

Zeitschrift
für Recht und
Wirtschaft

Betriebs- Berater

Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg

Grundzüge des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung
Prof. Dr. Uhlenbruck · 433

Wirtschaftsrecht

Stillschweigender Grundsatzbeschluß der Hauptversammlung
zur Bewilligung der Aufsichtsratsvergütung? · *Dr. Vetter* · 442

Bundeskartellamt: Keine Zuständigkeit für die Anwendung
von EWG-Kartellrecht · Urteilsanm. von *Dr. Hootz* · 443

Tilgungsbestimmung: Anfechtbarkeit wegen Irrtums · 453

Bilanzrecht

Das Treuhandvermögen und der Gesetzentwurf zur Durch-
führung der EG-Bankbilanzrichtlinie · *WP Dr. Mathews* · 455

Das Stehenlassen von GmbH-Gesellschafterdarlehen bis zum
Eintritt der Krise · *Dr. Hill* und *Berthold Schäfer* · 458

Steuerrecht

Inwieweit können Verluste aus Genußscheinen steuerlich
geltend gemacht werden? · *Prof. Dr. Meilicke* · 465

Die Aufhebung des Investitionszulagengesetzes
und die Änderungen bei der Berlinzulage durch das
Steuerreformgesetz 1990 · *Elisabeth Spanke* · 467

Arbeits- und Sozialrecht

Bildschirmtext und Arbeitsvermittlung
Dr. Kappus und *Detlef Grimm* · 489

Regelungsermessen der Einigungsstelle bei Sozialplan · 498

Sozialplan im Konkurs · 500

Beilage

Zeitschriften-Informationsdienst
Betriebswirtschaft und Personalwesen (ZID) · 1/89

ISSN 0340-7918 · 44. Jahrgang · 10. März 1989 · Seiten 433-504

Bei der *Treuhandlösung* ist die Kapitalanlagegesellschaft mit einer fiduziarischen Rechtszuständigkeit ausgestattet. Die Vermögensgegenstände des Sondervermögens stehen formalrechtlich in ihrem Eigentum, den Anteilhabern wird das „wirtschaftliche Eigentum“ zuerkannt. So steht den Anteilhabern im Konkurs der Anlagegesellschaft ein Aussonderungsrecht an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen zu, das von der Depotbank auszuüben ist; bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Dritter in Gegenstände des Sondervermögens haben sie ein – ebenfalls von der Depotbank auszuübendes – Drittwiderspruchsrecht nach § 771 ZPO²⁷.

Da die vorstehend erwähnte Surrogationsregelung im KAGG die Entstehung von Treugut aus den laufenden Verwaltungsgeschäften der Fonds sichert, haben die Anteilhaber sowohl bei der Miteigentums- wie bei der Treuhandlösung die Interventionsrechte nach den §§ 43 KO, 771 ZPO. Die in der Bankbilanzrichtlinie für einen Ausweis der Treuhandvermögen unter dem Strich gestellte Bedingung, die Aussonderung

der Treuhandvermögen aus der Masse im Falle einer Liquidation des Kreditinstituts müsse gewährleistet sein, ist damit erfüllt.

Für die *Bewertung* der Sondervermögen sind Inventarwerte vorgeschrieben. Das sind bei Wertpapier-Sondervermögen die Kurswerte zum Abschlußstichtag, bei ausländischen Papieren sind Umrechnungskurse (Devisenkurse) zu verwenden. Bankguthaben sind zu Nominalbeträgen einzusetzen. Bei den sonstigen Vermögensgegenständen handelt es sich überwiegend um aufgelaufene, noch nicht fällige Zinserträge. Für den Wertansatz der Grundstücks-Sondervermögen (Geschäftsgrundstücke, gemischtgenutzte Grundstücke, Mietwohngrundstücke, im Zustand der Bebauung befindliche Grundstücke, unbebaute Grundstücke) sind Gutachten der Sachverständigenausschüsse der Kapitalanlagegesellschaften maßgebend.

²⁷ Vgl. §§ 10 Abs. 2, 12 Abs. 8, 13 Abs. 3, 14 Abs. 1 KAGG. und *Baur* (Fn. 24) § 6 III 2 S. 123 f., sowie *Canaris* (Fn. 24), Rdnr. 2395 S. 1222.

Rechtsanwalt Dr. Norbert Hill und Assessor Berthold Schäfer, Stuttgart

Das Stehenlassen von GmbH-Gesellschafterdarlehen bis zum Eintritt der Krise

Ein Beitrag zu Struktur und Telos des § 32 a GmbHG

Stichworte: GmbH-Gesellschafterdarlehen / Kapitalersetzende Darlehen / Stehenlassen bis zum Eintritt der Krise / Finanzierungsabrede? / Subjektives Erfordernis? / „Rechtshandlung“ / „Rechtserhebliches Unterlassen“ / § 25 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften / § 32 a GmbHG

Der vorliegende Beitrag zeigt im ersten Teil anhand einiger Beispielfälle den Meinungsstand zum sogenannten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH auf, um dann im zweiten Teil unter kritischer Würdigung des breiten Meinungsspektrums zu einer eigenen Stellungnahme zu kommen. Wesentlichstes Ergebnis wird sein, daß weder eine von weiten Teilen des Schrifttums geforderte Finanzierungsabrede, noch ein in der Rechtsprechung anklingendes subjektives Erfordernis auf seiten des Gesellschafters für die Anwendung des § 32 a GmbHG im Falle des schlichten Stehenlassens erforderlich ist. Den Kern der Ausführungen wird die Bejahung einer Rechtspflicht des Gesellschafters zum Abziehen der Darlehensmittel bilden, sobald sich die Krise abzeichnet. Begründet wird diese Rechtspflicht aufgrund der Schaffung einer Risikolage für den Rechtsverkehr, indem dieser mangels entsprechender Publizität im Falle der Gesellschafterdarlehen über die wahre Finanzkraft der Gesellschaft im unklaren bleibt. Diese Gefahrenquelle hat der Gesellschafter im Sinne der allgemeinen Unterlassensdogmatik zu beherrschen, und kraft einer entsprechenden Verkehrssicherungspflicht ist er gehalten, seine Darlehen abzuziehen, wenn sich die Krise objektiv abzeichnet, anderenfalls die hingegebenen Mittel gem. § 32 a GmbHG als materielles Eigenkapital zu behandeln sind. Diese Auffassung findet Bestätigung in § 25 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften¹, wonach die Regeln über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen unter bestimmten Voraussetzungen auf solche Darlehen nicht anwendbar sind, die bei ihrer Gewährung kein fehlendes Eigenkapital ersetzt haben, aber der Gesellschaft belassen worden sind, als eine Eigenkapitalzuführung geboten war^{1a}.

I. Beispielfälle

1. Gesellschafter und GmbH vereinbaren ein Hinausschieben der Fälligkeit der Darlehensforderung zu einem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft nicht mehr kreditwürdig ist.

2. Gesellschafter und GmbH führen Gespräche über die Geltendmachung einer fälligen Darlehensrückzahlungsforderung oder die Kündigung eines Darlehens, wobei der Gesellschafter als Ergebnis dieser Gespräche ohne rechtsgeschäftliche Vereinbarung auf die Geltendmachung verzichtet oder sein bestehendes Kündigungsrecht nicht ausübt:

a) Der Gesellschafter hat Kenntnis von der Finanzlage der Gesellschaft.

b) Der Gesellschafter hat keine Kenntnis.

3. Der Gesellschafter gibt ein nach gesetzlicher Regelung (§ 609 Abs. 2 BGB) kündbares Darlehen und läßt es trotz sich abzeichnender Krise bis zu deren Eintritt stehen oder macht einen fälligen Rückzahlungsanspruch nicht geltend. Eine Absprache mit der Gesellschaft erfolgt nicht.

a) Der Gesellschafter hat Kenntnis von der Finanzlage der Gesellschaft.

b) Der Gesellschafter hat keine Kenntnis.

4. Das Darlehen beträgt in den Fällen 1.–3.:

a) DM 30 000 und

b) DM 500 000, und zwar jeweils bei einem Stammkapital von DM 50 000.

II. Gesetzestechnische Einordnung des Problems

Streitig ist zunächst bereits die gesetzestechnische Einordnung des schlichten Stehenlassens von Gesellschafterdarlehen unter

¹ Vom 17. 12. 1986, BGBl. I S. 2488.

^{1a} Vgl. § 25 UBGG. und Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 11/4551 vom 12. 12. 1985.

Abs. 1 oder Abs. 3 des § 32 a GmbHG^{1b}. Dieser Streit ist für die praktische Rechtsanwendung im Ergebnis bedeutungslos², soll aber im Interesse einer umfassenden Behandlung kurz gestreift werden. Nach den Regeln über die Gesetzeskonkurrenz erweist sich Abs. 3 nach seiner Fassung als subsidiärer Auffangtatbestand, der Umgehungsfälle erfassen soll³. Diese nur hilfsweise Anwendung bedingt eine restriktive Auslegung, wenn Abs. 1 ohne Not anwendbar erscheint. Als richtige Grenzziehung gilt den Verfassern dabei die Frage, ob es um Handlungen geht, die sich auf eine Darlehensforderung beziehen (beachte insbesondere auch § 607 Abs. 2 BGB – Vereinbarungsdarlehen –) oder aber um Vorgänge, die rechtlich nicht eigentlich als ein Darlehen betreffend anzusehen sind. Die Betonung der Abgrenzung liegt danach mehr auf „Darlehen“ als auf „gewähren“. Dabei steht der Wortlaut „gewähren“ der Einbeziehung des schlichten Stehenlassens nach zutreffender Auffassung nicht entgegen⁴. Denn ein Darlehen setzt begrifflich zwingend auch das zeitweise Belassen der Valuta voraus. Der Begriff „gewähren“ ist daher schon kraft gesetzlicher Definition des Darlehens ungenau. Wesentliches Argument jener, die das einseitige Stehenlassen unter Abs. 3 subsumieren wollen, ist, daß Abs. 1 mit „Gewährung“ auf einen gegenseitigen Vertrag abstelle⁵. Von „Darlehensgewährung“ zu reden und den gegenseitigen Vertragsschluß zu meinen, entspricht aber nicht eben einer genauen juristischen Umschreibung, so daß man im Hinblick auf Ableitungen vorsichtig sein sollte. „Gewähren“ deutet vielmehr eher auf den einseitigen Akt der Auszahlung hin⁶. Allerdings lag allen im Regierungsentwurf⁷ kasuistisch aufgeführten Sachverhalten eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zugrunde.

Doch wird dieses systematische Argument vor allem angesichts der weiten Fassung des Absatzes 3 des § 32 a GmbHG unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Norm kritisch zu würdigen sein.

III. Der Oberbegriff der „Rechtshandlung“ unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 32 a GmbHG

Sind somit auch einseitige Verhaltensweisen im Grundsatz unter den Wortlaut des § 32 a Abs. 1 GmbHG subsumierbar, so zeigt doch die Zusammenschau mit Abs. 3, daß auch Abs. 1 jedenfalls eine „Rechtshandlung“ voraussetzt. Fraglich ist, was darunter unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Vorschrift zu verstehen ist.

1. Der Meinungsstand in der Literatur zum schlichten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen

Sowohl im Falle des Belassens von zur Rückzahlung fälligen Darlehensbeträgen, als auch des Unterlassens der möglichen Kündigung eines Darlehens (Beispiel 3), mangelt es an einem aktiven Tun. Ein Teil der Auffassungen im Schrifttum knüpft an die Grundsätze der Dogmatik des Unterlassens an, wonach ein rechtlich relevantes Unterlassen eine gesetzliche Handlungsverpflichtung zur Voraussetzung hat⁸. Eine solche Handlungsverpflichtung sei aber weder aufgrund gesellschaftsrechtlicher Organisationsgrundsätze, noch infolge einer Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter begründbar⁹, insbesondere begründe § 32 a GmbHG keine Handlungsverpflichtung, sondern betreffe nur die im Falle eines Handelns einzuhaltenden Regeln. Teilweise wird das Fehlen einer entsprechenden Handlungsverpflichtung damit begründet, eine solche könne nur aus der Verpflichtung abgeleitet werden, die Gesellschaft mit einem dem wirtschaftlichen Zweck angemessenen Eigenkapital auszustatten¹⁰. Eine solche Verpflichtung besteht aber bekanntlich nicht¹¹. Nach diesen Auffassungen reicht also jedenfalls im Grundsatz ein schlichtes Unterlassen nicht aus, um ein in Zeiten der Kreditwürdigkeit gegebenes Darlehen beim Stehenlassen bis zum Eintritt der Krise (Beispiel 3) als materielles Eigenkapital zu qualifizieren. Die Anforderungen an die Qualität des nach diesen Literaturstimmen für eine

Anwendung des § 32 a GmbHG erforderlichen aktiven Tuns werden unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird eine rechtsgeschäftliche Absprache zwischen GmbH und Gesellschafter verlangt, die der Vergabe eines Neukredits vergleichbar sei und die Liquiditätssituation nachhaltig verändere¹². Danach wäre allenfalls Beispiel 1), möglicherweise sogar nicht in jeder denkbaren Konstellation, unter § 32 a GmbHG subsumierbar. Ferner wird zum Teil ein aktives, zweiseitiges Tun gefordert, das allerdings nicht unbedingt rechtsgeschäftlichen Charakter haben müsse¹³. Ausreichend könnten vielmehr schon unverbindliche Absprachen sein, ja sogar Gespräche, als deren Ergebnis der Gläubiger etwa auf die Ausübung eines Kündigungsrechts verzichte. Demnach wäre zumindest Beispiel 2) unter § 32 a GmbHG subsumierbar. Die letztgenannte Auffassung ist deutlich durch den Wunsch gekennzeichnet, jedenfalls einvernehmliche Handlungsweisen im Interesse des Gläubigerschutzes möglichst weitgehend einzubeziehen¹⁴. Jene Auffassungen, die auf die Herstellung eines entsprechenden Konsenses zwischen GmbH und Gesellschafter abstellen, werden bisweilen unter dem Oberbegriff des Erfordernisses einer Finanzierungsabrede zusammengefaßt¹⁵. Dabei ist festzuhalten, daß die erwähnte zweiseitige Finanzierungsabrede klar von einem etwaigen, bisweilen geforderten subjektiven Erfordernis auf Seiten des Gesellschafters zu unterscheiden ist, das in der Kenntnis oder dem Kennenmüssen um die Krise der Gesellschaft im Zeitpunkt des Stehenlassens besteht. So verzichtet etwa die Mehrheit der unter dem Stichwort Finanzierungsabrede zusammenzufassenden Autoren auf ein solches weiteres subjektives Element¹⁶. Beispiele 2 a) und 2 b) sind nach dieser Auffassung bei Vorliegen einer Finanzierungsabrede gleichzubehandeln. Durch § 32 a GmbHG nicht erfassbar ist dagegen mangels einer Finanzierungsabrede das Beispiel 3). Eine letzte Möglichkeit, einzelne Konstellationen dieser Beispielsgruppe zu erfassen, bildet für diese Auffassung der Gesichtspunkt des Verbots eines widersprüchlichen Verhaltens¹⁷. Auf diesen Gesichtspunkt gründete sich die frühere Rechtsprechung zur Behandlung von eigenkapitalersetzenden

1b Für die Einordnung unter § 32 a Abs. 1 GmbHG *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Ergänzungsband zur 7. Aufl. 1985, §§ 32 a, b, Anm. 24; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, 7. Aufl. 1986, §§ 32 a, b, Anm. 39; für Einordnung unter § 32 a Abs. 3 *Roth*, GmbHG, 2. Aufl. 1987, §§ 32 a, b, Anm. 2.4; *Westermann*, ZIP 1982, 379 (388 ff.); *Fischer/Luter/Hommelhoff*, GmbHG, 12. Auflage 1987, §§ 32 a, b, Anm. 27.

2 Der BGH verzichtet auf eine endgültige Einordnung (vgl. BGHZ 75, 334 = ZIP 1980, 115 = BB 1980, 222; NJW 1985, 2719 = BB 1985, 1813; für die Irrelevanz der Einordnung hinsichtlich möglicher Ergebnisse noch *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 24.

3 Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, abgedruckt bei *Deutler*, Das neue GmbH-Recht, S. 14.

4 Entgegen *L. Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (5). Ebenso *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 39.

5 Vgl. *Ulmer*, GmbH-Rdsch. 1984, 1167 (1170); *Ulrich*, GmbH-Rdsch. 1983, 133 (145).

6 Vgl. auch Art. 12 § 3 der GmbH-Novelle, und *Westermann*, ZIP 1982, 379 (388) m. w. Nachw.

7 Abdruck bei *Deutler* (Fn. 3).

8 Siehe *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1170); *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl. 1988, § 32 a Anm. 38.

9 Vgl. die Nachweise in Fn. 8.

10 So ausdrücklich *L. Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (5).

11 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, abgedruckt bei *Deutler* (Fn. 3).

12 So *Ulrich*, GmbH-Rdsch. 1983, 133 (145).

13 So *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 29; rechtlich nicht bindende Absprachen sehen auch *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1b), §§ 32 a, b Anm. 40, 42, unter Umständen als ausreichend an.

14 Sehr weitgehend z. B. *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1171), Text bei Fn. 65.

15 Vgl. von *Gerkan*, Kapitalersetzende Darlehen im Konkurs der GmbH, 1986, S. 23.

16 Vgl. etwa *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 42, die eine Finanzierungsabrede fordern, gleichzeitig aber auf die Kenntnis des Gesellschafters von der Krise als Tatbestandsvoraussetzung verzichten wollen; gegen ein subjektives Erfordernis auch *Baumbach/Hueck* (Fn. 8), § 32 a Anm. 49; *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1170); von *Gerkan*, GmbH-Rdsch. 1986, 218 (221), und wohl auch *Beinert/Hennerkes/Binz*, GmbH-Rdsch. 1981, 10 (11).

17 Vgl. *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 30; *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1b), §§ 32 a, b, Anm. 43.

Gesellschafterdarlehen¹⁸. Da diese Rechtsprechungsgrundsätze durch die GmbH-Novelle keine Erledigung gefunden haben¹⁹, bleibt ihr Grundgedanke auch weiterhin bedeutsam²⁰. Das Rechtsinstitut des *venire contra factum proprium* erfordert, daß der Gesellschaftergläubiger durch die Nichtkündigung/Nichtgeltendmachung seines Darlehens das konkrete Vertrauen erweckt hat, er werde die Darlehensmittel der Gesellschaft auch in der Krise belassen und Dritte dadurch zu konkreten Vermögensdispositionen veranlaßt werden. Diese Voraussetzungen aber werden selten gegeben sein, insbesondere wäre eine positive Kenntnis des Gesellschafters von der Krise der Gesellschaft zu fordern, um ihm widersprüchliches Verhalten vorwerfen zu können.

Im Gegensatz zur vorerwähnten Auffassung steht hinsichtlich der Grundaussagen jene Ansicht, die keine Finanzierungsabrede, insbesondere kein rechtsgeschäftliches Handeln, voraussetzt, dafür aber als subjektives Element auf Seiten des Gesellschafters zumindest ein Kennenmüssen der Finanzlage der Gesellschaft fordert²¹. Entscheidender Gesichtspunkt für die Qualifizierung eines Gesellschafterdarlehens als materielles Eigenkapital sei nicht ein Konsens mit der Gesellschaft hinsichtlich des Belassens, sondern die Finanzierungsverantwortung der einzelnen Gesellschafter. Das subjektive Element soll dabei die Zurechenbarkeit des Untätigbleibens unter dem Aspekt der Finanzierungsverantwortung gewährleisten²². Nach dieser Ansicht haben die Gesellschafter von sich aus sicherzustellen, daß die Geschäftsführung sie beim Eintritt einer Krise umgehend informiert. Danach wären zwar die Beispiele 2 a) und 3 a) unter § 32 a GmbHG subsumierbar, nicht aber zwingend auch alle im Rahmen der Beispiele 2 b) und 3 b) denkbaren Konstellationen. Das Führen von Gesprächen und das daraufhin erfolgende Stehenlassen eines Gesellschafterdarlehens (Beispiel 2) reichte nicht für die Anwendung des § 32 a GmbHG aus, sofern der Gesellschafter die Krise nicht erkennen konnte²³.

Weiterhin ist jene Auffassung des Schrifttums zu erwähnen, die weder eine Finanzierungsabrede noch ein sonstiges subjektives Erfordernis auf Seiten des Gesellschafters verlangt, insbesondere also auch einseitige Verhaltensweisen in der Form des Unterlassens genügen läßt²⁴. Demnach trifft den Gesellschafter, der statt Eigenkapital Fremdmittel im Wege des Gesellschafterdarlehens zuführt, die Folgenverantwortung dafür, daß er zur Rückforderung des Darlehens im Konkurs der Gesellschaft auch im Falle der Untätigkeit, ja selbst der Unwissenheit, nicht berechtigt ist, sofern er das zu Zeiten der Kreditwürdigkeit gegebene Darlehen bis zum Eintritt der Krise stehenläßt²⁵.

Eine differenzierende Auffassung schließlich will im Anwendungsbereich der Rechtsprechungsgrundsätze zu kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen, das heißt also unter Beschränkung auf das nominelle Stammkapital, ein Rückforderungsrecht des Gesellschafters beim Stehenlassen seines Darlehens im Konkurs der Gesellschaft verneinen²⁶. Im erweiterten Anwendungsbereich des § 32 a GmbHG, also über das Stammkapital hinaus, soll das schlichte Stehenlassen hingegen zu keiner Qualifizierung des Darlehens als haftendes Eigenkapital führen²⁷.

Somit wäre das Stehenlassen des Gesellschafterdarlehens im Beispiel 4 a) in voller Höhe durch § 32 a GmbHG erfaßbar, bei fehlender Überschuldung seitens der Gesellschaft nicht dagegen im Beispiel 4 b).

2. Der Stand der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat in zwei für den angesprochenen Problembereich grundlegenden Entscheidungen²⁸ deutlich gemacht, daß es jedenfalls auf ein rechtsgeschäftliches Verhalten zwischen Gesellschafter und Gesellschaft nicht ankomme, darüber hinaus aber auch eine unverbindliche Finanzierungsabrede nicht zu fordern sei. § 32 a Abs. 1 GmbHG erwähne zwar mit dem Fall der Gewährung eines Darlehens ein Rechts-

geschäft. Daraus sei aber nicht zu entnehmen, daß der rechtsgeschäftliche Charakter des Gesellschafterverhaltens zwingende Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der Vorschrift sein solle²⁹. § 32 a Abs. 3 GmbHG zeige vielmehr, daß es dem Gesetzgeber insgesamt um eine möglichst lückenlose Erfassung der Tatbestände gegangen sei, die dem Gesetzeszweck unterzuordnen seien. Der Gesellschafter müsse sich in der Krise der GmbH entscheiden, ob er durch Geltendmachung seiner Forderung die Liquidation herbeiführen oder ihr die Mittel bis zur Abwendung der Krise auf eigene Gefahr belassen wolle³⁰. Der Bundesgerichtshof hält damit auch nach Inkrafttreten der GmbH-Novelle an den zum alten Recht entwickelten Grundsätzen fest. Demnach unterfällt das Stehenlassen eines zu Zeiten der Kreditwürdigkeit gegebenen Gesellschafterdarlehens bis zum Eintritt der Krise jedenfalls dann § 32 a GmbHG, wenn der Gesellschafter rechtlich in der Lage war, das Darlehen – gegebenenfalls nach Kündigung – zurückzufordern und dabei erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß die Darlehensvaluta inzwischen als Kapitalgrundlage unentbehrlich geworden ist³¹. Ob ein solches subjektives Erfordernis letztlich wirklich zu verlangen ist, war in den entschiedenen Fällen nicht entscheidungserheblich und wurde vom Bundesgerichtshof ausdrücklich offengelassen³²; doch deuten die Ausführungen des Bundesgerichtshofs bei vorsichtiger Prognose möglicherweise darauf hin, daß er ein solches subjektives Erfordernis zur Eingrenzung des § 32 a GmbHG derzeit für erforderlich hält³³. Damit wären nach der Rechtsprechung möglicherweise nicht alle Konstellationen des Beispiels 3 b) mit § 32 a GmbHG erfaßbar, wobei allerdings der Bundesgerichtshof davon ausgeht, der Gesellschafter werde regelmäßig in der Lage sein, sich einen Überblick über den Finanzierungszustand der Gesellschaft zu verschaffen³⁴. Damit werden die Anforderungen an ein mögliches subjektives Erfordernis erheblich abgeschwächt.

Insgesamt steht somit eine endgültige höchstrichterliche Klärung des in der Literatur bestehenden Streits jedenfalls bezüglich eines subjektiven Erfordernisses auf Seiten des Gesellschafters noch aus. Ferner ist den Ausführungen des Bundesgerichtshofs kaum eine hinreichende Begründung dafür zu entnehmen, woraus sich im Sinne der Dogmatik des Unterlassens eine Handlungspflicht des Gesellschafters im Hinblick auf das gebotene Abziehen seines Gesellschafterdarlehens herleiten läßt³⁵.

18 Vgl. die Nachweise bei *BGH*, ZIP 1984, 572 (575).

19 Vgl. *BGH*, NJW 1984, 1891 (1893) = BB 1984, 1067.

20 Vgl. *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1171).

21 So *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 29; *Raiser*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 1982, S. 274; *Rümker/Westermann*, *Kapitaleretzende Darlehen*, 1987, S. 39, die daneben aber auch eine Finanzierungsabrede für die Anwendung des § 32 a GmbHG genügen lassen; unentschieden hinsichtlich eines subjektiven Erfordernisses *Timm*, *GmbH-Rdsch.* 1980, 286 (291), Fn. 63.

22 Vgl. *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 29.

23 So *Fischer/Lutter/Hommelhoff* (Fn. 1 b).

24 Vgl. *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293 (1297).

25 Ebenso *Roth* (Fn. 1 b), § 32 a Anm. 5.2., mit Einschränkung auf die Intention eines längerfristigen Belassens; *von Gerkan*, *GmbH-Rdsch.* 1986, 218 (221); wohl auch *Beinert/Henmerkes/Binz*, *GmbH-Rdsch.* 1981, 10 (11).

26 So *L. Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (4), offenbleibend allerdings bezüglich eines subjektiven Erfordernisses.

27 So *L. Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (5/6).

28 *BGHZ* 75, 334 (337 f.) = ZIP 1980, 115 (116) = BB 1980, 222; *BGH*, NJW 1985, 2719 (2720) = ZIP 1985, 1075 (1076) = BB 1985, 1813; Übersicht über die Rechtsprechung bei *Brandes*, *WM-Sonderbeilage* 2/1988, S. 3 ff.

29 *BGH*, NJW 1985, 2719 (2720) = BB 1985, 1813.

30 *BGH*, ZIP 1980, 115 (116); *BGHZ* 81, 252 (257) = BB 1981, 1664.

31 Vgl. *BGH*, NJW 1985, 2719 (2720) = BB 1985, 1813; bestätigt in *WM* 1987, 284 (285).

32 *BGH*, NJW 1985, 2719 (2720) = BB 1985, 1813.

33 Ähnliche Deutung bei *von Gerkan* (Fn. 15), S. 25.

34 Vgl. *BGH*, ZIP 1980, 115 (116).

35 So auch *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1170); *Baumbach/Hueck* (Fn. 8), § 32 a Anm. 38.

3. Eigene Stellungnahme

a) Der Versuch einer Stellungnahme hat an dem Erfordernis einer „Rechtshandlung“ in § 32 a Abs. 1 GmbHG anzusetzen (vgl. § 32 a Abs. 3 – „andere Rechtshandlung“). Es fragt sich, ob dieser Begriff im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Handelns oder eines dem rechtsgeschäftlichen Tun vergleichbaren tatsächlich – zweiseitigen Handelns zu verstehen ist oder ob der Begriff der „Rechtshandlung“ nicht vielmehr im Sinne eines „rechtlich relevanten Verhaltens“ zu deuten ist. Im Schrifttum wird zutreffend auf die Anlehnung dieser Begriffsbildung an das Konkurs- und Anfechtungsrecht hingewiesen³⁶. In diesem systematischen Zusammenhang werden unter „Rechtshandlungen“ alle Verhaltensweisen verstanden, die rechtliche Wirkungen auslösen, also auch solche, denen das Gesetz Rechtswirkungen beilegt, ohne daß der Wille des Betroffenen auf diesen Rechtserfolg gerichtet sein muß³⁷. Hierzu gehören grundsätzlich auch einseitige Verhaltensweisen; ihrer Einbeziehung in § 32 a Abs. 1 GmbHG steht der unpräzise Wortlaut der Vorschrift nicht entgegen, wie oben dargelegt wurde. Nach Sinn und Zweck der Norm erweist sich zudem nicht der Umstand als entscheidend, daß gerade aufgrund einer Rechtshandlung kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zugeführt wurden, sondern daß statt der Hingabe fehlenden und zur Anwendung der Liquidation erforderlichen Eigenkapitals der des Gesellschafterdarlehens mit seinen für die Gläubiger verbundenen Nachteilen gewählt wurde. Der Begriff der „Rechtshandlung“ erscheint damit mehr als technischer Anknüpfungspunkt, denn als teleologisch unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des § 32 a GmbHG. Damit gerät die für das Unterlassen der Geltendmachung/Kündigung einer Darlehensforderung grundlegende Frage ins Blickfeld, ob eine gesetzliche Handlungsverpflichtung des Gesellschafters zum Abziehen des Darlehens vor Eintritt der Krise unter Berücksichtigung des Zwecks des § 32 a GmbHG begründbar ist³⁸.

Nach allgemeiner Unterlassensdoktrin ist konstituierend für ein rechtserhebliches Unterlassen, daß der Betreffende rechtlich dafür einzustehen hat, daß ein bestimmter Erfolg nicht eintritt (Erfordernis einer Garantstellung)³⁹. Dabei scheidet eine Handlungsverpflichtung zum Abziehen des Gesellschafterdarlehens vor Eintritt der Krise unter dem Gesichtspunkt des vorangegangenen pflichtwidrigen Verhaltens (Ingerenz) aus. Denn insoweit ist es zutreffend, wenn gesagt wird, dem Gesellschafter sei es grundsätzlich nicht verwehrt, statt des für den wirtschaftlichen Zwecke der Gesellschaft angemessenen Eigenkapitals Fremdmittel zuzuführen, da es eine generelle Verpflichtung zur Ausstattung mit angemessenem Eigenkapital nicht gebe⁴⁰. Eine Handlungsverpflichtung könnte aber unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung für bestimmte Risikolagen oder Gefahrenquellen im Interesse des Rechtsverkehrs begründet sein⁴¹. Eine von den Gesellschaftern geschaffene Risikolage ohne Handlungsverpflichtung besteht bis zum Eintritt der Krise hinsichtlich der Aufzehrung des Stammkapitals. Aufgrund des insoweit bestehenden Publizitätserfordernisses kennt der Rechtsverkehr die ursprüngliche finanzielle Ausstattung der Gesellschaft durch die Gesellschafter. Die Aufzehrung dieses Stammkapitals bleibt für den Gesellschafter folgenlos, doch hat der Gläubiger dafür im Konkurs der Gesellschaft keine Konkurrenz des Gesellschafters bezüglich seiner Einlage zu fürchten. Dabei ist aber im Auge zu behalten, daß bereits das Handeln in der Rechtsform der GmbH Gefahren für den Rechtsverkehr birgt, die der Überwachung bedürfen, wie insbesondere die Regeln über Publizität, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie die §§ 32 a, b GmbHG zeigen⁴². Mit der GmbH setzen die Gesellschafter ein Verkehrsobjekt in die Welt, für dessen Gefährlosigkeit sie jedenfalls im Grundsatz zu sorgen haben, sofern die entstehenden Gefahren nicht gesetzlich legitimiert sind. Mit dem Haftungsprivileg geht somit notwendigerweise eine Verkehrssicherungspflicht einher. Der Gesellschafter hat insbesondere alles Erforderliche und Zumutbare zu tun, daß sich

die aufgrund von Gesellschafterdarlehen gegenüber dem Rechtsverkehr geschaffene Risikolage einer Erhöhung der Finanzkraft der Gesellschaft nicht zum Nachteil des Rechtsverkehrs auswirken kann. Eine Schädigung des Rechtsverkehrs wäre aber häufig die Folge, wenn der Gesellschafter Darlehen im Konkurs geltend machen könnte, die er möglicherweise ohne entsprechende Kreditsicherheiten auf Seiten der Gesellschaft gewährte und damit deren Liquiditätsstatus nach außen hin aufblähte. Denn damit ist vielfach eine zusätzliche, durch die Hingabe von Gesellschafterdarlehen ermöglichte Verlustabwälzung zu Lasten der Gläubiger verbunden, selbst wenn der Gesellschafter auf die Konkursquote verwiesen ist. Eine Rechtsgrundlage zur Legitimierung der Schaffung dieser Gefahrenlage läßt sich dem GmbHG nicht entnehmen und ergibt sich auch nicht schon daraus, daß eine Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen prinzipiell zulässig ist. Der Gesellschafter darf der GmbH Darlehen geben, aber er darf dies nicht zu Lasten des Rechtsverkehrs. Die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen darf keine schädigende Irreführung der Gläubiger zur Folge haben. Unter Umständen muß der Gesellschafter das Darlehen abziehen, um einer Täuschung der Gläubiger vorzubeugen, was zu einer sofortigen, für die Gläubiger unter Umständen günstigeren Liquidation der Gesellschaft führen kann⁴³. Wenn die Gesellschaft zur Begleichung aller Schulden nach Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens eben noch in der Lage wäre, ist der letzte Zeitpunkt erreicht, zu dem der Gesellschafter zum Abziehen seiner Darlehensmittel rechtlich berechtigt sein darf⁴⁴. Denn bis zu diesem Zeitpunkt konnte sich die für die Gläubiger bestehende Ungewißheit bezüglich der wahren Finanzkraft der Gesellschaft noch nicht nachteilig auswirken und somit der rechtlich mißbilligte Erfolg einer Gläubigerschädigung nicht eintreten. Dieser Zeitpunkt ist allerdings mit dem der Kreditunwürdigkeit regelmäßig nicht identisch, sondern liegt grundsätzlich zeitlich später. Die weitergehende Überlegung geht somit dahin, ob die beschriebene, auf eine Verhinderung der Gläubigerschädigung durch Gesellschafterdarlehen gerichtete Handlungsverpflichtung des Gesellschafters auf den Zeitpunkt der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft vorzulegen ist⁴⁵. Dies ist zu bejahen. Wie gezeigt wurde, ist § 32 a GmbHG nur eine Ausprägung des übergeordneten Grundsatzes, daß sich das Finanzierungsverhalten des Gesellschafters, sofern es nicht in der Zufuhr nominellen Eigenkapitals besteht, nicht schädigend für den Rechtsverkehr auswirken darf. Als maßgeblichen Einsatzzeitpunkt zur Verwirklichung dieses übergeordneten Regelungsziels hat der Gesetzgeber in § 32 a GmbHG für den Fall des „Gewährens“ den Augenblick bestimmt, in dem die Gesellschafter der GmbH als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Diese Entscheidung ist auch für den wertungsmäßig gleichstehenden Fall des Stehenlassens verbindlich. Daß im Falle des Stehenlassens keine Zuführung neuer Mittel erfolgt, ist für die ratio legis des § 32 a GmbHG unbedeutend⁴⁶. Ein Gesellschafterdarlehen, das der

36 Vgl. Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1169).

37 Vgl. Kilger, KO, 15. Aufl. 1987, § 29 Anm. 8.

38 Ablehnend Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1170); Baumbach/Hueck (Fn. 8), § 32 a Anm. 38.

39 Vgl. aus der Strafrechtslehre, wo die Dogmatik des Unterlassens am weitesten ausgebildet ist, Lackner, StGB, 16. Aufl. 1985, § 13 Anm. 3.

40 L. Fischer/Lepper, ZIP 1986, 1 (5); vgl. auch Hachenburg/Ulmer, §§ 32 a, b, Anm. 87 Fn. 166.

41 Vgl. Schönkel/Schröder/Stree, StGB, 23. Aufl. 1988, § 13 Rdnr. 43.

42 Vgl. auch Roth (Fn. 1 b), Einleitung Anm. 3.2.

43 Dies dürfte im Ergebnis dem nahestehen, was Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1297), mit Folgeverantwortung umschreibt.

44 Bis zu diesem Zeitpunkt scheint nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs in ZIP 1980, 115 (116), eine unschädliche Rückführung des Darlehens möglich und geboten zu sein; klarstellend dagegen BGH, NJW 1980, 1524 (1525).

45 So BGH, NJW 1985, 2719 = BB 1985, 1813; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 1982, S. 274; weitergehend als BGH, ZIP 1980, 115 ff., auch Klasmeyer, Anmerkung zu BGH, ZIP 1980, 115 (117).

46 Entgegen L. Fischer/Lepper, ZIP 1986, 1 (5); Ulmer, GmbH-Rdsch. 1983, 133 (145); zutreffend Scholz/K. Schmidt (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 41.

Gesellschaft zu wirtschaftlich gesunden Zeiten gewährt wurde, wird somit zum eigenkapitalersetzenden Darlehen, wenn das Unternehmen später kreditunwürdig wird und der Gesellschafter das Darlehen über diesen Zeitpunkt hinaus stehenläßt. Die hiermit korrespondierende Rechtspflicht des Gesellschafters zum Abziehen des Darlehens vor Eintritt der Kreditunwürdigkeit verlangt der Sache nach nicht etwa, das Darlehen als echtes Eigenkapital zuzuführen, sondern es abzuziehen und damit die wahre Finanzlage der Gesellschaft aufzudecken, bevor sich der vom Gesellschafter geschaffene Anschein erhöhter Finanzkraft zum Nachteil des Rechtsverkehrs auswirken kann.

Die vorstehenden Erwägungen ermöglichen es vor allem, einer Umgehung der Regelung des § 32 a GmbHG vorzubeugen. Die Auffassung der Literatur, wonach zur Anwendung des § 32 a GmbHG auf den Fall des Stehenlassens eine Finanzierungsabrede zu fordern sei⁴⁷, birgt diese Gefahr. Dem Gesellschafter wäre es möglich, ein nach den gesetzlichen Vorschriften kündbares Darlehen zu gesunden Zeiten zu geben und es ohne weiteres aktives Tun bis nach dem Zeitpunkt der Kreditunwürdigkeit stehenzulassen, ohne an einer Geltendmachung im späteren Konkurs gehindert zu sein.

Schließlich werden die in der eigenen Stellungnahme dargelegten Überlegungen unterstützt durch die Existenz des neuen § 25 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften vom 17. 12. 1986. Dort hat der Gesetzgeber zur Förderung der Gründung von Unternehmensbeteiligungsgesellschaften durch bestimmte Gruppen von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen die Regeln über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen ausnahmsweise für unanwendbar erklärt. Diese Ausnahme betrifft Darlehen, die bei ihrer Gewährung kein fehlendes Eigenkapital ersetzt haben, aber der Gesellschaft belassen worden sind, als eine Eigenkapitalzuführung geboten war. Diese legislatorische Ausnahme ist aber nur verständlich unter der Voraussetzung, daß der Gesetzgeber auch das Belassen von zu gesunden Zeiten gewährten Gesellschafterdarlehen bis zum Eintritt der Krise als im Grundsatz von § 32 a GmbHG erfaßt ansieht. Für das Erfordernis einer Finanzierungsabrede findet sich in dieser Gesetzesfassung kein Anhaltspunkt.

Im Ergebnis ist daher die Tendenz der Rechtsprechung zu begrüßen, auch das schlichte Stehenlassen von Gesellschafter-

darlehen bis zum Eintritt der Krise als von § 32 a GmbHG erfaßt anzusehen⁴⁸.

b) Zur Klärung der Frage, ob im Falle des Stehenlassens auf Seiten des Gesellschafters ein subjektives Erfordernis bezüglich der finanziellen Situation der Gesellschaft zu fordern ist, sei noch einmal der dem § 32 a GmbHG zugrundeliegende übergeordnete Gesichtspunkt zusammengefaßt: Der Gesellschafter soll daran gehindert werden, sich in der Krise auf den Darlehenscharakter der zur finanziellen Stärkung zugeführten Mittel zu berufen und dadurch das Finanzierungsrisiko ganz oder teilweise auf die Gläubiger abzuwälzen⁴⁹. Unter diesem Gesichtspunkt macht es in der materiellen Wertigkeit keinen relevanten Unterschied, ob der Gesellschafter den Kredit unter den Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit gewährt hat oder ihn unter denselben Voraussetzungen hat stehenlassen. Es entspricht vielmehr das Nichtabziehen des Gesellschafterdarlehens bis zum Eintritt der Krise in seinen Gefahren für den Rechtsverkehr der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun⁵⁰. Somit ist die Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun auch ohne weiteres subjektives Erfordernis auf Seiten des Gesellschafters aufgrund der Bejahung einer Garantstellung des Gesellschafters für die von ihm durch Gesellschafterdarlehen geschaffene Risikolage begründet. Ebensovienig wie im gesicherten Anwendungsbereich des § 32 a Abs. 1 GmbHG ist im Falle des Stehenlassens ein weiteres subjektives Element hinsichtlich des im Zeitpunkt des Belassens bestehenden finanziellen Status der GmbH zu fordern. Dies würde vielmehr eine konzeptionelle Unstimmigkeit in § 32 a GmbHG hincintragen⁵¹.

47 *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 27 ff.; *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Rdnr. 40; *Baumbach/Hueck* (Fn. 8), § 32 a Anm. 38.

48 Vgl. nur *BGH*, NJW 1985, 2719 = BB 1985, 1813; *OLG Hamburg*, ZIP 1984, 584; *OLG Hamburg*, DB 1987, 1778 (1781), wo allerdings die Kenntnis des Gesellschafters von der rechtlichen Möglichkeit des Abziehens seiner Mittel gefordert wird; a. A. neben den schon genannten Autoren *Gebhard*, DB 1984, 1385 (1387).

49 Vgl. *BGH*, NJW 1980, 1524.

50 Vgl. § 13 Abs. 1 StGB.

51 So auch von *Gerkan*, GmbH-Rdsch. 1986, 218 (221); *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 54; *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 1 b), §§ 32 a, b, Anm. 42.

Kapitalherabsetzung: Dauerhafte Verluste

Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 10. 5. 1988 – 5 U 285/86; rechtskräftig, BB 1989 S. 395

Stichworte: Aktiengesellschaft / Jahresabschluss / Vereinfachte Kapitalherabsetzung / Dauerhaftigkeit der Verlustlage / Gewissenhafte Prognose

Leitsätze:

1. Bei der Prüfung der Dauerhaftigkeit der Verlustlage als Rechtfertigung für die vereinfachte Kapitalherabsetzung ist nicht die tatsächliche Entwicklung der Folgejahre, sondern die gewissenhafte Prognose im Zeitpunkt der Beschlussfassung zugrunde zu legen. Nur wenn veränderte Verhältnisse der Folgejahre den Schluß zulassen, diese Entwicklung sei schon bei Beschlussfassung absehbar gewesen, sind sie auch für die Anfechtbarkeit relevant.

2. Die produzierende Gesellschaft kann grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, anstatt einer vereinfachten Kapitalherabsetzung hätte sie die Sanierung durch Veräußerung des Betriebsstättengrundstücks bewerkstelligen können.

Aus den Gründen:

„Die vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 229 ff. AktG ist im Gegensatz zur ordentlichen Kapitalherabsetzung gemäß §§ 222 ff. AktG nur zum Zwecke der Sanierung zulässig. Die drei zulässigen Zwecke, nämlich Wertminderungen auszugleichen, sonstige Verluste zu decken oder Beträge in die gesetzliche Rücklage einzustellen, sind in § 229 Abs. 1 AktG aufgeführt.

Im vorliegenden Fall geschah die Kapitalherabsetzung zum Ausgleich von Verlusten. Dieser Zweck ist entsprechend der gesetzlichen Vorschriften des § 229 Abs. 1 S. 2 AktG im Beschluß angegeben. . . Die dafür gemäß §§ 222 Abs. 1, 229 Abs. 3 AktG notwendige ¾-Mehrheit ist bei der Abstimmung erreicht worden. . .

In allgemeiner Hinsicht ist zutreffend, daß bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung darauf zu achten ist, daß die gesetzlich vorausgesetzten Verhältnisse nicht durch Manipulation geschaffen werden. Die Verluste müssen so beschaffen sein, daß sie nach kaufmännischen Grundsätzen eine dauernde Veränderung des Grundkapitals rechtfertigen (Schilling in Großkommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, § 229, Anmerkung 2). Nicht geeignet sind Verluste, die voraussicht-