



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

Kapitalgesellschaftsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Wintersemester 2021/2022

Einheit 4: Eigene Rechtspersönlichkeit (Teil 3/4)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Einleitung: Garantiekapital
- II. Prinzip der Kapitalerhaltung
 - 1. Einführung
 - 2. Aktienrecht
 - a) Verbot der Vermögensrückgewähr
 - b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien**
 - 3. GmbH-Recht**



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(1) Einführung & Grundsatz

- Die **Verbandseigenschaft** ermöglicht es Kapitalgesellschaften – im Unterschied zu Personengesellschaften – eigene Anteile zu erwerben.
- Dieser Erwerb ist in mehrfacher Hinsicht **problematisch**:
 - Dürften die **Stimmrechte** aus den Aktien ausgeübt werden – dies müsste durch den Vorstand geschehen –, würde das Stimmgewicht des Vorstands in der Hauptversammlung zu Lasten der übrigen Aktionäre gestärkt.
 - Könnte der Vorstand bei der **Wiederveräußerung** den Erwerber auswählen, könnte er gezielt die Zusammensetzung des Aktionärskreises und damit die Abstimmungsverhältnisse beeinflussen.
 - Der von der AG zu zahlende **Erwerbspreis** fließt einem Aktionär zu. M.a.W.: Die Leistung würde gegen § 57 I 1, III AktG verstoßen.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(1) Einführung & Grundsatz

- Trotz dieser Probleme statuiert das AktG **kein absolutes Verbot** des Erwerbs eigener Aktien.
- Vielmehr gilt:
 - Der (Rück-)Erwerb eigener Aktien ist in den **§§ 71 ff. AktG** geregelt. Die Formulierung „nur“ in § 71 I AktG lässt erkennen, dass der Erwerb nur **grds. verboten** ist.
 - In Ergänzung dazu bestimmt **§ 57 I 2 AktG**, dass der Erwerbspreis bei einem (ausnahmsweise) *zulässigen* Erwerb eigener Aktien nicht als unzulässige Vermögensrückgewähr gilt.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(2) Grundzüge zu den Ausnahmen

- Das grundsätzliche Verbot wird durch die **Ausnahmetatbestände** in § 71 I Nr. 1-8 AktG relativiert.
 - Während § 71 I Nr. 1-7 AktG eine **Zielvorgabe** enthalten, ist § 71 I Nr. 8 AktG eine solche fremd.
 - Genutzt wird § 71 I Nr. 8 AktG insbesondere von börsennotierten AG für eine erwünschte **Erhöhung oder Stabilisierung des Börsenkurses**.
- **Umgehungen** der Ausnahmetatbestände werden durch die §§ 71a, 71d AktG verhindert.
- Neben den Voraussetzungen des § 71 I AktG sind – abhängig von der jeweiligen Nummer – die Voraussetzungen des § 71 II, III AktG einzuhalten.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(3) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen weisen eine **Dreiteilung** auf:

- (1) Nach **§ 71 IV 1 AktG** ist der (dingliche) Erwerb auch dann wirksam, wenn er unter Verstoß gegen § 71 I, II AktG erfolgt ist.
 - **(Teil-)Nichtig** ist nach **§ 71 IV 2 AktG** lediglich das **schuldrechtliche Geschäft**, da nur dieses Grundlage der Vermögensverschiebung ist.
 - Bei Unzulässigkeit des Erwerbs gilt die Fiktion des § 57 I 2 AktG nicht, so dass die Zahlung des Erwerbspreises unter **Verstoß gegen § 57 I 1, III AktG** erfolgt.
 - Daher kann die AG nach **§ 62 I 1 AktG** den gezahlten Erwerbspreis zurückfordern (s. o.).
 - Der Veräußerer kann nach **§ 812 I 1 Alt. 1 BGB** die Rückübertragung der Aktien verlangen.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(3) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen weisen eine **Dreiteilung** auf:

- (2) Nach **§ 71b AktG** stehen der AG aus eigenen Aktien **keine Rechte** zu, weder Verwaltungs- noch Vermögensrechte.
- Hierdurch wird der Gefahr begegnet, dass das Stimmgewicht des Vorstands in der Hauptversammlung zu Lasten der übrigen Aktionäre gestärkt würde (s. o.).
 - Diese Gefahr besteht immer, wenn die AG die Aktien wirksam erwirbt. Da der Erwerb auch bei einem Verstoß gegen § 71 I, II AktG wirksam ist (§ 71 IV 1 AktG), ist es für **§ 71b AktG unerheblich**, ob der **Erwerb zulässig oder unzulässig** war.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

2. Aktienrecht

b) Verbot des Erwerbs eigener Aktien

(3) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen weisen eine **Dreiteilung** auf:

- (3) Die AG ist zur **(Wieder-)Veräußerung** der eigenen Aktien verpflichtet, wenn sie diese unter Verstoß gegen § 71 I, II AktG erworben hat (**§ 71c I AktG**) oder – wenn der Erwerb zulässig war – soweit die Summe der eigenen Aktien einen Anteil von 10 % des Grundkapitals übersteigt (**§ 71c II AktG**).
- Bei der Veräußerung ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre (**§ 53a AktG**) zu beachten. Dies gilt nicht nur in den Fällen des § 71 I Nr. 8 AktG (unglücklich: § 71 I Nr. 8 Satz 2 AktG).
 - Der Regelung des § 71 I Nr. 8 Satz 3 AktG liegt ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde, so dass die **Veräußerung über die Börse** stets § 53a AktG genügt.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

a) Einführung

- Im GmbH-Recht wird das Prinzip der Kapitalerhaltung wesentlich durch die **§§ 30-33 GmbHG** umgesetzt.
- Ähnlich dem Aktienrecht sind hier **zwei Regelungskomplexe** zu unterscheiden:
 - Verbot der Einlagenrückgewähr, **§§ 30-32 GmbHG**
 - Erwerb eigener Geschäftsanteile, **§ 33 GmbHG**



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

- Nach **§ 30 I 1 GmbHG** darf das „zur *Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen*“ nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden.
- Das (statutarische) Stammkapital ist in der Bilanz als **gezeichnetes Kapital** auszuweisen (**§ 42 I GmbHG**) und bildet eine im Grundsatz **statische Größe**.
- Daran anknüpfend liegt § 30 I 1 GmbHG – ähnlich dem Aktienrecht – eine **bilanzielle Betrachtungsweise** zugrunde.
- Aber: Im Unterschied zum Aktienrecht knüpft **§ 30 I GmbHG** nicht an den Begriff „Bilanzgewinn“ (§ 57 III AktG) an. Maßgeblich sind **zwei andere Begriffe**, nämlich:
 - gebundenes Vermögen,
 - Unterbilanz.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

- Die Unterscheidung zwischen dem **gebundenen** und dem **ungebundenen Vermögen** ergibt sich aus den **§§ 29 I 1, 30 I 1 GmbHG**.
- Nach **§ 29 I 1 GmbHG** haben die Gesellschafter Anspruch auf den Jahresüberschuss zzgl. eines Gewinnvortrags und abzgl. eines Verlustvortrags, „soweit der sich ergebende Betrag nicht **nach Gesetz ... von der Verteilung** unter die Gesellschafter **ausgeschlossen** ist.“
- Ausgeschlossen durch Gesetz ist insbesondere das Vermögen, das nach **§ 30 I 1 GmbHG** nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf, also „**gebunden**“ ist.
- M.a.W.: Die Auszahlungen an die Gesellschafter nach **§ 29 I 1 GmbHG** dürfen nur aus sog. **ungebundenem Vermögen** erfolgen.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

Zur Illustration:

Aktiva		Passiva	
A. Anlagevermögen	10	A. Eigenkapital - gez. Kapital	25
B. Umlaufvermögen		B. Fremdkapital	15
- Vorräte	10		
- Kassenbestand	20		
Summe Aktiva	40	Summe Passiva	40

- Das **Stammkapital** (gezeichnetes Kapital, § 42 I GmbHG) wird auf der Passivseite ausgewiesen (§ 266 III A. I. HGB).
- Das sog. **gebundene Vermögen** ist der Anteil der Aktiva, der wertmäßig dem gezeichneten Kapital entspricht (hier: 25).
- Hieraus errechnet sich das sog. **ungebundene Vermögen** (hier: 15), nämlich Bilanzsumme ./. gezeichnetes Kapital.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

- Nach **§ 30 I 1 GmbHG** ist das „zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft“ gebunden.
- Die Bestimmung dieses Vermögens(-anteils) erfolgt auf Grundlage einer **bilanziellen Betrachtung**.
- In dem maßgeblichen Vergleich sind zwei Größen gegenüber zu stellen:
 - (statutarische) **Stammkapital** bzw. gezeichnetem Kapital (§ 42 I GmbHG)
 - „Vermögen der Gesellschaft“, d. h. **Nettovermögen** (= Summe der Aktiva ./. Verbindlichkeiten ./. Rückstellungen)
- Ergibt der Vergleich, dass das Nettovermögen das Stammkapital unterschreitet, liegt eine sog. **Unterbilanz** (d. h. eine wertmäßige Unterdeckung des Stammkapitals) vor.
- **Verboten** durch **§ 30 I 1 GmbHG** sind:
 - Auszahlungen an die Gesellschafter, **solange** eine **Unterbilanz besteht**, sowie
 - Auszahlungen an die Gesellschafter, **soweit** dadurch eine **Unterbilanz entstünde**.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

- Nach § 30 I 1 GmbHG: „Auszahlungen der Gesellschaft“ geboten.
- Die Bestimmung dieser Auszahlungen ist Gegenstand der **teleologischen Auslegung**.
- In dem maßgeblichen Sinn des § 30 I 1 GmbHG:
 - (statutarische) **Stammkapital**
 - „Vermögen der Gesellschaft“ (d.h. Rückstellungen)
- Ergibt der Vergleich, dass das Vermögen das Stammkapital unterschreitet, liegt eine sog. **Unterbilanz** (d.h. wertmäßige Unterdeckung des Stammkapitals) vor.
- **Verboten** durch § 30 I 1 GmbHG sind:
 - Auszahlungen an die Gesellschafter, **solange** eine **Unterbilanz besteht**, sowie
 - Auszahlungen an die Gesellschafter, **soweit** dadurch eine **Unterbilanz entstünde**.

Der Wortlaut des § 30 I 1 GmbHG spricht zwar von **Auszahlungen** („ausgezahlt“). Bei der gebotenen **teleologischen Auslegung** sind aber nicht nur Geldzahlungen tatbestandlich erfasst, sondern auch Sachleistungen. Daher wird der Begriff der Auszahlung allgemein durch den Terminus der **Zuwendung** ersetzt.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

- In formeller Hinsicht sind – wie bei § 57 I 1, III AktG – **offene** und **verdeckte Vermögenszuwendungen** zu unterscheiden.
- In der **Praxis** überwiegen **verdeckte Vermögenszuwendungen**, z. B.:
 - überhöhte **Vergütung an den Gesellschafter-Geschäftsführer**
 - **Austauschgeschäfte** zwischen der GmbH und dem Gesellschafter, wobei die GmbH **keine vollwertige Gegenleistung** erhält
 - überhöhte **Abfindungszahlung** anlässlich der Einziehung des Geschäftsanteils, **§ 34 III GmbHG**



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

Vergleich zwischen § 30 I 1 GmbHG und § 57 I 1, III AktG:

In sachlicher Hinsicht reicht die Kapitalerhaltung nach § 57 I 1, III AktG über die nach § 30 I 1 GmbHG hinaus:

- Nach **§ 30 I 1 GmbHG** ist das Vermögen **nur in Höhe des Stammkapitals** gebunden.
- Im Unterschied dazu ist nach **§ 57 I 1, III AktG** nicht nur das (statutarische) Grundkapital, sondern das **gesamte (Betriebs-)Vermögen mit Ausnahme des Bilanzgewinns** gebunden.
- Dieser Unterschied zeigt sich darin, dass Vermögensbestandteile, die über das Grund- bzw. Stammkapital hinausgehen, aber nicht zum Bilanzgewinn zählen (z. B. **Bestandteile der Kapitalrücklage**, § 266 III A. II., § 272 II HGB), nur im GmbH-Recht, nicht aber im Aktienrecht ausgezahlt werden dürfen.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(1) Sachliche Reichweite

Exkurs: Nachschüsse

- Von den Gesellschaftern geleistete Nachschüsse (§§ 26 ff. GmbHG) sind nicht dem Stammkapital zuzurechnen, sondern von diesem zu unterscheiden.
- Dies zeigt sich nicht nur in dem getrennten **bilanziellen Ausweis** in der Kapitalrücklage (§ 42 II 3 GmbHG, § 266 III A. II. HGB), sondern auch daran, dass mit **§ 30 II 1, 2 GmbHG** Sondervorschriften für die Kapitalerhaltung existieren.
- Als Bestandteile des Eigenkapitals dürfen Nachschüsse (nur) **zurückgezahlt** werden, wenn
 - die Gesellschafterversammlung einen wirksamen **Rückzahlungsbeschluss** gefasst hat (**§ 46 Nr. 3 GmbHG**),
 - seit der Bekanntmachung (§ 12 GmbHG) des Rückzahlungsbeschlusses **12 Monate vergangen** sind (**§ 30 II 2 GmbHG**) und
 - soweit **keine Unterbilanz** besteht (**§ 30 II 1 GmbHG**).



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(2) Personelle Reichweite

- In personeller Hinsicht erfasst **§ 30 I 1 GmbHG** seinem **Wortlaut** nach nur Zuwendungen aus dem Vermögen der **GmbH** an einen (gegenwärtigen) **Gesellschafter**.
- Der **Gefahr von Umgehungen** wird dadurch begegnet, dass das Verbot – wie im Aktienrecht – teleologisch (weit) ausgelegt bzw. analog angewandt wird.
- Dabei werden **vier Fallgruppen** unterschieden:
 - Zuwendungen an ehemalige Gesellschafter: „mit Rücksicht auf die Gesellschaftereigenschaft“
 - Zuwendungen an zukünftige Gesellschafter: „mit Rücksicht auf die Gesellschaftereigenschaft“ und der Empfänger wird in sachlichem und zeitlichen Zusammenhang Gesellschafter
 - Zuwendungen an Dritte: Zuwendung erfolgt auf Veranlassung des Gesellschafters an eine ihm nahestehende Person
 - Zuwendungen von Dritten: Zuwendung erfolgt zumindest mittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(3) Ausnahmen

Das Verbot der Einlagenrückgewähr wird durch einige gesetzliche Ausnahmen **relativiert**:

- Leistungen bei Bestehen eines **Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags** (§ 291 I 1 AktG), § 30 I 2 Alt. 1 GmbHG
- Erlangung eines **vollwertigen Gegenleistungsanspruchs**, § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG
- Gegenleistung bei dem **Erwerb eigener Geschäftsanteile**, § 33 II 1, III GmbHG
- Anspruch auf **Abfindung ausscheidender Aktionäre**, z. B. § 29 I 1 UmwG



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(4) Rechtsfolgen

- Das Verbot des **§ 30 I 1 GmbHG** („darf ... nicht“) ist **an die Geschäftsführer adressiert**, d. h. ihnen sind Auszahlungen aus gebundenem Vermögen, die zu einer Unterbilanz führen, untersagt.
- Dies bedeutet, dass
 - der Geschäftsführer **keine Verpflichtungen** begründen darf, gebundenes Vermögen an die Gesellschafter auszuzahlen, und,
 - sofern eine solche Verpflichtung bereits (wirksam) begründet, die Auszahlung aber noch nicht geleistet wurde, das § 30 I 1 GmbHG immanente **Leistungsverweigerungsrecht** ausgeübt werden muss.
- Erfolgt eine verbotswidrige Zuwendung gleichwohl, sind die zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte – wie im Aktienrecht – nicht nach § 134 BGB nichtig. M.a.W.: **§ 30 I 1 GmbHG** ist **kein Verbotsgesetz**.
- Dies ergibt sich – wie im Aktienrecht (§ 62 I 1 AktG) – daraus, dass **§ 31 I GmbHG** eine besondere **Erstattungspflicht der Empfänger** normiert.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(4) Rechtsfolgen

Erstattungsanspruch nach § 31 I GmbHG:

(1) „Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind“

- Der Begriff der „Zahlung(en)“ ist als **Zuwendung** zu lesen (s. o.).
- Es **objektiver** Verstoß gegen § 30 GmbHG ist erforderlich, aber auch ausreichend. Ein subjektiver Tatbestand ist dem Tatbestand fremd.
- Die Zuwendung muss bereits geleistet sein („... geleistet sind“), also in der Vergangenheit (dinglich) **vollzogen** worden sein.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(4) Rechtsfolgen

Erstattungsanspruch nach § 31 I GmbHG:

(2) Kein Ausschluss nach § 31 II GmbHG

- Wie bei § 62 I 2 AktG wird der redliche Empfänger geschützt.
- Der **gute Glaube** bezieht sich darauf, dass die Zuwendung zulässig war, also **nicht zuwider § 30 GmbHG** erfolgte.
- Im Übrigen bestehen **zwei Unterschiede zu § 62 I 2 AktG**:
 - Maßstab für den guten Glauben ist **§ 932 II BGB analog**, d. h. im Unterschied zu § 62 I 2 AktG schadet nicht bereits (einfache) Fahrlässigkeit.
 - Der Schutz des Empfängers steht insoweit hinter dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger zurück, als die Erstattung **zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich** ist. Dies ist nicht nur bei einer Überschuldung (§ 19 II 1 InsO) anzunehmen, sondern bereits bei jeder Zahlungsstockung.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(4) Rechtsfolgen

Erstattungsanspruch nach § 31 I GmbHG:

(3) Keine Verjährung nach § 31 V GmbHG

(4) Rechtsfolgen

- Nach § 31 I GmbHG ist die Zuwendung **primär in natura** zu erstatten.
- Soweit dies nicht zu erlangen ist, hat der Empfänger **Wertersatz in Geld** zu leisten.
- Sofern die Erstattung von dem Empfänger **nicht zu erlangen** ist, darf sich dieser Umstand nicht zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger auswirken.
- Daher ordnet **§ 31 III GmbHG** eine subsidiäre *pro rata*-Haftung der **übrigen Gesellschafter** an.
- Deren Umfang erreicht nicht notwendig den Wert der Zuwendung, sondern ist auf den „zur **Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich(en)**“ **Betrag** (s. o.) begrenzt.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

b) Verbot der Einlagenrückgewähr

(4) Rechtsfolgen

Mit der Auszahlung bzw. Zuwendung von gebundenem Vermögen verletzt der Geschäftsführer seine **(Unterlassungs-)Pflicht** aus § 30 I 1 GmbHG (s. o.). Hieraus können Schadensersatzansprüche resultieren:

- Handelt der Geschäftsführer nicht nur pflicht-, sondern auch sorgfaltswidrig, ist der Geschäftsführer **gegenüber der GmbH** nach **§ 43 II, III 1 Alt. 1 GmbHG** zum Ersatz des kausalen Schadens verpflichtet.
 - Nach h. M. sind der Geschäftsführer und der Empfänger (= Gesellschafter) mangels Gleichstufigkeit keine Gesamtschuldner. Vielmehr ist der Geschäftsführer **analog § 255 BGB** nur Zug um Zug gegen Abtretung des Erstattungsanspruchs gegen den Empfänger zum Schadensersatz verpflichtet.
- Soweit die übrigen Gesellschafter nach **§ 31 III GmbHG** die zu geleisteten Zuwendungen zu erstatten haben, ist der Geschäftsführer ihnen bei einem verschuldeten Verstoß gegen § 30 GmbHG nach **§ 31 VI 1 GmbHG** vollumfänglich zum Ersatz verpflichtet.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(1) Einführung

- Das GmbHG regelt den Erwerb eigener Geschäftsanteile in **§ 33 GmbHG**.
- Die Vorschrift unterscheidet – mit Ausnahme von § 33 III GmbHG (s. u.) – im Grundsätzlichen nach der (auf den betreffenden Geschäftsanteil entfallenden) Leistung der Einlage:
 - Wurden die Einlagen **noch nicht vollständig** geleistet, gilt **§ 33 I GmbHG**.
 - Wurden die Einlagen bereits **vollständig** geleistet, gilt **§ 33 II GmbHG**.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(2) Einlage noch nicht vollständig geleistet

- Solange die Einlage noch nicht vollständig geleistet wurde, besteht eine **Einlage-schuld** des Gesellschafters gegenüber der GmbH.
- Deren **Inhalt** wird im **Gesellschaftsvertrag** (§ 3 I Nr. 4, § 5 IV 1 GmbHG) festgelegt.
- Der Zustand, dass die Einlage noch nicht vollständig eingezahlt ist, ist weder (notwendig) pflichtwidrig noch selten.
- Ursächlich hierfür ist, dass im Regelfall der Bareinlage nach **§ 7 II GmbHG** die anteilige Leistung im Rahmen der Gründung genügt.
- Die anteilig fortbestehende **Einlageforderung** ist – abhängig davon, ob die Einlage von der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 2 GmbHG) bereits eingefordert wurde – offen in der Bilanz auszuweisen (**§ 272 I 2 HGB**).



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(2) Einlage noch nicht vollständig geleistet

- Ein **Erlass der Einlageforderung** würde die Gesellschaftsgläubiger insofern benachteiligen, als die ihnen zur Verfügung stehende Haftungsmasse (§ 13 II GmbHG) gemindert wäre.
- Daher bestimmt **§ 19 II 1 GmbHG**, dass die Gesellschafter nicht durch einen Erlassvertrag von der Einlageschuld befreit werden kann.
- Würde die GmbH einen Geschäftsanteil erwerben, auf den die Einlage noch nicht vollständig geleistet ist, würde die Einlageschuld durch **Konfusion** erlöschen.
- Diese Rechtsfolge stünde – **aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger** – wirtschaftlich einem Erlass **gleich**. Daher ist es in Ergänzung zu § 19 II 1 GmbHG einzig konsequent, dass **§ 33 I GmbHG** den Erwerb eigener Geschäftsanteile verbietet, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind.



Einheit 4: Eigene Rechtspersönlichkeit (Teil 3/4)

Kapitalerhaltung

Eine **Ausnahme** von dem Verbot des § 33 I GmbHG enthält **§ 33 III GmbHG**. Die Vorschrift differenziert nicht danach, ob die Einlage bereits vollständig geleistet wurde, erlaubt also auch den Erwerb eigener Geschäftsanteile, auf welche die Einlage noch nicht vollständig geleistet wurde. Ursächlich hierfür der zeitliche Zusammenhang mit einem umwandlungsrechtlichen Vorgang, der die Kapitalerhaltung lockert.

Im Unterschied zu § 30 I 1 GmbHG ist das Verbot des § 33 I GmbHG ein **Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB**. Um die Konfusion (zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger) zu verhindern, sind sowohl das **Verpflichtungs-** als auch das **Verfügungsgeschäft** nichtig.

Erwerb eigener Geschäftsanteile

Einlage noch nicht vollständig geleistet

Ein Erlass der **Einlageforderung** würde die Haftung der Gesellschaftsgläubiger insofern nachteiligen, als die ihnen zur Verfügung stehende Haftungsmasse (§ 13 II BGB) gemindert wäre.

Bestimmt **§ 19 II 1 GmbHG**, dass ein Gesellschafter nicht durch einen Erlass von der Einlageschuld befreit werden kann.

Wenn ein GmbH-Gesellschafter einen Geschäftsanteil erwerben, auf den die Einlage noch nicht vollständig geleistet ist, würde die Einlageschuld durch **Konfusion** erlöschen.

Diese Rechtsfolgen stünde – **aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger** – wirtschaftlich einem Erlass **gleich**. Daher ist es in Ergänzung zu § 19 II 1 GmbHG einzig konsequent, dass **§ 33 I GmbHG** den Erwerb eigener Geschäftsanteile verbietet, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(3) Einlage vollständig geleistet

- Wurde die Einlage bereits vollständig geleistet, droht durch den Erwerb keine Konfusion der Einlagenforderung. Daher lässt **§ 33 II 1 GmbHG** den Erwerb eigener Geschäftsanteile zu.
- **Voraussetzung** hierfür ist aber, dass die GmbH
 - im Zeitpunkt des Erwerbs
 - eine **Rücklage in Höhe des Erwerbspreises** *bilden könnte*,
 - ohne das **Stammkapital** oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende **Rücklage**, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf, zu mindern.
- M.a.W.: Die Rücklage müsste aus **ungebundenem Vermögen** gebildet werden können.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(3) Einlage vollständig geleistet

- Erfolgt der Erwerb unter Verstoß gegen § 33 II 1 GmbHG, d. h. liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, ist zwar nicht der Erwerb (§ 33 II 3 Hs. 1 GmbHG), aber das **Verpflichtungsgeschäft nach § 33 II 3 Hs. 2 GmbHG nichtig**.
- In Ermangelung eines besonderen Erstattungsanspruchs kann die GmbH nach **§ 812 I 1 Alt. 1 BGB** die Rückzahlung des Erwerbspreises Zug um Zug gegen die Rückübertragung des Geschäftsanteils verlangen.
- Dabei trägt die GmbH (wirtschaftlich die Gesellschaftsgläubiger) die **Gefahr des Wegfalls der Bereicherung** (§ 818 III BGB) des Konditionsschuldners. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber **bewusst in Kauf genommen**, um redliche Gesellschafter, denen die Vermögensverhältnisse der GmbH unbekannt sind, zu schützen.



II. Prinzip der Kapitalerhaltung

3. GmbH-Recht

c) Erwerb eigener Geschäftsanteile

(4) Keine Rechte aus eigene Geschäftsanteilen

- Das GmbHG enthält zwar keine **§ 71b AktG** vergleichbare Regelung. Aufgrund der vergleichbaren Auswirkungen (z. B. Stärkung der Stimmrechtsmacht des Gesellschafter-Geschäftsführers in der Gesellschafterversammlung) wird sie **analog** angewandt.
- Aus eigenen Geschäftsanteilen hat die GmbH also **weder Vermögens-** (z. B. Gewinnanspruch) **noch Mitverwaltungsrechte** (z. B. Stimmrecht).
- Hierbei handelt es sich nur um ein temporäres **Ruhen** der Rechte. Sobald der Geschäftsanteil wieder veräußert wird, leben die Rechte in der Hand des Erwerbers wieder auf.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

MAIL: SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/de>

Facebook: <http://fb.me/LehrstuhlFest>

Twitter: [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

