

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GmbHG §§ 19, 30, 31, 32 a, 32 b

- a) Die Verrechnung einer in bar zu erfüllenden Stammeinlageforderung mit einem Darlehensanspruch des Gesellschafters gegen die GmbH ist auch bei deren Einverständnis unwirksam, wenn die Gesellschaft überschuldet ist oder das Darlehen verlorenes Stammkapital ersetzt.
- b) Die Rechtsprechungsgrundsätze über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sind neben den Vorschriften der GmbH-Novelle von 1980 weiterhin auch auf solche Darlehen anzuwenden, die nach dem 1. Januar 1981 gewährt worden sind.

BGH, Urt. v. 26. März 1984 - II ZR 14/84 - OLG München
LG Kempten

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 14/84

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

26. März 1984

Spengler,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Gert F[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED] (Allgäu),

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Pierre L[REDACTED], Hi[REDACTED]-H[REDACTED]-Straße [REDACTED], K[REDACTED] (Allgäu),

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1984 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 24. November 1983 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger erwarb durch notariellen Vertrag vom 18. Dezember 1980 unter anderem den aus einer Kapitalerhöhung herrührenden Geschäftsanteil des Beklagten an der Nutzfahrzeuge-Vertrieb im Allgäu GmbH in Höhe von 22.500 DM. Nach demselben Vertrag kaufte seine Ehefrau von der Ehefrau des Beklagten deren Geschäftsanteile. In dem Abtretungsvertrag sind die Geschäftsanteile als "voll bezahlt" aufgeführt (zu I). Es heißt dann weiter (zu X):



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Die Ehegatten F [REDACTED] (Verkäufer) haften dafür, daß die jeweils übertragenen Geschäftsanteile ihnen frei von Rechten Dritter zustehen und voll einbezahlt sind".

Gegenüber dem Registergericht hatte der Beklagte als Geschäftsführer der GmbH erklärt, die auf das erhöhte Stammkapital übernommenen Stammeinlagen seien in voller Höhe in bar an die Gesellschaft bezahlt worden. In Wirklichkeit stammte der Kapitalerhöhungsbetrag von insgesamt 50.000 DM aus einem Kredit, den die GmbH auf ihren Namen bei einer Bank aufgenommen hatte.

Im September 1981 gewährten der Kläger und seine Ehefrau der GmbH ein Darlehen von 60.000 DM. Im Februar 1982 faßten sie als Gesellschafter einen auf den 2. Dezember 1981 zurückdatierten Beschluß, wonach der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung seines Darlehensanteils mit seiner Stammeinlageverpflichtung aus der Kapitalerhöhung in Höhe von 22.500 DM verrechnet werden sollte.

Am 5. Mai 1982 beantragte der Kläger als Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH. Diesen Antrag lehnte das Konkursgericht am 25. Mai 1982 mangels Masse ab.

Der Kläger verlangt vom Beklagten Ersatz des Stammeinlagebetrages von 22.500 DM mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte diesen Betrag noch nicht, wie im Vertrag vom 18. Dezember 1980 versichert, in die GmbH geleistet hat. Er hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von

22.500 DM zu verurteilen, und in der Berufungsinstanz weiter den Hilfsantrag gestellt, den Beklagten zu verurteilen, diesen Betrag an die GmbH in Liquidation zu zahlen.

Diesen Hilfsantrag hat der Beklagte anerkannt, worauf der Kläger hilfsweise den Erlaß eines Anerkenntnisurteils beantragt hat. Im übrigen hat der Beklagte geltend gemacht, die Verrechnung der Einlageforderung der GmbH gegen den Kläger mit dessen Darlehensanspruch gegen die GmbH sei unwirksam. Denn die Gesellschaft sei im Zeitpunkt der Verrechnung wie auch schon bei der Hergabe des Darlehens im September 1981 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen. Infolgedessen sei er, der Beklagte, nach wie vor nur zur Leistung der Einlage an die Gesellschaft, aber nicht an den Kläger verpflichtet.

Beide Vorinstanzen haben den Beklagten verurteilt, 22.500 DM an den Kläger zu zahlen. Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt, möchte der Beklagte erreichen, daß der Hauptantrag des Klägers abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe:

I. Der Hauptantrag des Klägers auf Zahlung des Einlagebetrages von 22.500 DM an ihn selbst wäre nur dann begründet, wenn der Einlageanspruch der GmbH durch die im Februar 1982 vereinbarte Verrechnung mit seinem Darlehensanspruch gegen sie erloschen wäre. Dann müßte ihm

der Beklagte nämlich aufgrund seines Versprechens im Abtretungsvertrag vom 18. Dezember 1980, für die volle Einzahlung des Geschäftsanteils zu haften, den Betrag erstatten. Dagegen könnte der Kläger, wenn die Verrechnungsabrede vom Februar 1982 unwirksam wäre, entsprechend seinem vom Beklagten anerkannten Hilfsantrag nur die Leistung der dann noch ausstehenden Einlage an die GmbH verlangen. Denn in diesem Fall wäre die Verpflichtung des Beklagten, ihm den Geschäftsanteil frei von Einlageansprüchen zu übertragen, noch erfüllbar und durch Zahlung an die Gesellschaft zu erfüllen. Eine Zahlung an den Kläger würde den Beklagten im Hinblick auf seine nach § 16 Abs. 3 GmbHG bestehen gebliebene Einlageschuld gegenüber der GmbH der Gefahr aussetzen, doppelt leisten zu müssen.

II. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe die Stammeinlage von 22.500 DM im Wege der vereinbarten Verrechnung mit seinem Darlehensanspruch wirksam an die GmbH bezahlt. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stehe dem nicht entgegen. Diese Vorschrift verbiete nur die einseitige Aufrechnung gegen den Einlageanspruch der Gesellschaft, nicht aber Aufrechnungsverträge unter der Voraussetzung, daß der Gegenanspruch des Gesellschafters fällig, liquide und wirtschaftlich vollwertig sei (vgl. BGHZ 15, 52, 57, 60; 42, 89, 93). Daß es an dieser Voraussetzung fehle, sei nicht dargetan. Insbesondere dürfe aus einer etwaigen Überschuldung der GmbH im Februar 1982, wie sie der Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt hat, nicht auf ein zur Rückzahlung des Darlehens ungenügendes Gesellschaftsvermögen geschlossen werden. Diese Ausführungen sind rechtlich unhaltbar, wie die Revision zutreffend rügt.

Für die Frage, ob eine Forderung gegen die Gesellschaft vollwertig ist, kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft noch über flüssige Mittel verfügt, aus denen sie den Gesellschafter-Gläubiger alsbald befriedigen könnte. Vielmehr ist auf die Gesamtheit der Gläubiger abzustellen. Reicht das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr aus, alle fälligen Ansprüche gegen sie zu erfüllen, so sind auch die einzelnen Forderungen in ihrem Wert gemindert; dem kann der Gläubiger durch eine Wertberichtigung oder Abschreibung in seiner Bilanz Rechnung tragen. Ist die Gesellschaft, wie der Beklagte hier für September 1981 und die spätere Zeit behauptet und das Berufungsgericht unterstellt hat, überschuldet, so fehlt der Gegenforderung des Gesellschafters offensichtlich die Vollwertigkeit und damit eine wesentliche Bedingung für die Zulässigkeit einer Verrechnung mit dem Einlageanspruch (Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 19 Rdn. 40, 43; Scholz/Winter, GmbHG, 6. Aufl., § 19 Anm. 15, 16; Scholz/Priester, ebenda, § 56, Anm. 18, 25).

III. Anders könnte es sich verhalten, wenn, wie im Berufungsurteil offengeblieben ist, die Gesellschaft zur Zeit der Verrechnungsabrede zwar an Kapitalmangel gelitten oder ihr Reinvermögen (einschließlich noch offener Einlageforderungen) sogar schon unter dem satzungsmäßigen Stammkapital gelegen hätte, sie aber noch nicht überschuldet gewesen wäre und deshalb bei rechtzeitiger Abwicklung noch sämtliche Gläubiger hätten befriedigt werden können. Dann könnte die Darlehensforderung des Klägers möglicherweise noch vollwertig und ihre Verrechnung mit seiner Einlageschuld unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden gewesen sein (vgl. Gersch/Herget/Marsch/Stützle, Die GmbH-Reform 1980, Rdn. 344; Scholz/Priester aaO).

In diesem Fall käme es weiter darauf an, ob das Darlehen nach den §§ 32 a, 32 b GmbHG, 32 a KO, 3 b AnfG oder nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen als Kapitalersatz zu behandeln und deshalb seine Rückgewähr an den Kläger unzulässig gewesen wäre. Denn durch Verrechnung mit einem Gesellschafterdarlehen, das fehlendes Stammkapital ersetzt und dessen Rückzahlung deshalb verboten ist, kann der Einlageanspruch gegen den Gesellschafter auch bei Einverständnis der Gesellschaft ebensowenig wie durch die Verrechnung mit einer nicht vollwertigen Gegenforderung getilgt werden. Die Vorschriften des § 19 Abs. 2 und 5 und des § 56 GmbHG sollen sicherstellen, daß Einlagen tatsächlich in Geld an die Gesellschaft geleistet werden und diese dadurch flüssige Mittel erhält, soweit die Satzung oder der Kapitalerhöhungsbeschluß nicht gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 56 Abs. 1 Satz 1 GmbHG etwas anderes bestimmen. Diese Vorschriften und der ihnen zugrundeliegende Rechtsgedanke schließen daher die wirksame Erfüllung von Bareinlageverpflichtungen durch Sacheinlagen, zu denen auch die Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft zu rechnen ist, grundsätzlich aus, es sei denn, daß hierdurch die Aufbringung des Stammkapitals in keiner Weise beeinträchtigt wird und die Gesellschaft zustimmt (BGHZ 15, 52, 57, 60). Damit wäre es unvereinbar, wenn es einem Gesellschafter gestattet würde, seine Bareinlageschuld im Wege der Verrechnung mit einem Darlehen zu erfüllen, das als Ersatz für fehlendes Eigenkapital wie dieses rechtlich gebunden ist und dessen Rückzahlung deshalb die Eigenmittel der Gesellschaft nicht verstärken, sondern im Gegenteil unzulässig verringern würde.

Auf eine Kapitalersatzfunktion des Darlehens, das mit der Einlageforderung gegen den Kläger verrechnet wurde,

deutet die Feststellung des Berufungsgerichts hin, die nur wenige Monate nach der Darlehenshingabe im September 1981 liegende Ablehnung des Konkursantrags mangels Masse spreche dafür, daß die Gesellschaft schon bei der Hingabe des Darlehens unterkapitalisiert gewesen sei. Die Folgen, die sich hieraus ergeben würden, sind verschieden, je nachdem, ob man von der Rechtslage nach den Vorschriften der GmbH-Novelle von 1980 oder nach den auf die §§ 30, 31 GmbHG gestützten Rechtsprechungsgrundsätzen zum kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen ausgeht.

1. Eine Anwendung des § 32 a GmbHG i.Verb.m. § 32 a KO scheitert daran, daß ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen der GmbH mangels Masse nicht eingeleitet worden ist. Auch zu einer Gläubigeranfechtung nach § 3 b Satz 2 i.Verb.m. §§ 5, 9 AnfG ist es innerhalb der dort bestimmten Jahresfrist nicht gekommen. Die vom Berufungsgericht erwogene entsprechende Anwendung der §§ 32 a, 32 b GmbHG, 32 a KO, 3 b AnfG auf den Fall, daß ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren nicht stattgefunden hat (so Scholz/Winter aaO, §§ 32 a, 32 b Anm. 121 für den - hier nicht vorliegenden - Fall der förmlichen Liquidation) stößt auf das Bedenken, daß § 3 b AnfG auch diesen Sachverhalt regelt und dabei zwar die Anfechtbarkeit einer Darlehensrückgewähr binnen Jahresfrist vorsieht, aber kein Verbot der Zurückzahlung selbst nach dem Muster des § 30 GmbHG enthält. Die Analogie könnte jedenfalls nicht dazu führen, daß die Rückzahlung noch nach Ablauf der Jahresfrist als unzulässig gerügt werden könnte, obwohl die dafür vorgesehene Sanktion des § 3 b Satz 2 AnfG dann ausgeschlossen ist. Damit entfällt die Möglichkeit, die Verrechnungsabrede vom Februar 1982 mit Rücksicht auf jene gesetzlichen Vorschriften als unwirksam anzusehen,

und folglich insoweit auch die von der Revision gesehene Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Beklagten.

2. Dagegen könnten die vom Senat aufgestellten Grundsätze über die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu dem Ergebnis führen, daß die Verrechnungsvereinbarung nichtig wäre, der Kläger infolgedessen seine Einlageschuld nicht getilgt hätte und er deshalb vom Beklagten nur die Leistung der Einlage an die Gesellschaft verlangen könnte. Denn wenn das Darlehen des Klägers als Kapitalersatz zu betrachten gewesen wäre, hätte einem Rückgewähranspruch, auch wenn die GmbH nicht überschuldet war, der Einwand aus § 30 Abs. 1 GmbHG entgegengestanden, soweit die Darlehensvaluta verlorenes Stammkapital abdeckte (BGHZ 76, 326, 335). Schon deswegen hätten die Voraussetzungen, unter denen eine Aufrechnung mit Einlageforderungen durch die Gesellschaft oder im beiderseitigen Einvernehmen trotz § 19 Abs. 2 und 5 GmbHG gestattet ist, nicht vorgelegen. Darauf könnte sich entgegen den Ausführungen der Revisionserwiderung auch der Beklagte berufen, um die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme wegen der noch nicht gezahlten Einlage zu vermeiden.

Das Berufungsgericht verneint allerdings entgegen verbreiteter Auffassung (vgl. hierzu die Nachweise bei Joost, ZHR 1984, 27, 44 Fn. 56) eine Fortgeltung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum kapitalersetzenden Darlehen neben der am 1. Januar 1981 in Kraft getretenen Neuregelung der GmbH-Novelle. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht.

a) Weder der Wortlaut der neuen Vorschriften noch die Gesetzesbegründung lassen erkennen, daß neben ihnen für eine Anwendung jener Grundsätze kein Raum mehr sein sollte. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hatte unter anderem Raiser bei seiner Anhörung als Sachverständiger dringend empfohlen, mit Rücksicht auf die vom Gesetz nicht erfaßten, aber ebenfalls regelungsbedürftigen Tatbestände klarzustellen, daß der Weg für eine weitere Anwendung und Fortbildung der von der Rechtsprechung aufgestellten Regeln nicht versperrt sei (Dt.Bundestag, Sten.Prot. über die 3. Sitzung der Arbeitsgruppe GmbH-Reform am 7.2.1979 S. 47 f). Der federführende Rechtsausschuß des Bundestages ist dieser Anregung zwar nicht ausdrücklich gefolgt, hat aber andererseits auch nichts Gegenteiliges ausgesprochen, sondern sich in seinem Bericht gerade auf jene Empfehlungen von Raiser zustimmend bezogen (BTDs.8/3908 S. 67).

Es trifft auch nicht zu, daß die Begründung zum Regierungsentwurf, wie das Berufungsgericht meint, deutlich darauf hinweise, die Rechtsfolgen einer Unterkapitalisierung hätten durch das neue Gesetzesrecht abschließend bestimmt werden sollen. Es heißt dort (Vorbem.zu §§ 32 a, 32 b GmbHG, BTDs. 8/1347 S. 39):

"Rechtsprechung und Schrifttum haben bisher die Rechtsfolgen für Gesellschafterdarlehen, die an Stelle einer gebotenen Eigenkapitalzuführung gewährt worden sind, nur auf allgemeine Grundsätze stützen können. Um insoweit eine eigene gesetzliche Rechtsgrundlage zu schaffen und um bestehende Zweifelsfragen soweit wie möglich auszuräumen, wird in den §§ 32 und 32 b eine besondere Regelung über Gesellschafterdarlehen vorgesehen."

Daß diese "besondere Regelung" jene allgemeinen Grundsätze auch dort verdrängen sollte, wo sich deren Anwendung

weiterhin als sinnvoll und notwendig erweisen werde, ist damit nicht gesagt. Die Verfasser des Regierungsentwurfs mögen die Vorstellung gehabt haben, der Entwurf regele umfassend und ausreichend den Gläubigerschutz bei kapitalersetzenden Darlehen und bedürfe daher keiner Ergänzung durch ein Rückzahlungsverbot, wie es Rechtsprechung und Schrifttum, anknüpfend an § 30 GmbHG, für solche Darlehen entwickelt haben. Diese Vorstellung wäre aber, wie noch auszuführen sein wird, unzutreffend gewesen und hätte im Wortlaut des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden. Zudem wäre sie durch den späteren Verlauf überholt. So hat der Gesetzgeber die weitere Entwicklung der Rechtsprechung und namentlich das grundlegende Urteil des Senats vom 24. März 1980 (BGHZ 76, 326) bei der endgültigen Fassung der Novelle nicht mehr berücksichtigt. Diese Fassung weicht auch vom Regierungsentwurf ab und ist ihm gegenüber stark gekürzt. Im Bericht des Rechtsausschusses heißt es dazu unter anderem, der Ausschuß habe auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet, wenn sich diese bereits aus dem geltenden, auch dem ungeschriebenen Recht ergebe; die Vorschriften über kapitalersetzende Darlehen könnten das Ziel eines umfassenden Gläubigerschutzes nur erreichen, wenn sie nicht als abschließende Regelungen verstanden würden, sondern den Weg der Analogie oder einer sonstigen Weiterbildung offen ließen (BTDs. 8/3908 S. 67, 68). Diese Ausführungen mögen in erster Linie auf die Generalklausel des § 32 a Abs. 3 GmbHG gemünzt sein, nach der die Vorschriften der Absätze 1 und 2 für wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen sinngemäß gelten sollen (vgl. Ausschußbericht aaO, S. 73 f. zu Nr. 15). Sie lassen aber die allgemeine Tendenz erkennen, Rechtsprechung und Rechts-

wissenschaft bei der Fortentwicklung des geltenden Rechts aus Gründen eines wirksamen Gläubigerschutzes so wenig wie möglich einzuengen.

Die Regelungsbereiche der GmbH-Novelle und der Rechtsprechung zum kapitalersetzenden Darlehen decken sich auch nicht in einer Weise, daß daraus zwingend auf die ausschließliche Geltung der gesetzlichen Regelung zu schließen wäre. Sie unterscheiden sich vielmehr vor allem in der rechtlichen Konstruktion und den Rechtsfolgen nicht unwesentlich voneinander. Während die auf den §§ 30, 31 GmbHG aufbauende Rechtsprechung eine Auszahlungssperre oder einen (in 5 Jahren verjährenden) Rückgewähranspruch entsprechend diesen Vorschriften auf den Nennbetrag des Stammkapitals begrenzt, auch wenn das Gesellschafterdarlehen einen darüber hinausgehenden Kapitalbedarf abdeckt (BGHZ 76, 326, 335), kennt die konkurs- und anfechtungsrechtliche Lösung der Novelle keine solche Grenze. Andererseits sind nach dieser Lösung die Möglichkeiten, die Kapitalersatzfunktion eines Gesellschafterdarlehens geltend zu machen, auf die Fälle des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens und außerhalb dieser Verfahren auf eine Gläubigeranfechtung beschränkt, und auch diese Möglichkeiten sind, wenn das Darlehen schon zurückgezahlt worden ist, davon abhängig, ob innerhalb eines Jahres das Konkursverfahren eröffnet wird oder ein Gläubiger die Rückgewähr anfecht (§ 32 b GmbHG, § 32 a Satz 2 KO, § 3 b Satz 2 AnfG). Ein Recht des Geschäftsführers der GmbH, die Darlehensvaluta, solange sie als Kapitalersatz benötigt wird, einzubehalten oder, wenn sie zurückgewährt wurde, vom Empfänger Erstattung zu verlangen, wird hierdurch nicht begründet.

Das gilt unabhängig von der Jahresfrist. Ist diese Frist noch nicht verstrichen, so wäre der Geschäftsführer, wenn man es bei der Regelung der Novelle bewenden ließe, bei Fälligkeit des Darlehens genötigt, dem Verlangen des Gesellschafter-Gläubigers auf Auszahlung ohne Rücksicht auf den Kapitalbedarf der Gesellschaft nachzukommen und damit eine nach dem Gesetz anfechtbare Leistung zu bewirken, die er von sich aus nicht mehr zurückfordern könnte. Der Ausweg, nach der Rückzahlung einen Gesellschaftsgläubiger zu veranlassen, rechtzeitig die Voraussetzungen des § 2 AnfG zu schaffen und dann die Rechtshandlung nach § 3 b Satz 2 AnfG anzufechten, erscheint rechtlich fragwürdig und praktisch kaum gangbar. Gerade für die in der Praxis besonders wichtigen Fälle der stillen Liquidation und der Ablehnung oder Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Masse bieten hiernach die neuen Vorschriften keinen ausreichenden Schutz gegen eine Beeinträchtigung des haftenden Gesellschaftsvermögens durch verfrühten Abzug eines als Kapitalersatz dienenden Gesellschafterdarlehens. Sie erfassen diese Fälle nur in den sehr engen Grenzen des § 3 b AnfG.

Die Regelung der GmbH-Novelle weist daher wesentliche Lücken auf, wie auch diejenigen Autoren vermerken, die eine Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze über den 1. Januar 1981 hinaus verneinen (vgl. Scholz/Winter aaO, §§ 32 a, 32 b Anm. 14, 121). Eine Anwendung dieser Grundsätze auch auf Darlehen, die nach dem 1. Januar 1981 gewährt wurden, wäre geeignet, diese Lücken bis zu der aufgezeigten Grenze - Nennbetrag des Stammkapitals - zu schließen.

c) Hierfür besteht auch ein unabweisbares Bedürfnis. Mit den Vorschriften der GmbH-Novelle und namentlich der

§§ 32 a, 32 b GmbHG, 32 a KO, 3 b AnfG hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, den Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu verbessern (RegEntw. aaO, S. 1, 27, 39; Ausschlußbericht aaO, S. 66). Mit diesem Gesetzeszweck wäre es unvereinbar, die Grundsätze, die von der Rechtsprechung anhand der §§ 30, 31 GmbHG aufgestellt worden sind, fortan nicht mehr anzuwenden, ohne daß die neuen Vorschriften einen gleichwertigen Gläubigerschutz bieten. Denn damit würde dem Gesetzgeber zu Unrecht der Wille unterstellt, hinter dem von der Rechtsprechung schon erreichten Stand zurück-zubleiben (Fischer, GmbHG, 10. Aufl., § 32 a Anm. 1; Ulmer in Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, 1981, S. 66, 82 f.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften 1983, § 38 II 4; vgl. auch K. Schmidt, ZIP 1981, 689, 696 f.). Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Vorschriften der Novelle sollten lediglich die Gesellschaftsgläubiger, aber nicht die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter schützen (vgl. Begr.RegEntw. aaO, S. 39 re. Sp.; Scholz/Winter aaO, §§ 32 a, 32 b Anm. 14). Denn auch die §§ 30, 31 GmbHG und die darauf beruhende Rechtsprechung zum kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen dienen dem Gläubigerschutz.

Die weitere Anwendung dieser Rechtsprechung neben den neuen Vorschriften widerspricht daher nicht der Wertung des Gesetzes, sondern verwirklicht im Gegenteil gerade das, was der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften erreichen wollte, indem sie auf einem anderen rechtlichen Weg Tatbestände erfaßt, auf die sich die Neuregelung nicht erstreckt, deren Einbeziehung in den Gläubigerschutz aber durchaus im Sinne dieser Regelung liegt. Die neuen Bestimmungen behalten daneben ihre volle Bedeutung vor allem dort, wo sie weiter gehen als die Rechtsprechung. So begründet die

Frist der §§ 32 b GmbHG, 32 a Satz 2 KO, § 3 b Satz 2 AnfG die unwiderlegbare Vermutung, daß ein Gesellschafterdarlehen, das bei der Hergabe Eigenkapital ersetzen mußte, diese Funktion auch noch im Zeitpunkt der Rückzahlung hatte, wenn innerhalb eines Jahres danach der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet wird oder ein Gläubiger, der aus diesem Vermögen keine Befriedigung erlangen kann, die Rückgewähr anfigt (vgl. Begr.RegEntw. aaO, S. 41 zu § 32 b Abs. 2; aM K. Schmidt, ZGR 1980, 567, 577 f.; Geßler, ZIP 1981, 228, 233 re. Sp.). Demgegenüber läßt die Rechtsprechung zu §§ 30, 31 GmbHG den Gläubigern den Gegenbeweis offen, das Darlehen habe im Zeitpunkt seiner Rückzahlung keine kapitalersetzende Funktion mehr gehabt. Vor allem ergreifen die neuen Gesetzesvorschriften im Gegensatz zur Rechtsprechung auch den Teil eines anstelle notwendiger Eigenmittel gegebenen Gesellschafterdarlehens, der über den Nennbetrag des Stammkapitals hinausgeht.

IV. Die Entscheidung hängt hiernach von der wirtschaftlichen Lage der GmbH namentlich im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung ab. Um die hierzu notwendigen Feststellungen zu ermöglichen, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh