

Otte (Hrsg.)

Praxis der GmbH- Rechnungslegung

Sonderdruck

**Sonderfragen
der Bilanzierung**

nwb

VERLAG NEUE WIRTSCHAFTS-BRIEFE · HERNE / BERLIN

1. Kapitel: Sonderfragen der Bilanzierung

A. Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite

von Dr. Norbert Hill, Rechtsanwalt, Stuttgart

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	2
2. Die gesetzlichen Vorschriften über eigenkapitalersetzende Gesellschafterkredite.....	3
2.1 Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung	3
2.1.1 Kein Verbot der Gewährung von Gesellschafterkrediten	3
2.1.2 Verbot widersprüchlichen Verhaltens.....	3
2.1.3 Finanzierungsverantwortung	3
2.2 Der Grundtatbestand des § 32a Abs. 1 GmbHG....	4
2.2.1 Kreditunwürdigkeit	4
2.2.2 Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute	5
2.3 Das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen.....	6
2.3.1 Erfordernis einer Finanzierungsabrede.....	6
2.3.2 Subjektive Erfordernisse	7
2.3.3 Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren	8
2.4 Die eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung..	8
2.5 Die Rechtsfolgenseite des § 32a Abs. 1 GmbHG ...	8
2.6 § 32a KO.....	9
2.7 Die Tatbestände der §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG...	10
3. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkrediten.....	10
3.1 Auszahlungssperre bei bestehender oder zu gewärtigender Unterbilanz	11
3.1.1 Rechtsgrundsatz.....	11
3.1.2 Das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterkrediten	11
3.2 Entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG im Falle der Überschuldung.....	11
3.3 Die Rückgewähr und verwandte Tatbestände	12
3.4 Die Haftung der Mitgesellschafter und der Geschäftsführer	12
3.4.1 Die Haftung der Mitgesellschafter gem. § 31 Abs. 3 GmbHG	12

3.4.2 Die Haftung der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 3 GmbHG	12
3.5 Unterschiede zwischen den Rechtsprechungsgrundsätzen und den Regelungen der GmbH-Novelle	13
3.5.1 Rückzahlungssperre	13
3.5.2 Die unterschiedlichen Fristenregelungen	13
4. Rangrücktrittvereinbarung	14
5. Die Bilanzierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen	14
5.1 Rechtliche Vorgaben	14
5.2 Eigenkapitalersetzende Darlehen und GoB.....	15
5.3 Stand der Diskussion.....	16
5.4 Überschuldungsbilanz.....	17
5.5 Darlehen mit Rangrücktrittvereinbarung.....	18

Literaturverzeichnis

Baumbach/Hueck: GmbH-Gesetz, Kurz-Kommentar, Bd. 20, 15. Aufl., München 1988; von Gerkan/Hommelhoff: Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln 1988; Hachenburg: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Ergänzungsband zur 7. Aufl., Berlin/New York 1985; Havermann (Hrsg.): Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift für Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987; Hill: in: WPg 1989, S. 367 ff.; Hill/Schäfer: Das Stehenlassen von GmbH-Gesellschafterdarlehen bis zum Eintritt der Krise, in: BB 1989, S. 458 ff.; Kamprat, in: GmbH-Rdsch. 1985, S. 352 ff.; Knobbe-Keuk/Klein/Moxter: Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer, Düsseldorf 1988; Meyer-Landrut/Miller/Niehus: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin/New York 1987; Roth: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit Erläuterungen, 2. Aufl., München 1987; Schmidt, K.: Gesellschaftsrecht, Köln u.a. 1986; Scholz/Emmerich: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. I, 7. Aufl., Köln 1986; Schütze-Osterloh: Jahresabschluß, Abschlußprüfung und Publizität der Kapitalgesellschaften nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz, in: ZHR 1986, S. 532 ff.

1. Einleitung

Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite beruht nach seinem Grundgedanken nicht auf einem Verbot der Zuführung von Fremdmitteln durch die Gesellschafter. Es sind vielmehr vielfältige sachliche **Gründe für eine Fremdfinanzierung durch Gesellschafter** denkbar, wie etwa das maßgeblich durch die steuerrechtliche Rechtslage bedingte Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren beweist. Der umständliche Weg einer Kapitalerhöhung stellte in solchen Fällen keine praktikable Lösung dar.

Die im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite zum Ausdruck kommende **Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter** gebietet es ihnen nicht, die Gesellschaft über den Mindestbetrag des Stammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG hinaus mit Kapital auszustatten und läßt ihnen die Wahl der Finanzierungsart. Die fremdfinanzierenden

Gesellschafter sollen lediglich dann, wenn Gesellschafterkredite der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt gewährt werden, in dem nach dem Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute die Zuführung von Eigenkapital geboten war, daran gehindert werden, sich in der Krise der Gesellschaft auf den Fremdkapitalcharakter von Gesellschafterkrediten zu berufen und dadurch das Finanzierungsrisiko ganz oder teilweise auf die Gläubiger abzuwälzen.

2. Die gesetzlichen Vorschriften über eigenkapitalersetzende Gesellschafterkredite

Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite in der GmbH hat im Zuge der GmbH-Novelle vom 04. 07. 1980 in den §§ 32 a,b GmbHG, 32 a KO, 3 b AnfG eine gesetzliche Kodifikation gefunden.

2.1 Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung

2.1.1 Kein Verbot der Gewährung von Gesellschafterkrediten

Die §§ 32 a,b GmbHG beinhalten kein Verbot der Gewährung von Gesellschafterkrediten; sie stellen folglich **keine Schutzgesetze** im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar, aus denen Gläubiger Schadensersatzansprüche herleiten könnten.

2.1.2 Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Hat der Gesellschafter der Gesellschaft einen Kredit anstelle dringend benötigter Eigenmittel gegeben, um der Gesellschaft das Überleben zu ermöglichen, und hat er so den **Anschein ausreichender Kapitalausstattung hervorgerufen**, so setzt er sich entgegen Treu und Glauben und dem Zweck der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften in Widerspruch zu seinem Verhalten, wenn er der Gesellschaft die Kreditmittel wieder entzieht, bevor der mit ihrer Hingabe verfolgte Zweck nachhaltig erreicht ist.¹

2.1.3 Finanzierungsverantwortung

Die in den §§ 32 a,b GmbHG zum Ausdruck kommende Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter² gebietet es den Gesellschaftern nicht, die Gesellschaft über den Mindestbetrag des § 5 GmbHG hinaus mit Eigenkapital auszustatten, sondern überläßt ihnen die **Wahl der Finanzierungsart**. Wählt ein Gesellschafter aber eine Finanzierungsweise, mit der er einer nach den Umständen gebotenen Einbringung von Eigenkapital ausweicht, so darf er daraus **keinen Vorteil** zum Nachteil der Gläubiger ziehen, indem er auf sie das Risiko abwälzt, das mit der an sich gebotenen

1 BGH, Urteil vom 26. 3. 1984, in: BHGZ 90, S. 381, 388/389.

2 BGH, Urteil vom 19. 9. 1988, in: NJW 1988, S. 3143, 3145.

Zuführung von Eigenkapital verbunden wäre; er muß vielmehr der GmbH die Finanzierungsleistung belassen, bis die eingetretene Krise behoben ist.³

2.2 Der Grundtatbestand des § 32 a Abs. 1 GmbHG

Der Grundtatbestand eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredits besteht gemäß § 32 a Abs. 1 GmbHG in der **Gewährung eines Darlehens** in einem Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter der GmbH als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten.

2.2.1 Kreditwürdigkeit

Es herrscht auch nach dem Inkrafttreten der GmbH-Novelle weitgehende Einigkeit darüber, daß die **Zuführung von Eigenkapital** nach dem Finanzierungsgebaren ordentlicher Kaufleute **geboten wäre**, wenn die Gesellschaft einen zur Fortführung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen nicht hätte erhalten können und deshalb ohne die Gesellschafterleistung hätte liquidiert werden müssen.⁴

Der Eintritt der Kreditwürdigkeit kann schon vor dem bilanziellen Eintritt eines Verlusts am Stammkapital (Unterbilanz) zu bejahen sein. Andererseits läßt das Bestehen einer Unterbilanz für sich genommen noch keinen Schluß auf eine kapitalersetzende Funktion eines in diesem Stadium gewährten Gesellschafterdarlehens zu.⁵ Die **Kreditwürdigkeit** der Gesellschaft ist regelmäßig zu bejahen, wenn sich neben dem Gesellschafter auch Fremdgläubiger an einer Finanzierungsaktion beteiligen, ohne daß ihnen das übernommene Kreditrisiko etwa durch die Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschafter abgenommen wird.⁶

Verpflichtet sich der Gesellschaftergläubiger eines früher gewährten Darlehens auf das Verlangen hinzutretender Neugläubiger hin, sein Darlehen nur nachrangig geltend zu machen (**Rangrücktritt**), so spricht dies für die **Kreditwürdigkeit** der Gesellschaft.⁷ Hierin kommt regelmäßig zum Ausdruck, daß die Gesellschaft den neuen Kredit nicht erhalten hätte, wenn der Gesellschafter nicht auf sein Recht verzichtet hätte, den gewährten Kredit zum nächstmöglichen Zeitpunkt abziehen zu können.

3 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3145.

4 *Baumbach/Hueck*, § 32 a Anm. 43 m.N.; vgl. noch BGH, Urteil vom 24. 3. 1980, in: BGHZ 76, S. 326, 330.

5 Vgl. *Schmidt*, in: Scholz/Emmerich, §§ 32 a,b Anm. 34.

6 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3147.

7 BGH, Urteil vom 27. 11. 1989, in: ZIP 1990, S. 98, 100.

2.2.2 Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute

Der Zeitpunkt, in dem ein Gesellschafter der GmbH als ordentlicher Kaufmann **Eigenkapital zuführen** würde, ist nach der Rechtsprechung stets erreicht, wenn die **Gesellschaft überschuldet** ist.⁸ Es kommt daher nicht darauf an, ob etwa die Übernahme einer Bürgschaft durch den Gesellschafter die wesentliche Voraussetzung für eine Kreditgewährung durch den Dritten war.⁹

Das Tatbestandsmerkmal des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute bietet darüber hinaus grundsätzlich Raum für die Annahme, ein Darlehen könne trotz Fortbestehens der Kreditwürdigkeit eigenkapitalersetzenden Charakter haben.¹⁰

a) materielle Unterkapitalisierung

Eine **Umqualifizierung in haftendes Eigenkapital** kommt unter dem Gesichtspunkt des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute in Betracht, wenn die Gesellschaft nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit offenbar unzureichend mit Eigenkapital ausgestattet ist (materielle Unterkapitalisierung).¹¹

b) Finanzplankredite

Unter dem Gesichtspunkt des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute können mit dem Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite ferner sogenannte „Finanzplankredite“¹² erfaßt werden.¹³ Solche Finanzplankredite können vorliegen, wenn die Gesellschafter der GmbH Kredite gewähren, auf die die Finanzierung der Gesellschaft zugeschnitten und angewiesen ist. Über eine **eigenkapitalersetzende Funktion** solcher Kredite wird insbesondere für den Fall diskutiert, daß die Pflicht des Gesellschafters zur Darlehensgewährung bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist und das jeweilige Gesellschafterdarlehen der Sache nach wie eine Einlage behandelt wird.¹⁴

Letzteres wäre etwa der Fall, wenn an die Gesellschafterkredite zugleich bestimmte Gesellschafterrechte geknüpft werden.¹⁵

8 BGH, Urteil vom 19. 11. 1984, in: WM 1985, S. 115; Urteil vom 14. 11. 1989, S. 60, 62.

9 BGH, a.a.O., in: WM 1985, S. 115.

10 Vgl. *Ulmer*, in: Hachenburg, §§ 32a, 32b Anm. 46.

11 Vgl. *Ulmer*, in: Hachenburg, Anm. 52; vgl. hierzu noch Hill, S. 367 ff.

12 Vgl. hierzu von *Gerkan/Hommelhoff*, S. 25 ff.

13 So, *Ulmer*, in: Hachenburg, Anm. 46, 52; vgl. noch OLG Hamburg, Urteil vom 18. 7. 1986, in: ZIP 1986, S. 1113, 1118.

14 Vgl. von *Gerkan/Hommelhoff*, S. 25/26; BGH Urteil vom 21. 3. 1988, in: NJW 1988, S. 1841, 1843.

15 *K. Schmidt*, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 496/497.

Indiziell für eine eigenkapitalersetzende Funktion können bei langfristigen Krediten auch **ungewöhnliche Darlehenskonditionen** sein.¹⁶

In einem zur GmbH & Co. KG ergangenen Urteil hat der BGH offengelassen, ob der einer Einlage vergleichbare Charakter der Gesellschafterdarlehen die Gesellschafter gehindert hätte, die Eigenkapitalfunktion noch **nach dem Eintritt der Krise** durch Gesellschafterbeschuß aufzuheben und die Darlehen ganz oder teilweise zurückzuzahlen.¹⁷ Nach einer Entscheidung des OLG Hamburg werden von § 32 a GmbHG außer Gesellschafterleistungen, welche der GmbH in einer Finanzierungsphase gewährt werden, **auch solche Mittel** erfaßt, die der Gesellschaft **vor dem Eintritt einer Krise** für den Fall ihrer künftigen Entstehung zugeführt wurden und dazu bestimmt sind, dann benötigtes Eigenkapital zu ersetzen.¹⁸

Die Probleme im Zusammenhang mit solchen „Finanzplankrediten“ sind zu einem großen Teil noch ungeklärt.

2.3 Das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen

Unter dem Rechtsbegriff des „Gewährens“ im Sinne des § 32 a Abs. 1, 3 GmbHG fällt nach der Rechtsprechung des BGH auch das sogenannte „schlichte Stehenlassen“ von Gesellschafterdarlehen, welche der Gesellschaft noch in Zeiten der Kreditwürdigkeit hingegeben wurden.¹⁹ **Voraussetzung** ist allerdings grundsätzlich, daß der Gesellschafter die Fälligmittel dennoch nicht abzieht. Vornehmlich im Hinblick auf dieses Erfordernis wird zunehmend diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen unabhängig hiervon eine eigenkapitalersetzende Funktion von Gesellschafterdarlehen angenommen werden kann, welche der Gesellschaft in gesunden Zeiten hingegeben wurden (Stichwort „Finanzplankredite“).

2.3.1 Erfordernis einer Finanzierungsabrede

Für die Annahme eines im Sinne des § 32 a GmbHG rechtserheblichen Stehenlassens von Gesellschafterkrediten ist keine Finanzierungsabrede irgendwelcher Art zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter erforderlich.²⁰

¹⁶ Ulmer, in: Hachenburg, Anm. 52.

¹⁷ BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 1841, 1843.

¹⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 18. 7. 1986, in: ZIP 1986, S. 1113/1114.

¹⁹ BGH, Urteil vom 26. 11. 1979, in: BGHZ 75, S. 334, 337, 339; Urteil vom 6. 5. 1985, in: NJW 1985, S. 2719, 2720.

²⁰ Vgl. im einzelnen Hill/Schäfer, S. 458 ff. mit weiteren Hinweisen auf abweichende Meinungen im Schrifttum.

Nach Ansicht des BGH zeigt § 32 a Abs. 3 GmbHG, daß alle dem Gesetzeszweck unterzuordnenden Tatbestände möglichst lückenlos erfaßt werden sollten.²¹ Unter dem **Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes** bestehe kein rechtfertigender Grund, ein stehengelassenes Darlehen anders zu behandeln als einen während der Krise durch Rechtsgeschäft verlängerten Kredit.

2.3.2 Subjektive Erfordernisse

Nach wie vor hat der BGH jedoch offengelassen, ob es eine nach der Interessenlage unvertretbare Rücksichtnahme auf die Gesellschaftsgläubiger darstellte, das bloße Unterlassen der Rückforderung eines Darlehens dem Gesellschafter auch dann als kapitalersetzende Finanzierungsleistung zuzurechnen, wenn er **von der Lage der Gesellschaft nichts wußte** und nichts wissen mußte.²² Von größerer praktischer Bedeutung wäre ein solches subjektives Erfordernis beim schlichten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen nicht, denn nach der Rechtsprechung des BGH kommt es allein darauf an, ob der Gesellschafter **bei objektiver Betrachtung** die tatsächlichen Voraussetzungen der Kreditunwürdigkeit und damit die Gefahr einer Umqualifizierung seiner Finanzierungsleistung erkennen konnte.²³

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH zunehmend die Verantwortung der Gesellschafter für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung betont.²⁴ Unabhängig von subjektiven Zielsetzungen habe es der Gesellschafter allein wegen seiner Gesellschafterstellung im Interesse der Gläubiger zu verantworten, der GmbH in der Krise anstelle von Eigenkapital Fremdkapital zugeführt zu haben.²⁵ Es ist mithin **gleichgültig, aufgrund welcher Beweggründe** (etwa zum Zwecke der Sanierung) die Kreditgewährung erfolgt.²⁶

Unter dem Gesichtspunkt der Finanzierungsverantwortung dürfte letztlich **auf jegliches subjektive Erfordernis** auf seiten des sein Darlehen bis nach dem Eintritt der Kreditunwürdigkeit stehenslassenden Gesellschafters zu **verzichten** sein. Das Nichtabziehen des Gesellschafterdarlehens entspricht in seinen Gefahren für den Rechtsverkehr der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun. Ebenso wie im engeren Anwendungsbereich des § 32 a Abs. 1 GmbHG sollte beim schlichten Stehenlassen eines Gesellschafterdarlehens kein weiteres subjektives Element auf seiten des Gesellschafters gefordert werden.

21 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3147.

22 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3147.

23 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3147.

24 BGH, a.a.O., in: BGHZ 90, S. 381, 389.

25 BGH, a.a.O., in: NJW 1988, S. 3143, 3145.

26 BGH, Urteil vom 21. 09. 1981, in: NJW 1982, S. 383 ff.

2.3.3 Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren

Besondere praktische Relevanz kann dem schlichten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen im Rahmen des vielfach praktizierten Schütt-aus-hol-zurück-Verfahrens zukommen. Bei der hiernach vorgesehenen **Rückführung ausgeschütteter Gewinne in der Rechtsform des Darlehens** wird zwar grundsätzlich ein eigenkapitalersetzender Charakter zu verneinen sein, da eine Gewinnausschüttung nur aus einem über das Stammkapital und bestimmte Rücklagen hinausreichenden Gesellschaftsvermögen erfolgen darf, so daß die Kreditmittel regelmäßig auch nicht im Hinblick auf eine Finanzierungskrise der Gesellschaft gewährt werden. Dennoch hindert dieser Umstand die **Umqualifizierung** eines Gesellschafterdarlehens nicht, wenn das kündbare Darlehen noch nach dem Eintritt der Krise stehengelassen wird. Ist das Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren gar gesellschaftsvertraglich festgeschrieben, so kommt eine Umqualifizierung des Darlehens in haftendes Eigenkapital **auch** unter dem Gesichtspunkt des „**Finanzplankredits**“ in Betracht.

2.4 Die eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung

Die Überlassung des Gebrauchs bestimmter Wirtschaftsgüter kann der Darlehensgewährung im Sinne des § 32 a Abs. 3 GmbHG wirtschaftlich entsprechen.²⁷

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung in Betracht, wenn anstelle des Gesellschafters **kein außenstehender Dritter zur Überlassung des Gebrauchs bereit** gewesen wäre. Bei Standardwirtschaftsgütern scheidet eine solche Annahme zwar regelmäßig aus, doch gilt dies nicht in den Fällen, in denen etwa **Betriebsanlagen** den besonderen Bedürfnissen des Mieters angepaßt wurden.

Kreditunwürdigkeit ist insoweit anzunehmen, wenn die Gesellschaft von dritter Seite kein Investitionsdarlehen zum Zwecke des Erwerbs des Anlagegegenstandes mehr erhalten hätte und ein außenstehender Vermieter im Hinblick auf seine eigenen Aufwendungen nach den Bonitätskriterien des jeweiligen Marktes den fraglichen Gegenstand nicht zum Gebrauch überlassen hätte. Ein Anhaltspunkt hierfür kann insbesondere die vereinbarte Dauer des Mietverhältnisses sein. Eigenkapitalersetzend sind die von der Gesellschaft geschuldeten Mietzinszahlungen.²⁸

2.5 Die Rechtsfolgende Seite des § 32 a Abs. 1 GmbHG

Die Rechtsfolge der Gewährung eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens besteht gem. § 32 a Abs. 1 GmbHG darin, daß der

²⁷ BGH, Urteil vom 16. 10. 1989, in: WM 1989, S. 1844 ff.

²⁸ Vgl. zum Ganzen BGH, a.a.O., in: WM 1989, S. 1844 ff.

Rückgewährungsanspruch im Konkurs- oder Vergleichsverfahren nicht geltend gemacht werden kann. Wurde der Gesellschaft im Stadium der Kreditunwürdigkeit ein Gesellschafterdarlehen gewährt, so ist es nach wohl herrschender Meinung insgesamt als eigenkapitalersetzend einzustufen und nicht nur in Höhe des Teilbetrages, hinsichtlich dessen eine Kreditunwürdigkeit tatsächlich besteht.²⁹ Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern ist das Darlehen jedoch nicht einer Einlage gleichgestellt. Bleibt nach Abschluß des Konkursverfahrens Gesellschaftsvermögen übrig, ist der Gesellschafter nicht gehindert, in seiner Stellung als Gesellschaftergläubiger für seine Forderung Befriedigung zu verlangen.

Außerhalb eines Konkurs- und Vergleichsverfahrens bleibt der eigenkapitalersetzende Charakter eines Gesellschafterdarlehens ohne Auswirkungen auf den Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters. **Diese eingeschränkte Reichweite** der Rechtsfolgenseite des § 32 a Abs. 1 GmbHG wird jedoch dadurch relativiert, daß auch nach dem Inkrafttreten der Regelungen der GmbH-Novelle die von der Rechtsprechung zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen analog zu den §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsgrundsätze weitergelten (vgl. unten).

2.6 § 32 a KO

Stellt sich nach der Eröffnung des Konkursverfahrens heraus, daß ein dem Tatbestand des § 32 a GmbHG unterfallendes **Darlehen im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung zurückgezahlt** wurde, so ist diese Rechtshandlung im Wege der Anfechtungsklage **anfechtbar** (§ 32 a Satz 2 KO). Diese Begrenzung der Anfechtbarkeit auf den Zeitraum des letzten Jahres vor der Konkurs- oder Vergleichseröffnung (vgl. § 107 Abs. 2 VglO) wird allgemein als unbefriedigend empfunden, doch werden sachwidrige Ergebnisse durch die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze und der hiermit einhergehenden 5-jährigen Verjährungsfrist vermieden (vgl. unten).

Nach § 32 a Satz 1 KO sind ferner Rechtshandlungen im Wege der Anfechtungsklage **anfechtbar**, durch die dem **Gläubiger** eines kapitalersetzenden Darlehens eine **Sicherheit** gewährt wurde, wobei insoweit die kurze Einjahresfrist nicht gilt. Strenggenommen bedarf es jedoch wohl keiner Anfechtungsklage, denn eine von der Gesellschaft bestellte Sicherheit haftet ohnehin nicht für einen Kredit, der bereits nach den Rechtsprechungsgrundsätzen (vgl. unten) haftendem Eigenkapital gleichgestellt ist.³⁰

29 So *Ulmer*, in: Hachenburg, Anm. 50; *Schmidt*, in: Scholz/Emmerich a.a.O., Anm. 44.

30 So *Schmidt*, § 37 Abs. 4 Nr. 4 c, S. 869/870.

2.7 Die Tatbestände der §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG

Von erheblicher praktischer Bedeutung sind auch die Vorschriften der §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG. Hat ein Gesellschafter einem außenstehenden Kreditgeber zum Zeitpunkt der Kreditunwürdigkeit eine **Sicherheit gewährt** oder sich ihm gegenüber **verbürgt**, so kann der Dritte im Konkurs oder Vergleich nur den Betrag geltend machen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist. Der Gläubiger kann jedoch Befriedigung aus allfälligen, von der Gesellschaft bestellten Sicherheiten suchen, ohne vorrangig die Gesellschaftersicherung oder die Bürgschaft in Anspruch nehmen zu müssen.³¹

Erhält die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit, ohne daß ein Gesellschafter bürgt, so ist diese **Bürgschaft** auch dann **kapitalersetzend**, wenn der Gesellschafter mit ihr vereinbarungsgemäß **nachrangig** hinter den von der Gesellschaft gestellten Sicherheiten haftet.³² Der die Sicherheit oder die Bürgschaft gewährende Gesellschafter kann im Falle seiner Inanspruchnahme keinen Rückgriff bei der Gesellschaft nehmen (so ausdrücklich der Regierungsentwurf zu § 32 a GmbHG).

Wurde das Darlehen des Dritten im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung zurückgezahlt, so hat der Gesellschafter der Gesellschaft den **zurückgewährten Betrag** in Höhe des Wertes der Sicherheit oder in Höhe der Bürgschaft zu **erstaten** (§ 32 b GmbHG).

Die Bestellung von Sicherheiten aus dem Privatvermögen oder die Übernahme einer Bürgschaft durch den Gesellschafter sind folglich mit erheblichen Gefahren verbunden.

3. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkrediten

Neben den gesetzlichen Regelungen der §§ 32 a,b GmbHG, 32 a KO, 3 b AnfG gelten weiterhin die von der Rechtsprechung analog zu den §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsgrundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen.³³ Dies ist **von grundlegender Bedeutung**, da sich zwar hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen keine wesentlichen Unterschiede ergeben; die Unterschiede auf der Rechtsfolgende sind jedoch erheblich.

31 BGH, Urteil vom 19. 11. 1984, in: NJW 1985, S. 858.

32 BGH, Urteil vom 28. 9. 1987, in: WM 1987, S. 1488.

33 BGH, Urteil vom 26. 3. 1984, in: BGHZ 90, S. 370, 376 ff.

3.1 Auszahlungssperre bei bestehender oder zu gewärtigender Unterbilanz

Gewährt ein Gesellschafter einer kreditunwürdigen GmbH anstelle des erforderlichen Eigenkapitals ein Darlehen, so darf der Darlehensbetrag entsprechend § 30 Abs. 1 GmbHG nur dann an den Gesellschafter **zurückgezahlt** werden, wenn trotz der Rückzahlung ein Aktivvermögen in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals verbleibt und mithin durch die Rückzahlung **keine Unterbilanz** eintritt.

3.1.1 Rechtsgrundsatz

Muß der Gesellschafter erkennen, daß die Gesellschaft in Zukunft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig ist, so muß er ihr entweder seine weitere Unterstützung versagen und dadurch die Liquidation herbeiführen oder er hat, wenn er sich zur Fortsetzung seiner Hilfe entschließt, diese der Gesellschaft auf eigene Gefahr zu belassen, bis ihr Stammkapital wieder nachhaltig auf andere Weise gedeckt ist.³⁴ Soweit die Rückzahlung eines der kreditunwürdigen Gesellschaft gewährten Darlehens zu einer Unterbilanz führen oder eine solche vertiefen würde, ist das Darlehen somit gesperrt. Wird gleichwohl **zurückgezahlt**, so steht der Gesellschaft gem. §§ 30, 31 GmbHG ein **Erstattungsanspruch** zu, der jederzeit geltend gemacht werden kann. Auch schon vor der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens steht der Gesellschaft gegenüber dem die Rückerstattung verlangenden Gesellschafter ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu.

3.1.2 Das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterkrediten

Auch das einer kreditwürdigen Gesellschaft gewährte Darlehen, welches der Gesellschafter nach dem Eintritt der Kreditunwürdigkeit zunächst noch stehen läßt, unterfällt den Rechtsprechungsgrundsätzen zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen.³⁵

3.2 Entsprechende Anwendung der §§ 30,31 GmbHG im Falle der Überschuldung

Nach dem Schutzzweck der **Kapitalerhaltungsvorschriften** in den §§ 30, 31 GmbHG ist deren Anwendung im Falle einer eingetretenen Überschuldung kaum zweifelhaft.³⁶ Wird ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen trotz bestehender Überschuldung zurückgezahlt, so ist der **Rückerstattungsanspruch** der Gesellschaft summenmäßig nicht auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt; er findet seine **Grenze** erst in der Wiederherstellung des ursprünglichen satzungsmäßigen Stammkapitals. Jedoch

34 BGH, Urteil vom 28. 9. 1981, in: BGHZ 81, S. 365, 367; Urteil vom 27. 11. 1989, in: ZIP 1990, S. 98, 99.

35 BGH, Urteil vom 26. 11. 1979, in: BGHZ 75, S. 334, 337.

36 BGH, Urteil vom 29. 3. 1973, in: BGHZ 60, S. 324.

ist insoweit zu beachten, daß die Rechtsprechung im Falle eingetretener Überschuldung nur von einer analogen Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbHG ausgeht. Dies ist von wesentlicher Bedeutung für die Haftung der Mitgesellschafter gem. § 31 Abs. 3 GmbHG (vgl. unten).

3.3 Die Rückgewähr und verwandte Tatbestände

Nach den §§ 30, 31 GmbHG ist jede Art der Rückgewähr eines kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehens untersagt. Mangels eines durchsetzbaren Rückzahlungsanspruchs fehlt es bereits an einer Aufrechnungslage nach § 387 BGB, so daß schon deshalb eine **Aufrechnung** gegenüber einer noch offenstehenden Einlageforderung der Gesellschaft **ausscheidet**. Umstritten ist, ob schon die Bestellung einer Sicherheit durch die Gesellschaft als Rückerstattung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG anzusehen ist.³⁷ Nach wohl überwiegender Meinung wäre erst die Inanspruchnahme der Sicherheit durch § 30 Abs. 1 GmbHG erfaßt.³⁸

3.4 Die Haftung der Mitgesellschafter und der Geschäftsführer

3.4.1 Die Haftung der Mitgesellschafter gem. § 31 Abs. 3 GmbHG

Ist die Erstattung eines unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG zurückgezählten Darlehens vom Empfänger nicht zu erlangen, so haften insoweit die übrigen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Der Umstand, daß die Rechtsprechung bei bestehender Überschuldung nur von einer **entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbHG** ausgeht,³⁹ hat Auswirkungen auf die Haftung der Mitgesellschafter. Der BGH lehnt die analoge Anwendbarkeit des § 31 Abs. 3 GmbHG bei bestehender Überschuldung ab, weil sich die Mithaftung der übrigen Gesellschafter in kalkulierbaren Grenzen halten müsse.⁴⁰ Die Literatur lehnt diese Ansicht überwiegend ab und spricht sich mehrheitlich für eine auf den vollen Betrag des Stammkapitals beschränkte Haftung der Mitgesellschafter aus.⁴¹

Soweit die Mitgesellschafter nach § 31 Abs. 3 GmbHG für Fehlbeträge aufzukommen haben, haften ihnen die Geschäftsführer bei Verschulden gem. § 31 Abs. 6 GmbHG auf Ersatz des Geleisteten.

3.4.2 Die Haftung der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 3 GmbHG

Gem § 43 Abs. 3 GmbHG haften die Geschäftsführer auf Schadensersatz, wenn den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider schuldhaft Zahlungen

³⁷ Vgl. hierzu *Baumbach/Hueck*, § 30 Anm. 18 ff. mit weiteren Nachweisen.

³⁸ *Baumbach/Hueck*, § 30 Anm. 19.

³⁹ BGH, Urteil von 29. 3. 1973, in: BGHZ 60, S. 324.

⁴⁰ BGH, a.a.O., in: BGHZ 60, S. 324, 331.

⁴¹ Vgl. *Roth*, § 30, Anm. 2.1.3; *Baumbach/Hueck*, § 31 Anm. 17.

aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft vorgenommen werden. Eine entsprechende **Rückzahlung** erweist sich somit nicht erst im Konkurs der Gesellschaft als schädlich. Vielmehr muß der Geschäftsführer im Hinblick auf mögliche Haftungsfolgen schon vor der Konkurseröffnung auf eine **Leistungsverweigerung** oder auf eine Geltendmachung des Rückgewähranspruchs der Gesellschaft bedacht sein.

3.5 Unterschiede zwischen den Rechtsprechungsgrundsätzen und den Regelungen der GmbH-Novelle

3.5.1 Rückzahlungssperre

Bei einem den Rechtsprechungsgrundsätzen unterfallenden kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen steht der Gesellschaft **schon vor** der Eröffnung des **Konkurs- oder Vergleichsverfahrens** gegenüber dem die Rückerstattung verlangenden Gesellschafter ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu. Demgegenüber kann ein nur der Neuregelung des § 32 a GmbHG unterfallendes Darlehen (Kreditunwürdigkeit trotz fehlender Unterbilanz) vor der Konkurseröffnung **insoweit zurückgezahlt werden**, als es nicht zum Erhalt des Stammkapitals erforderlich ist. Erlangt die Gesellschaft auf der anderen Seite trotz fortbestehender Unterbilanz die Kreditwürdigkeit zurück, so wird ein ursprünglich im Stadium der Kreditunwürdigkeit gewährtes Darlehen nach den Rechtsprechungsgrundsätzen gleichwohl nicht wieder zur Rückzahlung frei.⁴²

Während nach den gesetzlichen Regelungen der GmbH-Novelle ein eigenkapitalersetzendes Darlehen nach herrschender Meinung⁴³ nicht nur in Höhe der Kreditunwürdigkeit, sondern in vollem Umfang als Eigenkapital zu behandeln ist, unterliegt ein nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zu bewertendes Darlehen nur insoweit einer **Rückzahlungssperre**, als es zum **Ausgleich verlorenen Stammkapitals** erforderlich ist.⁴⁴

3.5.2 Die unterschiedlichen Fristenregelungen

Die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze ist ferner im Hinblick auf die kurze **einjährige Ausschlußfrist** in den §§ 32 b GmbHG, 32 a Satz 2 KO, 3 b Satz 2 AnfG von Bedeutung, denn eine solche kurze Frist sehen die §§ 30, 31 GmbHG nicht vor. Gem. § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG beträgt die **Verjährungsfrist 5 Jahre** ab dem Zeitpunkt der Erstattung von Zahlungen, welche aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden.

42 Vgl. BGH, Urteil vom 13. 7. 1981, in: BGHZ 81, S. 252, 257; anderer Ansicht von *Gerkan/Hommelhoff*, S. 102.

43 Vgl. *Ulmer*, in: Hachenburg, §§ 32a, 32b, Anm. 50; *Scholz*, in: Schmidt/Emmerich, §§ 32 a, 32b, Anm. 44.

44 BGH, Urteil vom 26. 3. 1984, in: BGHZ 90, S. 370, 378.

Immerhin kommt der Einjahresfrist in den Regelungen der GmbH-Novelle insoweit eine eigenständige Bedeutung zu, als in diesem zeitlichen Rahmen die unwiderlegliche **Vermutung** begründet ist, daß ein Gesellschafterdarlehen, welches bei der Hergabe **eigenkapitalersetzenden Charakter** hatte, diese Funktion auch noch im Zeitpunkt der Rückzahlung hatte, wenn innerhalb eines Jahres danach das Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wird.⁴⁵ Demgegenüber läßt die Rechtsprechung zu den §§ 30, 31 GmbHG den Gesellschaftergläubigern den Gegenbeweis offen, das Darlehen habe im Zeitpunkt seiner Rückzahlung keine kapitalersetzende Funktion mehr gehabt.⁴⁶

4. Rangrücktrittsvereinbarung

Vereinbart der Gesellschafter mit der Gesellschaft, daß der Gesellschafterkredit im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern wie haftendes Eigenkapital behandelt werden soll, ohne die Krediteigenschaft zu verlieren (Rangrücktrittsvereinbarung), so ist dies kein Fall des § 32 a GmbHG; in diesem Fall liegt eine **freiwillige Gleichstellung des Gesellschafterkredits mit haftendem Kapital** vor. Wird der Rangrücktritt im Stadium der Kreditunwürdigkeit einvernehmlich aufgehoben, so ist der Gesellschafterkredit kraft Gesetzes gem. § 32 a GmbHG haftendem Eigenkapital gleichgestellt.

Trotz vereinbarten Rangrücktritts ist ein Gesellschafterdarlehen bei der Festsetzung einer möglichen Unterbilanz, welche die Rückzahlungssperre gem. § 30 Abs. 1 GmbHG zur Folge hat, **weiterhin zu passivieren**.⁴⁷ Bei der Ermittlung einer möglichen rechnerischen Überschuldung der Gesellschaft muß ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung jedoch nicht passiviert werden.⁴⁸

5. Die Bilanzierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen

Im Schrifttum ist **bislang ungeklärt**, ob und wie der eigenkapitalersetzende Charakter von Gesellschafterdarlehen in der Rechnungslegung der GmbH Berücksichtigung finden muß.⁴⁹ Aussagekräftige höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es zu diesem Fragenkreis nicht.

5.1 Rechtliche Vorgaben

Rechtliche Vorgaben enthält zum einen § 42 Abs. 3 GmbHG, wonach Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern in der

45 BGH, Urteil vom 26. 3. 1984, in: BGHZ 90, S. 370, 380, 381.

46 BGH, a.a.O., in: BGHZ 90, S. 370, 381.

47 Fleck, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 119/120.

48 Fleck, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 123.

49 Vgl. Fleck, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 109; *on Gerkan/Hommelhoff*, S. 175.

Regel als solche **gesondert auszuweisen oder im Anhang anzugeben** sind. Gem. § 41 GmbHG sind die Geschäftsführer verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft Sorge zu tragen.

Der Gesetzesbegründung zu § 42 Abs. 3 GmbHG⁵⁰ läßt sich kein über den Wortlaut der Vorschrift hinausreichender **Zweck** entnehmen, aufgrund dessen die Gesellschaft zur näheren Erläuterung der Verbindlichkeiten gegenüber ihren Gesellschaftern, insbesondere zum Hinweis auf deren eigenkapitalersetzenden Charakter, verpflichtet wäre.⁵¹

5.2 Eigenkapitalersetzende Darlehen und GoB

Umstritten ist, inwieweit die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, insbesondere die Verpflichtung zur Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft (§ 264 Abs. 2 Satz 1 HGB), es gebieten, **eigenkapitalersetzende Darlehen in der Rechnungslegung zu berücksichtigen**. Dies wird von einem inzwischen beachtlichen Teil des Schrifttums zumindest für einzelne Fallkonstellationen der eigenkapitalersetzenden Darlehen und mithin dem Grunde nach befürwortet.⁵²

Ungeklärt ist zum einen die grundsätzliche Frage, ob der eigenkapitalersetzende Charakter von Gesellschafterdarlehen lediglich gegenüber gesellschaftsinternen Stellen oder auch nach außen hin kenntlich zu machen ist. Diese Frage ist grundlegend für die Bestimmung des Ortes sowie des Grades der **Kenntlichmachung**; sie ist zudem von außerordentlicher praktischer Relevanz.

Ein **Vermerk „davon kapitalersetzend“** bei der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern“, wie er verschiedentlich vorgeschlagen wird,⁵³ sollte angesichts der gesetzlichen Verpflichtung zur Offenlegung der Bilanz nach außen hin (vgl. §§ 325 ff. HGB) **nicht gefordert** werden. Mit der Forderung nach einem solchen formellen Vermerk würde man die Gesellschaft der Sache nach verpflichten, ihre Kreditwürdigkeit nach außen hin konkret zu offenbaren. Allein mit der bilanzrechtlichen Verpflichtung zur Vermittlung eines zutreffenden Bildes von der Vermögens- und Finanzlage der Gesellschaft (§ 264 Abs. 2 HGB) dürfte sich dies nicht begründen lassen.⁵⁴

50 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 42 GmbHG, BT-Drs. 10/317, S. 110.

51 Vgl. *Fleck*, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 112.

52 Vgl. *von Gerkan/Hommelhoff*, S. 176; *Fleck*, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 114 ff; *K. Schmidt*, in: Knobbe-Keuk u.a., 1987, S. 508.

53 Vgl. *Fleck*, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 117; *von Gerkan/Hommelhoff*, S. 183

54 Vgl. zum Regelungszweck des § 264 Abs. 2 HGB *Schulze-Osterloh*, S. 532, 540.

Eine materiell-rechtliche Verpflichtung zur **Aufdeckung einer kritischen Finanzsituation** der Gesellschaft besteht grundsätzlich nur bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung in der Weise, daß die Geschäftsführer gem. § 64 GmbHG die Eröffnung des Konkurs- oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen haben. Schon der Begriff der **Überschuldung** stellt indes kein festumrissenes Tatbestandsmerkmal dar und bedarf im Hinblick auf eine mögliche günstige Fortführungsprognose einer Einschränkung: Nach wohl herrschender Meinung besteht die **Konkursantragspflicht** nicht schon dann, wenn das Vermögen der Gesellschaft beim Ansatz von Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht decken würde (rechnerische Überschuldung). Vielmehr muß eine Prognose ergeben, daß die Ertragsfähigkeit der Gesellschaft für absehbare Zeit nicht gewährleistet werden kann.⁵⁵ Hierin wird das Bestreben erkennbar, die Gesellschaft nicht vorschnell in den Konkurs zu treiben.

Für eine Vorverlegung der Verpflichtung zur Verlautbarung einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft nach außen hin bedürfte es besonders schutzwürdiger Interessen der Gesellschaftsgläubiger, denen der Vorrang gegenüber dem Gesellschaftsinteresse einzuräumen wäre. Es ist unverkennbar, daß die **Aufdeckung der Kreditunwürdigkeit** der Gesellschaft durch einen bilanziellen Vermerk des eigenkapitalersetzenden Charakters einzelner Gesellschafterdarlehen die weitere Geschäftstätigkeit der Gesellschaft erheblich beeinträchtigen und letztlich zum Eintritt der Konkursreife führen kann. Diese **Gefahr** träte unter Umständen in einem Stadium ein, in dem eine endgültig ungünstige Fortführungsprognose durchaus nicht begründet sein muß. Es muß daher ernsthaft bezweifelt werden, ob außenstehenden Dritten ein schutzwürdiges Vorsorgeinteresse bezüglich der Offenlegung der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft zukommt.

5.3 Stand der Diskussion

Nach dem derzeitigen Stand der Diskussion ist die Annahme einer Pflicht zum **Hinweis** auf den kapitalersetzenden Charakter von Gesellschafterdarlehen **in der Bilanz** im Hinblick auf deren gesetzlich vorgeschriebene Offenlegung (§§ 325 ff. HGB) **nicht begründet**.⁵⁶

Den Bilanzaufstellern sollte nicht die Aufgabe überbürdet werden, die nähere rechtliche **Einordnung** von Gesellschafterdarlehen in der Bilanz der Gesellschaft vorzunehmen.⁵⁷

55 Vgl. K. Schmidt, § 11 Abs. 6 Nr. 3, S. 261.

56 Vgl. Crezelius, in: Scholz/Emmerich, Anhang zu § 42a Anm. 221; K. Schmidt, in: Knobbe-Keuk u.a., S. 509; Meyer-Landrut/Nielhus/Scholz, §§ 41, 42 Anm. 119, 126.

57 Vgl. Crezelius, in: Scholz/Emmerich, Anm. 221.

Auch die vielfach vorgeschlagene Lösung, wonach in den **Lagebericht** (§ 289 HGB) nähere Angaben über die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und deren Ursächlichkeit für die Gewährung von Gesellschafterdarlehen aufzunehmen seien,⁵⁸ erscheint nach dem Gesagten bedenklich. Zumindest in dem Fall, daß die Gesellschaft zwar kreditunwürdig ist, jedoch selbst im Falle der Rückzahlung des Darlehens noch keine Unterbilanz entstünde,⁵⁹ wird auf derartige Angaben selbst im Lagebericht verzichtet werden können. Denn nach den fortgeltenden Rechtsprechungsgrundsätzen unterliegt ein solches Darlehen vor der Konkurseröffnung keiner Rückzahlungssperre, so daß die Kapitalschutzvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG entsprechende Angaben nicht erforderlich erscheinen lassen.⁶⁰

Aber auch in dem Fall, daß die Gesellschaft am Bilanzstichtag eine **Unterbilanz** aufweist, sollte man sich zumindest mit **allgemeinen Angaben** im Lagebericht zur Unternehmensfinanzierung und zur Kreditwürdigkeit der Gesellschaft begnügen.⁶¹

Auch bei eingetretener Unterbilanz sollten im Hinblick auf die zumindest teilweise bestehende Pflicht zur Offenlegung des Lageberichts (vgl. §§ 325 ff. HGB) keine konkreten Angaben zur Kapitalersatzfunktion einzelner Gesellschafterdarlehen gefordert werden.

5.4 Überschuldungsbilanz

Umstritten ist, ob kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen ohne Rangrücktrittsvereinbarung in der Überschuldungsbilanz **zu passivieren** sind.

Dies wird zum Teil mit der Begründung verneint, es sei wertungswidersprüchlich, bei der Überschuldungsprüfung die Forderungen von Gläubigern zu berücksichtigen, welche im Konkurs nicht geschützt werden.⁶² Sofern der eigenkapitalersetzende Charakter eines Darlehens zweifelhaft sei, könne dem durch die Bildung von **Rückstellungen** Rechnung getragen werden.⁶³

Die herrschende Gegenansicht macht demgegenüber geltend, Zweifel hinsichtlich des kapitalersetzenden Charakters von Gesellschafterdarlehen dürften nicht in die Prüfung der Überschuldung hineingetragen werden.⁶⁴

58 Vgl. *Fleck*, in: *Knobbe-Keuk u.a.*, S. 116; *von Gerkan/Hommelhoff*, S. 181/182.

59 Vgl. BGH, Urteil vom 19. 9. 1988, in: *NJW* 1988, S. 3146.

60 Vgl. hierzu *K. Schmidt*, S. 508.

61 Vgl. *Crezelius*, in: *Scholz/Emmerich*, Anh. zu § 42a, Anm. 221; *K. Schmidt*, S. 509.

62 *Fleck*, in: *Knobbe-Keuk u.a.*, S. 125/126; *von Gerkan/Hommelhoff*, S. 189; vgl. noch OLG München, Urteil vom 17. 2. 1966, in: *NJW* 1966, S. 2366.

63 Vgl. *von Gerkan/Hommelhoff*, S. 190.

64 *Ulmer*, in: *Hachenburg*, § 63 Anm. 41; *Baumbach/Hueck*, § 32a Anm. 12; *Kamprad*, S. 352, 353; *K. Schmidt*, S. 505/506; OLG Hamburg, Urteil vom 18. 7. 1986, in: *ZIP* 1986, S. 1113, 1115.

Die **Feststellung der Kapitalersatzfunktion** von Gesellschafterdarlehen könne unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nicht mit der erforderlichen Sicherheit durch die Geschäftsführer getroffen werden.⁶⁵

In der Tat spricht gegen die Mindermeinung, daß zumindest in Einzelfällen verbleibende **Schwierigkeiten** bei der Feststellung des eigenkapitalersetzenden Charakters von Gesellschafterdarlehen **nicht zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger** gehen sollten. Die Diskussion zu diesem Fragenkreis ist indes noch nicht endgültig abgeschlossen.

5.5 Darlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung

Darlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung sind **in der Handelsbilanz** dennoch **zu passivieren**.⁶⁶ Dies ist letztlich schon § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu entnehmen, wonach selbst Zuzahlungen des Gesellschafters in das haftende Kapital zu passivieren sind.⁶⁷ Zudem ist die Passivierung im Hinblick auf mögliche Ausschüttungen geboten, welche gegen § 30 GmbHG verstoßen.⁶⁸

⁶⁵ *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, § 63 Anm. 15.

⁶⁶ *Fleck*, in: *Knobbe-Keuk u.a.*, S. 118/119; *K. Schmidt*, S. 502; anderer Ansicht *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, § 42 Anm. 226.

⁶⁷ Vgl. zur weiteren Begründung *Fleck*, in: *Knobbe-Keuk u.a.*, S. 118/119.

⁶⁸ Vgl. *K. Schmidt*, S. 502.