

Kapitalerhaltung in der GmbH

Dipl.-Jur. Amani H. Mehdawi, Berlin*

Das Wesen der Kapitalgesellschaft als körperschaftlich organisierter Gesellschaftsform ist maßgeblich geprägt vom Gedanken des Kapitalschutzes in Form von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Anders als bei Personen(handels)gesellschaften haften die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nur in Ausnahmefällen persönlich im Rahmen der Durchgriffshaftung. Um dennoch sicherzustellen, dass weder Gläubiger noch die Gesellschaft selbst benachteiligt werden, wird dem Schutz vor etwaigem Missbrauch unter anderem durch Vorschriften zur Erhaltung des satzungsmäßigen Kapitals Rechnung getragen. Im Folgenden soll die Kapitalerhaltung in der GmbH näher in den Blick genommen werden.

I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	633
1. Kapitalerhaltung gem. § 30 GmbHG	633
2. Exkurs: Sog. Novemberurteil des BGH	633
II. Voraussetzungen zulässiger Leistung gem. § 30 Abs. 1 GmbHG im Einzelnen	633
1. Unterschied zwischen § 30 GmbHG und § 57 AktG	634
2. Zulässige Leistung an den Gesellschafter	634
a) Vorliegen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags gem. § 291 AktG, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	634
b) Vorhandensein eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG	634
aa) Unterscheidung von Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch	635
bb) Begriff der Vollwertigkeit	635
cc) Deckungsgebot	636
c) Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens (sog. downstream loans), § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG	636
aa) Lösung über das Insolvenz- und Anfechtungsrecht, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	636
bb) Exkurs: Rechtslage bis zum MoMiG, sog. eigenkapitalersetzendes Darlehen, § 30 Abs. 1 GmbHG analog	637
3. Sonderfall: Cash-Pool	637
III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften	638
IV. Fazit	638

* Die Verf. ist Doktorandin und Wiss. Mitarbeiterin bei einer international tätigen Großkanzlei im Gesellschaftsrecht.

I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt

Gesetzlicher Ausgangspunkt ist § 30 GmbHG.

1. Kapitalerhaltung gem. § 30 GmbHG

Gem. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist das zur Erhaltung des satzungsmäßigen Stammkapitals¹ erforderliche Vermögen der Gesellschaft grundsätzlich nicht an die Gesellschafter auszuführen. Das vorhandene Gesellschaftsvermögen muss also mindestens dem gezeichneten Kapital entsprechen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, nach welcher Maßgabe ermittelt wird, ob dies der Fall ist. Der Gesetzgeber hat sich im Zuge des MoMiG² für die sog. bilanzielle Betrachtungsweise³ entschieden, die im Wortlaut von § 30 Abs. 1 GmbHG ihre Stütze findet.

2. Exkurs: Sog. Novemberurteil des BGH⁴

Selbstverständlich ist dies deshalb nicht, weil der BGH im sog. November-Urteil aus dem Jahr 2003 vor dem Hintergrund des sog. Substanzschutzarguments entgegengesetzt argumentierte. Der Vermögensschutz erschöpfe sich – so der BGH in den Entscheidungsgründen – gerade nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer. Vielmehr sei der Erhalt einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse erforderlich. Dies wäre aber gerade nicht gegeben, würde man liquide Haftungsmasse gegen eine zeitlich herausgeschobene schuldrechtliche Forderung tauschen.⁵

Hintergrund war die Gewährung eines Darlehens an einen Gesellschafter, welches zu Lasten des gebundenen Vermögens ausgereicht wurde. Der BGH hatte den mit der Auszahlung korrespondierenden Rückgewähranspruch der Gesellschaft als für die Kapitalerhaltung nach § 30 GmbHG nicht ausreichend angesehen und zwar ungeachtet dessen, ob der Anspruch vollwertig⁶ gewesen ist.⁷

Mit dem MoMiG schob der Gesetzgeber der Diskussion 2008 einen Riegel vor und schrieb die bilanzielle Betrachtung im Gesetz fest.

II. Voraussetzungen zulässiger Leistung gem. § 30 Abs. 1 GmbHG im Einzelnen

Fraglich ist, wann im Einzelfall eine Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften vorliegt; anders gewendet, unter welchen Voraussetzungen eine Zahlung an den Gesellschafter nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 GmbHG zulässig ist.

¹ Terminologisch zu unterscheiden sind das satzungsmäßige Stammkapital, Mindestkapital, Gesellschaftsvermögen und Mindesteinzahlung, vgl. auch *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 3.

² Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026). Grund für diese gesetzgeberische Entscheidung war nicht zuletzt, dass das sog. November-Urteil des BGH dem in der Praxis verbreiteten Cash-Pool zur konzerninternen Finanzierung eine rechtssichere Grundlage entzogen hatte, vgl. Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41 f.

³ Instrukтив zur Ermittlung einer etwaigen Unterbilanz *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 26 f.

⁴ BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01 = BGHZ 157, 72 ff.

⁵ Vgl. BGHZ 157, 75 f. Bereits im sog. MPS-Urteil vom 1.12.2008 gab der BGH diese Rechtsprechung wieder auf, vgl. BGHZ 179, 71.

⁶ Zum Vollwertigkeitskriterium siehe II. 2. b) bb).

⁷ BGHZ 157, 75 (75).

1. Unterschied zwischen § 30 GmbHG und § 57 AktG

Zunächst fällt ein prägender Unterschied zwischen GmbH- und Aktienrecht auf, der seinen Grund im Wesen der jeweiligen Gesellschaftsform hat. Während die Aktiengesellschaft nach dem gesetzlichen Grundkonzept Publikumsgesellschaft mit entsprechend vielfältigem Aktionärskreis ist, handelt es sich bei der GmbH um eine personalistisch geprägte Gesellschaft. Damit einher gehen strengere Kapitalerhaltungsvorschriften bei der AG, um eine ungleiche Verteilung an die Aktionäre zu verhindern.

Dies findet Rückhalt im Wortlaut von § 57 AktG bzw. § 30 GmbHG. Letzterer spricht in seinem Absatz 1 davon, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Gleiches gilt im Ausgangspunkt auch in Bezug auf das Grundkapital der AG. Anders als bei der GmbH darf aber nach § 57 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 AktG außerhalb von Gewinnverwendungsbeschlüssen überhaupt kein Vermögen an die Aktionäre ausgeschüttet werden, sondern nur im streng formalisierten Verfahren (allgemeine Vermögensbindung).⁸

2. Zulässige Leistung an den Gesellschafter

Offener hingegen im GmbH-Recht: Wendet die Gesellschaft einem Gesellschafter eine Leistung zu, ist dies nicht per se unzulässig. § 30 GmbHG verbietet lediglich, dass, durch das Zufließen dieser Leistung an den Gesellschafter, eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird.⁹ Gedanke dahinter ist, dass an den Gesellschafter nur der Teil des Vermögens ausgeschüttet werden darf, der nicht zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, während das übrige Vermögen im Sinne eines Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger gebunden ist. Damit erfolgt zwar kein Schutz gegen wirtschaftlich schlechte Unternehmensführung, zumindest wird aber verhindert, dass Vermögen unkompensiert aus der Gesellschaft an den Gesellschafter fließt.¹⁰

Vom Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst werden nicht nur Geldzahlungen, sondern Leistungen jeglicher Art, beispielsweise auch die Übernahme von Verbindlichkeiten.¹¹

In § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG sind Ausnahmen zu § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG geregelt:

a) Vorliegen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags gem. § 291 AktG, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG

Ausweislich des Gesetzeswortlauts darf eine Zahlung etwa erfolgen, wenn zwischen den Beteiligten ein Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag gem. § 291 AktG abgeschlossen wurde. Grund dafür ist, dass das herrschende Unternehmen bei Vorliegen eines Vertragskonzerns nach § 302 AktG ohnehin für den Jahresfehlbetrag einzustehen hat.¹²

b) Vorhandensein eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG

Weiter liegt kein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften vor, wenn die Leistung an den Gesell-

⁸ Koch, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 36 Rn. 2.

⁹ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 32.

¹⁰ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 26; Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 25 Rn. 25.

¹¹ Altmeyden, in: Altmeyden, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 71; Servatius in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 33.

¹² Vgl. Altmeyden, in: Altmeyden, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 91.

schafter durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist. Praktisch ist diese Ausnahme deshalb so relevant, weil der Gesetzeswortlaut in Satz 1 zwar auf den ersten Blick nur Zahlungen ohne Gegenleistung erfasst, der typische Fall sich aber meist als mittelbare bzw. verdeckte Leistung im Zuge eines vertraglichen Austauschverhältnisses darstellt (beispielsweise wird ein Geschäftswagen deutlich unter dem Verkehrswert an einen Gesellschafter veräußert).¹³

aa) Unterscheidung von Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch

Gegenleistungs- und Rückgewähransprüche unterscheiden sich dadurch, dass ein Gegenleistungsanspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis mit einem korrespondierenden Leistungsanspruch steht. Der Rückgewähranspruch hat seinen typischen Anwendungsbereich demgegenüber bei Darlehen, die die Gesellschaft einem Gesellschafter gegenüber gewährt. Die Rückzahlungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB steht nicht im Synallagma mit der Pflicht des Darlehensgebers nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB den vereinbarten Betrag an den Darlehensnehmer auszukehren,¹⁴ sondern der Darlehensgeber gewährt das (entgeltliche) Darlehen typischerweise deshalb, um im Gegenzug den vereinbarten Zins zu erhalten, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

Maßgeblich ist bei dieser Betrachtung der Zeitpunkt, indem das Darlehen valuiert wird bzw. die Gesellschaft ihre Leistung gegenüber dem Gesellschafter erbringt.¹⁵

bb) Begriff der Vollwertigkeit

Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Begriff der Vollwertigkeit. Der Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch ist nach bilanzieller Betrachtung vollwertig, wenn der Gesellschafter die geschuldete Leistung erbringen kann und will.¹⁶ Dafür ist im Zeitpunkt der Leistungserbringung der Gesellschaft eine Prognose über die künftige Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Gesellschafters anzustellen. Kriterien dafür sind die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters bzw. seine Kreditwürdigkeit, anhand derer das Ausfallrisiko bestimmt werden kann.¹⁷ Die Bestellung etwaiger Sicherheiten bleibt dabei zwar grundsätzlich außer Betracht, kann aber dazu führen, dass ein auf den ersten Blick nicht vollwertiger Anspruch der Gesellschaft durch vom Gesellschafter hingegebene Sicherheiten nunmehr doch als vollwertig zu bewerten ist.¹⁸

Inwieweit eine marktübliche Verzinsung erforderlich ist, um den der Gesellschaft zustehenden Anspruch als vollwertig zu qualifizieren, ist strittig.¹⁹

¹³ *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 3.

¹⁴ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb. v. § 488 Rn. 2.

¹⁵ *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 26; *Fleischer*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 26.

¹⁶ Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 28, 31; *Verse*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 30 Rn. 84 f.

¹⁷ *Fleischer*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 26; *Habersack*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 105.

¹⁸ *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 111; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 28 f.; vgl. auch *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 60.

¹⁹ Eine marktübliche Verzinsung voraussetzend u.a. *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 61; *Ekkenga*, in: *MüKo-GmbHG*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 252. Ablehnend vgl. etwa *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 114 ff. instruktiv mit Darstellung zur Diskussion und im Ergebnis ablehnend; *Goette*, ZHR 177 (2013), 740 (749); *Habersack*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 106; *Pentz*, in: *Rowedder/Pentz*, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 73; ähnlich im Zusammenhang mit § 311 AktG BGHZ 179, 71 (80 Rn. 17).

cc) Deckungsgebot²⁰

Komplementierend ist das sog. Deckungsgebot heranzuziehen, nach welchem der Rückgewähr- bzw. der Zahlungsanspruch aus dem Austauschvertrag wertmäßig dem Verkehrswert (nicht dem Buchwert)²¹ der von der Gesellschaft hingegebenen Leistung entsprechen muss.²²

Um zu ermitteln, ob die Leistung des Gesellschafters wertmäßig der Leistung der Gesellschaft entspricht, wird auf einen hypothetischen Drittvergleich zurückgegriffen: Dabei ist danach zu fragen, ob die Leistung in dieser Form auch gegenüber einem Dritten erbracht worden wäre (auch sog. *dealing at arms length*).²³

c) Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens (sog. *downstream loans*), § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG

Einen weiteren Ausnahmetatbestand bildet § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG. Demnach verstößt eine Zahlung der Gesellschaft an einen Gesellschafter, die aufgrund eines Darlehensvertrags getätigt wird, vgl. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, nicht gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz aus § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

aa) Lösung über das Insolvenz- und Anfechtungsrecht, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Im Zuge des MoMiG ist die Rechtsprechung zum sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen aufgegeben worden.²⁴ Heute werden Gesellschafterdarlehen nicht mehr nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz gem. § 30 GmbHG behandelt, sondern nach Insolvenz- und Anfechtungsrecht. Die Rückzahlung eines Darlehens, welches der GmbH gewährt wurde, kann also ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG vom Gesellschafter zurückgefordert werden. Gerät die Gesellschaft jedoch in Liquiditätsschwierigkeiten und muss in der Folge einen Insolvenzantrag nach § 15a InsO stellen, ist die Rückzahlung an den Gesellschafter – unter der Voraussetzung, dass die Zahlung im letzten Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt – nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Vorschriften durch den Insolvenzverwalter anfechtbar, vgl. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Sofern es, mangels Masse, nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt, haben die Gesellschaftsgläubiger nach § 6 AnfG ein entsprechendes Anfechtungsrecht. Daneben statuiert § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 S. 1 InsO einen gesetzlichen Rangrücktritt dergestalt, dass Gesellschafterdarlehen erst bedient werden, nachdem die Ansprüche der übrigen Insolvenzgläubiger befriedigt wurden. Mit dem Anfechtungsrecht nach § 135 InsO wird der in § 39 InsO geregelte Nachrang gesetzlich abgesichert.²⁵

²⁰ Das Deckungsgebot ist nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 30 Abs. 1 GmbHG herauszulesen, ergänzt aber denknötwendig den Begriff der Vollwertigkeit, vgl. *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 75; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 33.

²¹ Wird etwa ein Geschäftswagen der Gesellschaft an einen Gesellschafter veräußert, ist der Verkehrswert anzusetzen, typischerweise der Marktwert, sofern ein solcher existiert (vgl. *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 66), und nicht der Abschreibungs- bzw. Buchwert. Unter Umständen ist der Vermögensgegenstand bereits vollständig abgeschrieben, hat aber noch einen nicht unerheblichen Marktwert und stellt nunmehr eine stille Reserve der Gesellschaft dar. Diese stille Reserve ist aufzudecken, sodass der Marktwert zu Gunsten der Gesellschaft realisiert werden kann, siehe auch *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 75; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 32.

²² Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 41; *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 66.

²³ BGH NJW 1987, 1194 (1195); *Fleischer*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 25; *Pentz*, in: *Rowedder/Pentz*, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 32.

²⁴ Begründung RegE BT-Drs. 16/6140, S. 42.

²⁵ *Schmolke*, in: *BeckOK GmbHG*, Stand: 1.5.2024, § 30 Rn. 196.

bb) Exkurs: Rechtslage bis zum MoMiG, sog. eigenkapitalersetzendes Darlehen, § 30 Abs. 1 GmbHG analog

Versagte der BGH die Rückforderung des durch den Gesellschafter an die GmbH ausgezahlten Betrages zunächst unter Verweis auf § 242 BGB,²⁶ stützte er dies später auf das Kriterium der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft²⁷. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium diente die Kontrollfrage, ob bzw. inwiefern die GmbH noch kreditwürdig war, was sich danach bestimmte, ob die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, ein entsprechendes Darlehen aus eigener Kraft am Markt zu erhalten.²⁸ Schließlich begründete er das Verweigerungsrecht der Gesellschaft mit einer analogen Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG^{29,30}. Begründet wurde die Parallele zur Bindung des Eigenkapitals durch eine sog. Finanzierungsfolgenverantwortung. Hintergrund war der Gedanke, dass ein Gesellschafterdarlehen in der Krise eher schade, da es – ähnlich einer Insolvenzverschleppung – die anderen Gläubiger in der Regel benachteilige.³¹

Durch das MoMiG wurde die Handhabung von Gesellschafterdarlehen vereinfacht. Wenngleich Gesellschafter, die ihrer Gesellschaft einen entsprechenden Kredit gewähren auch nach heutiger Rechtslage damit rechnen müssen, dass ihr Rückzahlungsanspruch faktisch ins Leere läuft, wird dies nunmehr rechtstechnisch auf anderem Weg erreicht.³² Die sog. Finanzierungsfolgenverantwortung bleibt damit auch heute Wertungsgrund der Neuregelung.³³ Insbesondere kommt es nicht mehr darauf an, ob das Darlehen als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist.³⁴

3. Sonderfall: Cash-Pool

Beim Cash-Pool handelt es sich um eine Form der konzerninternen Finanzierung, die sich gerade im Vergleich zur Beschaffung von Liquidität am Kapitalmarkt als ökonomisch sinnvoll erwiesen hat.³⁵

Problematisch kann diese Konstruktion im Zusammenhang mit dem Kapitalerhaltungsgrundsatz insbesondere deshalb sein, weil es sich bei den sog. Upstream Loans rechtstechnisch um Darlehen einer Tochtergesellschaft an die Konzernobergesellschaft als Gesellschafterin handelt. Daher ist § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu beachten und zu prüfen, ob der jeweilige Rückgewähranspruch vollwertig im Sinne der unter 2. b) bb) dargestellten Kriterien ist. Dies ist Aufgabe des Geschäftsführers, vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG.

²⁶ BGHZ 31, 258 (272).

²⁷ Vgl. BGHZ 76, 326 (329 f.).

²⁸ Vgl. BGHZ 76, 326 (329 f.); *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 5; *Peters*, in: MüKo-InsO, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 35 Rn. 290.

²⁹ *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 9 ff.

³⁰ Instrukтив zur Rechtsentwicklung *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 1 ff.

³¹ BGHZ 127, 336 (343 ff.); *Altmeyen*, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30. Recht der Gesellschafterdarlehen, Rn. 3; *Dahl/Linnenbrink*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Systemat. Darstellung 6, A., Rn. 6, 12.

³² *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 40.

³³ *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 41; str., vgl. *Altmeyen*, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30. Recht der Gesellschafterdarlehen Rn. 4 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Pentz, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30 Rn. 83 ff.

³⁴ Vgl. *Schmolke*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.5.2024, § 30 Rn. 195; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 36 Rn. 12.

³⁵ Vgl. *Altmeyen*, in: Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 79; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 31.

Eine Rolle kann dies nur im faktischen Konzern spielen, da im Fall eines Vertragskonzerns der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG Anwendung findet. Der umgekehrte Fall – also die Gewährung eines Darlehens in Form eines sog. Downstream Loans von der Konzernobergesellschaft als Gesellschafterin an die Tochtergesellschaft – ist von der Ausnahme des § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG erfasst und wird nach geltendem Recht über § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gelöst.

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift aus § 30 GmbHG ist grundsätzlich ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft, § 31 Abs. 1 GmbHG. Dieser Anspruch ist ein spezifisch gesellschaftsrechtlicher.³⁶ Daneben kann der GmbH unter Umständen ein Bereicherungsanspruch zustehen.³⁷ Die übrigen Gesellschafter trifft eine subsidiäre Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG, soweit die verbotene Ausschüttung nicht vom Empfänger zurückzuerlangen ist.³⁸ Der Geschäftsführer haftet bei Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG.

IV. Fazit

Der Kapitalerhaltungsgrundsatz stellt ein wesentliches Charakteristikum der GmbH dar. Problem Schwerpunkte können sich insbesondere bei den Ausnahmen zum Verbotstatbestand gem. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ergeben, die sich in der Fallbearbeitung gut im Rahmen der Haftung des GmbH-Geschäftsführers unterbringen lassen.

³⁶ Verse, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 31 Rn. 5.

³⁷ Fleischer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1; Verse, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 31 Rn. 31.

³⁸ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 35 Rn. 36.