grundsatz. Aus den konkreten Umständen kann sich eine Vorlage an die Gesellschafter erübrigen bzw. umgekehrt erforderlich machen. Besteht zwischen dem erstattungspflichtigen Gesellschafter und der Geschäftsführung bereits Streit über die Behandlung des Auszahlungsanspruchs, muss der Streit durch die Gesellschafterversammlung entschieden werden, auch wenn der Geschäftsführer nicht beabsichtigt, beide Forderungen zu verrechnen. Umgekehrt wäre eine Vorlage in Beispiel 3 bloßer Formalismus, sofern alle Gesellschafter erstattungspflichtig sind und den Wunsch äußern, das Problem durch Verrechnung mit dem Auszahlungsanspruch zu erledigen. Hier bedarf es keines Weisungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung.

## 5. Ergebnis

Die sachliche Entscheidungskompetenz über die wechselseitige Behandlung von Erstattungsforderung aus § 31 GmbHG und Auszahlungsanspruch liegt bei der Gesellschafterversammlung. So haben die Gesellschafter die Möglichkeit den Geschäftsführer anzuweisen, den Auszahlungsanspruch beispielsweise durch Verrechnung zu erfüllen. Ein weisungsfreier Bereich der Geschäftsführung im Zusammenhang mit dem Erstattungsanspruch besteht nicht. Das Weisungsrecht endet allerdings dort, wo zwingende gläubigerschützende Normen ein bestimmtes Handeln vorschreiben oder verbieten. Eine Weisung an den Geschäftsführer, auf den Erstattungsanspruch zu verzichten, ist unwirksam und entfaltet keine Folgepflicht.

Dem Geschäftsführer obliegt es, die erteilten Weisungen auf etwaige Verstöße gegen zwingende Kapitalschutzvorschriften zu überprüfen. Vor der Erfüllung des Auszahlungsanspruchs hat der Geschäftsführer die Einhaltung des Ausschüttungsverbotes aus § 30 GmbHG zu beachten. Vor Ausführung einer Verrechnungsanweisung muss der Geschäftsführer weiter die Vollwertigkeit des Auszahlungsanspruchs prüfen. Kommt der Geschäftsführer zu dem Ergebnis, dass die Gesellschaft nicht in der Lage ist, sämtliche fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, so darf er die Verrechnungsanweisung nicht ausführen.

Machen die Gesellschafter von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch, so liegt die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs und die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs in der Hand des Geschäftsführers. Eine Pflicht zur Vorlage der beabsichtigten Maßnahme besteht grundsätzlich nicht. Will der Geschäftsführer jedoch Erstattungs- und Auszahlungsanspruch miteinander verrechnen, so hat er zunächst die Gesellschafterversammlung zu informieren und eine Bestätigung einzuholen. Gleiches gilt für die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs. Die Vorlagepflicht entfällt, sofern die Gesellschafter erkennbar mit der Entscheidung des Geschäftsführers einverstanden sind.

## Thesen

- Nr.1 Mit der anderweitigen Wiederherstellung der Stammkapitalziffer hat der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG seine innere Berechtigung verloren. Das Fortbestehen der Erstattungspflicht nach Wiederherstellung des Stammkapitals lässt sich nicht mit einem berechtigten Gläubigerinteresse begründen.
- Nr.2 Einlageforderung und Erstattungsanspruch sind funktional vergleichbar. Eine Gleichbehandlung beider Kapitalschutzinstrumente ist aber abzulehnen. Zwischen der Einlage- und der Erstattungspflicht bestehen erhebliche Unterschiede. Insbesondere beruht die Einlageforderung im Gegensatz zum Erstattungsanspruch auf einer vertraglichen Grundlage. Das Argument der funktionalen Vergleichbarkeit lässt sich daher nicht gegen den Fortfall des Erstattungsanspruchs fruchtbar machen.
- Nr.3 Der Wegfall des Erstattungsanspruchs nach Wiederherstellung des Stammkapitals lässt sich dogmatisch nicht begründen. Insbesondere die Privilegierung des gutgläubigen Gesellschafters in § 31 Abs. 2 GmbHG spricht gegen eine umfassende Haftungsbefreiung im Sinne der alten Zweckerreichungslösung des BGH. Der Rechtsprechungsänderung durch die Balsam/Procedo-Entscheidungen ist daher im Ergebnis zuzustimmen.
- Nr.4 Die Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH führen zu einer Vereinheitlichung im Kapitalschutzsystem der GmbH. Die Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter zur Aufbringung bzw. zur Erhaltung des Stammkapitals (Einlageforderung, Differenzhaltung aus § 9 GmbHG, Vorbelastungshaftung, Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 analog GmbHG wegen verbotener Rückzahlung eigenkapitalersetzender Leistungen) bleiben von der Wiederherstellung des Stammkapitals der Gesellschaft im Grundsatz unberührt.
- Nr.5 Das Ergebnis der Balsam/Procedo-Entscheidungen des BGH ist auf die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter nach Eintragung der GmbH zu übertragen. Der Haftungsbetrag wird mit Eintragung der Gesellschaft der Höhe nach fixiert. Die Vorbelastungshaftung bleibt daher trotz anderweitiger Aufbringung des Stammkapitals bestehen.

- Nr.6 Die Balsam/Procedo-Rechtsprechung ist auf die Kapitalersatzregeln übertragen. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG analog bei Rückzahlung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen bleibt von einer positiven Entwicklung des Stammkapitals der Gesellschaft unberührt.
- Nr.7 Die Balsam/Procedo-Rechtsprechung führt nicht zu einer Änderung bei der Entsperrung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen. Hat die Gesellschaft die Krise überwunden, so wird die Qualifizierung von Gesellschafterleistungen als eigenkapitalersetzend aufgehoben. Die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nach Überwindung der Krise ist daher ohne einen Beschluss der Gesellschafterversammlung möglich.
- Nr.8 Das Verpflichtungsgeschäft, welches der verbotenen Ausschüttung zu Grunde liegt, ist trotz des Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot in § 30 GmbHG wirksam. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG erschöpfen sich in der Erstattungspflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG.
- Nr.9 Die verbotene Auszahlung hat in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft keine Erfüllungswirkung. Dem erstattungspflichtigen Gesellschafter steht daher nach der Wiederherstellung des Stammkapitals ein Auszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft zu.
- Nr.10 Die Geltendmachung des Auszahlungsanspruches ist nicht von einem erneuten Beschluss der Gesellschafterversammlung abhängig.
- Nr.11 Den Gesellschafter trifft kein einseitiges Aufrechnungsverbot gegenüber dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft. Das einseitige Aufrechnungsverbot aus § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann auf den Erstattungsanspruch nicht entsprechend angewandt werden.

- Nr.12 Dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung korrespondiert im Recht der Kapitalerhaltung der Grundsatz der realen Kapitalerstattung. Weder der Gesellschaft noch dem Gesellschafter ist eine Verrechnung des Erstattungsanspruchs möglich, sofern der Auszahlungsanspruch des Gesellschafters nicht fällig, vollwertig und liquide ist. Eine Verrechnung ist daher insbesondere dann verboten, wenn die Gesellschaft überschuldet oder nicht in der Lage ist sämtliche sonstigen fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.
- Nr.13 Die Grundsätze des unzulässigen Hin- und Herzählens im Zusammenhang mit der Erbringung der Stammeinlage sind auf die wechselseitige Erfüllung von Erstattungs- und Auszahlungsanspruch nicht übertragbar. Ein unzulässiges Hin- und Herzahlen ist nur gegeben, wenn eine Umgehung des beiderseitigen Aufrechnungsverbot es erfolgt. Voraussetzung für eine Umgehung ist eine den Zusammenhang zwischen beiden Leistungen herstellende Abrede. Die Abrede kann nur aus einem engen zeitlichen Zusammenhang von wenigen Tagen zwischen beiden Leistungen vermutet werden.
- Nr.14 Die Gesellschafterversammlung kann die Geschäftsführung anweisen Erstattungs- und Auszahlungsanspruch zu verrechnen. Die Geschäftsführung hat vor der Verrechnung zu prüfen, ob die Gesellschaft trotz der Verrechnung in der Lage ist, sämtliche fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.
- Nr.15 Will die Geschäftsführung die Verrechnung von sich aus vornehmen ist sie zunächst zur Vorlage ihrer Entscheidung an die Gesellschafterversammlung verpflichtet. Verweigert die Geschäftsführung die Verrechnung, so besteht eine Vorlagepflicht nicht.