

# Existenzvernichtender Eingriff bei Tochtertransfer und Rückführung von Gesellschafterdarlehen

von Stefan Roth, Nürnberg

## Inhalt

Teil 1 (in NWiR 1/2015):

I. Einleitung, Haftungskonzept nach MoMiG und Trihotel

II. Tochtertransfer .....

1. Ausgangspunkt: BGH-Entscheidung in Sachen Sanitary

2. Die Entscheidung des BGH vom 23.04.2012 .....

3. Folgerungen für den Tochtertransfer .....

Teil 2:

III. Rückführung von Gesellschafterdarlehen

1. Ausgangspunkt und Konkurrenzen

2. Die Entscheidung des BGH vom 23.04.2012

3. Stellungnahme

IV. Fazit

## III. Rückführung von Gesellschafterdarlehen

Die Rückführung von Gesellschafterdarlehen und insbesondere auch die Reflexwirkungen bezüglich § 43 Abs. 3 sowie § 64 S. 2 GmbHG sind bereits seit Jahrzehnten eine der umstrittensten Gebiete des Rechts der Gesellschaftsfinanzierung. Neben der sicherlich bahnbrechenden Reform dieses Gebietes durch den Gesetzgeber durch das MoMiG, die zunächst eine leichtere Handhabung dieser Tatbestände ermöglichen sollte, spielt hier auch eine entscheidende Rolle, dass einerseits der II. Zivilsenat des BGH (vgl. bspw. die Entscheidung v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, NZG 2015, 149 sowie Urteil v. 23.06.2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998) und auf der anderen Seite der IX. Senat (siehe hierzu u. a. Beschluss v. 30.04.2014 – IX ZR 196/13, NZG 2015, 924) hier im Detail – und hierauf kommt es bei den meisten Sachverhalten ganz entscheidend an - teils sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten. Darüber hinaus hat die Bundesregierung am 29.09.2015 einen Gesetzesentwurf zur Reform der Insolvenzanfechtung beschlossen, durch welches im Wesentlichen die Insolvenzanfechtungstatbestände eingeschränkt werden sollen (vgl. becklink 2001208).

Im Hinblick auf die schier unendliche Fülle von Rechtsprechung und Literatur zu diesem Thema kann im Rahmen des vorliegenden Beitrages nur ein Überblick sowie eine kritische eigene Stellungnahme zu diesen Sachverhalten erfolgen.

## **1. Ausgangspunkt und Konkurrenzen**

Ausgangspunkt für eine Haftung sowohl von Geschäftsführer als auch Gesellschafter im Hinblick auf die Rückführung von Gesellschafterdarlehen ist die Finanzierungs- und Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters sowie schlussendlich eine Verletzung von Geschäftsführerpflichten durch den Geschäftsführer.

Anspruchsgrundlage für die Haftung des Gesellschafters ist hierbei die Vorschrift der §§ 31 Abs. 1, 30 GmbHG, welche Ausschüttungen an die Gesellschafter verbietet, soweit sie zu Lasten der Stammkapitalziffer gehen; in diesem Fall steht der Gesellschaft ein Erstattungsanspruch gegen den jeweiligen Gesellschafter zu. Die Haftung des insoweit handelnden Geschäftsführers folgt aus der Vorschrift des § 43 Abs. 3 GmbHG. Die Ansprüche aus §§ 31 Abs. 1, 30 GmbHG sowie aus § 43 Abs. 3 GmbHG bestehen nebeneinander (h.M., vgl. statt vieler: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 GmbHG, RdNr. 119; BeckOK, GmbHG, § 31, RdNr. 88).

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber mit dem MoMiG in Bezug auf solche Auszahlungsvorgänge die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise angeordnet, vgl. § 30 Abs. 1 S. 2, HS 2 GmbHG. Entscheidend bei der Gewährung von Gesellschafterdarlehen ist folglich, ob bei bilanziell zutreffender Bewertung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen den jeweiligen Gesellschafter eine Unterbilanz entstand oder vertieft wurde (vgl. BeckOK, GmbHG, § 31, RdNr. 35 m.w.N.).

Dies führt im Ergebnis dazu, dass bei einer Darlehensgewährung der Gesellschaft an ihren Gesellschafter im Zeitpunkt der Ausschüttung die Bonität des Gesellschafters und damit die Werthaltigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Gesellschaft durch den Geschäftsführer zu prüfen ist (vgl. BeckOK, GmbHG, § 43, RdNr. 330 m.w.N.). Diese Prüfung der Bonität des Gesellschafters als Darlehensnehmer hat der Geschäftsführer in regelmäßigen Abständen sowie in denjenigen Fällen, in welchen er Kenntnis von bonitätsmindernden Umständen bezüglich der Person des Gesellschafters erhält, zu überprüfen (vgl. a.a.O.). Im Falle der Bonitätsverschlechterung trifft den Geschäftsführer die Pflicht, das Darlehen (ggf. anteilig) vom Gesellschafter zurückzuverlangen, ansonsten trifft ihn die Haftung nach § 43 GmbHG (vgl. BeckOK, a.a.O., RdNr. 331 m.w.N.).

Nachdem jedoch auch die jährlichen Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter Auszahlungen im Sinne der §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG darstellen, hat die Bewertung der Gesellschafterdarlehen bzw. des Rückzahlungsanspruchs auch vor diesen Auszahlungsvorgängen zu erfolgen. Hintergrund ist, dass eine mittlerweile verschlechterte Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruches mit der Folge einer nach unten korrigierten

Bewertung ebendieses Anspruches die Aktiva der Gesellschaft vermindert, so dass die Gesellschaft über weniger freies, nicht der Stammkapitalbindung unterfallendes Vermögen verfügt. Soweit Ausschüttungen nach erfolgter Abwertung das Stammkapital verletzen, folgt auch hieraus ein Verstoß gegen §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 GmbHG mit den gezeigten Haftungsfolgen auch für den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG. Diese strenge stichtagsbezogene Betrachtungsweise ist insbesondere im Hinblick auf die Haftungsfolgen für die Geschäftsführer nicht ohne Kritik geblieben, sie ist jedoch meines Erachtens die konsequente Folge der durch den Gesetzgeber angeordneten bilanziellen Betrachtungsweise. Der BGH hat dies mittlerweile mehrfach bestätigt (siehe sogleich), sie entspricht auch der herrschenden Literaturmeinung.

Als weitere Folgefrage im Kontext mit der Inanspruchnahme von Geschäftsführern und Gesellschaftern aufgrund der vorgenannten Tatbestände war schließlich zu entscheiden, inwieweit sich eine anderweitige Behebung der Unterbilanz auf diese Haftungstatbestände auswirkt. Mit anderen Worten war zu klären, ob es eine Einrede des späteren Wegfalls der Unterbilanz gibt und als deren Folge der einmal entstandene Anspruch aus § 30 Abs. 1 S. 1, 31 GmbHG durch eine anderweitige Beseitigung der Unterbilanz beseitigt wird (vgl. BeckOK, GmbHG, § 31, RdNr. 35 m.w.N.). Dies war in der Literatur lange umstritten (vgl. die Nachw. bei Roth/Altmeyen, GmbHG, § 31 GmbHG, RdNr. 12), der BGH hatte dies in seinem Urteil vom 23.04.2012 (NZG 2012, 667, 669 ff.) zu entscheiden.

## **2. Die Entscheidung des BGH vom 23.04.2012**

Wie dargestellt, hatte sich der BGH zunächst nochmals mit der Frage der Stichtagsbezogenheit der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Darlehensgewährung einerseits und andererseits deren Berücksichtigung bei der Prüfung späterer Ausschüttungen zu befassen. Hieran anknüpfend, war schließlich die eigentliche, bereits dargestellte Kernfrage zu klären, ob und wieweit eine anderweitige spätere Heilung der Unterbilanz einen bereits entstandenen Anspruch aus §§ 30 Abs. 1, 31 GmbHG sowie aus § 43 Abs. 3 GmbHG wieder entfallen lässt sowie schlussendlich das Verhältnis dieser Haftungstatbestände zu § 43 a GmbHG.

Bezüglich der Stichtagsbezogenheit hat der BGH erwartungsgemäß entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung – und sehr knapp – bekräftigt, dass jeder einzelne dieser Vorgänge getrennt zu betrachten sei und somit die Bonität des Gesellschafters und damit die Werthaltigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruches sowohl bei der Kreditvergabe an den Gesellschafter, als auch bei jeder weiteren Ausschüttung zu prüfen sei. Folglich kommt es bei einer Darlehensgewährung an einen Gesellschafter, bei welcher der Darlehensrückzahlungsanspruch bei Darlehensgewährung werthaltig war, bei jeder weiteren Ausschüttung an die Gesellschafter darauf an, ob bei einer jeweils vorzunehmenden Neubewertung des Rückzahlungsanspruches die späteren Ausschüttungen noch aus ungebundenem Vermögen erfolgen können (vgl. BGH NZG 2012, 667, 669 f.).

Hieraus folgen in denjenigen Fällen, in welchen der Rückzahlungsanspruch bei Darlehensgewährung werthaltig gewesen war, im späteren Verlauf jedoch aufgrund von den Bonitätsverschlechterungen abzuwerten gewesen wäre, voneinander unabhängige Ansprüche auf Rückzahlung der Darlehen sowie – soweit der Tatbestand erfüllt ist – auf der anderen Seite solche aus §§ 31 Abs. 1 S. 1, 30 GmbHG sowie aus § 43 Abs. 3 GmbHG.

Weitere Folge der strengen Stichtagsbezogenheit und der hieraus folgenden Unabhängigkeit des schuldrechtlichen Darlehensrückzahlungsanspruches einerseits und des gesellschaftsrechtlichen Anspruchs wegen Verletzung der Eigenkapitalvorschriften ist, dass in solchen Fällen die spätere Darlehensrückzahlung durch den Gesellschafter zwar den schuldrechtlichen Anspruch aus § 488 BGB zum Erlöschen bringt, nicht jedoch diejenigen aus §§ 31 Abs. 1 S. 1, 30 GmbHG sowie aus § 43 Abs. 3 GmbHG (vgl. a.a.O., S. 670).

In konsequenter Weiterführung der stichtagsbezogenen Betrachtungsweise hat der BGH schließlich auch in der eigentlichen Kernfrage entschieden, dass eine spätere Verbesserung der Vermögenssituation der Gesellschaft auf andere Weise, beispielsweise durch spätere Gewinne, bestehende Ansprüche aus §§ 31 Abs. 1 S. 1, 30 GmbHG sowie aus § 43 Abs. 3 GmbHG nicht zum Erlöschen bringt (vgl. a.a.O.). Begründet hat der BGH diese Auffassung damit, dass der Anspruch aus § 31 GmbHG funktional mit dem Einlageanspruch vergleichbar sei, welcher durch die Zuführung von Kapital an die Gesellschaft auf andere Weise nicht erlischt (vgl. a.a.O. m.w.N.).

Damit hat der BGH seine frühere, gegenteilige Rechtsprechung aufgegeben, nach welcher der Anspruch aus § 31 GmbHG durch eine nachträgliche anderweitige Wiederherstellung der Stammkapitalziffer entfällt (vgl. BGH NJW 1988, 139, 140 m.w.N.). Dies ist in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben (vgl. vor allem Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 31 GmbHG, RdNr. 13 ff. m.w.N.).

Hinsichtlich der Anwendung von § 43a GmbHG hat der BGH schließlich festgestellt, dass sich diese eng auszulegende Ausnahmegvorschrift nur auf die Ausreichung des Darlehens bezieht. Somit verbleibt für die Anwendung von § 43a GmbHG in denjenigen Fällen, in welchen der Rückzahlungsanspruch bei der Darlehensgewährung werthaltig war, und erst später aufgrund Vermögensverschlechterung eine bilanzielle Abwertung ebendieses Anspruches erforderlich wurde, kein Raum (vgl. BGH, NZG 2012, 667, 671 m.w.N.). Hierdurch hat der BGH einer doch sehr wesentlichen Literaturmeinung, nach welcher bei einer nachträglichen bilanziellen Abwertung des Rückzahlungsanspruches aufgrund von § 43a GmbHG das Darlehen sofort zurückzuführen ist, wenn eine Unterbilanz entsteht (vgl. die Nachweise bei BGH a.a.O., Rz. 38), eine Absage erteilt.

### **3. Stellungnahme**

Die Änderungen der Rechtsprechung des BGH in Sachen Heilung bzw. Wegfalls des Anspruchs aus §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 bzw. 43 Abs. 3 GmbHG durch anderweitige Auffüllung der Stammkapitalziffer ist insbesondere hinsichtlich ihrer dogmatischen Begründung auf erhebliche Kritik, vor allem von *Altmeyen* gestoßen (vgl. Roth/Altmeyen, a.a.O. m.w.N.):

Insbesondere die Gleichsetzung mit dem Einlageanspruch des Gesellschafters, spräche eher für die frühere Rechtsprechung des BGH, da nach h.M. im Falle der verdeckten Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG der Einlageanspruch durch Aufrechnung erfüllt werden kann (vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, a.a.O.).

Allerdings stimmt auch diese Literaturmeinung dem BGH im Ergebnis zu, da neben dem Anspruch aus § 31 GmbHG auch ein solcher aus § 812 BGB gegen den Gesellschafter besteht; dieser jedoch bleibt unzweifelhaft durch die Beseitigung der Unterbilanz unberührt (vgl. nochmals Roth/Altmeppen, GmbHG, a.a.O., RdNr. 14; BeckOK GmbHG, a.a.O., RdNr. 35.2).

Andererseits hat der BGH mit seiner Entscheidung vom 18.11.2014 – II ZR 231/13 – (NZG 2015, 149) nochmals bekräftigt, dass der Anspruch aus §§ 130a Abs. 1, S. 1, 170a HGB, der Parallelvorschrift zu § 64 GmbHG, dann nicht mehr besteht, wenn die Massekürzung dadurch ausgeglichen wird, dass für die Zahlung ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist, und der Sache nach lediglich ein Aktivtausch vorliegt (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.). Überträgt man dies auf den Sachverhalt der Ausschüttung nach erfolgter Abwertung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs, so müsste Letzterer schon zwangsläufig allein durch die Ausschüttung und die dadurch erfolgte Erhöhung des Vermögens des Gesellschafters bilanziell - und quasi zeitgleich - wiederum höher zu bewerten sein. Konsequenterweise müsste der Anspruch wegen Verletzung des Stammkapitals dann aber zumindest anteilig entfallen; und das erst recht bei einer tatsächlichen und zeitnahen Darlehensrückführung.

Folglich lässt sich ein gewisser dogmatischer Bruch in der Argumentation des BGH wohl kaum verleugnen: Einerseits sollen die Tatbestände streng stichtagsbezogen betrachtet werden mit der Folge, dass der Anspruch aus § 31 GmbHG keiner späteren anderweitigen Heilung zugänglich ist (BGH NZG 2012, 667, 670). Andererseits soll ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Zahlung nach §§ 130a, 170a HGB erforderlich, aber auch ausreichend sein, damit der Massezufluss der Masseschmälerung zugeordnet werden kann mit der Folge, dass dieser Anspruch nachträglich entfällt (BGH NZG 2015, 149, 150).

Vom Ergebnis betrachtet erscheint allein eine Übertragung dieser Rechtsprechung des BGH zu §§ 130a, 170a HGB auf die Tatbestände der §§ 31, 43 GmbHG sachgerecht, da auf diese Weise meines Erachtens ein ausgewogener Ausgleich der Gesellschafterinteressen einerseits und der Gläubigerinteressen andererseits gefunden werden kann: Zunächst einmal ist es kaum gerechtfertigt, dass eine Zahlung im Anwendungsbereich der § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. §§ 130a, 170a HGB gegenüber einer solchen nach §§ 31, 43 GmbHG durch eine Heilungsmöglichkeit privilegiert wird. Schließlich ist Ziel beider Regelungsbereiche der Gläubigerschutz, sanktioniert werden in beiden Fällen Ausschüttungen bzw. Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen nach Erreichen einer fest definierten bilanziellen Grenze. Aus dem Blickwinkel der Praxis betrachtet ist zudem die Insolvenzsituation sicherlich noch eher für den handelnden Geschäftsleiter greifbar als eine Unterbilanzsituation. Schlussendlich sprechen meines Erachtens in der Sache die besseren Argumente für den Ansatz, welchem der BGH in seiner Entscheidung vom 18.11.2014 (NZG 2015, 149, 150) verfolgt: Einen einheitlichen Lebenssachverhalt mit dem Argument

„Stichtagsbezogenheit“ aufzuteilen ist sicherlich weniger sachgerecht als ein Entfallen des Anspruchs in diesen Fällen; wogegen ein „Geschenk des Himmels“ rechtswidrig handelnden Gesellschaftern und Geschäftsführern nicht zugutekommen soll, zumal im Insolvenzfall de facto weniger Masse zu verteilen ist.

Für die Beratungspraxis muss freilich stets von der strengen Stichtagsbezogenheit ausgegangen werden, insbesondere im Falle des Vorhandenseins von Fremdgeschäftsführern. Im Zweifel sollte der (Fremd-)Geschäftsführer folglich eine Ausschüttung nicht vornehmen. Ein Ergebnis, welches für diesen höchst unbefriedigend ist, da er auf der anderen Seite Weisungen der Gesellschafter ausgesetzt ist, denen er sich nur bei Rechtswidrigkeit widersetzen darf. Zudem wird selbst ein rechtmäßiges Widersetzen in aller Regel den Verlust der Geschäftsführerposition zur Folge haben (vgl. zu dieser Thematik auch *Verf.*, Recht der Up- und Downstream-Finanzierung nach dem MoMiG in: Festschrift für Harald Herrmann, 2010, 216, 221 m.w.N.). Zu hoffen bleibt somit eine weitere Konkretisierung und Festigung der Rechtsprechung zu den regelmäßig auftretenden, „typischen“ Tatbeständen im Zusammenhang mit notwendigen Bewertungskorrekturen von Darlehensrückzahlungsansprüchen.

#### **IV. Fazit**

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 23.04.2012 (NZG 2012, 667) den Transfer von Vermögen einer Liquidationsgesellschaft erheblich erleichtert. Die nunmehr explizit zulässige Übertragung von Vermögensgegenständen auf Gesellschafter zu Marktpreisen statt zu (höheren) Buchwerten ist zu begrüßen, da sie einerseits eine geordnete Liquidation, unter Umständen gar eine Fortführung der Gesellschaft, ermöglicht, und damit eine Insolvenz vermieden werden kann. Auf der anderen Seite werden Gläubigerinteressen nicht verletzt, da auch im Falle einer Insolvenz durch den Insolvenzverwalter für den entsprechenden Vermögensgegenstand (nur) ein Marktwert erzielt werden kann.

Im Falle von Stammkapitalverletzungen im Kontext mit der Gewährung von Gesellschafterdarlehen wäre dagegen eine Abkehr von der schematischen, stichtagsbezogenen Betrachtungsweise der einzelnen Vorgänge wünschenswert, da diese im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führt. Hinsichtlich der Thematik eines möglichen Wegfalls des Anspruchs aus §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 bzw. 43 Abs. 3 GmbHG durch anderweitige Auffüllung der Stammkapitalziffer wäre folglich eine Übertragung der Rechtsprechung zu § 130a HGB, der Parallelvorschrift zu § 64 GmbHG, durch den BGH wünschenswert. Dies gilt insbesondere für solche Vorgänge, bei welchen die Stammkapitalziffer durch Gesellschafterhandeln zeitnah wiederhergestellt wird, oder die Verletzung und die Wiederherstellung der Stammkapitalziffer im engen funktionalen Zusammenhang stehen.