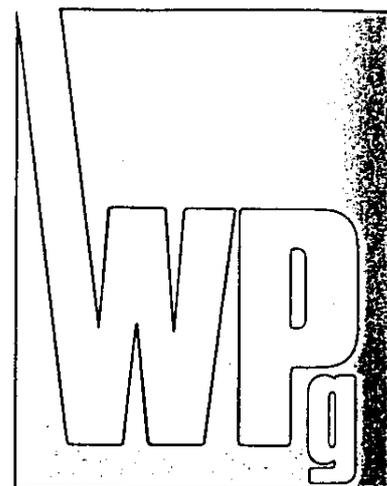


# Die Wirtschaftsprüfung

## Der Berater der Wirtschaft



Düsseldorf, den 15. Juni 1989 · Jahrgang 42 · Nr. 12

Herausgeber  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
in Deutschland e. V.

Aus dem Inhalt	Seite
WP/RA/StB Dr. Hermann Clemm <b>Bilanzpolitik und Ehrlichkeits- („true and fair view“-) Gebot</b>	<b>357</b>
RA Dr. Norbert Hill <b>Die unterkapitalisierte GmbH</b> — Gelöste und ungelöste Fragen zur Haftung der Beteiligten —	<b>367</b>
<b>Aus der Rechtsprechung</b> BFH-Urteile und Beschlüsse / FG-Urteile	<b>372</b>
<b>Aus der Facharbeit des IDW</b> Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Bankbilanzrichtlinie-Gesetzes (BaBiRiLiG)	<b>377</b>
<b>Fachliche Mitteilungen</b> Hinweise über die wesentlichen Rechte und Mitwirkungspflichten bei der Außenprüfung (§ 5 Abs. 2 Satz 2 BpO) / Umsatzsteuerliche Behandlung von Zuwendungen des Bundesministers für Forschung und Technologie zur Förderung von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben	<b>380</b>
<b>Buchbesprechungen</b>	<b>382</b>
<b>Zeitschriftenspiegel</b>	<b>383</b>
<b>Neue Bücher</b>	<b>383</b>

Betriebswirtschaftliches  
Archiv und Fachorgan für  
das wirtschaftliche  
Prüfungs- und  
Treuhandwesen

**12**

**1989**

**IDW-Verlag Düsseldorf**

# Die unterkapitalisierte GmbH

— Gelöste und ungelöste Fragen zur Haftung der Beteiligten —

Von RA Dr. Norbert Hill, Stuttgart

## I. Einleitung

Die rechtssatzmäßige Bestimmtheit im Sinne der Garantiefunktion des Tatbestandes und die Tragweite der Rechtsfolgen stehen im Falle der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung einer GmbH noch immer in einem unerträglichen Widerspruch<sup>1</sup>. Dies gilt um so mehr, als im Bereich der formellen Unterkapitalisierung nach der Gesetzeslage und den hierzu entwickelten Rechtsprechungsgrundsätzen inzwischen ein wünschenswerter Grad an Rechtssicherheit erreicht wurde, der Gesetzgeber und Gerichte geradezu herausfordern muß, nicht auf dem erreichten Stand der Haftungsfragen bei materieller Unterkapitalisierung stehenzubleiben. Damit mag es auch zu erklären sein, daß die ursprüngliche Zurückhaltung der Rechtsprechung bei Fragen der Durchgriffshaftung in der Tendenz abnimmt und in neuerer Zeit zunehmend gerichtliche Urteile zu verzeichnen sind, die eine Haftung bei materieller Unterkapitalisierung zum Gegenstand haben. Aufgabe der beratenden Praxis wird es insoweit sein, die Grenzen zulässiger Gestaltungen zu markieren, wobei für die eingeschalteten Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte zugleich Fragen der Eigenhaftung wegen Beteiligung an einer unterkapitalisierten GmbH ins Blickfeld rücken, die als bislang weitgehend offen bezeichnet werden können.

## II. Problemstellung und wirtschaftliche Ausgangssituation

Wer mit betriebswirtschaftlichen Erwägungen an die Frage Eigenkapitalausstattung einer GmbH herangeht<sup>2</sup>, wird vielfältige Gründe dafür entdecken, das Eigenkapital möglichst gering zu halten.

Eigenkapital ist haftendes Kapital und demzufolge mit dem Risiko behaftet, im Konkurs der Gesellschaft vom einbringenden Gesellschafter nicht geltend gemacht werden zu können. Die Ansammlung von Eigenkapital wird auch nach der Körperschaftsteuerreform 1977 benachteiligt statt gefördert. Das Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren mindert die ertragsteuerliche Belastung thesaurierter Gewinne, wobei aber im Rahmen der Zurückführung als Gesellschaftereinlagen nach § 2 KVStG Gesellschaftsteuer anfiel. Die steuerrechtliche Rechtslage begünstigt somit die Zurückführung als Gesellschafterdarlehen.

Kurzfristig auftretende wirtschaftliche Bedürfnisse führen angesichts der mangelnden Flexibilität einer Finanzausstattung auf Eigenkapitalbasis häufig zur

Gewährung und Rückerstattung von Finanzmitteln in der Form von Gesellschafterkrediten. Nach der Herleitung der Rechtsprechungsgrundsätze zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen<sup>3</sup> und dem Inkrafttreten der §§ 32 a, b GmbHG besteht eine unverkennbare Neigung der Gesellschafter, die zur Verbesserung des Liquiditätsstatus zur Verfügung gestellten Kredite noch vor Eintritt der Krise abzuziehen, um eine Umqualifizierung in haftendes Eigenkapital zu vermeiden.

Auf der Vorstufe zur Anwendbarkeit der §§ 32 a, b GmbHG liegt ein Bereich von Gestaltungen, bei denen die Anwendung der Regeln über die materielle Unterkapitalisierung in der forensischen Praxis zunehmend diskutiert und noch verstärkt ins Blickfeld rücken wird.

Nach der geltenden Rechtslage verbleibende Möglichkeiten der Risikosteuerung bei der Eigenkapitalausstattung haben zur Entstehung der Betriebsaufspaltung geführt, bei der die Betriebsgesellschaft mit geringem Eigenkapital ausgestattet wird, um die Risiken aus dem Produktionsprozeß und dem Güterumsatz gering zu halten<sup>4</sup>. Auch solche Konstellationen haben bereits die höchstrichterliche Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Unterkapitalisierung beschäftigt<sup>5</sup>; seit dem sogenannten Autokran-Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>6</sup> sind mit der Betriebsaufspaltung in Einzelfällen besondere Haftungsgefahren verbunden.

Sanierungsneugründungen innerhalb von Konzernverhältnissen müssen gar besonders kritisch unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Unterkapitalisierung betrachtet werden. Hier sind häufig Gestaltungen festzustellen, bei denen versucht wird, den Geschäftsbetrieb einer in die Krise geratenen Gesellschaft weitestgehend auf eine mit geringstmöglichem Eigenkapital neu gegründete Tochter auszugliedern, um dem Unternehmen die Fortführung zu ermöglichen, indem etwa über Factoringgestaltungen der Tochter Forderungen abgetreten und der Kaufpreis gestundet oder zeitweilig nicht geltend gemacht wird. Es ist unverkennbar, daß hierbei das beabsichtigte

1 Vgl. K. Schmidt, JZ 1984, S. 771, 777.

2 ausführlich zur Eigenkapitalausstattung bei GmbH und GmbH & Co. KG in betriebswirtschaftlicher Sicht Büschgen, GmbH-Rundschau 1974, S. 25 ff., 49 ff.

3 Vgl. BGH II ZR 187/57, Urteil vom 14.12.1959, BGHZ 31, 258 ff.

4 Vgl. hierzu schon Drobing, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, 1959, S. 53/54.

5 Vgl. BGH VIII ZR 298/75, Urteil vom 4.5.1977, BGHZ 68, 312 ff.

6 BGH II ZR 275/84, Urteil vom 16.9.1985, BGHZ 95, 330 ff.

Geschäftsvolumen der neugegründeten Gesellschaft nicht selten in einem auffälligen Mißverhältnis zur Eigenkapitalausstattung stehen kann und sich deshalb im Falle des Scheiterns die Frage stellt, ob die Gesellschafter im Wege der Durchgriffshaftung den im späteren Konkurs der Tochter ausgefallenen Gläubigern einzustehen haben<sup>7</sup>.

### III. Begriffe und Meinungsstand

1. Eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert, wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen<sup>8</sup>.

Der Unterschied zwischen einer sogenannten nominellen und einer materiellen Unterkapitalisierung wird im allgemeinen darin gesehen, daß der Gesellschafter im letztgenannten Fall von den Gesellschaftern über das Stammkapital und allfällige Nachschüsse hinaus überhaupt keine Mittel zur Verfügung gestellt wurden, während im ersteren Falle zumindest Fremdkapital, insbesondere in der Form von Gesellschaftsdarlehen, gewährt wurde<sup>9</sup>.

2. Die herrschende Meinung in der Literatur geht dahin, eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung komme nur dann in Betracht, wenn die Eingekapitalausstattung der Gesellschaft eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichend ist und einen geschäftlichen Mißerfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten läßt (sogenannte qualifizierte Unterkapitalisierung)<sup>10</sup>. Schlagwortartig läßt sich die herrschende Lehre dahingehend zusammenfassen, daß eine persönliche Haftung der Gesellschaft nur bei evidenter Unterkapitalisierung der Gesellschaft in Betracht kommt. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, daß nach der geltenden Gesetzeslage keine Verpflichtung der Gesellschafter zur angemessenen Kapitalausstattung ihrer Gesellschaft begründbar ist<sup>11</sup>.

Dabei darf freilich nicht außer Acht gelassen werden, daß ein wesentlicher Grund für die Ablehnung einer Pflicht zur Ausstattung der Gesellschaft mit dem erforderlichen Eigenkapital in den Schwierigkeiten der Bestimmung des konkret erforderlichen Eigenkapitals mit den Mitteln der Betriebswirtschaftslehre liegt<sup>12</sup>. Im Grundsatz hingegen besteht weitgehende Übereinstimmung darüber, daß eine GmbH prinzipiell zum Schutz der Gläubiger mit dem erforderlichen Eigenkapital auszustatten ist<sup>13</sup>. Dabei fehlt es nicht an Stimmen, die zumindest für das kommende Recht erwägen, die Bilanz des individuellen Unter-

nehmens und damit die eigenen Vorstellungen der Gesellschafter über die erforderliche Eigenkapitalausstattung ihrer Gesellschaft bei der Bestimmung des persönlichen Haftungsrisikos heranzuziehen<sup>14</sup>.

3. In der Rechtsprechung wurde bislang eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung im Ergebnis nur höchst ausnahmsweise angenommen, wengleich sich nicht wenige Gerichtsurteile mit Frage der Durchgriffshaftung befaßt haben<sup>15</sup>.

Nach wie vor neigt die Rechtsprechung dazu, sich der Problematik im Wege der deliktsrechtlichen Vorschrift des § 826 BGB anzunehmen<sup>16</sup>, wobei die Anforderungen an die subjektive Seite zunehmend abgeschwächt wurden. Die Gerichte schließen vielfach aus den objektiv feststellbaren Umständen auf den bedingten Schädigungsvorsatz der Gesellschafter, ohne weitere Ermittlungen zum inneren Tatbestand anzustellen<sup>17</sup>.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1959<sup>18</sup> befaßte sich der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat ausführlich mit Fragen der Haftung wegen Unterkapitalisierung, wobei er in einem obiter dictum ausführte, aus den Regelungen über das gesetzliche Mindestkapital folge nicht, daß das haftende Kapital ganz ohne Rücksicht auf das für die satzungsmäßigen Gesellschaftszwecke benötigte Kapital festgesetzt werden dürfe. Im zu entscheidenden Fall verneinte der II. Senat die Voraussetzungen der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung, da die gewährten Gesellschaftskredite als haftendes Eigenkapital anzusehen waren und deshalb die Finanzausstattung der Gesellschaft nicht gänzlich unzureichend war. Gesellschaftskredite sind somit — sofern sie als haftendes Eigenkapital zu qualifizieren sind und/oder unter einer Rangrücktrittserklärung gewährt wurden — geeignet, eine ansonsten bestehende Unterkapitalisierung aus-

7 so jüngst Landgericht Stuttgart, 5 KfH O 149/88, Urteil vom 15.3.1989, das die Geltendmachung des Ersatzanspruchs dem als Partei kraft Amtes handelnden Konkursverwalter im Verfahren über das Vermögen der Tochtergesellschaften zugeordnet hat.

8 Vgl. *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. 1979, Anhang zu § 30, Rn. 17; siehe hierzu noch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 565 ff.

9 *Hachenburg-Ulmer*, a.a.O. (Fn. 8), Anhang zu § 30, Rn. 22; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 188.

10 Vgl. *Hachenburg-Ulmer*, a.a.O. (Fn. 8), Anhang zu § 30, Rn. 59; *Baumbach/Hueck*, 15. Aufl. 1988, § 5, Rn. 6; *Stimpel*, in Bilanz- und Konzernrecht, FS Goerdeler, 1987, S. 601, 608.

11 *Hachenburg-Ulmer*, a.a.O. (Fn. 8), Anhang zu § 30, Rn. 10, 55; Vgl. noch *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 8), S. 565 ff.

12 Vgl. *Stimpel*, FS Goerdeler, a.a.O. (Fn. 10), S. 601, 608.

13 Vgl. *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 1982, § 29 III 4; *Roth*, GmbH, Einleitung 3.3.2.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, S. 226, 565 ff.; ablehnend *Benne*, Haftungsdurchgriff bei der GmbH, 1978, S. 64 ff.

14 so *Roth*, GmbHG a.a.O. (Fn. 13), Einleitung, 3.2.2.

15 Vgl. nur BGHZ 31, 258; 68, 312; BSG 7 RAr 20/82, Urteil vom 7.12.1983, ZIP 1984, 1217 ff.; OLG Hamburg, BB 1973, S. 1231; OLG Karlsruhe, WM 1978, S. 962 ff.

16 Vgl. RG II ZR 70/37, Urteil vom 16.11.1937, JW 1938, S. 862 ff.; BGH II ZR 204/76, Urteil vom 30.11.1978, NJW 1979, S. 2104, 2105.

17 Vgl. BGH in NJW 1979, S. 2104, 2105; OLG Karlsruhe, WM 1978, S. 962 ff.

18 BGHZ 31, 258 ff. „Flugtaxi“.

zugleichen. Anzumerken bleibt freilich, daß eine Rangrücktrittserklärung nicht etwa zur nachrangigen Geltendmachung der Kredite im Konkurs der Gesellschaft berechtigt. An der Qualifizierung als haftendes Eigenkapital und an der Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbH im Falle der Rückzahlung ändert die Rangrücktrittserklärung als solche nichts.

Interessant bleibt die Frage, wie der II. Zivilsenat entschieden hätte, wenn in BGHZ 31, 258 ff. die gewährten Gesellschafterkredite zu einem Zeitpunkt zurückgewährt worden wären, als ihre Qualifizierung als haftendes Eigenkapital noch nicht in Betracht kam. Darauf wird zurückzukommen sein.

Den Fall einer Betriebsaufspaltung hatte der VIII. Zivilsenat im Jahre 1977<sup>19</sup> unter anderem auch unter dem Gesichtspunkt der Haftung der Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung zu entscheiden, deren Voraussetzungen er im konkreten Fall als nicht gegeben ansah. Dort hatte eine Muttergesellschaft einer mit DM 20.000 Stammkapital ausgestatteten Tochter das benötigte Anlagevermögen bei Kreditierung des Kaufpreises in Höhe von DM 260.000 unter Eigentumsvorbehalt zur Verfügung gestellt. Diese Entscheidung ist auf deutlicher Kritik gestoßen<sup>20</sup> und auch der II. Zivilsenat hat sich alsbald in einem obiter dictum von diesem Urteil distanziert, wobei er auf die in der Rechtsprechung zu verzeichnenden Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz verwies<sup>21</sup>. Heute dürfte die Entscheidung des VIII. Senats, da über eine konzernrechtliche Ausgliederung eines unterkapitalisierten Unternehmensteils ergangen, durch die Autokran-Entscheidung des II. Senats<sup>22</sup> überholt sein, die für den Bereich des qualifizierten oder sogenannten durchgeführten GmbH-Konzerns eine deutliche Haftungsverschärfung gebracht hat. Auch darauf ist zurückzukommen.

Bemerkenswert ist schließlich ein neueres Urteil des Bundessozialgerichts, in dem die Haftung wegen Unterkapitalisierung bejaht und dabei allein auf objektive Haftungsvoraussetzungen unter dem Gesichtspunkt des institutionellen Rechtsmißbrauchs der Gesellschaftsform der GmbH abgestellt wurde<sup>23</sup>. Diese Entscheidung könnte in der Folge durchaus dazu führen, daß auf das vorliegen subjektiver Mißbrauchselemente vollends verzichtet wird, wie dies von einem beachtlichen Teil der Literatur gefordert wird<sup>24</sup>.

#### IV. Haftungsrelevante Fallkonstellationen

1. Die rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkrediten haben nach der Herausarbeitung der Rechtsprechungsgrundsätze<sup>25</sup> und dem Inkrafttreten der §§ 32 a, b GmbHG einen wünschenswerten Grad an rechtlicher Durchdringung erfahren. Hervorzuheben ist insoweit, daß der Bundesgerichtshof neuerdings

betont, der Gesellschafter übernehme eine Finanzierungsverantwortung, der er sich nicht in der Weise zum Nachteil der Gläubiger entziehen könne, daß er anstatt der gebotenen Einbringung haftenden Kapitals auf eine andere, ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweiche<sup>26</sup>. Auf die mit der Beteiligung an der Gesellschaft verfolgten Zwecke kommt es nicht an<sup>27</sup>. Es gibt insbesondere kein Sanierungsprivileg, da sich die in einer Person vereinigten Rollen als Gläubiger und Gesellschafter nicht voneinander trennen lassen<sup>28</sup>.

In der zitierten Entscheidung vom 19.9.1988 hat der Bundesgerichtshof erneut kein Hindernis gesehen, das „schlichte Stehenlassen“ von Gesellschaftskrediten im Zeitpunkt der Krise ohne besondere Finanzierungsabrede zwischen Gesellschaft und Gesellschafter dem „Gewähren“ im Sinne des § 32 a Abs. 1 und 3 GmbH gleichzustellen<sup>29</sup>; er hat dabei allerdings erneut offengelassen, ob das schlichte Stehenlassen von Gesellschaftskrediten nur dann zur Umqualifizierung in haftendes Eigenkapital führt, wenn der betreffende Gesellschafter die negative finanzielle Situation der Gesellschaft kennt oder zumindest kennen mußte<sup>30</sup>.

Die Anwendung der §§ 32 a, b GmbHG setzt als zentrales Tatbestandsmerkmal voraus, daß der Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt Kredit gewährt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Insoweit wird nach wie vor darauf abgestellt, ob die GmbH von dritter Seite noch zu marktüblichen Konditionen hätte Kredit erlangen können<sup>31</sup>.

Nachdem die Rechtsprechung das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterkrediten dem Gewähren jedenfalls im Grundsatz gleichstellt, haben sich einige Probleme um das Merkmal der „Kreditwürdigkeit“ erledigt. Rechtliche Probleme wirft insoweit allerdings der Fall auf, daß der Gesellschafter seine Kreditmittel zu einem Zeitpunkt abzieht, in dem es zumindest fraglich erscheint, ob die Gesellschaft noch marktüblichen Kredit hätte in Anspruch nehmen können.

19 BGH VIII ZR 298/75, Urteil vom 4.5.1977, BGHZ 68, 312 ff.

20 Vgl. *Raiser*, a.a.O. (Fn. 13), § 29 III 3; *Emmerich*, NJW 1977, 2163 ff.

21 BGH II ZR 232/75, Urteil vom 13.6.1977, NJW 1977, S. 1683, 1686.

22 BGHZ 95, 330 ff.

23 BSG 7 RAr 20/82, Urteil vom 7.12.1983, ZIP 1984, S. 1217, 1222.

24 Vgl. *Hachenburg-Ulmer*, a.a.O. (Fn. 8), Anhang zu § 30, Rn. 39; *Fischer/Luther*, GmbH, II. Aufl. 1985, § 13 Anm. 8.

25 BGHZ 31, 258, 272/273.

26 Vgl. BGH II ZR 255/1987, Urteil vom 19.9.1988, WM 1988, S. 1525, 1528; siehe noch *Brandes*, Sonderbeilage Nr. 2 zu WM 1988, S. 9.

27 BGH ebenda, S. 1525.

28 BGH II ZR 104/80, Urteil vom 21.9.1981, NJW 1982, S. 383, 384; hierzu noch *Fleck* in FS für *Werner* zum 65. Geburtstag, 1984, S. 117 ff.; anders unter Betonung insolvenzspezifischer Gesichtspunkte *Uhlenbruck*, GmbH-Rundschau 1982, S. 141 ff.

29 BGH, a.a.O. (Fn. 26), S. 1531 unter Hinweis auf BGH II ZR 132/84, Urteil vom 6.5.1985, WM 1985, S. 1028, 1029; anderer Ansicht *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 863; *Ulmer*, GmbH-Rundschau 1984, S. 256, 259/260.

30 BGH, a.a.O. (Fn. 26), S. 1531; vgl. hierzu *Hill/Schäfer*, BB 1989, 458 ff.

31 Vgl. BGH, a.a.O. (Fn. 26), S. 1530.

Es ist unübersehbar, daß auch ein Abziehen eines Gesellschafterkredits noch vor dem Zeitpunkt der Kreditunwürdigkeit geeignet ist, infolge der reduzierten Finanzausstattung der Gesellschaft in der weiteren Folge die Krise der Gesellschaft auszulösen.

Ein praktisch bedeutsamer Fall ist der, daß ein Gesellschafter Kredite gewährt, mit denen die Gesellschaft die Investitionen für das erforderliche Anlagevermögen finanziert und der Gesellschafter sich die angeschafften Wirtschaftsgüter zur Sicherheit übereignet läßt<sup>32</sup>. Zieht der Gesellschafter später seine Kreditmittel allmählich wieder ab, so ergibt sich die Schwierigkeit, daß zunächst über die freigesetzten Abschreibungsgegenwerte Kapital frei wird, das vorübergehend zur Schuldentilgung eingesetzt werden kann. Bei ungünstiger finanzieller Entwicklung der Geschäftstätigkeit, die nicht zuletzt durch den Abzug der Gesellschaftskredite beeinflußt sein kann, können unter Umständen notwendig werdende Reinvestitionen nicht mehr getätigt werden<sup>33</sup>. Soweit diese Reinvestitionen unumgänglich sind, wird es häufig zu vorübergehenden Stundungen von Forderungstilgungen durch Drittgläubiger kommen.

Hier wird sich vielfach nicht zuletzt angesichts des Auseinanderfallens von bilanzieller und tatsächlicher Abnutzung der Anlagevermögens das Problem ergeben, daß der Zeitpunkt der Eintritts der Kreditunwürdigkeit nur sehr schwer zu bestimmen ist. Ist in dieser Situation eine Umqualifizierung der abgezogenen Kredite in haftendes Eigenkapital nicht möglich, werden die Gerichte mit zunehmendem Mißverhältnis zwischen Gesellschafterkrediten und Eigenkapital geneigt sein, eine Anwendung der Rechtsgrundsätze zur Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung in Betracht zu ziehen<sup>34</sup>.

2. Bislang geht die zivilgerichtliche Rechtsprechung in der Tendenz dahin, eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung auf § 826 BGB zu stützen. Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte, die Gesellschaftern im Gründungsstadium oder auch später eine zu geringe Eigenkapitalausstattung empfehlen und durch ihre Raterteilung den Entschluß der Gesellschafter hierzu fördern, können Gefahr laufen, wegen Teilnahme an einer materiellen Unterkapitalisierung haftbar zu werden. Gemäß §§ 830, 840 Abs. 1 BGB haften sie neben den verantwortlichen Gesellschaften gesamtschuldnerisch. Bleibt das Maß ihrer Verursachung unklar, so verlagert gar die Vorschrift des § 830 BGB die Risiken der Haftungsverteilung in das Verhältnis der Schädiger untereinander. Dem geschädigten Gläubiger wird dadurch ermöglicht, auf den Teilnehmer an einer materiellen Unterkapitalisierung durchzugreifen. Die hiermit verbundenen Fragen sind noch wenig geklärt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob die haftungsrechtliche Verantwortung der Gesellschafter für die Ausstattung der Gesellschaft mit einem für deren Zwecke nicht evident unzureichenden Eigenkapital die Annahme einer nachgeordneten Haftung der außenstehenden Teilnehmer rechtfertigt. In diesem Fall könnte ein Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwalt möglicherweise geltend machen, der Gläubiger habe solange keinen rechtserheblichen Schaden erlitten, als ein durchsetzbarer Anspruch gegen den oder die Gesellschafter besteht<sup>35</sup>.

3. Besonders in Fällen von Sanierungsneugründungen ist von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Rechtsanwälten ein weiterer deliktsrechtlicher Haftungstatbestand im Auge zu behalten: Vertragsgestaltungen, die die Möglichkeit eröffnen, daß neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden und Schaden erleiden, können unter Umständen vorwiegend wegen ihres objektiven Inhalts sittenwidrig sein<sup>36</sup>. Eine naheliegende Schädigung der Gesellschaftsgläubiger kann dann zur Sittenwidrigkeit der zur Sanierung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte führen, wenn die Vertragsschließenden sich grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen haben, daß dieser Schaden tatsächlich eintreten werde<sup>37</sup>. Zur Vermeidung des Tatbestandes einer sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung ist insoweit eine sachkundige und sorgfältige Prüfung der Lage des Schuldners und seiner Geschäftsaussichten geboten<sup>38</sup>. Die Initiatoren von Vertragsgestaltungen im Rahmen von Sanierungsgründungen laufen insoweit selbst Gefahr, ohne entsprechende Prüfung aus § 826 BGB zu haften.

4. Bei Sanierungsneugründungen in Konzernverhältnissen und bei Betriebsaufspaltungen muß schließlich das für die Außenhaftung eines herrschenden GmbH-Gesellschafters überaus bedeutsame Autokran-Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>39</sup> beachtet werden, das eine lebhafte literarische Diskussion ausgelöst hat<sup>40</sup>. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war der Beklagte Alleingesellschafter von 7 GmbH, mit denen er zahlreiche Leasingverträge über Autokräne abgeschlossen hatte. Nachdem die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers gegen die Ge-

32 Vgl. hierzu eingehend BGH in WM 1988, S. 1529/1530.

33 Vgl. BGHZ 68, 312 ff.

34 so jüngst Landgericht Stuttgart, 5 Kfl O 149/88, Urteil vom 15.3.1989.

35 so zur Haftung des Gründungsprüfers wegen Überbewertung von Sacheinlagen BGH II ZR 111/72, Urteil vom 27.2.1975, BGHZ 64, 52, 62/63.

36 BGH IV ZR 242/52, Urteil vom 9.7.1953, BGHZ 10, 228, 233/234.

37 BGH, a.a.O. (Fn. 26), S. 233; BGH VII ZR 46/63, Urteil vom 24.5.1965, WM 1965, S. 918, 919.

38 BGH, a.a.O. (Fn. 37), WM 1965, S. 919.

39 BGHZ 95, 330 ff.

40 Vgl. nur Ulmer, NJW 1986, S. 1579 ff.; Stimpel, AG 1986, S. 117 ff.; K. Schmidt, ZIP 1986, S. 146 ff.

sellschaft erfolglos geblieben war, nahm er den Alleingesellschafter selbst in Anspruch. Der Bundesgerichtshofs betrachtete den beklagten Gesellschafter als herrschendes Unternehmen, da er seine wirtschaftlichen Interessen nicht nur in der jeweils betroffenen Gesellschaft, sondern auch in anderen Unternehmen maßgeblich verfolgen konnte<sup>41</sup>. In einem solchen Fall kommt nach Ansicht des Gerichts eine Ausfallhaftung des herrschenden Konzernunternehmens in entsprechender Anwendung der §§ 303, 322 Abs. 2 und Abs. 3 AktG in Betracht, wenn dieses die Geschäfte der abhängigen GmbH dauernd und umfassend selbst geführt hat und nicht dartun kann, daß der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbstständigen GmbH die Geschäfte ebenso geführt hätte<sup>42</sup>.

In den Fällen einer Betriebsaufspaltung kommt demnach eine konzernrechtliche Ausfallhaftung der natürlichen Personen in ihrer Eigenschaft als herrschende Gesellschafter dann in Betracht, wenn sie an der Besitz- und an der Betriebsgesellschaft mehrheitlich beteiligt sind und die Geschäftstätigkeit der Gesellschaften maßgeblich beeinflusst haben<sup>43</sup>. Eine Haftung der Besitzgesellschaft für die Verbindlichkeiten der Betriebsgesellschaft ist dementsprechend denkbar, wenn die Betriebsgesellschaft gleichsam als bloße Betriebsabteilung der Besitzgesellschaft erscheint. Zur Vermeidung derartiger Haftungsfolgen müssen die Rechtsbeziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen vertraglich klar abgegrenzt und insbesondere schon die bloße Möglichkeit nicht nachprüfbarer Vermögensverschiebungen ausgeschlossen werden.

Eine solche Haftung wegen Fremdsteuerung eines abhängigen Unternehmens wäre auch im Fall BGHZ 68, 312 ff. zu prüfen gewesen, wo vom klagenden Gesellschaftsgläubiger geltend gemacht worden war, es bestehe eine enge vermögensmäßige, personelle und funktionelle Verklammerung der Tochter mit der Muttergesellschaft<sup>44</sup>.

5. Im vorliegenden, nicht spezifisch konzernrechtlichen Sachzusammenhang einer Haftung wegen Unterkapitalisierung ist das Autokran-Urteil unter einem weiteren Gesichtspunkt von erheblicher Bedeutung.

Von jeher bestand auf der Rechtsfolgenseite der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung das Problem, daß der unmittelbare Durchgriff auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter mit der insolvenzrechtlichen Gleichbehandlung aller Gläubiger nur schwer vereinbar ist<sup>45</sup>. Darüber hinaus ist das Recht der GmbH durch das Prinzip des nur mittelbaren Gläubigerschutzes geprägt<sup>46</sup>, indem bei Beeinträchtigungen der Kapitalausstattung der Gesellschaft gesellschaftsinterne Ansprüche der GmbH gegen die

Gesellschafter ausgelöst werden (vergleiche die Unterbilanzhaftung der Gründer bei Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens der Vorgesellschaft vor der Eintragung der GmbH, den Differenzanspruch bei überbewerteter Sacheinlage nach § 9 GmbHG sowie die Ansprüche der GmbH bei Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG). Begreift man die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Autokran-Urteil dahingehend, daß der eigentliche Rechtsrund für eine konzernrechtliche Haftung des herrschenden Gesellschafters im qualifizierten Konzern in der Verletzung des Kapitalsicherungsrechts besteht<sup>47</sup>, so wird die Verwandtschaft zur Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung deutlich: Auch in letzterem Fall geht es um die Verantwortlichkeit für die eindeutige Nichtberücksichtigung der Gläubigerschutzfunktion der Kapitalaufbringungs- und Kapitalsicherungsvorschriften im Recht der GmbH<sup>48</sup>. In der Konsequenz des Autokran-Urteils läge es daher, der GmbH selbst Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung zuzuordnen<sup>49</sup>. Nur wenn es zu einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH nicht kommt, wären entsprechend den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Autokran-Urteil ersatzweise die Gläubiger berufen, im Wege der subsidiären Ausfallhaftung die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen<sup>50</sup>. Die Diskussion in dieser Frage muß im Augenblick noch also offen bezeichnet werden.

## V. Schlußbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß den im Zusammenhang mit einer materiellen Unterkapitalisierung stehenden Rechtsfragen eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. Angesichts der fortschreitenden rechtlichen Durchdringung und des unverkennbar wachsenden Bestrebens der Gesellschaftsgläubiger, im Falle des Ausfalls im Konkurs der Gesellschaft nach Ersatzschuldner Ausschau zu halten, sind Fragen der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung auch für Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte von einiger Relevanz. Hier gilt es insbesondere, die Grenzen zulässiger Gestaltungen möglichst deutlich herauszuarbeiten.

41 BGH, a.a.O. (Fn. 6), S. 337.

42 BGH, a.a.O. (Fn. 6), S. 330.

43 Vgl. Ulmer, NJW 1976, S. 1579, 1586.

44 Vgl. hierzu noch Wiedemann, a.a.O. (Fn. 13), S. 225/226.

45 Vgl. OLG Hamburg, BB 1973, S. 1231.

46 so zutreffend Stimpel, FS Goerdeler, a.a.O. (Fn. 10), S. 601, 613.

47 Vgl. Stimpel, a.a.O. (Fn. 10), S. 613, Ulmer, AG 1986, S. 123 ff.

48 Vgl. Stimpel, ebenda, S. 606, 611.

49 so Stimpel, ebenda, S. 614.

50 Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 191/192; Stimpel, ebenda, S. 616.