

RA/StB Dr. Dietmar Janzen, Münster

Kreditvergaben der GmbH & Co. KG an ihre Gesellschafter nach der neueren Rechtsprechung des BGH

I. Einleitung

Das Urteil des BGH vom 24. 11. 2003 – II ZR 171/01¹ – zur Zulässigkeit von Kreditvergaben einer GmbH an ihre Gesellschafter hat in der Fachwelt bekanntlich eine äußerst lebhafte und kontroverse Diskussion ausgelöst². Im Mittelpunkt der Diskussion stand die Befürchtung, dass durch die Grundsätze des Urteils vom 24. 11. 2003 das rechtliche und wirtschaftliche Ende des Cash Poolings im GmbH-Konzern herbeigeführt worden ist³. Der Gesetzgeber hat die vielfach geäußerte Kritik sogar zum Anlass genommen, in dem Referentenentwurf „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ Änderungen des Wortlauts von § 30 Abs. 1 GmbHG vorzuschlagen, welche entstandene Rechtsunsicherheiten beseitigen sollen. Im Gegensatz zur umfassenden Diskussion von Kreditvergaben und Cash Pooling im GmbH-Recht sind die Auswirkungen der aktuellen Rechtslage auf Kreditvergaben einer GmbH & Co. KG an ihre Gesellschafter (innerhalb oder außerhalb von Cash Pooling Systemen) bislang selten thematisiert worden, obwohl die Rechtsform der GmbH & Co. KG in der deutschen Rechtswirklichkeit mindestens so große Bedeutung hat wie die „reine“ GmbH. Soweit das Thema bislang in der Fachliteratur erörtert⁴ oder zum Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen wurde⁵, handelte es sich bei den zugrunde liegenden Sachverhalten meist um Kreditvergaben durch die Komplementär-GmbH an die KG. In der Unternehmenspraxis werden aber natürlich auch Kredite durch die operativ tätige und finanziell deshalb i. d. R. besser ausgestattete KG an die Gesellschafter, insbesondere die Kommanditisten ausgereicht. Auch im Hinblick auf diese Sachverhalte sind die möglichen haftungsrechtlichen Konsequenzen der neueren BGH-Rechtsprechung zu überprüfen.

II. Die Systematik des Kapitalschutzes im Recht der GmbH & Co. KG

1. Die Haftungsverfassung der GmbH & Co. KG nach HGB-Grundsätzen

Ein Kommanditist haftet den Gläubigern der KG gem. § 171 Abs. 1 HGB grundsätzlich nur bis zur Höhe seiner im Handelsregister eingetragenen (Haft-)Einlage persönlich. Das gilt jedenfalls dann, wenn er erst mit Eintragung der Kommanditistenstellung in das Handelsregister der KG beigetreten ist, er seine Einlage vollständig geleistet hat und diese nicht an ihn zurückgezahlt worden ist (vgl. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 und 172 Abs. 4 HGB). Im Gegensatz zur GmbH wird das Kapitalsicherungssystem der „reinen“ KG dadurch charakterisiert, dass die KG im Grundsatz eine Rechtsform mit unbeschränkter Gesellschafterhaftung ist. Den Gläubigern der KG steht das „Privatvermögen“ des persönlich haftenden Gesellschafters als Haftungssubstrat zur Verfügung. Darüber hinaus haben die Gläubiger im Hinblick auf die Kommanditisten aber nur den begrenzten Zugriff auf deren in das Handelsregister eingetragene Hafteinlage. Da die gesetzliche Regelung auf dem Grundsatz der unbeschränkten Komplementär-Haftung basiert, ist es nicht erforderlich, den Gläubigern ein bestimmtes Gesellschaftsvermögen zu garantieren, dessen Verminderung oder Schmälerung zugunsten der Kommanditisten mit der persönlichen Haftung sanktioniert wäre⁶. Selbst in dem Fall, dass die Einlage an den Kommanditisten zurückbezahlt wird, bleibt die Haftung des Kommanditisten

auch dann auf den Betrag seiner im Handelsregister eingetragenen Hafteinlage begrenzt, wenn die Höhe des zurückbezahlten Betrags diese Hafteinlage übersteigt. Zuwendungen aus dem Vermögen der KG an die Gesellschafter sind daher nicht schlechthin verboten, sie führen lediglich zum Wiederaufleben der persönlichen Haftung der Kommanditisten i. H. der eingetragenen Hafteinlage⁷. Eine subsidiäre Mithaftung der übrigen Kommanditisten besteht nicht⁸.

2. Unmittelbare Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG

Das „hybride Gebilde“ GmbH & Co. KG bringt es mit sich, dass neben den §§ 172 Abs. 4 Satz 1, 171 Abs. 1 HGB auch die Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts gem. §§ 30, 31 GmbHG Anwendung finden⁹. Zahlungen zulasten des Stammkapitals der Komplementär-GmbH führen zu einer Haftung der GmbH-Gesellschafter (die bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG auch Kommanditisten der KG sind) und der Geschäftsführer gegenüber der Komplementär-GmbH¹⁰. Das ist unmittelbar einsichtig, soweit es um Zahlungen aus dem Vermögen der GmbH an die gleichzeitig an der Komplementär-GmbH und der KG beteiligten Gesellschafter/Kommanditisten geht¹¹.

3. Mittelbare Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG

a) Allgemeine Voraussetzungen der Haftung

Eine Haftung gem. bzw. besser „analog“ §§ 30, 31 GmbHG kann aber auch dann entstehen, wenn die Auszahlungen nicht aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH erfolgen, sondern

Dr. Dietmar Janzen ist Partner der HLB Dr. Schumacher & Partner GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft Münster/Düsseldorf.

- 1... BGH-Urteil vom 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157 S. 72 = DB 2004 S. 371 = GmbHR 2004 S. 302.
- 2... Vgl. z. B. die Ausführungen von *Bähr/Hoss*, GmbHR 2004 S. 304; *Cahn*, Der Konzern 2004 S. 235; *Helmreich*, GmbHR 2004 S. 457; *Fuhrmann*, NZG 2004 S. 552; *Seidel*, DStR 2004 S. 1130; *Vetter*, BB 2004 S. 1509; *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004 S. 489; *Goette*, ZIP 2005 S. 1481 (1484); *Schäfer*, GmbHR 2005 S. 133; *Bayer/Lieder*, GmbHR 2006 S. 449; *Altmeyen*, ZIP 2006 S. 1025.
- 3... Vgl. *Fuhrmann*, NZG 2004 S. 552; *Vetter*, BB 2004 S. 1509; *Wessels*, ZIP 2004 S. 793; *Bähr/Hoss*, GmbHR 2004 S. 304 (305); *Lux*, MDR 2004 S. 342; *Bayer/Lieder*, GmbHR 2006 S. 449, vgl. insb. aber auch die zutreffenden Ausführungen von *Altmeyen*, ZIP 2006 S. 1025 (1030 f.).
- 4... *Wachter*, GmbHR 2004 S. 1249; *Blaum*, in: Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdn. I 3236 ff.; *Hentzen*, ZGR 2005 S. 480 (494); *Priester*, EWIR 2006 S. 497 f. und *Werner*, GmbHR 2006 S. 942 f.
- 5... OLG Jena, Urteil vom 28. 6. 2006 – 6 U 717/05, DB 2006 S. 1484 (1485).
- 6... BGH-Urteil v. 29. 3. 1973 – II ZR 25/70, BGHZ 60 S. 324 (327 ff.) = DB 1973 S. 916; v. 19. 2. 1990 – II ZR 268/88, DB 1990 S. 980 (981); *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl., § 12 Rdn. 30.
- 7... Vgl. z. B. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 V. für die GmbH & Co. KG.
- 8... Vgl. *Wachter*, GmbHR 2004 S. 1249 (1252); *Scholz*, in: Westermann, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. I 3007, jew. m. w. N.
- 9... BGH vom 29. 3. 1973, a.a.O. (Fn. 6); *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 30 Rdn. 33; *Karsten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 7), § 56 V. 1; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, § 30 Rdn. 100.
- 10... Vgl. *Gummert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 2. Aufl., § 54 Rdn. 11; *Heidinger*, a.a.O. (Fn. 9), Rdn. 101.
- 11... *Westermann*, in: *Scholz*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 30 Rdn. 39.

wenn Auszahlungen aus dem Vermögen der KG an einen Kommanditisten der GmbH & Co. KG erfolgen¹². Das für die Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG maßgebliche handelsbilanzielle Reinvermögen der Komplementär-GmbH kann nämlich auch durch Auszahlungen aus dem Vermögen der KG an die Kommanditisten dann unter die nominale Stammkapitalziffer geschmälert werden, wenn die Komplementär-GmbH wegen ihrer unbeschränkten persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der KG einen Passivposten (Rückstellung oder Verbindlichkeit) bilden muss, der gleichzeitig nach § 110 HGB zu aktivierende Freistellungsanspruch der Komplementär-GmbH gegen die KG aber wegen der nicht vollständigen Deckung der Verbindlichkeiten der KG durch deren Vermögen nicht (vollständig) werthaltig ist¹³. In dem (in der Unternehmenspraxis sogar eher selteneren) Fall, dass die Komplementär-GmbH auch vermögensmäßig an der KG beteiligt ist, kann eine Haftung analog §§ 30, 31 GmbHG darüber hinaus auch dann entstehen, wenn eine Wertminderung des Beteiligungsansatzes an der KG in der Bilanz der Komplementär-GmbH als Folge einer Zuwendung der KG an ihre(n) Kommanditisten zu einer Unterbilanz/Überschuldung auf der bilanziellen Ebene der Komplementärin führt¹⁴.

b) Rechtsfolgen der Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG

Rechtsfolge der Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG bei Zahlungen aus dem Vermögen der KG ist, dass der begünstigte Kommanditist analog § 30 Abs. 1 GmbHG verpflichtet ist, den zur Auffüllung des Stammkapitals erforderlichen Betrag an die KG (!) als Gläubigerin zurückzuzahlen¹⁵. Die Haftung analog §§ 30, 31 GmbHG setzt nach Auffassung des BGH nicht voraus, dass der begünstigte Kommanditist gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist. Auch „Nur-Kommanditisten“ haften analog §§ 30, 31 GmbHG¹⁶. Inhaltlich kann die Haftung analog §§ 30, 31 GmbHG den Kommanditisten weitaus härter treffen als die originäre Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB. Während die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB in jedem Fall auf den Betrag der Hafteinlage begrenzt ist, ist der Kommanditist unter den Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG analog verpflichtet, den gesamten (mittelbar) zur Wiederherstellung der nominalen Stammkapitalziffer der Komplementär-GmbH erforderlichen Betrag zurückzuzahlen (auch wenn dieser die handelsregisterliche Hafteinlage bei weitem übersteigt)¹⁷. Auch für die Mit-Kommanditisten kann die Haftung analog §§ 30, 31 GmbHG im Einzelfall schwerwiegende Folgen haben. Wie oben bereits gesagt, begründet die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB keine „Solidarhaftung“ der Mit-Kommanditisten. Das gilt aber sehr wohl für die Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG. Die Grundsätze zur Solidarhaftung gem. § 31 Abs. 4 GmbHG sind ebenfalls auf die mittelbare Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG übertragbar¹⁸. Nach der Rechtsprechung des BGH entfällt ein einmal entstandener Erstattungsanspruch schließlich nicht von Gesetzes wegen, wenn das Stammkapital der Komplementär-GmbH zwischenzeitlich anderweitig wiederhergestellt wurde¹⁹. Aus der vom BGH statuierten Haftung der „Nur-Kommanditisten“ einer GmbH & Co. KG analog §§ 30, 31 GmbHG folgt unmittelbar, dass auch Nur-Kommanditisten im Rahmen einer sog. „Einheits-GmbH & Co. KG“, bei der die KG sämtliche Anteile an ihrer Komplementär-GmbH hält, analog §§ 30, 31 GmbHG haften²⁰.

III. BGH-Grundsätze zur Darlehensvergabe an GmbH-Gesellschafter

Der BGH hatte in seiner oben zitierten Entscheidung vom 24. 11. 2003 ursprünglich die Auffassung dargelegt, dass die Gewährung von Darlehen durch die GmbH an ihre Gesell-

schafter nur dann zulässig sei, wenn das Darlehen nicht aus dem „gebundenen“ Vermögen der GmbH i. H. der Stammkapitalziffer, sondern aus ungebundenem Eigenkapital gewährt wird. Dies gelte laut BGH – unter Außerachtlassung der bis dahin als maßgeblich erachteten sog. „bilanziellen Betrachtungsweise“ – sogar dann, wenn die Rückzahlungsforderung der GmbH gegen den Gesellschafter wirtschaftlich als voll werthaltig zu betrachten sei²¹.

1. Bewertung der Darlehensforderung mit „Null“

Die Rückzahlungsforderung gegen den Gesellschafter wäre in strenger Auslegung des Urteils stets mit „Null“ zu bewerten und damit bilanziell einer Entnahme gleichzustellen²². Das Gericht begründete seine scheinbar doch recht rigorose Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise damit, dass die bilanzielle Betrachtungsweise im Einzelfall vor dem Hintergrund des Zwecks des § 30 Abs. 1 GmbHG zu kurz greife und keine angemessenen Ergebnisse liefere, wenn zulasten der Gläubiger liquide Haftungsmasse in ggf. zeitlich nicht einmal befristete Darlehensrückgewährungsansprüche gegen die Gesellschafter im Wege eines bilanziellen Aktivtauschs ersetzt würden. Eine Ausnahme von diesem Gebot der Unzulässigkeit von Darlehensgewährungen an Gesellschafter hielt der BGH laut einem obiter dictum in der vorgenannten Entscheidung allenfalls dann für denkbar, wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liege, die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich standhielten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jeden Zweifels stehe oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet sei. Nach überwiegender Auffassung in den Kommentierungen der Entscheidung ist dieses obiter dictum aber zu unbestimmt, als dass es in der Praxis als Basis für die Gestaltung von Darlehensgewährungen an Gesellschafter oder die Konzeption von Cash-Pool-Systemen dienen könnte²³.

- 12... BGH vom 29. 3. 1973, a.a.O. (Fn. 6), BGHZ 60 S. 328 ff.; vom 27. 9. 1976 – II ZR 162/75, BGHZ 67 S. 171 (175); vom 29. 9. 1977 – II ZR 157/76, BGHZ 69 S. 274 (279); vom 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76 S. 326 (336) = DB 1980 S. 1159; vom 8. 7. 1985 – II ZR 269/84, BGHZ 95 S. 188 (191) = DB 1985 S. 2292; vom 16. 10. 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109 S. 55 (67) = DB 1989 S. 2470; vom 20. 9. 1993 – II ZR 151/92, BGHZ 123 S. 289 (296) = DB 1993 S. 2323; Goette, Die GmbH, § 3 Rdn. 26.
- 13... Vgl. BGH vom 29. 9. 1977, a.a.O. (Fn. 12); vom 19. 2. 1990 – II ZR 268/88, DB 1990 S. 908 (981); für die Frage der vermögensmäßigen Deckung der Schulden der KG ist m. E. aus Praktikabilitäts-erwägungen auf die Handelsbilanzwerte abzustellen, a. A. Blaum, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 13193.
- 14... BGH vom 29. 3. 1973, a.a.O. (Fn. 6).
- 15... BGH vom 29. 3. 1973, a.a.O. (Fn. 6), BGHZ 60 S. 329 f.; vom 27. 9. 1976, a.a.O. (Fn. 12), BGHZ 67 S. 176; Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn. 7), § 56 V. 1 b.
- 16... BGH-Urteil vom 19. 2. 1990 – II ZR 268/88, BGHZ 110 S. 342 (358) = DB 1990 S. 980; vom 27. 3. 1995 – II ZR 30/94, DB 1995 S. 1172 = NJW 1995 S. 1960 f.; Westermann, a.a.O. (Fn. 12), Rdn. 39, m. w. N.; Binz/Sorg, a.a.O. (Fn. 6) § 12 Rdn. 37.
- 17... Vgl. Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn. 7), § 56 V. 1.
- 18... Nach BGH-Urteil vom 25. 2. 2002 (II ZR 196/00, BGHZ 150 S. 61 = DB 2002 S. 995) und vom 22. 9. 2003 (II ZR 229/02, DB 2003 S. 2481 = NJW 2003 S. 3629 [3632]) ist die subsidiäre Ausfallhaftung der Mitgesellschafter allerdings auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt; das dürfte auch für die Haftung der Kommanditisten analog §§ 30, 31 GmbHG gelten.
- 19... BGH-Urteil vom 29. 5. 2000 – II ZR 118/98, BGHZ 144 S. 336 (341 f.) = DB 2000 S. 1455; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 31 Rdn. 11.
- 20... Vgl. Westermann, a.a.O. (Fn. 11), § 30 Rdn. 41.
- 21... In diesen Fällen ist die Darlehensvergabe eigentlich bilanzneutral und führt gerade nicht zur Schmälderung der handelsbilanziellen Stammkapitalziffer.
- 22... So noch Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 30 Rdn. 91.
- 23... Vgl. z. B. Fuhrmann, NZG 2004 S. 552 (554), auch die meisten in Fn. 3 Genannten.

2. Neuinterpretation durch den Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH

Mittlerweile deuten Äußerungen des Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH darauf hin, dass der BGH sein Urteil vom 24. 11. 2003 wesentlich enger ausgelegt sehen möchte²⁴. Nach der neueren Lesart soll die Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise in der Entscheidung vom 24. 11. 2003 auf Sachverhalte beschränkt sein, bei denen – wie im dort entschiedenen Fall – sich die darlehensgewährende GmbH bereits bei Auszahlung des Darlehens im Stadium der Unterbilanz befindet²⁵. Im Umkehrschluss bedeutet dieses, dass – wie bisher – der Darlehensrückzahlungsanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen zu bewerten und in die Berechnung des freien Vermögens einzubeziehen ist, solange sich die GmbH nicht bereits bei Auszahlung des Darlehens im Stadium der Unterbilanz befindet. In diesen Fällen gilt also nach den Äußerungen von *Goette* die bilanzielle Betrachtungsweise nach wie vor²⁶.

IV. Haftung bei Darlehensgewährungen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH

Die Rechtsprechung des BGH ist, wie gesagt, auch auf ihre Folgewirkungen auf das Recht der GmbH & Co. KG hin zu überprüfen. Dieses gilt zunächst für die in der Praxis sehr häufige Konstellation, dass das Stammkapital der Komplementär-GmbH von den Gesellschaftern/Kommanditisten zwar im Rahmen der Gründung der Komplementärin zunächst auf ein für die GmbH eingerichtetes Konto²⁷ überwiesen wird, anschließend aber – weil die Komplementärin mangels operativer Tätigkeit die Liquidität nicht benötigt – als Darlehen i. H. der Stammeinlage an die KG weitergereicht wird.

1. Neuere obergerichtliche Entscheidungen

Dieser Sachverhalt ist noch in einer Entscheidung des OLG Köln vom 5. 2. 2002 – 18 U 183/01²⁸ nur nach Kapitalaufbringungsregeln unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage aufgrund verabredeten „Hin- und Herzählens“ überprüft (und nicht beanstandet) worden. Das OLG Köln vertrat die Auffassung, dass eine verdeckte Sacheinlage nur dann vorläge, wenn die KG den von der Komplementär-GmbH erhaltenen Darlehensbetrag an den/die Kommanditisten ausgezahlt hätte. Die KG sei in dem entschiedenen Sachverhalt nämlich weder Gesellschafterin der GmbH noch sei sie ein dem Kommanditisten „nahe stehendes Unternehmen“. Dieselbe Problematik wurde nun auch Gegenstand einer Entscheidung des OLG Jena vom 28. 6. 2006 – 6 U 717/05²⁹. Auch das OLG Jena sieht in der Darlehensgewährung der Komplementär-GmbH an die KG keine Rückzahlung der Einlage. Zwar verweist das OLG Jena zunächst auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2002³⁰, in welcher der BGH die ordnungsmäßige Aufbringung der Stammeinlagen bei sofortiger Weiterleitung an eine aus den GmbH-Gesellschaftern gebildete OHG ausdrücklich verneinte. Für den GmbH & Co. KG-Sachverhalt verweist das OLG zur Begründung seiner von dieser BGH-Entscheidung abweichenden Auffassung in einer Art „teleologischer Reduktion“ des § 19 GmbHG allerdings darauf, dass die „wirtschaftliche Einheit“ der GmbH & Co. KG dafür spreche, die Finanzierung der KG auch durch die Stammeinlagen ihrer Komplementär-GmbH zu gestatten³¹. Auch das OLG Jena (wie das OLG Köln in der vorgenannten Entscheidung) prüft den Sachverhalt nur unter dem Aspekt der ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung.

2. Prüfung sowohl nach Kapitalaufbringungs- als auch nach Kapitalerhaltungsgrundsätzen erforderlich

Die der Entscheidung des OLG Jena zugrunde liegenden Wertungen sind durchaus zweifelhaft. Das OLG beschränkt sich auch zu

Unrecht auf die Prüfung der ordnungsmäßigen Kapitalaufbringung, obwohl auch eine Prüfung der Kapitalerhaltungsgrundsätze in der Lesart der BGH-Entscheidung vom 24. 11. 2003 nahe gelegen hätte. Die zur Kapitalaufbringung vom OLG Jena unterstellte Prämisse, dass zwischen der KG und den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH kein Näheverhältnis bestehe, ist bei der ansonsten vom BGH zur Definition des Adressatenkreises des § 30 GmbHG angewendeten wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles andere als zwingend³². Dieses gilt gerade in den praktisch häufigen Sachverhalten, in denen die GmbH-Gesellschafter auch die Kommanditanteile an der KG halten. In Sachverhalten, in denen sowohl die Geschäftsanteile an der Komplementärin als auch die Gesellschaftsanteile an der KG von einem Mehrheitsgesellschafter gehalten werden, der weitere unternehmerische Beteiligungen hält (mithin die GmbH & Co. KG konzernrechtlich beherrscht), dürfte die Prämisse der fehlenden wirtschaftlichen Nähe kaum noch begründbar sein³³. Der vom OLG Jena ebenfalls herangezogene – eigentlich gegenüber dem Argument der fehlenden Nähebeziehung eher konträre – Ansatz der „wirtschaftlichen Einheit“ der GmbH & Co. KG widerspricht dem ansonsten das Kapitalaufbringungsrecht der GmbH & Co. KG dominierenden Trennungsgrundsatz, nach welchem der Kapitalschutz bei der GmbH & Co. KG auf beiden Ebenen (GmbH und KG) gesondert zu beurteilen ist und den Kapitalaufbringungssystemen beider Rechtsformen gerecht werden muss³⁴. Bereits unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung sind daher Weiterreichungen der Stammeinlagen der GmbH-Gesellschafter als Darlehen an die GmbH & Co. KG nach wie vor äußerst problematisch³⁵.

3. Neuere BGH-Rechtsprechung als Maßstab der Kapitalerhaltungsprüfung

Die liquiditätsmäßige Weiterreichung der eingezahlten Stammeinlagen durch eine Komplementär-GmbH als Darlehen an die KG könnte bei konsequenter Anwendung der ursprünglich in den Entscheidungsgründen der BGH-Entscheidung vom 24. 11. 2003 enthaltenen Grundsätze zudem als Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln des § 30 GmbHG unzulässig sein. Komplementär-GmbHs werden nämlich nahezu stets lediglich mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital von 25.000 € ausgestattet. Rücklagen bilden sie in geringem Umfang allenfalls durch die Thesaurierung der in den Folgejahren von der KG zu zahlenden Haftungsvergütungen bzw. Gewinnausschüttungen. Fremdmittel sind auf der Passivseite der Bilanz ebenfalls häufig nicht vorhan-

24... Vgl. *Goette*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16. 1. 2006 (II ZR 76/04, DB 2006 S. 772) DStR 2006 S. 767 f., vgl. auch den Hinweis von *Altmeyen*, ZIP 2006 S. 1025 (1030) auf Äußerungen von *Goette* auf dem dritten Insolvenzrechtstag am 31. 3. 2006.

25... So auch *Priester*, EWIR 2006 S. 497 (498).

26... Vgl. auch die geänderte Stellungnahme des *Hauptfachausschusses des IDW* in FN-IDW 2006 S. 545 (546).

27... In der Praxis wird sogar i. d. R. auf ein Konto der KG überwiesen, vgl. dazu *Blaum*, a.a.O. (Fn. 4) Rdn. I 3220, weil die GmbH gar kein eigenes Konto hat.

28... GmbHR 2002 S. 968.

29... OLG Jena vom 28. 6. 2006, a.a.O. (Fn. 5).

30... BGH-Urteil vom 2. 12. 2002 – II ZR 101/02, BGHZ 153 S. 107 = DB 2003 S. 387.

31... OLG Jena vom 28. 6. 2006, a.a.O. (Fn. 5) unter Berufung auf *Kars-ten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 7), § 56 V 1 b).

32... So auch *Roth/Altmeyen*, a.a.O. (Fn. 22), § 30 Rdn. 116; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 16. Aufl. 2006, § 30 Rdn. 33.

33... Vgl. dazu *Blaum*, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. I 3222; *Wachter*, GmbHR 2004 S. 1249 (1254).

34... BGH-Urteil vom 25. 11. 1985 – II ZR 48/85, DB 1986 S. 318 = GmbHR 1986 S. 115; *Wachter*, GmbHR 2004 S. 1249 (1254).

35... Vgl. *Binz/Sorg*, a.a.O. (Fn. 6), S. 19 f.; *Werner*, GmbHR 2006 S. 942 (943); a. A. wohl *Priester*, EWIR 2006 S. 497 (498); vgl. auch BGH-Urteil vom 16. 1. 2006, a.a.O. (Fn. 24) zur Kapitalaufbringung im Cash-Pool.

den. Deshalb wird die Weiterreichung der Stammeinlagen als Darlehen an die KG in der Praxis nahezu immer „aus gebundenem Eigenkapital“ der Komplementär-GmbH erfolgen. Da ferner die hohen Anforderungen, die der BGH für die ausnahmsweise Zulässigkeit der Darlehensgewährung aus gebundenem GmbH-Vermögen aufgestellt hat, i. d. R. nicht vorliegen bzw. nicht nachweisbar sein dürften, wäre eine Weiterreichung der Stammeinlage als Darlehen an die KG meist unzulässig. Die Komplementär-GmbH hätte nicht nur einen Anspruch gegen den Gesellschafter auf sofortige Rückzahlung des Darlehens. Die Geschäftsführung der GmbH würde einen individuellen Haftungstatbestand begründen, weil sie gegen ihre gesetzlichen Pflichten gem. § 43 Abs. 3 i. V. mit § 30 GmbHG verstieße.

4. Äußerungen des Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH nehmen Brisanz

Die oben unter III. 2. zitierten Äußerungen des Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH haben der Thematik aber faktisch einen Großteil ihrer Brisanz genommen. Wenn die BGH-Entscheidung vom 24. 11. 2003 tatsächlich so zu verstehen ist, dass die Abkehr des BGH von der bilanziellen Betrachtungsweise ausschließlich für Sachverhalte gelten soll, in welchen die darlehensgewährende GmbH sich bereits bei Auszahlung des Darlehens im Stadium der Unterbilanz befindet, dürften nur noch wenige in der Praxis vorkommende Sachverhalte Anlass zu derartigen Befürchtungen geben. Im Zeitpunkt der Weiterreichung der Liquidität als Darlehen an die GmbH & Co. KG wird das bilanzielle Vermögen der Komplementär-GmbH i. d. R. noch keine Unterdeckung aufweisen. Bei dieser Prüfung ist der nach der Satzung der Komplementär-GmbH regelmäßig von der Gesellschaft zu tragende angemessene Gründungsaufwand außer Betracht zu lassen. Falls dann noch die zwischen der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KG vereinbarten Darlehensbedingungen marktüblich sind und an der Bonität der GmbH & Co. KG keine Zweifel bestehen, dürften der Darlehensgewährung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung keine durchgreifenden Bedenken mehr entgegenstehen. Dieses ändert aber nichts daran, dass die Darlehensgewährung unter Kapitalaufbringungs Gesichtspunkten bedenklich ist.

5. MoMiG

Nur den Aspekt der Kapitalerhaltung betrifft auch die geplante GmbH-Reform in Gestalt des MoMiG. Nach dem aktuellen Referentenentwurf sollen zwar Leistungen mit Kreditcharakter an GmbH-Gesellschafter vom Verbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 ausgenommen werden, wenn diese im „Interesse der Gesellschaft“ liegen. Selbst wenn die Darlehensgewährung der Komplementär-GmbH an die GmbH & Co. KG im Interesse der Komplementärin liegen sollte, ändert dieses nichts daran, dass die Weiterreichung der durch die Stammeinlagen gewonnenen Liquidität durch die Komplementär-GmbH an die GmbH & Co. KG unter Kapitalaufbringungs Gesichtspunkten riskant ist.

V. Haftung bei Darlehensgewährungen aus dem Vermögen der KG

Wenig erörtert wurde bislang, ob die Grundsätze der Entscheidung des BGH vom 24. 11. 2003 Folgewirkungen auch auf Darlehensgewährungen aus dem Vermögen der KG an die Kommanditisten haben.

1. Bisherige Beurteilung von Darlehensvergaben an Kommanditisten

Die Vergabe von Darlehen durch eine GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten in Sachverhalten, in denen der „reale Kapitalanteil“ (verstanden als Summe aller Kapitalkonten) des Kommanditisten niedriger als die im Handelsregister eingetragene Haftungssumme ist, wurde bereits vor dem BGH-Urteil vom 24. 11. 2003

in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der kommentierenden Fachliteratur teilweise äußerst kritisch betrachtet. Das OLG Hamburg hat in einer Entscheidung vom 15. 11. 1990³⁶ einen darlehensempfangenden Kommanditisten auf eine Klage des Konkursverwalters der GmbH & Co. KG hin zur Rückzahlung seiner Einlage verurteilt. Die Einkleidung des Vermögensrückflusses an den Kommanditisten in ein „Darlehen“ stehe der Annahme einer Einlagenrückgewähr i. S. von § 172 Abs. 4 HGB nicht entgegen, da die Gesellschaft dem Kommanditisten aus dem Gesellschaftsvermögen gerade diejenigen Mittel gewährt habe, die es dem Kommanditisten bis dahin ermöglicht hätten, seine Einlage aufrecht zu erhalten³⁷. Entsprechend der bis zu dem BGH-Urteil vom 24. 11. 2003 vorherrschenden „bilanziellen Betrachtungsweise“ wurde andererseits in der Fachliteratur auch zur Problematik des § 172 Abs. 4 HGB bislang überwiegend darauf hingewiesen, dass die Kreditgewährung an den Kommanditisten jedenfalls dann und solange keine Einlagenrückgewähr sein könne, wie die Darlehensvergabe bilanziell durch die Aktivierung einer voll werthaltigen Forderung gegen den Kommanditisten neutralisiert werde³⁸. Die Kreditvergabe an den Kommanditisten könne nur insoweit als Einlagenrückgewähr betrachtet werden, wie das Darlehen einem Drittvergleich nicht standhalte, wobei eine Einlagenrückgewähr lediglich i. H. der nach marktüblichen Kriterien festzustellenden „Unterverzinsung“ vorliege³⁹.

2. Kreditvergaben nach dem BGH-Urteil vom 24. 11. 2003

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH wirft ein neues Licht auf die bisherige Diskussion. Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung sollen an einem einfachen Beispiel erörtert werden.

Beispiel: Der über eine gute Bonität verfügende A ist alleiniger Kommanditist der A GmbH & Co. KG und alleiniger Gesellschafter der Komplementärin A Verwaltungs-GmbH. Die A Verwaltungs-GmbH verfügt lediglich über das gesetzliche Mindest-Stammkapital i. H. von 25.000 €, das sie (der Einfachheit halber, und natürlich entgegen allen praktischen Gepflogenheiten) bei einer Bank angelegt hat. Die Komplementärin ist am Vermögen der GmbH & Co. KG nicht beteiligt. A hat als Kommanditist eine identische Haft- und Pflichteinlage i. H. von 1 Mio. € geleistet. Der Einfachheit halber sei ferner unterstellt, dass in der Bilanz der GmbH & Co. KG außer der Kommanditeinlage nur noch Verbindlichkeiten ebenfalls i. H. von 1 Mio. € passiviert sind, denen auf der Aktivseite der Bilanz eine Forderung der GmbH & Co. KG gegen den A i. H. von 2 Mio. € gegenübersteht. Die Forderung resultiert aus einem ansonsten fremdüblichen Darlehen der GmbH & Co. KG an A in dieser Höhe.

| A GmbH & Co. KG | | | |
|----------------------------------|-------------|----------------------------------|-------------|
| Aktiva | | Passiva | |
| Forderungen gegen Gesellschafter | 2.000.000 € | Kapitalanteil des Kommanditisten | 1.000.000 € |
| | | Verbindlichkeiten | 1.000.000 € |
| A Verwaltungs-GmbH | | | |
| Aktiva | | Passiva | |
| Bank | 25.000 € | Gezeichnetes Kapital | 25.000 € |

36... OLG Hamburg, Urteil vom 15. 11. 1990 – 15 U 11/88, DStR 1991 S. 1196 (1197).

37... OLG Hamburg, a.a.O. (Fn. 36).

38... Vgl. Karsten Schmidt, in: MünchKomm-HGB, §§ 171, 172 Rdn. 69.

39... Vgl. Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn. 38), auch Huber, ZGR 1988 S. 1 (27), Schilling, in: GK-HGB, 4. Aufl. 1987, § 172 Rdn. 9.

a) Prüfung der Darlehensvergabe am Maßstab des § 172 Abs. 4 HGB

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Ausreichung des Darlehens i. H. von 2 Mio. € an A eine Rückzahlung der Kommanditeinlage i. S. von § 172 Abs. 4 HGB ist. Nach den Kriterien der oben zitierten Entscheidung des OLG Hamburg vom 15. 11. 1990⁴⁰ wäre die Darlehensgewährung durch die A GmbH & Co. KG an A in der Tat als haftungsschädliche Einlagenrückgewähr zu qualifizieren. Der gesamte Kapitalanteil des A (der hier der Einfachheit halber nur aus einem Kapitalkonto besteht) ist nicht höher als seine Haft- und Pflichteinlage. Deshalb überlässt die A GmbH & Co. KG ihm diejenigen Mittel als Darlehen, die in der Terminologie des OLG Hamburg eigentlich zur Aufrechterhaltung seiner Einlage benötigt werden. Da das Darlehen der A GmbH & Co. KG an A hinsichtlich des vereinbarten Zinses und der sonstigen Konditionen einem Fremdvergleich standhält, würde andererseits die bislang wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung in der kommentierenden Fachliteratur eine Einlagenrückgewähr i. S. von § 172 Abs. 4 HGB mit der Begründung ablehnen, dass die Vergabe des Darlehens durch die A GmbH & Co. KG an A zu fremdüblichen Konditionen lediglich zu einem Aktivtausch in der Bilanz der A GmbH & Co. KG geführt habe, der einer Rückzahlung der Einlage nicht gleichgesetzt werden könne⁴¹.

b) Aufgabe der bilanziellen Betrachtungsweise auch im Rahmen von § 172 Abs. 4 HGB?

Vor dem Hintergrund der Entscheidungsgründe des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003 stellt sich mit neuer Aktualität die Frage, ob diese bilanzielle Betrachtungsweise der Einlagenrückzahlungsproblematik im Rahmen des § 172 Abs. 4 HGB überhaupt noch vertretbar ist. Dieses ist jedoch der Fall. Die Grundsätze des Urteils vom 24. 11. 2003 (erst Recht in ihrer ursprünglichen, von Goette noch nicht „klargestellten“ Schärfe) sind nicht ohne Weiteres auf die Beurteilung von Darlehen einer GmbH & Co. KG an einen Kommanditisten unter dem Blickwinkel des § 172 Abs. 4 HGB übertragbar. Die Haftungsverfassungen der GmbH und der KG sind zu unterschiedlich, als dass sich eine Übertragung der vom BGH aufgestellten Grundsätze auf die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB vertreten ließe⁴². Anders als im Recht der GmbH (mittels der §§ 30, 31 GmbHG) wird den Gläubigern der KG (auch der GmbH & Co. KG) über die Haftungsregelung des § 172 Abs. 4 HGB keineswegs ein bestimmtes bilanzielles Mindestvermögen garantiert⁴³. Im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 GmbHG beinhaltet § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB auch kein absolutes Verbot der Rückzahlung der Einlage an den Kommanditisten⁴⁴. Wie oben bereits dargestellt, dürfen die Gläubiger der KG zwar darauf vertrauen, dass ihnen die eingetragenen Haftsummen der Kommanditisten als Haftungssubstrat tatsächlich zur Verfügung stehen. Dieses gewährleistet das Gesetz aber gerade nicht über einen Mindesthaftungsfonds der KG mit einer Innenhaftung der Kommanditisten, sondern über die persönliche Außenhaftung des Kommanditisten für den nicht (mehr) vorhandenen Einlagebetrag. Die Haftungsverfassung der KG sieht damit die Erbringung der Hafteinlage durch den Kommanditisten einerseits und deren Nichterbringung mit gleichzeitigem Wiederaufleben der persönlichen Haftung andererseits als quasi gleichwertige Alternativen des Gläubigerschutzes⁴⁵.

c) Kein absoluter Schutz des Kommanditkapitals durch Auszahlungsverbot

In diese Systematik passt ein tendenziell „absoluter“ Schutz, wie der des GmbH-Stammkapitals durch die §§ 30, 31 GmbHG in der substanzorientierten Zuspitzung durch die Grundsätze des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003 nicht. Die persönliche Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB kann nicht in die Garantie eines bestimmten Gesellschaftsvermögens der KG und ein damit einhergehendes kategorisches Auszahlungsverbot umgedeutet werden.

Die Kreditgewährung an Kommanditisten ist im Einklang mit der bereits bisher überwiegenden Auffassung in der Fachliteratur daher nur dann eine Einlagenrückgewähr i. S. von § 172 Abs. 4 HGB, wenn entweder die zu aktivierende Darlehensforderung gegen den Kommanditisten nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen nicht vollwertig ist und infolgedessen der Kapitalanteil des Kommanditisten unter seine Haftsumme sinkt oder die Kreditgewährung nicht zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt und daher gleichzeitig eine verdeckte Ausschüttung der unangemessen niedrigen (ersparten) Zinsen darstellt.

Beispiel: Auf den Beispielsfall angewendet, bedeutet dieses, dass die Darlehensgewährung durch die A GmbH & Co. KG an den A keine Einlagenrückgewähr i. S. von § 172 Abs. 4 HGB dargestellt. Da der Darlehensrückforderungsanspruch der A GmbH & Co. KG gegen A vollwertig ist, führt die Darlehensvergabe bilanziell lediglich zu einem Aktivtausch bei der KG, der den Kapitalanteil des A naturgemäß nicht unter seine Haftsumme sinken lässt. Darüber hinaus ist die Darlehensgewährung auch zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt, sodass keine „verdeckte Ausschüttung“ ersparter Zinsen stattgefunden hat.

d) Darlehensvergaben der KG an Kommanditisten am Maßstab der §§ 30, 31 GmbHG analog

Die neuere BGH-Rechtsprechung zur Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter besitzt auch im Rahmen der analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf Darlehen der GmbH & Co. KG an Kommanditisten Relevanz.

aa) Strenge Auslegung des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003 führt wiederum zur Bewertung der Darlehensforderung mit Null

Bei Außerachtlassung der kommentierenden literarischen Äußerungen des Vorsitzenden des II. Zivilsenats erschiene es zunächst nicht abwegig, die Grundsätze der BGH-Entscheidung vom 24. 11. 2003 in dem Sinne auf die GmbH & Co. KG zu übertragen, dass eine Darlehensforderung der KG gegen den Kommanditisten bei der Prüfung, ob eine Gefährdung des gebundenen Eigenkapitals der Komplementär-GmbH vorliegt, stets mit „Null“ zu bewerten ist⁴⁶. Dann müsste das ansonsten vorhandene Vermögen der KG (ohne den Darlehensrückzahlungsanspruch) die Verbindlichkeiten der KG (nicht unbedingt auch die Kommanditeinlagen) vollständig abdecken. Nur so könnte bei der Komplementär-GmbH wegen des unter dieser Prämisse (Bewertung der Darlehensforderung der KG mit Null) ansonsten zu konstatierenden Haftungsrisikos gem. § 128 HGB die Bildung einer Rückstellung und damit die im praktischen Regelfall damit meist verbundene Herbeiführung einer Unterbilanz und letztlich eine Haftung der Kommanditisten auf sofortige Rückzahlung der Darlehensmittel analog §§ 30, 31 GmbHG vermieden werden.

Beispiel: Eine solche Bewertung der Darlehensforderung im o. g. Beispielsfall gegen den Kommanditisten A (Nominalbetrag: 2.000.000 €) mit „Null“ würde z. B. dazu führen, dass von einer „widerrecht-

40... Vgl. OLG Hamburg, a.a.O. (Fn. 36).

41... Vgl. z. B. Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn. 38); Scholz, a.a.O. (Fn. 8), Rdn. I 2987, m. w. N.

42... A. A. offenbar Schiessel, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co. KG, 19. Aufl., § 6 Rdn. 42.

43... BGH vom 29. 3. 1973, a.a.O. (Fn. 6), BGHZ 60 S. 328; vom 8. 7. 1985, a.a.O. (Fn. 12), BGHZ 95 S. 197.

44... BGH v. 19. 2. 1990, a.a.O. (Fn. 16), BGHZ 110 S. 356; Karsten Schmidt, a.a.O. (Fn. 38), Rdn. 62; Huber, ZGR 1988 S. 1 (16).

45... BGH-Urteil vom 13. 2. 1967 – II ZR 158/65, BGHZ 47 S. 149 (155 f.); vom 19. 2. 1990, a.a.O. (Fn. 16), BGHZ 110 S. 356; Scholz, a.a.O. (Fn. 8), I. Rdn. 2951.

46... Dieses würde auf der Linie bisheriger Interpretationen in der Fachliteratur liegen, die als Konsequenz der Entscheidung vom 24. 11. 2003 annehmen, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch einer GmbH gegen ihren Gesellschafter bei der Prüfung nach §§ 30, 31 GmbHG stets außer Acht zu lassen ist, vgl. Fn. 22.

lichen“ Auszahlung der KG an A i. H. von 1.000.000 € i. S. der §§ 30, 31 GmbHG analog auszugehen wäre. Insoweit bestünde nach Handelsbilanzwerten nämlich ohne die Darlehensforderung eine Unterdeckung der Verbindlichkeiten auf der Ebene der KG. Bei der Komplementär-GmbH wäre deshalb eine Rückstellung wegen der bei Außerachtlassung der Darlehensforderung bestehenden Haftungsrisiken aus einer möglichen Inanspruchnahme i. H. von 1.000.000 € zu bilden. Bei der A Verwaltungs-GmbH entstände hierdurch, mangels eines (jedenfalls im Rahmen dieser fiktiven Risiko-Betrachtung) werthaltigen Rückgriffsanspruchs i. S. von § 110 HGB eine Unterbilanz in ebendieser Höhe. Dieses hätte wiederum nach der Rechtsprechung des BGH zur erweiterten Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG zur Folge, dass in der Bilanz der KG(!) ein sofort fälliger Rückersatzanspruch analog §§ 30, 31 GmbHG i. H. von 1.000.000 € gegen den Kommanditisten A zu aktivieren wäre.

bb) *Aber: Bewertung der Darlehensforderung mit „Null“ nur ausnahmsweise erforderlich*

Eine derart strenge Risikobetrachtung zum Schutz des Stammkapitals der Komplementär-GmbH analog §§ 30, 31 GmbHG wäre zwar in Anbetracht der Entscheidungsgründe des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003 zunächst durchaus denkbar (wenn nicht sogar folgerichtig). Die Prämisse, die Darlehensforderung gegen den Kommanditisten bei der Prüfung der Haftungsrisiken der Komplementärin in jedem Fall außer Betracht zu lassen, würde allerdings den Kapitalschutz bei der GmbH & Co. KG im Ergebnis über Gebühr ausdehnen. Da nun auch der Vorsitzende des II. Zivilsenats für die „reine GmbH“ die Unanwendbarkeit der bilanziellen Betrachtungsweise auf den Fall einer bei Darlehensauszahlung bestehenden Unterbilanz eingegrenzt wissen will, ist eine derart rigorose Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise nicht mehr als erforderlich zu unterstellen. In Anlehnung an die neueren Stellungnahmen von *Goette* ist die Darlehensforderung der GmbH & Co. KG gegen den Kommanditisten richtigerweise nur dann von vornherein außer Betracht zu lassen bzw. mit „Null“ zu bewerten, wenn auf der Ebene der Komplementär-GmbH bereits bei Auszahlung des Darlehens durch die KG an den Kommanditisten eine Unterbilanz besteht. In allen anderen Fällen ist die Darlehensforderung der KG gegen den Kommanditisten nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen zu bewerten. Ein werthaltiger Darlehensrückzahlungsanspruch der GmbH & Co. KG gegen einen mit guter Bonität ausgestatteten Kommanditisten ist daher grundsätzlich auch im Rahmen der Kapitalerhaltungsprüfung bei der Komplementär-GmbH zu berücksichtigen, falls im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung dort nicht ohnehin bereits eine Unterbilanz zu konstatieren ist. Wie oben bereits dargestellt (vgl. unter Ziff. II. 3.), wird eine Unterbilanz auf der Ebene der Komplementär-GmbH vor der Darlehensauszahlung insbesondere dann vorliegen, wenn die (GmbH & Co.) KG selbst bereits überschuldet ist oder (nur im Falle einer vermögensmäßigen Beteiligung der Komplementär-GmbH an der KG) wenn der Kapitalanteil der Komplementärin an der KG bereits (z. B. wegen nachhaltiger Verluste der KG) wertberichtigt werden musste und diese Wertberichtigung des Beteiligungsansatzes schon vor Auszahlung des Darlehens eine Unterbilanz bei der GmbH verursacht hat. Außer in diesen ohnehin krisenhaften Fallgruppen ist die Darlehensforderung der GmbH & Co. KG, wie gehabt, nach der allgemeinen „bilanziellen Betrachtungsweise“ zu bewerten.

Beispiel: Im Beispielfall wäre die Darlehensforderung der A GmbH & Co. KG gegenüber A auch im Rahmen der Risikobetrachtung analog §§ 30, 31 GmbHG zu ihrem Nominalwert zu aktivieren, da auf der Ebene der A Verwaltungs-GmbH im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung keine Unterbilanz bestand und das Darlehen zu fremdüblichen Bedingungen an den mit guter Bonität ausgestatteten Kommanditisten A ausgezahlt worden ist. Ein Anspruch der A GmbH & Co. KG

analog §§ 30, 31 GmbHG auf sofortige Rückerstattung der Darlehenssumme besteht daher nicht.

e) Rechtsfolgen von unzulässigen Kreditvergaben der KG analog §§ 30, 31 GmbHG

Sollte eine Darlehensgewährung einer GmbH & Co. KG an ihre(n) Kommanditisten nach den vorgenannten Maßstäben trotzdem gegen die §§ 30, 31 GmbHG verstoßen, sind die oben⁴⁷ dargestellten allgemeinen Grundsätze zu den Rechtsfolgen einer Haftung analog §§ 30, 31 GmbHG zu berücksichtigen. Es ist ein sofort fälliger Rückzahlungsanspruch bei der KG zu aktivieren. Er kann dem Kommanditisten analog § 31 Abs. 4 GmbHG nicht erlassen werden und darf nicht gestundet werden. Die Geschäftsführer der Komplementärin sind zur Vermeidung eigener persönlicher Haftung verpflichtet, die Rückerstattung von den begünstigten Kommanditisten an die KG zu verlangen⁴⁸.

VI. Zusammenfassung

1. Die in der Praxis weit verbreitete sofortige Weiterreichung der eingezahlten Stammeinlagen aus dem Vermögen der Komplementär-GmbH als Darlehen an die (GmbH & Co.)KG verstößt, unabhängig von den die Kapitalerhaltung betreffenden Grundsätzen des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003, regelmäßig gegen die Pflicht der GmbH & Co. KG-Gesellschafter zur parallelen und kumulativen Kapitalaufbringung bei der KG und ihrer Komplementär-GmbH. In neueren obergerichtlichen Entscheidungen enthaltene Legitimationsversuche unter Berufung auf die „wirtschaftliche Einheit“ der GmbH & Co. KG überzeugen nicht.

2. Auch Darlehensvergaben aus dem Vermögen der GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten sind an den Maßstäben des BGH-Urteils vom 24. 11. 2003 zu überprüfen. Dieses führt allerdings nicht zur Notwendigkeit einer Aufgabe der bislang überwiegend für richtig gehaltenen bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen des § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB. Die Kreditgewährung an Kommanditisten ist daher nur dann eine Einlagenrückgewähr i. S. von § 172 Abs. 4 HGB, wenn entweder die zu aktivierende Darlehensforderung gegen den Kommanditisten nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen nicht vollwertig ist und infolgedessen der Kapitalanteil des Kommanditisten unter seine Haftsumme sinkt, oder wenn die Kreditgewährung nicht zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt und daher gleichzeitig eine verdeckte Ausschüttung der unangemessen niedrigen (ersparten) Zinsen darstellt.

3. Eine Aufgabe der bilanziellen Betrachtungsweise bei Darlehensauszahlungen der GmbH & Co. KG an ihre Kommanditisten unter dem Gesichtspunkt der (mittelbaren) Kommanditistenhaftung analog §§ 30, 31 GmbHG ist (insoweit in Anlehnung an Äußerungen des Vorsitzenden des II. Zivilsenates des BGH zur GmbH) nur dann erforderlich, wenn die Komplementär-GmbH bereits im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung durch die KG eine Unterbilanz aufweist. Das dürfte aus praktischer Sicht vor allem dann der Fall sein, wenn die KG selbst im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung bereits handelsbilanziell überschuldet ist. Nur in derartigen – ohnehin äußerst krisenhaften – Konstellationen ist ein trotzdem von der KG an einen Kommanditisten ausgezahltes Darlehen stets (d. h. ohne Prüfung der Werthaltigkeit der Forderung) mit „Null“ zu bewerten. In allen anderen Fällen ist die Darlehensforderung der GmbH & Co. KG gegen den Kommanditisten auch bei der Prüfung der Kapitalerhaltung analog §§ 30, 31 GmbHG nach allgemeinen bilanziellen Grundsätzen zu aktivieren und zu bewerten.

47... Vgl. unter Ziff. II. 3. b).

48... Zu den weiteren Rechtsfolgen, siehe unter Ziff. II. 3. b).