

13

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein

---

GmbHG §§ 30, 32 a

Die Grundsätze für kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen greifen auch ein, wenn der Gesellschafter das unter gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen gegebene Darlehen der Gesellschaft in der Krise beläßt, ohne sich insoweit der GmbH gegenüber rechtsgeschäftlich festzulegen.

BGH, Urt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84 - OLG Celle  
LG Hildesheim

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 132/84

### URTEIL

Verkündet am  
6. Mai 1985  
Spengler  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] H [REDACTED], R [REDACTED] platz 4, H [REDACTED],  
vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder, die Spar-  
kassendirektoren Kurt F [REDACTED] und Dr. Paul Helmut S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Dipl.-Sozialwirt, Beratenden Betriebswirt VBV  
Egon K [REDACTED], A [REDACTED] str. 2, H [REDACTED], als Konkurs-  
verwalter über das Vermögen der Firma H [REDACTED] GmbH,  
W [REDACTED] Str. 12, S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

#### Streithelferin des Beklagten:

B [REDACTED] S [REDACTED] GmbH, R [REDACTED] 16,  
H [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer  
Werner W [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],  
Dr. [REDACTED], [REDACTED] und  
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1985  
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes  
Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer,  
Bundschuh und Dr. Seidl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil  
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
Celle vom 18. April 1984 - mit Ausnahme des  
Ausspruchs über die Zulassung der Streit-  
helferin - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung  
und Entscheidung, auch über die Kosten des  
Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht  
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Beklagte ist Konkursverwalter in dem am  
22. April 1977 eröffneten (Anschluß-)Konkursverfahren  
über das Vermögen der H [REDACTED] GmbH in Sarstedt. An dieser  
war die schweizerische Aktiengesellschaft I [REDACTED]-H [REDACTED]-AG  
bis Ende Juli 1976 als Mehrheitsgesellschafterin beteiligt.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Am 8. Juni 1977 wurde in der Schweiz gegen die I- H das Konkursverfahren eröffnet. Das als Konkursverwaltung eingesetzte Konkursamt N Schweiz ermächtigte gemäß Art. 260 des schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) die Klägerin, die im dortigen Verfahren Konkursgläubigerin war, eine Darlehensforderung der I- H gegen die Heylo GmbH in Höhe von 6.427.055,30 DM anstelle der Masse im eigenen Namen geltend zu machen. Die Klägerin meldete daraufhin diese Forderung in Höhe von 2.855.095,30 DM im Konkursverfahren der H GmbH an. Der Beklagte bestritt sie. Mit der Klage beantragt die Klägerin, die Forderung mit dem geltend gemachten Betrag zur Konkurstabelle festzustellen.

Dabei stützt sie sich auf folgenden Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Sparkasse, hatte Anfang Februar 1975 gegen die H GmbH eine Darlehensforderung von 6.027.985,58 DM. Dieses Darlehen löste die I- H aufgrund einer mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung in der Weise ab, daß sie bei der D G (DGZ) in Luxemburg einen Eurokredit über 6 Mio DM aufnahm und unter Verwendung dieser Mittel am 10. Februar 1985 das Schuldkonto der H GmbH bei der Klägerin ausgleichen ließ. Die Klägerin gewährte der I- H einen Avalkredit in Höhe von 6 Mio DM durch Übernahme der Garantie für die Rückzahlung des Eurokredits gegenüber der DGZ. Als Sicherheit für den Avalkredit

dienten von der H[REDACTED] GmbH an ihrem Betriebsgrundstück bestellte Grundschulden in Höhe von 6,7 Mio DM. Zwischen der I[REDACTED]-H[REDACTED] und der H[REDACTED] GmbH war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vereinbart, daß die Inter-Hylo die zur Ablösung des Sparkassenkredits verwendeten Mittel der H[REDACTED] GmbH als Darlehen gewährte.

Da die I[REDACTED]-H[REDACTED] den Eurokredit bei Fälligkeit am 10. Mai 1977 nicht zurückzahlte, mußte ihn die Klägerin aufgrund ihrer Garantieerklärung tilgen. Aus den Grundschulden erhielt die Klägerin nach der Verwertung des Betriebsvermögens der H[REDACTED] GmbH 3,5 Mio DM. Außerdem war ihr für die zwischenzeitliche Nutzung der Betriebsgrundstücke durch den Beklagten eine Entschädigung von 72.000 DM gezahlt worden. Diese Beträge läßt sich die Klägerin auf die ihr übertragene, einschließlich Zinsen auf 6.427.095,30 DM bezifferte Darlehensforderung der Inter-Hylo anrechnen, so daß der mit der Klage geltend gemachte Betrag verbleibt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht hat die vom Konkursamt Nidwalden der Klägerin gemäß Art. 260 SchKG erteilte Ermächtigung, die streitige Forderung geltend zu machen, nach schweizerischem Recht beurteilt und als wirksame Übertragung des Prozeßführungsrechts angesehen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Forderung als solche unterliegt zwar unter den gegebenen Umständen dem deutschen Recht. Dieses ist danach grundsätzlich auch für die Abtretung der Forderung maßgebend (BGHZ 87, 19, 21 m.w.N.). Dieser Grundsatz kann aber nicht eingreifen, wenn die Forderung in ein ausländisches Konkursverfahren einbezogen und zu beurteilen ist, ob und mit welchen Rechtsfolgen sie vom Konkursverwalter aus der Masse freigegeben worden ist. Diese Frage bestimmt sich vielmehr nach dem ausländischen (Konkurs-)Recht.

Das vom Berufungsgericht in Anwendung schweizerischen Rechts gewonnene Ergebnis ist für die Revisionsentscheidung bindend (§§ 549 Abs. 1, 562 ZPO). Das nach deutschem Prozeßrecht für eine Prozeßstandschaft erforderliche Rechtsschutzinteresse zur Geltendmachung der fremden Forderung (vgl. BGHZ 35, 180, 184) hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei darin gesehen, daß sich die Klägerin nach Art. 260 Abs. 2 SchKG aus dem Erlös wegen ihrer Konkursforderung vorzugsweise befriedigen darf und nur einen etwaigen Überschuß an die Masse abzuführen hätte.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß das geltend gemachte Darlehen als Ersatz für Eigenkapital zu betrachten sei und deshalb seiner Rückzahlung das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenstehe. Dazu hat es ausgeführt:

Zumindest im Zeitpunkt des Stehenlassens des Darlehens im Gleichtakt mit der erneuten Verlängerung des Eurokredits am 10. Mai 1976 hätte die H. GmbH von dritter Seite keinen Kredit mehr zu marktüblichen Bedingungen erhalten, sondern liquidieren müssen, wenn die I.-H. das Darlehen zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen und Kosten zurückverlangt hätte. Die H. GmbH habe bereits 1975 einen erheblichen Verlust erwirtschaftet, der zum Jahresende 45 % ihres Stammkapitals von 5 Mio DM aufgezehrt habe. Im Jahre 1976 habe sich diese Entwicklung fortgesetzt und bis zum Jahresende zur Überschuldung geführt. Im Juni 1976 habe die Gesellschaft eine Landeskbürgschaft für einen Kredit beantragt, bei deren Verweigerung die Gefahr der Illiquidität gedroht habe. Ende Juni 1976 habe sie von einem mit ihr verflochtenen Unternehmen zur Finanzierung des kurzfristigen Betriebsmittelbedarfs einen Betrag von 1,8 Mio DM aufnehmen müssen. In dieser Lage hätte sie schon im Mai 1976 von dritter Seite keinen Kredit mehr erhalten können, wenn die I.-H. den Darlehensbetrag von über 6 Mio DM abgezogen hätte. Die Beleihungsgrenze ihres in der Bilanz mit 10.330.125 DM ausgewiesenen Anlagevermögens sei durch die Belastung mit den Grundschulden zugunsten der Klägerin

in Höhe von 6,7 Mio DM und weiteren Grundschulden in Höhe von 37.500 DM mehr als ausgeschöpft gewesen. Die in der Ablösung der Verbindlichkeiten der H[REDACTED] GmbH liegende Finanzierungsleistung der I[REDACTED]-H[REDACTED] habe Anfang Mai 1976 jedenfalls in Höhe des Betrages, für den Feststellung zur Konkurstabelle verlangt werde, verlorenes Stammkapital der H[REDACTED] GmbH ersetzt.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfange stand und trägt die Entscheidung nicht.

1. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der Finanzierungsleistung eines Gesellschafters kapitalersetzende Funktion zukommt, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung nicht mehr kreditfähig war und deshalb ohne die Leistung hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 76, 326, 330).

Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, daß eine Finanzierungsleistung in diesem Sinne vorliegen kann, wenn die GmbH - wie zu unterstellen ist - bei der Hergabe des Darlehens wirtschaftlich gesund war, aber später ihre Kreditfähigkeit verloren hat: Ist der Gesellschafter nach dem Eintritt der Krise rechtlich in der Lage, das Darlehen - gegebenenfalls nach Kündigung - zurückzufordern, beläßt er es aber dennoch der GmbH weiter, dann tritt die Auszahlungssperre des § 30 GmbHG in gleicher Weise wie im Falle der Neugewährung des Darlehens (jedenfalls dann) ein, wenn der Gesellschafter

erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß die Darlehensvaluta inzwischen als Kapitalgrundlage für die GmbH unentbehrlich geworden ist. Die dahin gehende ständige Rechtsprechung des Senats (BGHZ 75, 334, 336 f.; 81, 252, 257) bedarf auch im Hinblick auf den (erst nach den hier in Betracht kommenden Vorgängen in Kraft getretenen) § 32 a GmbHG keiner Überprüfung. Diese Vorschrift regelt allerdings nur den Tatbestand, daß ein Gesellschafter in der Krise das Darlehen gewährt (Abs. 1) oder Rechtshandlungen vorgenommen hat, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen (Abs. 3). Der Wortlaut der Vorschrift läßt jedoch nicht erkennen, daß das "Stehenlassen" von Gesellschafterdarlehen von der geregelten Rechtsfolge schlechthin ausgeschlossen werden sollte. Auch der Gesetzesbegründung läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber mit den gewählten Formulierungen diesen Sachverhalt nicht erfassen wollte. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber im Gläubigerschutz grundsätzlich nicht hinter dem von der Rechtsprechung erreichten Stand zurückbleiben wollte (vgl. BGHZ 90, 370, 378). "Stehengelassene" Gesellschafterdarlehen sind daher auch unter dem Geltungsbereich des § 32 a GmbHG als Kapitalersatz zu behandeln, wenn das dem Zweck der Vorschrift entspricht. Das ist der Fall. Der Vorschrift liegt derselbe Rechtsgedanke zugrunde, auf dem auch die Rechtsprechung des Senats beruht: Der Gesellschafter soll keinen Vorteil zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger daraus ziehen, daß er eine Finanzierungsweise wählt, mit der er die nach den Umständen gebotene Einbringung von Eigenkapital wegen

des damit verbundenen Risikos zu vermeiden sucht (vgl. zusammenfassend Fleck, Festschrift für Werner, S. 107, 114 ff. m.w.N.). Soweit es um die grundsätzliche Einbeziehung stehengelassener Gesellschafterdarlehen geht, sind danach bei der Anwendung des § 32 a GmbHG und der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze keine Unterschiede zu machen (so auch die h.L. im Schrifttum, vgl. u.a. Robert Fischer, GmbHG 10. Aufl. § 32 a Anm. 2 b; Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl. § 32 a Rdn. 69; Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 32 a/b Rdnrn. 27 ff.; jeweils m.w.N.). Ein Anlaß für eine Korrektur besteht insoweit weder für die Zeit vor noch seit der Geltung des § 32 a GmbHG (zur Weitergeltung der Rechtsprechungsgrundsätze über kapitalersetzende Darlehen neben den Vorschriften der GmbH-Novelle von 1980: vgl. BGHZ 90, 370).

Das Berufungsgericht hat allerdings keine Feststellungen getroffen, wie es im einzelnen dazu gekommen ist, daß die I- H das Darlehen der H GmbH über den 10. Mai 1976 hinaus belassen hat. Es kommt daher noch auf die im Schrifttum umstrittene weitere Frage an, ob es für die Anwendung der Grundsätze über kapitalersetzende Darlehen genügen würde, wenn die I- H der H GmbH gegenüber hinsichtlich des Darlehens lediglich untätig geblieben wäre, oder ob in Fällen dieser Art vorausgesetzt werden muß, daß das Darlehen durch ein zwischen dem Gesellschafter und der GmbH - zumindest durch schlüssiges Verhalten zustandgekommenes - Rechtsgeschäft verlängert worden ist (vgl. dazu Ulmer aaO Rdnr. 27 ff. m.w.N.). Auch das ohne rechtsgeschäftliche

Verbindlichkeit der kreditunwürdig gewordenen Gesellschaft belassene Darlehen, durch das die sonst gebotene Liquidation vermieden wird, ersetzt aber in gesellschaftsrechtlich nicht zu billigender Weise notwendiges Eigenkapital. Nach dem Gläubigerschutzzweck des § 32 a GmbHG und der voraufliegenden Rechtsprechung besteht für eine unterschiedliche Behandlung jener beiden Fallgestaltungen kein rechtfertigender Grund. § 32 a GmbHG erwähnt zwar mit dem Fall der Gewährung eines Darlehens ein Rechtsgeschäft. Daraus ist aber nicht zu entnehmen, daß der rechtsgeschäftliche Charakter des Gesellschafterverhaltens zwingende Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der Vorschrift sein sollte. § 32 a Abs. 3 GmbHG zeigt vielmehr, daß es dem Gesetzgeber insgesamt um eine möglichst lückenlose Erfassung der Tatbestände ging, die dem Gesetzeszweck unterzuordnen sind. Fraglich kann nur sein, ob es eine allzu einseitige und nach der Interessenlage nicht mehr vertretbare Rücksichtnahme auf die Gesellschaftsgläubiger wäre, das bloße Unterlassen der Rückforderung des Darlehens dem Gesellschafter auch dann als kapitalersetzende Finanzierungsleistung zuzurechnen, wenn er von der Lage der Gesellschaft nichts wußte und nichts wissen mußte und schon deshalb keinen Anlaß hatte, tätig zu werden. Das hat der Senat bisher offen gelassen. Der vorliegende Fall nötigt nicht, darauf einzugehen, denn für eine derartige Unkenntnis der Geschäftsführung der I- und H- ist nichts dargetan. Sie liegt auch schon deshalb sehr fern, weil das Darlehen mit dem jeweils befristeten Euro-Kredit verknüpft war und jede Verlängerung dieses Kredits ohne weiteres auch das der H- GmbH gewährte Darlehen mitbetrifft.

Die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils tragen daher, wenn man von dem nachstehend unter 2) noch zu erörternden Punkt absieht, die Entscheidung, daß die Klägerin die Darlehensforderung der I- H im Konkurs der H GmbH nicht geltend machen kann.

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Heylo GmbH am 10. Mai 1976 nicht mehr kreditfähig gewesen sei, wird jedoch von der Revision zu Recht angegriffen. Das Berufungsgericht hat zwar dargelegt, daß die GmbH zu diesem Zeitpunkt bereits einen erheblichen Teil ihres Stammkapitals verloren und über das von der Klägerin gewährte Darlehen hinaus sogar einen zusätzlichen Kreditbedarf hatte. Es hat aber die Kreditfähigkeit nicht daraus hergeleitet, daß die Gesellschaft etwa schon überschuldet oder zahlungsunfähig war. Unter diesen Umständen konnte ihre Kreditfähigkeit trotz des erlittenen Verlustes und der angespannten Finanzlage noch gegeben sein, wenn und soweit sie ausreichende Sicherheiten stellen konnte. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, daß die Beleihungsgrenze des Gesellschaftsvermögens bereits ausgeschöpft gewesen sei. Diese Feststellung beruht aber im wesentlichen auf der Berücksichtigung der zugunsten der Klägerin bestellten Grundschulden von 6,7 Mio DM. Dabei hat das Berufungsgericht außer acht gelassen, daß diese Grundschulden von der H GmbH für die Refinanzierung des in Frage stehenden Gesellschafterdarlehens zur Verfügung gestellt worden waren. Daß die Grundschulden auch noch

als Sicherheit für weitere Verbindlichkeiten dienten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Wenn aber die I- H ihr Gesellschafterdarlehen von der H GmbH zurückgefordert hätte, wäre damit die Grundlage für die Besicherung der Refinanzierung entfallen und die I- H wäre verpflichtet gewesen, für die Freigabe der Grundschulden zu sorgen. Diese hätten danach der H GmbH zur Aufnahme eines neuen Kredits zur Verfügung gestanden. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt liegt der Fall nicht wesentlich anders, als wenn die H GmbH die Grundschulden unmittelbar ihrem Darlehensgeber als Sicherheit für das Darlehen gegeben hätte. Wenn aber eine Gesellschaft aus ihrem Vermögen für den Kredit ausreichende Sicherheiten stellen kann, spricht dies regelmäßig gegen ihre Kreditunfähigkeit (Sen.Urt. v. 19.11.1984 - II ZR 84/84, WM 1985, 115). Allerdings hat der Erlös aus den Grundschulden, der während des Konkursverfahrens erzielt wurde, den Kreditbetrag nicht voll abgedeckt. Auf welchen Umständen dies beruhte, ist jedoch nicht festgestellt. Aus dem späteren Mindererlös kann deshalb nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, daß der Wert der Grundschulden als Sicherungsmittel schon im maßgeblichen Zeitpunkt des Stehenlassens des Darlehens entsprechend gering einzuschätzen war. Dagegen spricht, daß die Grundschulden von der Klägerin als ausreichende Sicherheit akzeptiert worden waren.

III. Die Frage, ob die I- H das Gesellschafterdarlehen als kapitalersetzende Leistung gewährt oder der H GmbH belassen hat, bedarf danach erneuter tatrichterlicher Prüfung, zu der die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die H GmbH zum Ende des Jahres 1976 überschuldet war und damit zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Kapitalersatzfunktion des Darlehens eingetreten gewesen wären (BGHZ 67, 171), führt zu keinem anderen Ergebnis. Zu diesem Zeitpunkt war die I- H nicht mehr Gesellschafter der H GmbH. Eine Finanzierungsleistung, die ein ehemaliger Gesellschafter in einer finanziellen Krise der Gesellschaft nach seinem Ausscheiden erbringt, kann nur dann als Kapitalersatz behandelt werden, wenn die rechtliche Grundlage für die Leistung bereits geschaffen worden war, als der Finanzierungsgeber noch Gesellschafter war (vgl. BGHZ 81, 252, 258 f.). Abzustellen ist dabei auf den Finanzierungsakt in der Krise. Beläßt ein ehemaliger Gesellschafter ein unter gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen gegebenes Gesellschafterdarlehen der Gesellschaft in einer erst nach seinem Ausscheiden eintretenden Krise, so kann dies das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG jedenfalls dann nicht auslösen, wenn das Darlehen nicht schon von vornherein (auch) als Krisenfinanzierung angelegt war.

Die Revision macht geltend, daß die Grundsätze für das kapitalersetzende Darlehen hier überhaupt nicht eingreifen könnten und es deshalb auf weitere Feststellungen hierzu nicht ankomme, weil der H[REDACTED] GmbH durch das Darlehen der I[REDACTED]-H[REDACTED] nicht neue Mittel zugeführt worden seien, sondern lediglich eine Umschuldung der zuvor bei der Klägerin bestehenden Kreditverbindlichkeit vorgenommen worden sei, die ihren Grund darin gehabt habe, daß der Eurokredit zinsgünstiger gewesen sei. Damit kann die Revision nicht durchdringen. Auch wenn ein Gesellschafter mit seinem Darlehen einen Fremdkredit abgelöst hat und dies im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft gelegen war, muß der Gesellschafter bei Eintritt einer Existenzkrise der Gesellschaft vor die Wahl gestellt werden, entweder der nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft seine weitere Unterstützung zu versagen und dadurch ihre Liquidation herbeizuführen oder ihr die Mittel zu belassen, bis das Stammkapital wieder gedeckt ist. Ob etwas anderes gelten würde, wenn noch in der Krise eine Fremdfinanzierung bestanden hätte und diese durch den Gesellschafter lediglich zur Verminderung einer Zinsbelastung abgelöst worden wäre, bedarf keiner

Entscheidung, weil ein solcher Fall - jedenfalls nach  
den bisherigen Feststellungen - nicht in Betracht  
kommt.

Stempel

Dr. Schulze

RiBGH Dr. Bauer  
kann wegen Urlaubs  
nicht unterschreiben.

Stempel

Bundschuh

Dr. Seidl