

Professor Dr. jur. Günter Reiner und Sabine Brakemeier, Hamburg*

Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?

Höchstrichterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht ist nicht immer ein Gewinn. Manchmal nämlich beruht sie nicht auf Gesetzeslücken, sondern auf unzureichender Sachverhaltsaufklärung durch die Instanzgerichte. Das Revisionsgericht versucht dann, durch Korrekturen an den rechtlichen Stellschrauben zum „richtigen“ Ergebnis zu gelangen. Im konkreten Rechtsstreit mag das gelingen; darüber hinaus aber drohen unabsehbare rechtliche Folgewirkungen. Ein jüngeres Beispiel zum Kapitalschutz bei der GmbH bestätigt diese langjährige Beobachtung wieder einmal.

I. Einleitung

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH¹ werden Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter zu Lasten des gebundenen Vermögens am Verbot der Einlagenrückgewähr gemessen. Diese Auslegung des § 30 Abs. 1 GmbHG hat vielfältige Reaktionen in der Literatur ausgelöst.² Dabei wurde insbesondere die Problematik der Auswirkungen auf das sog. Cash Pooling im Konzern eingehend behandelt.³ Demgegenüber kamen die systematischen Schwächen der Argumentation und Verbesserungsvorschläge bislang in der Diskussion zu kurz. Diese Gesichtspunkte sollen in dem folgenden Beitrag näher beleuchtet werden. Hierzu wird der Standpunkt des BGH in seinen wesentlichen Aussagen kurz skizziert (II.) sowie einer kritischen Würdigung im Hinblick auf formale Schwächen und rechtliche Folgewirkungen unterzogen (III.). Anschließend werden alternative Lösungsansätze aufgezeigt, mit denen sich die dargelegten Kritikpunkte vermeiden lassen (IV.).

II. Standpunkt des BGH

1. Sachverhalt

In der Leitentscheidung des BGH ging es um Kredite einer GmbH an ihre Gesellschafter zu Lasten des gebundenen Vermögens. Das

Stammkapital der Gesellschaft betrug DM 50 000, Unternehmensgegenstand waren Immobilienhandel und Bauträgergeschäfte. A und B waren Gründungsgesellschafter, wobei A seine Beteiligung von 90% treuhänderisch auf seine Ehefrau C, die spätere Beklagte, übertrug. Satzungsmäßige Geschäftsführer waren im fraglichen Zeitraum die einzelvertretungsberechtigten B und C. Tatsächlich nahm an der Seite des B jedoch nicht C, sondern ihr Ehemann A die Geschäftsleitung wahr. Im Namen der Gesellschaft und ohne Wissen und Willen der C gewährten sich A und B Darlehen in Höhe von insgesamt DM 1 Mio. Laut Feststellung des LG⁴ wurden die Kredite „zu einem Zeitpunkt gewährt ..., als die Gesellschaft schon in finanzieller Notlage“ war. Die GmbH wurde danach insolvent. Die Darlehensrückzahlungsansprüche gegen A und B waren uneinbringlich. Der Insolvenzverwalter klagte daher gegen C auf Schadensersatz in Höhe der Darlehensvaluta. Das LG gab der Klage aus § 43 Abs. 1 GmbHG statt, weil es die Darlehen als unerlaubte Risikogeschäfte qualifizierte.⁵ Das OLG⁶ lehnte demgegenüber eine Geschäftsführerhaftung ab, da die Gesellschafter mit den Darlehen einverstanden gewesen seien. Zur finanziellen Lage der Ge-

* Professor Dr. Reiner hat die Professur für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität – Universität der Bundeswehr – inne. Sabine Brakemeier war dort Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff.

2 Siehe z. B. Bähr/Hoos, GmbHR 2004, 304 f.; Saenger/Koch, NZG 2004, 271 ff.; Lux, MDR 2004, 342 f.; Börner, BGHReport 2004, 534 f.; Heidenhain, LMK 2004, 68 f.; Helmreich, GmbHR 2004, 457 ff.; Wessels, ZIP 2004, 793 ff.; Binz, DB 2004, 1273 ff.; Schilmar, DB 2004, 1411 ff.; Vetter, BB 2004, 1509 ff.; Niemann, NZI 2004, 397 ff.; Fuhrmann, NZG 2004, 552 ff.; Seidel, DStR 2004, 1130 ff.; Servatius, DStR 2004, 1176 ff.; Schöne/Stolze, EWIR 2004, 911 f.; Wachter, GmbHR 2004, 1249 ff.

3 Hierzu Schilmar, DB 2004, 1411 ff.; Fuhrmann, NZG 2004, 552 ff.; Seidel, DStR 2004, 1130 ff.; Reidenbach, WM 2004, 1421 ff.; Habersack, NZG 2004, 689 ff.; Langner/Mentgen, GmbHR 2004, 1121 ff.; Hahn, Der Konzern 2004, 641 ff.

4 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 7 der Urteilsgründe.

5 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 6–8 der Urteilsgründe.

6 OLG Nürnberg, Urt. v. 19. 4. 2001 – 13 U 3405/00, NZG 2001, 943.

sellschaft im Zeitpunkt der Kreditvergabe traf das OLG keine Feststellungen. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das OLG zurück.⁷

2. Wesentliche Aussagen

Nach Ansicht des BGH haftet die Geschäftsführerin C wegen unerlaubter Darlehensvergabe an A und B aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG. Das Darlehen an den satzungsmäßigen Geschäftsführer B verstoße gegen § 43 a GmbHG. Dafür sei C als Mitgeschäftsführerin auch ohne Kenntnis mitverantwortlich. Demgegenüber verstoße das Darlehen an A nicht gegen § 43 a GmbHG. Die Vorschrift sei nicht analog auf Gesellschafter anwendbar, weil der Gesetzgeber die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Tatbestand der Vorschrift ausdrücklich abgelehnt habe.⁸ Das Gericht sieht in der Darlehensvergabe an A aber eine Verletzung des § 30 GmbHG. A sei aufgrund seiner Treuhänderstellung als mittelbarer Gesellschafter anzusehen. Die Valutierung seines Darlehens sei daher eine verbotene Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen. Dafür hafte C als Geschäftsführerin nach §§ 43 Abs. 2, 3 GmbHG. Die Vollwertigkeit des (Darlehens-)Rückzahlungsanspruchs stehe der Annahme einer verbotenen Auszahlung i. S. des § 30 GmbHG nicht entgegen.

Zwar gebiete diese Norm keinen gegenständlichen Eigentumschutz, sondern lediglich eine „rechnerische Wertbindung“ des satzungsmäßigen Garantievermögens. Dabei greife aber eine rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise zu kurz.⁹ Mit dem Ziel der Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse sei es nicht vereinbar, „wenn die Gesellschafter der GmbH zu Lasten des gebundenen Gesellschaftsvermögens Kapital entziehen könnten und der GmbH im Austausch für das fortgegebene reale Vermögen (von etwaigen Zinsansprüchen einmal abgesehen) nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbliebe“.¹⁰ Der „Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung“ verschlechtere „die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger“.¹¹

Darüber hinaus argumentiert der BGH mit dem in § 19 GmbHG hineininterpretierten Stundungsverbot.¹² Ebenso wie die Einlageforderung dürfe der „funktionell vergleichbare Erstattungsanspruch“¹³ nicht gestundet werden. Wegen der Gefahr einer Umgehung des Stundungsverbots könne die Gewährung eines Darlehens nicht gebilligt werden.¹⁴

III. Kritische Würdigung

Die vorstehend skizzierte Argumentation weist formale Schwächen auf (1.) und zieht zweifelhaft rechtliche Folgewirkungen nach sich (2.).

1. Formale Schwächen der Argumentation

a) Argumentationsfehler in Bezug auf das Stundungsverbot

Der BGH betrachtet die Gewährung des Darlehens als Umgehung des Stundungsverbots. Diese Aussage könnte nur dann überzeugen, wenn dem Darlehen eine *separate* verbotswidrige Auszahlung von Stammkapital vorausgegangen und das Darlehen nur deshalb gewährt worden wäre, um dem Gesellschafter im wirtschaftlichen Ergebnis (durch Hin- und Herzahlung) eine Stundung seiner Rückerstattungsverpflichtung hinsichtlich *dieser* Auszahlung zu ermöglichen. Das Stundungsverbot betrifft nämlich Einlageansprüche oder diesen vergleichbare Erstattungsansprüche nach § 31 GmbHG und setzt diese voraus. Es eignet sich nicht, um Erstattungsansprüche erst noch zu begründen. Damit verkennt der BGH die Voraussetzungen des Stundungsverbots. Ein echter „Zirkelschluss“, wie im Schrifttum bereits beanstandet wurde,¹⁵ ist dies freilich nicht. Dazu hätte der BGH nicht nur vom Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG auf das Stundungsverbot, son-

dern auch umgekehrt vom Stundungsverbot auf den Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG schließen müssen.

Die vom BGH in Bezug genommene¹⁶ Entscheidung BGHZ 81, 311,¹⁷ gebietet keine andere Beurteilung. Dieses Judikat passt nicht auf den vorliegenden Fall. Dort qualifiziert der BGH zwar gleichermaßen die Stundung eines anderen Anspruchs als denjenigen nach § 31 GmbHG – nämlich eines Kaufpreisanspruchs gegen den Gesellschafter – als verbotene Auszahlung, soweit er zu Lasten des Stammkapitals geht. Im Unterschied zu der dort wohl zinslos gewährten Stundung unterstellt der BGH nunmehr aber, dass das Darlehen marktgerecht verzinst wurde und somit dem Drittvergleich standhielt.¹⁸

b) Ungleichbehandlung von Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern

Eine weitere Ungereimtheit besteht in der Ungleichbehandlung von Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern. Die vorliegende Entscheidung bezieht sich auf §§ 30, 43 Abs. 3 GmbHG und damit auf *Gesellschafter* als Empfänger verbotener Auszahlungen. Die Argumentation des BGH – Abzug von Liquidität durch Darlehen als Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens und damit als „Schaden“ – ist jedoch ohne weiteres auf Nichtgesellschafter übertragbar. Aus der Urteilsbegründung wird insoweit nicht plausibel, warum nicht auch marktgerechte Darlehen an Dritte die Geschäftsführerschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen.

c) Logische Widersprüche hinsichtlich des Ausnahmetatbestands

Hinzu kommen logische Widersprüche hinsichtlich des vom BGH angedeuteten Ausnahmefalls, wo er (möglicherweise) Darlehen an die Gesellschafter nicht als Auszahlung i. S. des § 30 GmbHG qualifizieren möchte. Diese Ausnahme könnte im Ergebnis durchaus einleuchten, verwickelt das Gericht aber in logische Widersprüche. Im Einzelnen nennt der BGH drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen, unter denen er die Zulässigkeit eines Darlehens auf Kosten des Stammkapitals zumindest nicht ausschließen will:¹⁹

- (1) Die Darlehensvergabe liegt „im Interesse der Gesellschaft“;
- (2) die „Darlehensbedingungen“ halten einem „Drittvergleich“ stand und

7 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter III.
 8 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.a. (mit Hinweis auf BT-Drucks. 8/1347, 74).
 9 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.aa., bb.
 10 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb. unter Berufung auf *Stimpel*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 335, 349, 352.
 11 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb., unter Berufung auf BGH, Urt. v. 21. 9. 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 320 f. = BB 1981, 2026.
 12 Z. B. *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 19 Rn. 55.
 13 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.cc., unter Verweisung auf BGH, Urt. v. 29. 5. 2000 – II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 341 = BB 2000, 1483 ff. („Balsam/Procedo“).
 14 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.cc.
 15 So unter Verweisung auf die Systematik von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite *Vetter*, BB 2004, 1509, 1513, sowie *Servatius*, DStR 2004, 1176, 1178; ähnlich *Schilmar*, DB 2004, 1411, 1412; *Langner/Mentgen*, GmbHR 2004, 1121, 1127.
 16 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb.
 17 BGH, Urt. v. 21. 9. 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311 = BB 1981, 2026.
 18 Zum Drittvergleich am Maßstab des „gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnden Geschäftsführers“ als bisher üblichem Maßstab der Rechtsprechung zur Abgrenzung „normaler Austauschgeschäfte“ von „verdeckten Ausschüttungen“ siehe z. B. BGH, Urt. v. 13. 11. 1995 – II ZR 113/94, BB 1996, 128 f. = NJW 1996, 589, unter I.1. m. w. N.
 19 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.dd.: „kann dahinstehen ...“.

Reiner | Brakemeier | Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?

(3) (sinngemäß) die Rückzahlung des Darlehens ist sicher bzw. gesichert.

Gleichzeitig stellt das Gericht aber klar, dass es für seine Beurteilung weder auf die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs²⁰ noch darauf ankommt, ob das Darlehen „ordnungsgemäß verzinst“ ist.²¹ Von daher bleibt von den drei Ausnahmekriterien als einziges die Darlehensvergabe im Gesellschaftsinteresse übrig. Da der BGH aber gleichzeitig annimmt, dass der Ausnahmetatbestand „im Streitfall ersichtlich nicht eingreift“,²² unterstellt er implizit, dass die Darlehensvergabe im konkreten Fall *nicht* im Gesellschaftsinteresse lag. Andernfalls nämlich wären sämtliche Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands gegeben, was das Gericht jedoch verneint.

Liegt die Darlehensvergabe aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht im Gesellschaftsinteresse, ist es nur selbstverständlich, dass diese Maßnahme die Geschäftsführerhaftung nach sich zieht. Der Standard des ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1, 3 GmbHG ist nämlich nach allgemeiner Meinung immer verletzt, wenn eine Geschäftsführungsmaßnahme nicht dem Gesellschaftsinteresse entspricht.²³ Des argumentativen Umwegs über §§ 30, 43 Abs. 3 GmbHG hätte es dann gar nicht bedurft, es sei denn, die Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses bestehe gerade in dem Verstoß gegen § 30 GmbHG. Damit aber gerät man in einen (echten²⁴) Zirkelschluss, soll doch die Frage, ob trotz Darlehensgewährung auf Kosten des Stammkapitals ausnahmsweise kein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegt, ihrerseits davon abhängen, ob die Maßnahme gegen das Gesellschaftsinteresse verstößt (oben (1)). Möglicherweise ließ sich der BGH zum genannten Argumentationsfehler verleiten, weil er im konkreten Fall – ohne dies explizit sagen zu wollen oder dürfen – anhand der Aktenlage davon ausgehen musste, dass die Darlehen *aus anderen (herkömmlichen) Gründen* gegen das Gesellschaftsinteresse verstießen.²⁵

2. Rechtliche Folgewirkungen der Argumentation

Über ihre formalen Schwächen hinausgehend führt die Argumentation des BGH zu untragbaren rechtlichen Folgewirkungen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden im Folgenden vier Bereiche herausgegriffen (a.–d.).

a) Wertungswidersprüche zu § 43 a GmbHG

aa) „Faktische“ analoge Anwendung des § 43 a GmbHG auf Gesellschafter

Die Subsumtion der Darlehensgewährung unter den Begriff der „Auszahlung“ (§ 30 GmbHG) bzw. „Zahlung“ (§ 31 GmbHG) bewirkt, dass der GmbH jede Art von Krediten an die Gesellschafter unabhängig von ihrer Bedeutung für das unternehmerische Gesellschaftsinteresse²⁶ verboten sind, soweit diese aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen bezahlt werden. Insoweit läuft dies – zumindest in Bezug auf die Rechtsfolge des Verbotens einer Darlehensgewährung²⁷ – auf eine Erweiterung des in § 43 a GmbHG genannten Kreises der betroffenen Kreditnehmer auf Gesellschafter, also auf die analoge Anwendung des § 43 a GmbHG auf Gesellschafter hinaus.²⁸

Genau diese Analogie aber wollte der BGH nach eigenem Bekunden gerade vermeiden: Der Regelungsbereich des § 43 a GmbHG beschränke sich – so der BGH – auf Geschäftsführer und die dort genannten weiteren Vertretungspersonen. Die Bestimmung könne entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung „nicht in analoger Anwendung auf Gesellschafter übertragen“ werden, weil der Gesetzgeber die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Tatbestand der Vorschrift ausdrücklich abgelehnt habe.²⁹ Der damit zum Ausdruck gebrachte Respekt des Gerichts

vor dem Willen des historischen Gesetzgebers bleibt also reines Lippenbekenntnis, betrachtet man das praktische Ergebnis seiner Rechtsprechung.

bb) Überlagerung des § 43 a GmbHG durch § 30 GmbHG

Im Übrigen bewirkt die Rechtsprechung de facto eine Überlagerung des § 43 a GmbHG durch § 30 GmbHG. In der GmbH-Praxis sind die Geschäftsführer überwiegend gleichzeitig Gesellschafter.³⁰ In den Fällen des § 43 a GmbHG konkurrieren regelmäßig auf Seiten des Geschäftsführers in seiner Eigenschaft als Vertreter der darlehensgewährenden GmbH (Schadensersatzhaftung) die §§ 43 Abs. 1 i.V.m. 43 a S. 1 GmbHG mit den §§ 43 Abs. 1 und 3, 30 GmbHG und auf Seiten des Darlehensempfängers (Rückerstattungspflicht) die §§ 43 a S. 1 GmbHG mit § 31 GmbHG. Für den Normalfall, wenn nämlich der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist, wird § 43 a GmbHG somit schon aus diesem Grunde entbehrlich. Diese Fälle sind dann bereits über §§ 43, 30 f. GmbHG lösbar. Praktisch relevant wird § 43 a GmbHG dann nur noch in den Ausnahmefällen, wo der Geschäftsführer nicht gleichzeitig Gesellschafter ist. Wenn der Gesetzgeber dies wirklich gewollt hätte, hätte er dies in § 43 a GmbHG zum Ausdruck bringen können – z. B. dadurch, dass er in § 43 a S. 1 GmbHG statt von „Geschäftsführern“ von „Fremdgeschäftsführern“ spricht.

Hinzu kommt noch ein weiterer Aspekt: Wendet man die Grundsätze des BGH konsequenterweise auf die in § 43 a GmbHG geregelten Sachverhalte an, gelangt man für jede Art von Krediten an den dort in Satz 1 genannten Personenkreis (aber auch an beliebige Dritte) auf Kosten des Stammkapitals (aber auch darüber hinaus, sofern nicht die Gesellschafter zugestimmt haben³¹) bereits über § 43 Abs. 1 GmbHG zu den Rechtsfolgen des § 43 a GmbHG. Auch marktgerecht verzinst und sichere Kredite führen dann nämlich zu einer „Verschlechterung“ der „Vermögenslage der Gesellschaft“.³² Folglich verstoßen solche Kredite gegen den Standard des ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG).

20 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c., vor aa.: „Kreditgewährungen an Gesellschafter ... zu Lasten des gebundenen Vermögens der Gesellschaft ... sind auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen ..., wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig sein sollte“.

21 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.cc.

22 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.dd.

23 Siehe z. B. BGH, Urt. v. 18. 3. 2002 – II ZR 369/00, BB 2002, 959 f. = WM 2002, 966, unter 3.: Der GmbH-Geschäftsführer ist „verpflichtet, im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Interesse der Gesellschaft über das eingebrachte Vermögen zu verfügen.“ Für die entsprechende Pflichtbindung des Vorstands einer AG siehe § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in der Fassung des RegE eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), wo ausdrücklich auf das „Wohl der Gesellschaft“ Bezug genommen wird.

24 Zu einem wohl nur scheinbaren Zirkelschluss des Gerichts s. o. III.1.a.

25 Dazu noch näher unten unter IV.1.c.

26 Zum Begriff des unternehmerischen Gesellschaftsinteresses siehe Reiner, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, 1995 (= http://www.gunterreiner.de/reiner1995_unternehmerisches-gesellschaftsinteresse.pdf), S. 10 ff.

27 Zur weiteren in § 31 GmbHG angeordneten Rechtsfolge gegen die Rückerstattungspflicht und den Problemen bei der Bestimmung des Gegenstands der Rückerstattung bei verbotswidrigen Darlehen siehe unten III.2.b.

28 So auch Helmreich, GmbHR 2004, 457, 462.

29 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.a., Bezug nehmend auf BT-Drucks. 8/1347, 74.

30 Vgl. hierzu Michalski, Gesellschaftsrecht 2, 2001, S. 49: In der Praxis werde „bei der GmbH angesichts der meist geringen Gesellschafterzahl und der personalistischen Ausgestaltung von der Möglichkeit, gesellschaftsfremde Dritte in die Geschäftsführung zu berufen, nicht annähernd so viel Gebrauch gemacht wie bei der AG“.

31 Allgemein zu haftungsbefreienden Wirkungen von Gesellschafterbeschlüssen siehe z. B. Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 12), § 43 Rn. 28.

32 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb.

Damit sind sie den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft – wie bei § 43a S. 1 GmbHG – per se verboten.³³ Die Gesellschaft braucht nicht erst zu warten, bis ein Schaden eingetreten ist. Die Rückerstattungspflicht des Empfängers gemäß § 43a S. 2 GmbHG lässt sich für Kredite an Gesellschafter-Geschäftsführer (Hauptanwendungsfall, s. o.) aus § 31 GmbHG und für Kredite an Fremdgeschäftsführer in aller Regel unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht aus den §§ 812 ff. BGB ableiten.³⁴ Dadurch wird § 43a GmbHG praktisch komplett überflüssig. Gleichzeitig wird der sachliche Anwendungsbereich des § 43 Abs. 1, 2 GmbHG weit über die Grenzen des § 43a GmbHG hinaus ausgedehnt. Diese Erkenntnis lässt nur einen Schluss zu: Im Gegensatz zum BGH sollte man umgekehrt aus § 43a GmbHG schließen, dass der Gesetzgeber die Kreditvergabe an den Geschäftsführer auf Kosten des Stammkapitals gerade nicht per se als Schaden betrachtet.

b) Rechtsposition des Darlehensempfängers

Im Ausgangsfall ging es um einen *Schadensersatzanspruch* der Gesellschaft gegen die *Geschäftsführerin* aus den §§ 43 Abs. 3 S. 1, 30 GmbHG. Nicht geäußert hat sich der BGH zu den Rechtsfolgen der unerlaubten Darlehensgewährung im Verhältnis zu den Empfängern der Darlehen, den *Gesellschaftern*. Probleme gibt es bezüglich des Darlehens (aa.) und bezüglich der Zinsen (bb.).

aa) Darlehen

Betrachtet man das Darlehen tatsächlich in *gesamter* Höhe als Einlagenrückgewähr, müsste eigentlich der *gesamte* Betrag nach § 31 Abs. 1 GmbHG zurückgezahlt werden. Dagegen spricht aber, dass „die Vermögenslage der Gesellschaft“, also das Gesellschaftsvermögen, keineswegs in der gesamten Höhe des Darlehens beeinträchtigt wird, sondern – nach Ansicht des BGH – dadurch, dass „liquide Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung“ ausgetauscht wird.³⁵ Konsequenterweise müsste allein dieser Minderwert zurückbezahlt werden.³⁶ Ob es sich überhaupt um einen (ökonomischen) Minderwert handelt, hängt von der Verzinsung des Darlehens ab.³⁷ Wenn die Zinsen ausreichend hoch sind, wird der Minderwert der zeitlich verschobenen Rückzahlung (Zeitwert des Geldes) (über)kompensiert. Gleiches gilt übrigens für den Minderwert des Kreditrisikos, das hier aber angeblich gar keine Rolle spielen soll. Der BGH aber stellt bei seiner Qualifizierung der Darlehensgewährung als verbotene Auszahlung nicht auf die Verzinsung ab. Für ihn scheint es bei der Beeinträchtigung des Stammkapitals durch den Aktivtausch (Darlehensvaluta gegen Rückzahlungsanspruch) auf den Verlust des Zeitwertes des Geldes nicht anzukommen. Ein anderer Minderwert ist aber bei einem Darlehen mit zu vernachlässigendem Kreditrisiko gar nicht denkbar. Hierin liegt ein Widerspruch der Argumentation des Gerichts in Bezug auf die ökonomische Beurteilung der Darlehensgewährung.

Weitere Probleme ergeben sich im Hinblick auf den *vertraglichen* Darlehensrückzahlungsanspruch (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB). Sollte der Darlehensvertrag wirksam sein, wovon nach der Rechtsprechung zum Verhältnis von § 31 GmbHG und § 134 BGB auszugehen ist,³⁸ würde der vertragliche Rückzahlungsanspruch durch die Rückerstattung nach § 31 GmbHG – selbst bei ausdrücklicher doppelter Tilgungsbestimmung³⁹ – nicht notwendigerweise erlöschen. Diese Gefahr besteht mindestens immer dann, wenn das Darlehen im Augenblick der Rückerstattung noch gar nicht fällig (§ 488 Abs. 3 S. 1, 2 BGB) und der Rückzahlungsanspruch noch nicht erfüllbar war (§§ 488 Abs. 3 S. 3, 271 Abs. 2 BGB). Aber selbst bei Erfüllbarkeit des Darlehensanspruchs ist die doppelte Erfüllungswirkung durchaus fraglich. Anders nämlich als in den Fällen der fehlerhaften Kapitalaufbringung nach § 19 Abs. 1 GmbHG, wenn dem Gesellschafter der eingezahlte Einlagebetrag

absprachegemäß umgehend als Darlehen zurückfließt, kann man vorliegend bezüglich des Rückerstattungsanspruchs nach § 31 GmbHG und des Darlehensrückzahlungsanspruchs nicht ohne weiteres von einer „Identität des Leistungsinteresses“⁴⁰ ausgehen. Rückerstattung einer auf (unrechtmäßigem) Liquiditätsabzug beruhenden Vermögensverschlechterung ist wirtschaftlich etwas anderes als Darlehensrückgewähr.

bb) Zinsen

Auch im Rahmen des § 43a GmbHG geht man von der Unanwendbarkeit des § 134 BGB und der fortbestehenden Wirksamkeit verbotswidriger Darlehen aus.⁴¹ Daraus wird gefolgert, dass der Kreditnehmer bis zur Rückgewähr des Kredits zur Zahlung von Zinsen aus dem Kreditgeschäft verpflichtet bleibt.⁴² Dementsprechend besteht auch keine Pflicht der Gesellschaft zur Rückgewähr bereits erbrachter Zinsen.⁴³ Überträgt man diese Grundsätze auf (angeblich) im Rahmen des § 30 GmbHG verbotene Darlehen an Gesellschafter, führt dies zu einem seltsamen Ergebnis, das der BGH wohl selbst nicht gewollt hat: Der Gesellschafter muss u. U. nicht nur einen Betrag in Höhe der Darlehensvaluta zurückbezahlen, ohne von seiner vertraglichen Rückzahlungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB befreit zu werden (oben aa), sondern darüber hinaus trotz Rückerstattung der verbotswidrigen Auszahlung bis zur vertragsgemäßen Beendigung des Darlehens weiterhin Zinsen entrichten. Obendrein kann er die bereits vor Rückerstattung entrichteten Zinsen nicht zurückverlangen; diese Zinsen – so hoch sie auch sein mögen – werden bei der Frage, ob das Darlehen eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt, nicht einmal zu seinen Gunsten in Anschlag gebracht.

c) Folgenwirkungen bei der AG

Untragbare Ergebnisse ergeben sich ferner, wenn man die BGH-Grundsätze auf die AG anwendet. Für sich genommen sollte die Erkenntnis, dass Darlehen an Gesellschafter die „Vermögenslage der Gesellschaft“ verschlechtern, ohne weiteres auf die AG übertragbar sein. Der gesellschaftsrechtliche Vermögensbegriff ist bei beiden Rechtsformen identisch und der Kapitalschutz bei der AG sogar noch strenger (§ 57 Abs. 3 AktG) als bei der GmbH. Demnach müsste jedes Darlehen an Aktionäre unabhängig vom Gesellschaftsvermögen und Grundkapital als verbotene Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 S. 1 AktG) qualifiziert werden und die Rechtsfolge des § 62 AktG nach sich ziehen.⁴⁴ Dies müsste konsequenterweise – entsprechend der vom BGH vertretenen objekti-

33 Siehe nur *Koppensteiner* (Fn. 31), § 43 Rn. 55.

34 Zum Missbrauch der Vertretungsmacht allgemein *Reiner* (Fn. 26), S. 110 ff., und zur gesellschaftsrechtlichen Bedeutung dieses Rechtsinstituts, insbesondere im Kontext der verbotenen Einlagenrückgewähr S. 114–129.

35 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb.

36 Grundsätzlich kritisch gegenüber der Behandlung unangemessener Austauschgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft als Fall der (objektiv verstandenen) Einlagenrückgewähr zugunsten einer subjektiven Lösung über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht *Reiner* (Fn. 26), S. 114–129.

37 Hierauf verweist auch *Helmreich*, GmbHR 2004, 457, 464.

38 BGH, Urt. v. 23. 6. 1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125 = BB 1997, 1807 f., unter I.2.

39 Zur Bedeutung der Tilgungsbestimmung bei der Erfüllung offener Einlageschulden siehe BGH, Urt. v. 17. 9. 2001 – II ZR 275/99, BB 2001, 2282 = NJW 2001, 3781 (ohne Gliederungspunkte).

40 So OLG Hamburg, Urt. v. 19. 11. 2004 – 11 U 45/04, ZIP 2004, 2431, unter II.3., zur Darlehensrückzahlung im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung.

41 Z. B. *Koppensteiner* (Fn. 31), § 43a Rn. 9 m. w. N. unter Verweisung auf die Gesellschafterneuerung.

42 Z. B. *Michalski*, in: *Michalski*, GmbHG, 2002, § 43a Rn. 40 m. w. N.; *Koppensteiner* (Fn. 31), § 43a Rn. 9.

43 Ähnlich *Koppensteiner* (Fn. 31), § 43a Rn. 9: „Unanwendbarkeit bereicherungsrechtlicher Normen“.

44 So auch *Wessels*, ZIP 2004, 793, 796.

Reiner | Brakemeier | Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?

ven Betrachtung⁴⁵ – sogar dann gelten, wenn es sich um einen Kleinaktionär handelt, dessen Aktionärseigenschaft der Geschäftsleitung gar nicht bekannt ist. Man stelle sich nur vor, dass eine in der Rechtsform der AG geführte Bank einem Privatkunden, der zugleich (anonymer) Inhaberaktionär ist, einen Verbraucherkredit gewährt.⁴⁶ Dieser Kredit wäre eine verbotswidrige Auszahlung, durch die sich der Vorstand haftbar machen würde (§ 93 Abs. 2 AktG) – ein absurdes Ergebnis.

Auch die aktienrechtliche Gesetzessystematik spricht gegen die Qualifizierung von Darlehen an Aktionäre als verbotene Einlagenrückgewähr. Im AktG existiert keine dem § 43a GmbHG vergleichbare Vorschrift, und die analoge Anwendung des § 43a GmbHG auf die AG wird, soweit überschaubar, nicht vertreten. Aktienrechtlich beschränkt wird die Kreditvergabe an Vorstandsmitglieder, Vertreter anderer Art, Aufsichtsratsmitglieder sowie diesen nahestehende Personen nur durch den Einwilligungs- bzw. Genehmigungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats nach §§ 89, 115 AktG, der bei Verstößen die Pflicht zur sofortigen Rückgewähr des Kredits nach §§ 89 Abs. 5, 115 Abs. 4 AktG nach sich zieht. Der Umstand, dass solche Kredite mit Zustimmung des Aufsichtsrats zulässig sind, zeigt, dass es bei §§ 89, 115 AktG im Gegensatz zu § 43a GmbHG⁴⁷ nicht primär um Kapitalerhaltung und damit um (seiner Natur nach der Disposition der Geschäftsorgane entzogenen) Gläubigerschutz geht.⁴⁸ Offensichtlich betrachtet der Gesetzgeber im Aktienrecht Kredite nicht per se als Schmälerung des Gesellschaftsvermögens. Die Grundsätze des BGH geraten somit bei konsequenter Anwendung auf die AG in offenen Konflikt mit aktienrechtlichen Wertungen.

Auch daran sieht man: Die Linie des BGH ist zumindest hinsichtlich ihrer Begründung fehlerhaft. Will der BGH Darlehen der GmbH an Gesellschafter in ähnlicher Weise sanktionieren wie Darlehen an Geschäftsführer (§ 43a GmbHG), sollte er dazu im System des GmbH-Rechts nur an solchen „Stellschrauben“ drehen, die nicht gleichzeitig das System des Aktienrechts durcheinander bringen. Prädestiniert hierzu sind spezielle Vorschriften bzw. Grundsätze, die auf das Aktienrecht nicht übertragbar sind.⁴⁹

d) Gesellschafts- und strafrechtlicher Vermögensbegriff

Der BGH unterscheidet die „rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise“ mit „bilanziellen Vermögensminderungen“, die aus seiner Sicht „zu kurz“ greift, von (sonstigen) „Verschlechterungen der Vermögenslage der Gesellschaft“.⁵⁰ Der „Vermögensschutz“ erschöpfe „sich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer“, sondern gebiete „die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse“.⁵¹ Bisher kam es nach Ansicht des Gerichts „für die Frage, ob die Entnahme zu einer Unterbilanz geführt oder eine schon bestehende noch vertieft hat“, „auf die Vermögenssituation“ der Gesellschaft an, „wie sie sich aus einer den Anforderungen des § 42 GmbHG entsprechenden für den Zeitpunkt der Entnahme aufzustellenden Bilanz zu fortgeführten Buchwerten ergibt“.⁵² Demnach war der Ersatzanspruch der Gesellschaft nach § 31 GmbHG auf die unmittelbare bilanzielle Vermögensminderung beschränkt, selbst wenn die Auszahlung darüber hinaus bilanzunwirksame stille Reserven umfasste, die der Gesellschafter anschließend realisierte.⁵³ Im Schrifttum war diese Rechtsprechung durchaus umstritten.⁵⁴

Inwieweit sich der BGH nunmehr vom bilanziellen Verständnis des Vermögensbegriffs nach § 30 GmbHG lösen will, bleibt fraglich. Soll damit eine umfassende Abkehr vom bilanzrechtlichen Verständnis des Vermögensbegriffs bei der Kapitalerhaltung (insbesondere §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2, 43 Abs. 3, 43a, 49 Abs. 3 GmbHG) vollzogen werden? Soll z. B. auch der Grundsatz der Bewertung zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten (§§ 253, 255

HGB) keine Geltung mehr entfalten? Dann müsste man zukünftig bei jedem Anschaffungsvorgang der Gesellschaft kontrollieren, ob der gekaufte Gegenstand tatsächlich seinen Preis wert war. Nach welchen Kriterien aber soll dann der Wert bestimmt werden? Der Wert eines Gegenstands ist letztlich immer von den individuellen Präferenzen des Bewertenden abhängig, also subjektiv und relativ; einen absolut, d. h. von allen akzeptierten „wahren“, „tatsächlichen“ Wert kann es nicht geben. Wer also für die GmbH⁵⁵ den bilanzrechtlichen Bezug der Kapitalerhaltung und ihres Vermögensbegriffs aufgibt, muss gleichzeitig alternative Bewertungsregeln bzw. einen alternativen Vermögensbegriff zur Verfügung stellen und – angesichts des § 49 Abs. 3 GmbHG keine leichte Aufgabe – begründen. Andernfalls würde die Kapitalerhaltung völlig konturenlos, es sei denn, die Rechtsprechung wollte zum früheren gegenständlichen Verständnis der Kapitalerhaltung zurückkehren.⁵⁶

Bedeutende und unerwünschte Folgewirkungen könnten sich aus der Argumentation des BGH ferner nicht zuletzt für den strafrechtlichen Vermögensbegriff des § 266 StGB ergeben. Stehen zukünftig GmbH-Geschäftsführer mit einem Bein im Gefängnis, nur weil sie wissentlich im Namen der Gesellschaft Darlehen – an Gesellschafter oder Dritte, aus dem Stammkapital oder aus dem freien Vermögen – vergeben? Wäre die Darlehensvergabe tatsächlich als Verschlechterung des dem Geschäftsführer anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu betrachten, wäre diese Sichtweise eigentlich nur konsequent.

IV. Alternativen

Nachdem nun die formalen Schwächen und Folgewirkungen der BGH-Linie aufgezeigt wurden, sollen im Weiteren alternative Ansätze zur rechtlichen Behandlung von Darlehen an die Gesellschafter aufgezeigt werden. Hierzu werden zunächst wesentliche Vorbedingungen geklärt (1.). Anschließend werden konkrete Lösungsvorschläge dargeboten (2.).

1. Vorbedingungen

a) Keine Unterdeckung des Stammkapitals

Im Ausgangsfall spricht nach dem Sachstand, wie er sich aus den drei Entscheidungen des Instanzenzugs ergibt, einiges dafür, dass die Darlehensvergabe bereits nach § 43 Abs. 1 GmbHG,⁵⁷ möglicherweise sogar nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG pflichtwidrig war. Aus Sicht des LG wurden die großzügigen Darlehen an die Gesell-

45 BGH, Urt. v. 1. 12. 1986 – II ZR 306/85, NJW 1987, 1194, 1195; BGH, Urt. v. 13. 11. 1995 – II ZR 113/94, BB 1996, 128 f. = NJW 1996, 589, 590, zur GmbH; für die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die AG z. B. Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2004, § 57 Rn. 10.

46 Dieses Problem erkennt auch Seidel; DStR 2004, 1130, 1132.

47 Haas, in: Michalski (Fn. 42), § 43 a Rn. 7.

48 Ähnlich Hüffer (Fn. 45), § 89 Rn. 1: § 89 AktG sei nicht „auf Kapitalerhaltung zugeschnitten“.

49 Hierzu unten IV.2.a.

50 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb.

51 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb., mit Verweisung auf Schön, ZHR 159 [1995], 351, 362.

52 BGH, Urt. v. 11. 5. 1987 – II ZR 226/86, BB 1987, 1553 = NJW 1988, 139, unter 2.; ähnlich BGH, Urt. v. 11. 12. 1989 – II ZR 78/89, BGHZ 109, 334, 337 f. m. w. N.

53 BGH, Urt. v. 11. 5. 1987 – II ZR 226/86, BB 1987, 1553 = NJW 1988, 139, unter 2.: Die GmbH hatte dem Gesellschafter hier bilanziell (aus Ex-ante-Sicht) teilweise als uneinbringlich abzuschreibende Forderungen abgetreten, die der Gesellschafter dann – wider Erwarten – erfolgreich einzog.

54 Kritisch z. B. Pentz (Fn. 12), § 30 Rn. 11 mit Hinweis auf die (wie auch immer zu definierenden) „wahren“ Werte und die „reale“ Vermögensminderung.

55 Bei der AG ergibt sich das bilanzrechtliche Verständnis der Kapitalerhaltung bereits aus § 57 Abs. 3 AktG, § 268 Abs. 1 HGB.

56 Vgl. noch die Überlegungen des RG in RGZ 146, 84, 87, 94, zu §§ 213, 215 ADHGB.

57 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 7 der Urteilsgründe.

schafter „zu einem Zeitpunkt gewährt ..., als die Gesellschaft schon in finanzieller Notlage“ war und „nicht einmal mehr die Zinsen für ihre Kredite bei den Banken bedienen“ konnte.⁵⁸ Das OLG⁵⁹ traf zu diesem Punkt keine Feststellungen. Der BGH verwies den Rechtsstreit an das OLG zurück, unter anderem mit dem Auftrag zu klären, „ob die Vergabe der Darlehen in der Zone der Unterdeckung der Stammkapitalziffer erfolgte“.⁶⁰ Sollte tatsächlich Unterdeckung vorgelegen haben, ließe sich wohl bereits daraus ein Anspruch aus § 43 Abs. 1 GmbHG wegen wirtschaftlich unsinniger Darlehensvergabe begründen. Unterdeckung bedeutet zwar nicht automatisch „finanzielle Notlage“. Für eine Gesellschaft, die sich in den Bereichen Immobilienhandel und Bauträgergeschäfte betätigt, ist aber ein Eigenkapital von weniger als DM 50 000 (Stammkapitalziffer) alles andere als üppig. Geschäftsführer, die in dieser Lage ohne Not liquide Mittel darlehensweise weggeben, verstoßen schon von daher gegen den Standard des „ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG), sofern sie nicht ein besonderes Interesse der Gesellschaft an der Darlehensvergabe darlegen.

Warum der BGH diesen durch das LG vorgezeichneten und durch das OLG zu Unrecht unter Hinweis auf die Zustimmung der Gesellschafter verworfenen herkömmlichen Argumentationsweg nicht weiter verfolgt, ist nicht erkennbar. Für die folgenden Überlegungen soll daher der Gesichtspunkt, dass die Darlehen bereits wegen der prekären finanziellen Situation der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensvergabe pflichtwidrig waren, außer Betracht bleiben.

b) Unergiebigkeit der Gründungsvorschriften

Im Schrifttum wird behauptet, den Gründungsvorschriften der §§ 7 Abs. 2 und 19 Abs. 2 GmbHG könne man entnehmen, dass der Darlehensanspruch für die Zwecke der Kapitalsicherung nicht mit der Darlehensvaluta gleichgesetzt werden könne.⁶¹ Wäre dies tatsächlich so, wäre es möglicherweise unvermeidlich, die Darlehensvergabe aus Sicht der darlehensgebenden Gesellschaft als (erstattungspflichtigen) Vermögensabgang zu betrachten. Die vorstehend aufgezeigten Widersprüche und Ungereimtheiten wären dann dem Gesetz inhärent und nur de lege ferenda zu lösen.

In Wirklichkeit ist aber die Ausgangsbehauptung unzutreffend. § 7 Abs. 2 GmbHG sagt in Verbindung mit § 7 Abs. 3 GmbHG, dass Bareinlagen bis zur Anmeldung der Gesellschaft im Handelsregister jeweils zu mindestens einem Viertel und Sacheinlagen vollständig einzuzahlen sind sowie dass insgesamt bis zur Anmeldung mindestens Einlagen im Wert von EUR 12 500 zu erbringen sind. Daran sieht man zwar, dass die Sacheinlageforderung für den Gesetzgeber nicht die gleiche Bedeutung (nicht: den gleichen Vermögenswert) hat wie die Sacheinlage selbst. Verallgemeinerungsfähige Folgerungen über den gesellschaftsrechtlichen Vermögenswert einer Forderung im Vergleich zum Forderungsgegenstand lassen sich daraus nicht ableiten. Zunächst gilt diese Aussage für Bareinlagen nur noch zu einem Viertel, d. h. bezüglich drei Vierteln ist es dem Gesetzgeber egal, ob die Bareinlage schon bei Anmeldung bezahlt wurde.⁶² Vor allem aber sind als zulässige (Sach-)Einlagen i. S. des § 5 Abs. 4 GmbHG auch werthaltige Forderungen, insbesondere Darlehensrückzahlungsforderungen denkbar. Für diesen Fall reicht es nach § 7 Abs. 3 GmbHG aus, wenn die Darlehensforderung rechtzeitig vor Anmeldung auf die Gesellschaft übertragen wird; mitnichten verlangt das Gesetz, dass die Gesellschaft diese Forderung vor Anmeldung auch bereits eingelöst haben muss.

Dem Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 GmbHG lässt sich zwar entnehmen, dass es dem Gesetzgeber für die Zwecke der Kapitalaufbringung nicht gleichgültig ist, ob tatsächliche, seien es auch gegenläufige Leistungsströme fließen oder ob solche gegenläufigen und daher eigentlich ineffektiven Leistungsströme durch For-

derungsverrechnung vermieden werden. Irgendwelche Schlüsse auf die geringere Werthaltigkeit einer Forderung im Vergleich zum Forderungsgegenstand lassen sich auch hier nicht ziehen. Man kann nicht einmal behaupten, es komme dem Gesetzgeber darauf an, dass die Gesellschaft den Gegenstand der Einlageforderung zuerst einmal in greifbarer Weise erlangt, auch wenn sie ihn vielleicht nur eine logische Sekunde später im Rahmen der Gegenforderung des Gesellschafters sofort wieder herausgeben muss. Je nach Sachlage kann das Aufrechnungsverbot nämlich sogar umgekehrt bewirken, dass die Gesellschaft ihrerseits zunächst einen Gegenstand weggeben (leisten) muss, den sie erst später als Einlage wieder zurückerhält.

c) Hintergrund der Sonderbehandlung von Darlehen an Gesellschafter

aa) Ausfall der Darlehensrückzahlung

Das eigentliche Problem der Darlehensvergabe speziell an Gesellschafter, an dem alternative Lösungen ansetzen sollten, ist nicht die hinausgeschobene Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs (Stundungseffekt), sondern die Gefahr, dass die Darlehen von den Empfängern überhaupt nicht zurückgezahlt werden. Im entschiedenen Fall waren die Darlehensempfänger zahlungsunfähig, und es bestand auch keine Aussicht, dass sich die finanzielle Situation auf längere Sicht verändern würde. Der vom BGH auf Tatbestandsebene (§ 30 Abs. 1 GmbHG) in den Vordergrund gestellte zeitliche Umstand, dass die Darlehensforderung zwar vollwertig, aber nicht sofort realisierbar war,⁶³ wirkt sich im Ergebnis bei den Rechtsfolgen nicht aus. Das Gericht versucht gar nicht erst darzulegen, dass der Schaden der Gesellschaft i. S. des § 43 Abs. 2, 3 GmbHG bereits in der hinausgeschobenen Fälligkeit der Rückzahlungsforderung liegt, sondern lässt die Geschäftsführerin wie selbstverständlich in Höhe des gesamten Ausfalls haften. Würde sich das vorwerfbare Fehlverhalten der Geschäftsführerin wirklich allein darauf beschränken, dass sie Bargeldreserven („liquide Haftungsmasse“) gegen betagte Forderungen austauschte, wäre eine Haftungserstreckung vom reinen Liquiditätsschaden auf den Totalausfall im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nur zulässig, wenn der Schutz vor Totalausfall noch vom Zweck des Darlehensverbots gedeckt ist. Dazu hat sich der BGH bezeichnenderweise aber gar nicht geäußert.⁶⁴

bb) Beschränkung auf verschleierte Entnahmen (Manipulationsfälle)

Grundsätzlich ist jede Forderung mit einem Ausfallrisiko (Kreditrisiko) behaftet. Insofern besteht noch kein Grund, Darlehen an Gesellschafter anders zu behandeln als Darlehen an Dritte oder sonstige Verkehrsgeschäfte. Bei Darlehen an Gesellschafter, zumindest wenn sie gleichzeitig Geschäftsführer sind, kommt aber noch ein weiterer Aspekt hinzu: Es besteht hier die besondere Gefahr, dass die Auszahlung der Valuta in Wirklichkeit gar nicht als Darlehen, sondern als Entnahme gewollt, die Rückzahlung also niemals ernstlich beabsichtigt war (§ 117 Abs. 1, 2 BGB). Nicht selten werden Geschäftsführer und Gesellschafter verbotene Entnahmen sogar erst nachträglich als Darlehen deklarieren, um –

58 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99.

59 OLG Nürnberg, Urt. v. 19. 4. 2001 – 13 U 3405/00, NZG 2001, 943.

60 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter III.

61 Z. B. Stimpel (Fn. 10), S. 335, 350–352.

62 Vgl. Servatius, DStR 2004, 1176, 1179, der einem Umkehrschluss aus §§ 7 Abs. 2, 46 Nr. 2 GmbHG ableitet, dass ein Hinausschieben der Fälligkeit der Restforderung gesetzlich legitimiert sei.

63 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.bb.

64 Zur verwandten Problematik des maßgeblichen Minderwerts nach § 31 Abs. 1 GmbHG s. o. unter III.2.b.aa.

insbesondere bei Insolvenz ihrer Gesellschaft – dem Vorwurf der strafbaren Untreue zu entgehen. Der Nachweis derartiger Manipulationen ist für den insofern beweispflichtigen Insolvenzverwalter regelmäßig nur schwer zu führen. Im Körperschaftsteuerrecht ist das Phänomen verschleierte Entnahmen in Darlehensform seit Längerem bekannt. Solche „Darlehen“ werden im Gegensatz zu sonstigen marktgerechten Darlehen an Gesellschafter als „verdeckte Gewinnausschüttungen“ (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG), und zwar in Höhe der gesamten Darlehensvaluta, qualifiziert.⁶⁵

Im Ausgangsfall war der Wille der Gesellschafter zur Rückzahlung der Darlehen nach den Feststellungen des LG nicht „ersichtlich“.⁶⁶ Ferner haben die beklagten Gesellschafter nicht bewiesen, „dass tatsächlich Rückzahlungen auf das Darlehen erfolgt“ seien.⁶⁷ Der Verdacht der Verschleierung von Entnahmen als Darlehen lag somit, ohne positiv festzustehen, zumindest auf der Hand, und er hat den BGH bei genauerem Hinsehen auch durchaus beeinflusst. Das „Verbot der Kreditgewährung“ beuge – so formuliert das Gericht – „einer Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen in Darlehen vor“. „Wegen der Gefahr einer Umgehung des Stundungsverbots“ könne „die Gewährung eines Darlehens nicht gebilligt werden“. Andernfalls wäre „zu befürchten, dass verbotene Zahlungen aus dem Stammkapital bilanzneutral als Darlehen verschleiert werden.“⁶⁸ Wie der argumentative Umweg über das „Stundungsverbot“ zeigt, bleibt der BGH dabei aber zu Unrecht dem Kontext der Kapitalsicherung verhaftet. Die Verschleierung verbotener Zahlungen als Darlehen ist als solche zu missbilligen und nicht, weil Darlehen angeblich⁶⁹ gegen das Stundungsverbot verstoßen.

2. Lösungsvorschläge

Alternative Ansätze zur Sonderbehandlung von Darlehen an Gesellschafter sollten die beschriebene Manipulationsgefahr unmittelbar ins Visier nehmen. Sie können präventiv unabhängig vom konkreten Manipulationsverdacht durch Rückgriff auf § 43 a GmbHG (a.) oder repressiv bei begründetem Manipulationsverdacht durch Heranziehen herkömmlicher Haftungsmechanismen in Verbindung mit geeigneten Beweiserleichterungen (b.) wirken.

a) Anwendung des § 43 a GmbHG

Präventiven Schutz vor verschleierten Darlehen bietet neben § 181 BGB, der in den Gesellschaftsverträgen regelmäßig abbedungen wird, insbesondere 43 a GmbHG.⁷⁰ Diese Vorschrift gilt nach ihrem Wortlaut für Darlehen an Geschäftsführer und bestimmte sonstige Vertreter der Gesellschaft. Sie bezweckt den Schutz des gebundenen Gesellschaftsvermögens vor Krediten zu unangemessenen Konditionen oder ohne ausreichende Sicherheit,⁷¹ aber auch vor der Gefahr fingierter Kredite. Es liegt daher nahe, zu versuchen, diese Vorschrift auch für Darlehen an Gesellschafter nutzbar zu machen. Ein Weg dazu könnte sein, § 43 a GmbHG auf Seiten des Darlehensnehmers nicht nur auf den satzungsmäßigen, sondern auch auf den sog. *faktischen* „Geschäftsführer“ anzuwenden, der wie ein Organmitglied auftritt und handelt, ohne förmlich bestellt zu sein. Die Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsführers“ ist in anderen Bereichen⁷² bereits mehr oder weniger etabliert, so dass der Vorschlag Einigen gefallen müsste. In Bezug auf § 43 a GmbHG wurde im Schrifttum bereits dessen Anwendung auf den Sonderfall des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers vertreten.⁷³ Der spezielle Normzweck des § 43 a GmbHG rechtfertigt es, darüber hinauszugehen. Die besondere Gläubigergefährdung besteht auch dann, wenn die Darlehensempfänger zwar keine satzungsmäßigen und daher vertretungsberechtigten Geschäftsführer sind, aber wie die Person des A im Ausgangsfall mit Duldung der satzungsmäßigen Gesellschafter „die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand“ nehmen und dabei „auch ein eigenes, nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln“ an

den Tag legen.⁷⁴ Bezeichnenderweise spricht der BGH – freilich in anderem Zusammenhang – selbst von der „tatsächlichen Geschäftsführung“ des A.⁷⁵

Dieser Ansatz widerspricht nicht der herrschenden und vom BGH geteilten Ansicht, wonach § 43 a GmbHG nicht analog auf Darlehen an *Gesellschafter* angewendet werden kann. Ein (faktischer) *Geschäftsführer* ist nicht das Gleiche wie ein Gesellschafter, mögen auch beide Funktionen in der Praxis häufig zusammenfallen. Die Behandlung faktischer Geschäftsführer als „Geschäftsführer“ i. S. des § 43 a S. 1 GmbHG lässt sich methodologisch durchaus noch mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen.⁷⁶ Bei Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers in den Anwendungsbezug des § 43 a GmbHG war es im Ausgangsfall der Beklagten (C) als satzungsmäßiger Geschäftsführerin verboten, im Namen der Gesellschaft Kredite an den faktischen Geschäftsführer, ihren Ehemann A, zu gewähren bzw. die Gewährung solcher Kredite durch ihren Mitgeschäftsführer B oder durch A (an sich selbst) zu dulden. Da C gegen dieses Verbot verstieß, haftete sie der Gesellschaft im Ergebnis zu Recht nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz. Man erspart sich also den zweifelhaften argumentativen „Umweg“ über § 30 Abs. 1 GmbHG mit den oben beschriebenen Folgewirkungen.

Keineswegs soll hier aber einer umfassenden Gleichsetzung von satzungsmäßigem und faktischen Geschäftsführer in anderen Tatbeständen des Gesellschaftsrechts⁷⁷ oder des Gesellschaftsstrafrechts⁷⁸ das Wort geredet werden. Insbesondere gegenüber der im Schrifttum empfohlenen Erstreckung des § 43 Abs. 2 GmbHG auf den faktischen Geschäftsführer ist – zumal wenn sie über den engen Kontext der fehlerhaften Bestellung hinaus gehen⁷⁹ und an die bloße Inanspruchnahme von Organmacht anknüpft⁸⁰ – Skepsis angebracht.⁸¹ Wegen der unterschiedlichen Normzwecke von

65 Z. B. BFH, Urt. v. 14. 3. 1990 – I R 6/89, BStBl. II 1990, 795, unter II.3.b.aa.; Schwedhelm, in: Streck/Schwedhelm/Olgemöller, KStG, 6. Aufl. 2003, § 8 Anm. 150 (ABC), Stichwort: „Darlehen“; zur körperschaftsteuerrechtlichen Behandlung „nicht ernstgemeinter Darlehensvereinbarungen“ siehe ferner den Überblick bei Neumann, GmbHR 1996, 424, 426.

66 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 7 der Urteilsgründe.

67 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 7 der Urteilsgründe.

68 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II.2.c.cc. [Hervorhebungen durch die Verf.]

69 Zur Kritik s. o. III.1.a.

70 Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 43 a Rn. 1: „abstrakt-generalisierende Betrachtungsweise des § 43 a GmbHG“.

71 So z. B. Michalski (Fn. 42), § 43 a Rn. 1.

72 Siehe weiter unten im Text bei Fn. 78 ff.

73 Lutter/Hommelhoff (Fn. 70), Rn. 4.

74 So das Begriffsverständnis des BGH vom „faktischen Organ“ in BGH, Urt. v. 25. 2. 2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61 = BB 2002, 1012, unter 5.b. m. w. N.

75 BGH, Urt. v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = BB 2004, 293 ff., unter II 3 a.

76 Siehe z. B. BGH, Urt. v. 10. 5. 2000 – 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62, unter 3.c. (m. w. N.), zur „faktischen Betrachtungsweise“ des Tatbestandsmerkmals „Geschäftsführer“ bei der Auslegung des § 82 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GmbHG.

77 Z. B. BGH, Urt. v. 21. 3. 1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 48, zu § 64 Abs. 1 GmbHG; BGH, Urt. v. 9. 7. 1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, unter II.1.a., zu § 92 Abs. 2 AktG (im konkreten Fall verneinend).

78 Z. B. BGH, Urt. v. 10. 5. 2000 – 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62, zur Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers wegen falscher Angaben nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GmbHG; BGH, Urt. v. 10. 6. 1996 – 3 StR 50/96, NJW 1997, 66, unter III.1.a., zur Strafbarkeit des Inhabers der „tatsächlichen Verfügungsmacht“ über das Gesellschaftsvermögen nach § 266 StGB; ebenso BGH, Urt. v. 14. 7. 1999 – 3 StR 188/99, NStZ 1999, 558, unter 1.

79 So z. B. Altmeppen, ZIP 2002, 1553, 1561 f.; ablehnend Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 3; offen gelassen in BGH, Urt. v. 25. 2. 2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61 = BB 2002, 1012, unter 5.b., m. w. N. zum Meinungsstand.

80 Anders BGH, Urt. v. 25. 2. 2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61 = BB 2002, 1012, unter 5.b., der für § 64 Abs. 1 GmbHG die „interne Einwirkung auf die satzungsmäßigen Geschäftsführer“ nicht genügen lassen will.

81 Kritisch gegenüber der Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsleiters“ als Instrument der Haftung wegen „Inanspruchnahme von Organmacht“ Reiner (Fn. 26), S. 176 f.; ders., S. 191 f., speziell zur strafrechtlichen Untreue; siehe neuerdings auch die umfassende Kritik bei Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, 2003, S. 89 ff., 146 ff., 189.

§ 43 GmbHG und § 43a GmbHG braucht dies an dieser Stelle aber nicht weiter ausgeführt zu werden.

b) Beweisrechtliche Lösung

Unabhängig von der vorgeschlagenen repressiven Lösung haben sich Geschäftsleitung und Empfänger bei verschleierte Entnahmen aus dem Stammkapital ferner nach den allgemeinen Haftungsregeln der §§ 43 Abs. 1, 2, 30f. GmbHG und ggf. des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 266, 26f. StGB, §§ 826, 830 Abs. 2 BGB zu verantworten. Dieser Weg kommt ohne die pauschale Qualifizierung angeblicher Darlehensauszahlungen als Entnahmen aus, bedarf aber des Beweises der Manipulation. Im Ausgangsfall stand der Verdacht einer Verschleierung von Entnahmen als Darlehen im Raum,⁸² eine Beweisaufnahme fand aber weder vor dem LG noch vor dem OLG statt. Ob sie verfahrensrechtlich notwendig gewesen wäre, lässt sich aus den Gerichtsentscheidungen nicht erkennen. Jedenfalls aber standen dem Insolvenzverwalter verschiedene Erleichterungen der subjektiven Beweisführungslast bereit, die in keiner der drei Instanzen ausreichende Beachtung fanden.

Grundsätzlich muss „derjenige alle anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und im Bestreitensfalle beweisen“, der einen Anspruch geltend macht.⁸³ Demnach hat die auf sofortige Rückersatz bzw. Schadensersatz klagende Partei (Gesellschaft, Insolvenzverwalter) die Voraussetzungen einer rechtswidrigen bzw. strafbaren Entnahme zu beweisen. Bei als Darlehen verschleierten Entnahmen ist zumindest der Umstand, dass dem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen eine Zahlung zugeflossen ist, unstrittig. Strittig ist aber, ob diese Zahlung im Hinblick auf die Gesellschafterstellung („*causa societatis*“) unentgeltliche Entnahme war oder ob sie in Erfüllung einer Valutierungspflicht aus einem marktgerechten (und daher nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu beanstandenden) Darlehensvertrag oder aus einem sonstigen wirksamen Rechtsgrund erfolgte.

Den Geschäftsführer bzw. Gesellschafter trifft bezüglich des Rechtsgrundes der Auszahlung eine sekundäre Substantiierungslast. Seine Situation ist beweisrechtlich mit derjenigen eines bereicherungsrechtlich in Anspruch Genommenen vergleichbar. Dieser hat nach der Rechtsprechung des BGH das von der Gegenseite behauptete Nichtbestehen eines Rechtsgrundes unter Darlegung der für Rechtsgründe der Leistung sprechenden Tatsachen und Umstände substantiiert zu bestreiten.⁸⁴ Behauptet der Geschäftsführer oder Gesellschafter dann das Bestehen eines Darlehensvertrags, ist diese Einlassung beweisrechtlich nur relevant, wenn sie ausreichend substantiiert ist. Für einen Geschäftsführer bedeutet dies wegen §§ 41 GmbHG, 257 HGB, dass einschlägige Geschäftsunterlagen existieren müssen, die seine Behauptung stützen.⁸⁵ Das Vorlegen eines schriftlichen Darlehensvertrags durch Geschäftsführer oder Gesellschafter dürfte für sich allein nicht ausreichen, sofern die klägerische Seite den Einwand des Scheingeschäfts (§ 117 BGB) erhebt. Dies gilt zumindest, wenn der Gesellschafter wie im Ausgangsfall selbst Geschäftsführer ist oder wenigstens einen herrschenden Einfluss auf die Geschäftsleitung besitzt. Bei Bestehen eines solchen Einflusses verfolgen die am Abschluss des angeblichen Darlehensvertrags tatsächlich handelnden Personen (Gesellschafter, Geschäftsführer) nämlich gleichgerichtete persönliche Interessen, was die Gefahr einer kollusiv verschleierten Entnahme auf Kosten der Gesellschaft (und deren Gläubiger) wesentlich erhöht.⁸⁶ Gerade bei kleineren GmbH dürfte dem rechtsunkundigen herrschenden Gesellschafter dabei nicht selten sogar das Unrechtsbewusstsein fehlen, weil er die Gesellschaft als „sein Eigentum“ betrachtet.

Dazu lohnt sich beweisrechtlich ein Blick auf die finanzgerichtliche Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zu § 8 Abs. 2 S. 2 KStG („verdeckte Gewinnausschüttungen“). Maßstab ist hier § 41 Abs. 2 S. 1 AO („Scheingeschäfte und Scheinhandlungen sind für die Be-

steuerung unerheblich“), das steuerrechtliche Pendant zu § 117 Abs. 1 BGB. Austauschverträge zwischen Gesellschaft und beherrschendem Gesellschafter sind körperschaftsteuerrechtlich nur beachtlich, wenn sie „zivilrechtlich wirksam“, „im Voraus“ sowie inhaltlich „klar und eindeutig“ vereinbart werden und wenn sie darüber hinaus auch „tatsächlich durchgeführt“ werden.⁸⁷ Sollten diese Voraussetzungen im Einzelfall nicht erfüllt sein, kann nach Ansicht des BFH eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen sein. Wegen des „fehlenden Interessengegensatzes zwischen der Gesellschaft und dem beherrschenden Gesellschafter“ bestehe dann die „Möglichkeit, den Gewinn der Gesellschaft mehr oder weniger beliebig festzusetzen und ihn zugunsten des Gesellschafters und zu Ungunsten der Gesellschaft zu beeinflussen“.⁸⁸

Die Finanzrechtsprechung kennt noch weitere Indizien, aus denen sie ableitet, dass es sich nur „formell“, aber nicht „sachlich“ um Darlehen handelt.⁸⁹ Dazu gehören u. a. die fehlende Verzinsung,⁹⁰ das Verhältnis der Darlehenshöhe zum Stammkapital und zum Jahresgewinn im Jahr der Valutierung, die Laufzeit des Darlehens und der Grad der jährlichen Tilgung. So berechtigen z. B. ein Darlehensbetrag von 260 % des Jahresgewinns verbunden mit einer hundertjährigen Laufzeit und 1 %iger jährlicher Tilgung bei fehlender Verzinsung nach Ansicht des BFH zu dem Schluss, „dass die ernsthafte Absicht des Empfängers, die aus dem Gesellschaftsvermögen entnommenen Beträge in absehbarer Zeit zurückzuzahlen, für den überwiegenden Teil der Gelder nicht gegeben ist“.⁹¹

Übertragen auf die Beweissituation im Zivilprozess bedeutet dies: Rechtfertigt der Geschäftsführer eine Auszahlung an den herrschenden Gesellschafter (bzw. an sich selbst) mit einem zumindest äußerlich unstrittig abgeschlossenen Darlehensvertrag und behaupten Gesellschaft oder Insolvenzverwalter den Scheincharakter des Vertrags, kann der Geschäftsführer diese Behauptung nur dann substantiiert bestreiten, wenn er insbesondere darlegt, dass der Vertrag über die Auszahlung der Darlehensvaluta hinaus tatsächlich durchgeführt wurde, dass also insbesondere die nach dem Vertragswortlaut geschuldeten Zinsen und Tilgungen⁹² ge-

82 Hierzu oben unter IV.1.c.bb.

83 BGH, Urt. v. 18. 5. 1999 – X ZR 158/97, NJW 1999, 2887, unter 2.a., unter Hinweis auf *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 98.

84 BGH, Urt. v. 14. 7. 2003 – II ZR 335/00, WM 2004, 225, unter II.1.a.; hierzu *Reiner*, Anm. zu BGH, Urt. v. 14. 7. 2003, WuB IV Aufl., § 812 BGB 3.04, S. 957, 959, unter I.2.b., c.bb.

85 Zur beweisrechtlichen Bedeutung von Verstößen gegen Dokumentationspflichten (im Kontext der Durchgriffshaftung) siehe *Reiner* (Fn. 26), S. 273 ff., 297 ff., 306 ff.; siehe auch BGH, Urt. v. 17. 2. 2003 – II ZR 281/00, BB 2003, 704 ff. = DStR 2003, 650, unter 2. m. w. N., zur sekundären Behauptungslast des Gesellschafters bei Fehlen einer Vorbelastungsbilanz auf den Eintragungsstichtag oder sonstiger „geordneter Geschäftsaufzeichnungen“.

86 Noch deutlicher ist das lateinische Rechtspruchwort „inter proximos fraus facile praesumitur („Unter nahen Angehörigen wird ohne weiteres Betrug vermutet“); Quelle: *Bartolus* (1313–1357), Komm. zu Dig. 23, 2, 67 pr. a. E., zit. nach *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtspruchwörter, 6. Aufl. 1998, S. 110f.; zu den verfassungsrechtlichen Schranken, die sich für diese Beweisregel im Zusammenhang mit Ehegattenverträgen aus Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG ergeben, siehe *Siebert/Seeger*, DStR 1998, 1339, 1341 f. m. w. N.

87 Für die Finanzrechtsprechung z. B. BFH, Urt. v. 2. 2. 1994 – I R 78/92, BStBl. II 1994, 479 = BB 1994, 992 ff., unter II.3.a.; ähnlich BFH, Urt. v. 14. 3. 1990 – I R 6/89, BStBl. II 1990, 795, unter II.3.b.a.a.; für die Finanzverwaltung siehe R 31 Abs. 5 („Fehlende Vereinbarung und Rückwirkungsverbot“), Sätze 1, 6, 7 KStR 1995 (zu § 8 KStG), mit beispielhafter Nennung von „Darlehen“.

88 BFH, Urt. v. 2. 2. 1994 – I R 78/92, BStBl. II 1994, 479 = BB 1994, 992 ff., unter II.3.a.

89 BFH, Urt. v. 6. 12. 1955 – I 103/53 U, BStBl. III 1956, 80.

90 Darlehen an Gesellschafter mit einer Verzinsung unterhalb des Marktniveaus sind zwar bereits nach bisher h. M. verbotene Einlagenrückgewähr (zur körperschaftsteuerrechtlichen Behandlung des Zinsvorteils als verdeckte Gewinnausschüttungen siehe R 31 Abs. 3 („Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung“), S. 8 Nr. 3 KStR 1995 (zu § 8 KStG)). Diese Qualifizierung bezieht sich aber nur auf den erzielten Zinsvorteil, nicht – wie vorliegend – auf die gesamte Valuta.

91 BFH, Urt. v. 6. 12. 1955 – I 103/53 U, BStBl. III 1956, 80.

92 Hierzu auch *Neumann*, GmbHR 1996, 424, 432: Die dauerhafte Tilgungsaussetzung könne hinsichtlich des Darlehens „den Anscheinbeweis einer echten schuldrechtlichen Vereinbarung entkräften“.

Kaum. | Zimmermann | Das „jährliche Dokument“ nach § 10 WpPG

flossen sind. Der Ausgangsfall hätte sich bereits über diesen Gesichtspunkt lösen lassen, denn nach den Feststellungen des LG haben die beklagten Gesellschafter nicht bewiesen, „dass tatsächlich Rückzahlungen auf das Darlehen erfolgt“ sind.⁹³

V. Zusammenfassung

1. Der BGH betrachtet Darlehen der GmbH an Gesellschafter, die aus dem Stammkapital ausbezahlt werden, auch bei marktgerechter Verzinsung und vollwertigem Rückzahlungsanspruch grundsätzlich als verbotene Einlagenrückgewähr.

2. Dieser Ansatz ist abzulehnen. Neben formalen Argumentationsfehlern und logischen Widersprüchen sind ihm aus rechtssystematischer Sicht vor allem seine Folgewirkungen auf das Gesellschaftsrecht und benachbarte Gebiete entgegenzuhalten. Hierzu zählen Wertungswidersprüche zu § 43a GmbHG und zu den §§ 89, 115 AktG, ungelöste Fragen in Bezug auf die Rückabwicklung verbotswidriger Darlehen sowie die Auflösung des gesellschaftsrechtlichen Vermögensbegriffs mit nicht abschätzbaren Auswirkungen auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff des § 266 Abs. 1 StGB.

3. Im Ergebnis zu Recht begegnet der BGH mit seinem Ansatz dem in der konkreten Fallkonstellation gegebenen Verdacht, dass das Darlehen nur zum Schein abgeschlossen wurde, um eine Entnahme zu verschleiern. Die Ausweitung des gesellschaftsrechtli-

chen Kapitalschutzes auf bilanzneutrale Darlehen ist allerdings das ungeeignete Mittel zur Manipulationsabwehr.

4. Alternativ bieten sich zwei Argumentationswege an. Da das GmbHG mit § 43 a (Darlehen an Geschäftsführer und andere Vertreter) bereits ein spezielles, der Gefahr von Interessenkonflikten vorbeugendes Darlehensverbot kennt, kommt eine erweiternde Anwendung dieser Vorschrift auf Darlehen an solche Gesellschafter in Betracht, die man wegen ihres beherrschenden Einflusses auf die Geschäftsleitung und ihres Auftretens nach außen als „faktische Geschäftsführer“ qualifizieren kann. Dessen ungeachtet trifft die Geschäftsführer bzw. Gesellschafter im Prozess gegen die Gesellschaft oder deren Insolvenzverwalter hinsichtlich des Rechtsgrundes der Auszahlung eine sekundäre Substantiierungslast. In deren Rahmen haben sie dem Vorwurf, der Darlehensvertrag sei nur fingiert, mit ausreichend detailliertem Vorbringen zu begegnen. In Bezug auf die Indizien, die für eine verschleierte Entnahme sprechen (z.B. herrschende Gesellschafterstellung, keine Zins- und Tilgungsleistungen), lässt sich die steuerrechtliche Rechtsprechung zu § 8 Abs. 2 KStG heranziehen.

Hinweis der Redaktion: Bitte beachten Sie zu diesem Themenkomplex auch den Aufsatz von *Bender*, BB 2005, 1492 (in diesem Heft).

93 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18. 8. 2000 – 14 O 13/99, S. 7 der Urteilsgründe.