

JURA

Juristische Ausbildung

W
D
E
G

Herausgeber: Hans-Uwe Erichsen · Gerd Geilen · Klaus Geppert · Albert von Mutius · Harro Otto
Peter Schlosser · Klaus Schreiber · Peter Schwerdtner

Inhalt

Aufsätze

Prof. Dr. Dirk Ehlers: Die Volksvertretung auf Gemeinde- und Kreisebene S. 337

Cand. iur. Achim Brötel: Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge im Lichte der Wiener Vertragsrechtskonvention S. 343

Cand. iur. Josef Schippers: Kapitalersatzrecht in der GmbH S. 349

Rechtsprechung

Die aktuelle Entscheidung: Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung und zum Problem „gerichtskundiger“ Tatsachen (*Wiss. Mitarb. Helmut Frister*) S. 356

Wiederholung/Vertiefung

StR: Das Beweisverbot des § 252 StPO (Schluß) (*Prof. Dr. Klaus Geppert*) S. 363

Methodik

Examensklausur ZR: Die gefährdete Betriebsrente (*Prof. Dr. Rolf Wank*) S. 371

Examensklausur ÖR: Die Abberufung des Bürgermeisters (*Wiss. Ass. Dr. Hans-Günter Henneke*) S. 374

Übungshausarbeit StR: Die Revision gegen das Urteil einer Großen Strafkammer ... (*Prof. Dr. Friedrich Geerds*) S. 383

Examinatorium

Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen: Das Übermaßverbot S. 387

Forum/aktuell

Bericht über einen Fortbildungsaufenthalt an der Ecole Nationale d'Administration — Concours René Cassin 1987 — Rechtsvergleichendes Seminar im Sozialrecht NL-D — Aufbaustudiengang „Europäische Integration“ — Das juristische Studium im literarischen Zeugnis (Carl Zuckmayer) S. 389

Literaturhinweise S. 391

JURA Kartei (JK) in diesem Heft

BGH: Eigentumsverhältnisse bei Schatzfund

BGH: Individualabrede — AGB, Inhaltskontrolle und Rechtsmißbrauch

BGH: Haftung des Leasinggebers für Fehlverhalten des Lieferanten

BGH: Gewährleistung bei Lieferung fehlerhafter Software

BGH: Steuervorteile als zusicherungsfähige Eigenschaften beim Verkauf von Eigentumswohnungen

BGH: Vermögensgefährdung und Vermögensschaden

BGH: Schwere Brandstiftung — hier: Aufgaben des Wohnzweckes durch einen Ehegatten?

BGH: Normative Konturierung des Tatbegriffs

BGH: Zur Hinweispflicht bei anderer Tatzeit

BVerfG: Objektivrechtlicher Regelungsgehalt von Grundrechtsnormen

BVerfG: Grenze des Verbots der Zwangsarbeit

VGH BW: Anspruch politischer Parteien auf Benutzung öffentlicher Einrichtungen

OVG Münster: Einstweilige Anordnung auf Neubescheidung

BVerwG: Eintragung in das Verkehrszentralregister: kein Verwaltungsakt

deGruyter · Berlin · New York

10. Jahrgang
Juli 1988
S. 337—392

7

cher Rückgriff sei nicht mehr vereinbar mit Art. 33 I WVK, weil dadurch im Ergebnis die anderen authentischen Texte doch wieder in die Rolle nicht gleichwertiger Texte zurückgedrängt würden¹⁰⁶.

Art. 33 II WVK stellt klar, daß eine Übersetzung in die Landessprache, die nicht gleichzeitig von den Vertragsparteien als authentisch vereinbart wurde, gegenüber den fremdsprachigen authentischen Texten zurückzutreten hat¹⁰⁷. Dasselbe gilt für einen lediglich „offiziellen“ Text eines mehrsprachigen Vertrages¹⁰⁸. Auch für den nationalen Richter bleibt somit die authentische Originalfassung verbindlich, auch wenn sie in einer Fremdsprache redigiert ist¹⁰⁹.

Ergibt sich in Verträgen mit mehreren authentischen Sprachen trotz der Vermutung des Art. 33 III WVK ein Bedeutungsunterschied, der auch durch die Anwendung von Art. 31 und 32 WVK nicht ausgeräumt werden kann, so ist dem strittigen Text gemäß Art. 33 IV WVK diejenige Bedeutung zugrunde zu legen, die unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt¹¹⁰.

Damit erteilt Art. 33 IV WVK dem Prinzip des kleinsten gemeinsamen Nenners bzw. des gemeinsamen sprachlichen Minimums, das der StIGH 1924 im Falle der Mavrommatis Palestine Concessions¹¹¹ angewendet hatte, eine deutliche Absage. Der StIGH hatte seine Ansicht, nach der bei Verschiedenheit gleich authentischer Texte stets die engere Auslegung gewählt werden solle, damit begründet, daß nur diese mit allen Texten vereinbar sei¹¹². Schon die Tatsache aber, daß es bei dieser einen Entscheidung allein geblieben ist, belegt deutlich, daß daraus keine verallgemeinerungsfähigen Schlüsse gezogen werden können¹¹³.

VII. Zusammenfassung

1. Bei einer Untersuchung über den Bestand völkerrechtlicher Auslegungsregeln ist sinnvollerweise von der Basis einer judiziellen Auslegung auszugehen, weil die authentische Interpretation grundsätzlich keiner einschränkenden Regelung unterliegt und die individuelle Auslegung durch die Vertragsparteien häufig von Opportunitätsdenken bestimmt ist (vgl. oben I).

2. Die Auslegungsregeln der Art. 31–33 WVK stellen lediglich eine Kodifikation bereits bestehender gewohnheitsrechtlicher Normen dar und sind deshalb grundsätzlich auf alle völkerrechtlichen Verträge anwendbar (vgl. oben II).

3. Gegenstand der Auslegung ist nicht der isolierte Vertragstext, sondern der Vertragstext in seinem Zusammenhang (Kontext), Art. 31 WVK (vgl. oben III).

4. Die Vorarbeiten (travaux préparatoires), die Umstände des Vertragsabschlusses und die den Vertrag umgebende Lebens- und Sozialordnung sind als bloße Hilfsmittel der Auslegung nur subsidiär heranzuziehen, Art. 32 WVK (vgl. oben V).

5. Gegenüber einer „dynamischen“ oder „evolutiven“ Auslegung ist regelmäßig zurückhaltende Vorsicht geboten, zumal Art. 31 III WVK Mittel und Wege für eine solche Dynamik in der Interpretation bereitstellt. Am ehesten wird man ihr bei Verträgen zum Schutz der Menschenrechte zustimmen können, weil diese schon über die Berücksichtigung von Ziel und Zweck ihrer Regelungen eine gewisse „evolutive“ Erwartungshaltung aufweisen (vgl. oben IV).

¹⁰⁶ Entscheidung vom 16. 5. 1980, GYIL 23 (1980), 414 (436); im gleichen Sinne auch: *Yasseen* aaO (Fn. 30), 108 f; *Menzel/Ipsen* aaO (Fn. 17), 322; a. A. aber: *Seidl-Hohenveldern* aaO (Fn. 13), Rdn. 272 (S. 95) und *ders.*, GYIL 23 (1980), 401 (404) mit dem Argument, es sei einleuchtend, daß die Fassung in der Arbeitssprache dem wahren Parteiwillen näherkomme.

¹⁰⁷ Das gilt auch für die deutsche Übersetzung.

¹⁰⁸ *Verdross/Simma* aaO (Fn. 1) § 784 (S. 501) und § 702 (S. 453, Fn. 11).

¹⁰⁹ *Golsong* aaO (Fn. 103), 65; *Seidl-Hohenveldern* aaO (Fn. 13), Rdn. 270 (S. 94).

¹¹⁰ In voller Übereinstimmung mit diesen Regeln auch die Entscheidungen des EGMR im Falle *Wemhoff*, Urteil vom 27. 6. 1968, abgedruckt bei *Golsong/Petzold/Furrer* (Hrsg.), *Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (Deutsche Übersetzung)*, Band 1 (1970), 107 (126) und des Schiedsgerichtshofes für das Abkommen über deutsche Auslandsschulden, GYIL 23 (1980), 414 (435 ff).

¹¹¹ Series A, No. 2, S. 19.

¹¹² StIGH aaO.

¹¹³ Im gleichen Sinne: *Elias* aaO (Fn. 27), 87; *Menzel/Ipsen* aaO (Fn. 17), 322.

Kapitalersatzrecht in der GmbH*

Von cand. iur. Josef Schippers, Köln

I. Einleitung

Nachdem der Bundesgerichtshof in einer ersten frühen Leitentscheidung aus dem Jahre 1959¹ zur Problematik der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen grundlegende Stellung bezogen hatte, blieben in den darauf folgenden 20 Jahren weitere Entscheidungen zu diesem Thema rar². Auf dem Hintergrund dieser Rechtsprechung schuf der Gesetzgeber im Jahre 1980 mit den §§ 32a und b GmbHG, § 32a KO und § 3b AnfG erstmals eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der GmbH. Seither sind in stetiger Folge zahlreiche höchstrichterliche Urteile zum Kapitalersatzrecht ergangen³, wobei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dahin tendiert, immer weitere Tatbestände einer Kapitalüberlassung durch Gesellschafter an die eigene Gesellschaft als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren und den einschneidenden Rechtsfolgen des Kapitalersatzrechts zu unterstellen.

Gegenstand dieses Aufsatzes soll es sein, eine Momentaufnahme des jetzigen Standes der Rechtsentwicklung zu machen (II) und Perspektiven insbesondere im Bereich der stehengelassenen Gesellschafterdarlehen (III) und der Gebrauchsüberlassung von Anlagegegenständen (IV) aufzuzeigen.

* Dieser Aufsatz entstand als Kurzfassung eines Referates für ein gesellschaftsrechtliches Universitätsseminar, das im Sommersemester 1987 vom Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Dr. *Alfred Kellermann* und von Professor Dr. *Herbert Wiedemann* (Köln) durchgeführt wurde.

¹ BGHZ 31, 258.

² Vgl. BGHZ 67, 171; 69, 274; 75, 334; BGH WM 1963, 121; BGH WM 1972, 74; BGH WM 1979, 937.

³ BGHZ 76, 327 (330); 81, 252 (257); 81, 311 (317); 81, 365 (367); 90, 370 (376); 90, 381 (388); BGH ZIP 1985, 158; BGH ZIP 1985, 1075 (1077); BGH WM 1986, 1554 (1555/2b); BGH WM 1987, 284 (285); BGH ZIP 1987, 168.

II. Das Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen

Der gegenwärtige Rechtszustand ist durch die Zweispurigkeit der Regelungssysteme gekennzeichnet. Parallel neben der gesetzlichen Neuregelung in den §§ 32 a und b GmbHG, § 32 a KO und § 3 b AnfG führt der Bundesgerichtshof⁴ seine im Rahmen der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG) entwickelten Grundsätze zur Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen fort.

1. Der Doppeltatbestand

Die Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen werden in beiden Regelungskomplexen auf zwei Tatbestandssäulen getragen. Zum einen muß das Darlehen *eigenkapitalersetzenden Charakter* haben. Zum anderen ist kumulativ die Gewährung des Darlehens aus einer *Gesellschafterstellung* heraus erforderlich.

a) Der eigenkapitalersetzende Charakter

aa) Die Rechtsprechungsgrundsätze zu den §§ 30, 31 GmbHG

Die Entwicklung der Rechtsprechung erfolgte in zwei Etappen.

— Die ältere Rechtsprechung hielt alle Gesellschafterdarlehen für eigenkapitalersetzend, die von einem Gesellschafter zu einem Zeitpunkt der eigenen GmbH gewährt wurden, in dem die *Zahlungsunfähigkeit*⁵ oder *Überschuldung*⁶ der Gesellschaft bereits eingetreten war. Diese frühen Urteile sehen den tragenden Grund dafür, ein Gesellschafterdarlehen wie Eigenkapital den Beschränkungen der §§ 30, 31 GmbHG zu unterwerfen, im Verbot des widersprüchlichen Verhaltens, des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB). Gebe ein Gesellschafter seiner zahlungsunfähigen oder überschuldeten GmbH ein Darlehen, so setze er sich zu seinem Verhalten, insbesondere dem Konkursabwendungszweck⁷ seiner Darlehensgewährung in Widerspruch, wenn er das Darlehen vor der Überwindung der Krise zurückziehe.

— Nach der neueren Rechtsprechung⁸ soll ein Gesellschafterdarlehen nunmehr auch dann eigenkapitalersetzend sein, „wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und deshalb ohne die Leistung hätte liquidiert werden müssen“⁹.

Das Kriterium der *Kreditwürdigkeit* bzw. der *Kreditfähigkeit* basiert auf dem Bestreben, eine unangemessene Abwälzung unternehmerischer Risiken auf Gläubiger, die außerhalb der Gesellschaft stehen — im folgenden Drittgläubiger —, zu verhindern. Solange und soweit die GmbH ihren Kapitalbedarf auf dem Kreditmarkt decken kann, müssen schon vorhandene Drittgläubiger damit rechnen, daß die GmbH weitere neue Kredite aufnehmen wird und die daraus entstehenden Rückzahlungsforderungen mit den von ihnen zeitlich früher begründeten Forderungen um das Gesellschaftsvermögen in Konkurrenz treten werden¹⁰. Dieses Risiko haben die schon vorhandenen Drittgläubiger auch dann zu tragen, wenn die kreditfähige GmbH solche Kredite anstatt bei außenstehenden Kreditgebern bei ihren eigenen Gesellschaftern aufnimmt. Hier steht der Gesellschafter als Kreditgeber seiner GmbH *wie ein Dritter* gegenüber.

Ist hingegen das Kreditreservoir der GmbH auf dem Kreditmarkt ausgetrocknet, so gefährdet das Auftreten des Gesellschafters im Mantel des Kreditgebers die Drittgläubiger vor allem in folgender Hinsicht. Mangels Kreditfähigkeit hätte die GmbH ohne eine erneute Kapitalspritze liqui-

diert werden müssen. Hält der Gesellschafter den Betrieb der GmbH über diesen Zeitpunkt hinaus durch die Gewährung von Darlehen, also von Fremdkapital aufrecht, so soll er das damit verbundene Risiko nicht auf Drittgläubiger abwälzen können, indem er nach einem Mißerfolg seines Rettungsversuchs am nun unabwendbar gewordenen späteren Konkurs seiner eigenen GmbH teilnimmt¹¹. Die Verlängerung des Lebens der GmbH gefährdet aber weniger die Altgläubiger, deren Forderungen wegen der schlechten Finanzlage der GmbH bereits vor Verlängerung des Lebens durch Gesellschafterdarlehen nur eingeschränkt realisierbar waren. Vielmehr werden besonders diejenigen Neugläubiger gefährdet, die ihre Forderungen gegen die dahinsiechende GmbH erst in der verlängerten Endphase begründen. Ihre Forderungen wären ohne die Verlängerung gar nicht erst begründet und somit auch nicht in den Konkurs gezogen worden.

Zur Bestimmung der Kreditfähigkeit einer GmbH sind hauptsächlich vom Schrifttum *Indizien* herausgearbeitet worden¹². Gegen die Kreditfähigkeit einer GmbH spricht zum Beispiel, daß das Gesellschafterdarlehen eine besonders lange Laufzeit oder einen unverhältnismäßig großen Umfang hat, gering bzw. gar nicht abgesichert oder für die GmbH ungewöhnlich günstig verzinst ist. Kreditunwürdigkeit ist auch angezeigt, wenn die GmbH nicht mehr über freie Sicherheiten verfügt oder im Zeitpunkt der Darlehensvergabe zahlungsunfähig oder überschuldet ist¹³. Auf der anderen Seite wird die Kreditwürdigkeit einer GmbH zum Beispiel indiziert durch die Verfügbarkeit freier und vollwertiger Sicherheiten im Zeitpunkt der Darlehensvergabe, durch die Aufnahme weiterer Kredite bei außenstehenden Kreditgebern, nachdem die Gesellschafter der eigenen GmbH Darlehen gewährt hatten, durch die Nichtausschöpfung ungenutzter Kreditlinien oder durch die Beteiligung von Nichtgesellschaftern an einem Kreditkonsortium. Einmalige, kurzfristige Überbrückungskredite zur Behebung eines vorübergehenden Liquidationsengpasses sind nicht kapitalersetzend¹⁵. Die Ertragskraft der GmbH und das Verhältnis bzw. die Zusammensetzung von Aktiva und Passiva in der Bilanz können auch sehr aufschlußreich sein. Letztendlich kommt es aber auf eine *Gesamtwürdigung* unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft sowie der einzelnen Konditionen der Kreditvergabe an, um eine endgültige Entscheidung über die Kreditfähigkeit einer GmbH fällen zu können¹⁶.

⁴ BGHZ 90, 370 (376).

⁵ BGHZ 31, 258 (272) = Leitentscheidung; BGHZ 67, 171 (174/175); BGHW 1963, 121/1; BGH WM 1972, 74/1.

⁶ BGHZ 67, 171 (174); 69, 274 (278) 75, 334 (338); BGH WM 1979, 937.

⁷ BGHZ 31, 258 (272);

⁸ Nachweise siehe Fn. 3.

⁹ BGHZ 76, 327 (330).

¹⁰ *Fleck* in: Festschrift für Werner S. 107 (117).

¹¹ Vgl. insbesondere BGH WM 1972, 74/1; BGHZ 76, 327 (329); s. o. Nachweise in Fn. 3.

¹² Umfassend zu den Indizien: *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 48, 52; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 47; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a/b Rdn. 34.

¹³ Die Kriterien der alten und neuen Rechtsprechung überschneiden sich in weiten Bereichen.

¹⁴ Eine bloße Unterbilanz reicht nicht aus, vgl. *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a/b Rdn. 34.

¹⁵ BGHZ 31, 258 (269); BGH NJW 1977, 104 (105); *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 45; *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983) 165 (188/a) *Fleck* FS-Werner S. 107 (118).

¹⁶ *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 52; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 47; *Scholz/Winter* §§ 32 a/b Rdn. 86 (Vorauslage).

bb) Die gesetzliche Regelung in § 32 a Abs. 1 GmbHG

Zur Bestimmung des eigenkapitalersetzenden Charakters stellt § 32 a Abs. 1 GmbHG auf das Finanzierungsverhalten *ordentlicher Kaufleute* ab, so daß hier zu fragen ist: Hätte ein Gesellschafter als ordentlicher Kaufmann seiner GmbH anstatt des Darlehens Eigenkapital zugeführt? Die h. M.¹⁷ zieht die Kriterien der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zur Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabs des ordentlichen Kaufmannes in der Weise heran, daß zumindest immer dann, wenn die Gesellschaft überschuldet, zahlungs- oder kreditunfähig ist, ein ordentlicher Kaufmann entweder Eigenkapital zugeführt oder das Insolvenzverfahren eingeleitet hätte. Dies sei das Minimum, das von einem ordentlichen Kaufmann verlangt werden könne¹⁸.

Da beide Regelungskomplexe auf einer einheitlichen Wertungsgrundlage, nämlich dem Schutz der Drittgläubiger vor unangemessener Abwälzung unternehmerischer Risiken beruhen, können die sich in den Kriterien der Rechtsprechung widerspiegelnden Wertungen, in welchen Fällen eine unangemessene Risikoabwälzung vorliegt, als Mindestanforderungen an das Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute für § 32 a Abs. 1 GmbHG übernommen werden. Ob § 32 a Abs. 1 GmbHG daneben noch weitere Gefährdungslagen umfaßt, ist unklar. In dieser „Grauzone“ werden insbesondere langfristige Finanzierungsplanungen diskutiert, die nach ihrem Gesamtzuschnitt zum Beispiel wegen ihrer ungewöhnlich langen Laufzeit, ihrer Unkündbarkeit, ihres übermäßigen Umfangs oder ihrer Koppelung an die Mitgliedschaft die Tendenz zur Risikoabwälzung von vornherein in sich tragen, ohne daß die Gesellschaft nach einer Gesamtwürdigung schon als kreditunfähig angesehen werden muß¹⁹.

b) Die Gesellschafterstellung

Mit der zweiten Tatbestandssäule, der Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Darlehensgewährung, wird der Sonderbeziehung des kreditgewährenden Gesellschafters zu seiner GmbH Rechnung getragen²⁰. Gesellschafter ist zunächst einmal der Inhaber eines Geschäftsanteils.

In der Literatur ist unter verschiedenen Gesichtspunkten der Versuch unternommen worden, das Tatbestandsmerkmal der Gesellschafterstellung einzuschränken.

aa) Eingrenzungsversuche auf der subjektiven Seite

Kann es bei der Entscheidung, ob ein Gesellschafter im Zeitpunkt der Darlehensvergabe *als* Gesellschafter oder *als* Kreditgeber handelte, auf die *Vorstellungen* bzw. die *Motivationen* des Darlehensgebers ankommen?²¹

Der Bundesgerichtshof²² hat dies unter weitgehender Zustimmung im Schrifttum²³ verneint. Gebe zum Beispiel eine Bank einer GmbH in der Krise weiteren Kredit, so sei es ohne Bedeutung im Hinblick auf den Gläubigerschutz, ob die Bank als Gesellschafterin sich mit dem unternehmerischen Risiko der Gesellschaft identifiziert habe oder nicht. Auch wenn die Bank sich an der GmbH nur beteiligt habe, um ihre Kredite zu retten, so könne sie diese doch nur unter der Voraussetzung retten, daß auch die Gesellschaft sich erhole. Gesellschafter und Gläubigerinteressen seien untrennbar miteinander verwoben²⁴. Mit diesen Äußerungen hat der Bundesgerichtshof Versuchen betroffener Kreditinstitute, die Gesellschafterstellung auf der subjektiven Seite einzugrenzen, eine deutliche Absage erteilt.

bb) Eingrenzungsversuche in objektiver Hinsicht

Doch bleibt zu fragen, ob nicht eine gewisse *Mindestbeteiligung* als objektiver Ausdruck eines unternehmerischen Eigeninteresses zu fordern ist²⁵. Der von einigen Autoren²⁶ vorgeschlagenen teleologischen Reduktion auf eine qualifi-

zierte Gesellschafterstellung stehen erhebliche Bedenken entgegen. Der Wortlaut des § 32 a Abs. 1 GmbHG nimmt jeden Gesellschafter unabhängig von seiner Beteiligungshöhe in die *Finanzierungsverantwortung*²⁷. Hier zu differenzieren würde noch größere Rechtsunsicherheit in den ohnehin schon komplizierten Tatbestand tragen. Außerdem muß bedacht werden, daß selbst eine geringe Beteiligung an einer GmbH wegen der damit verbundenen Informationsrechte in den §§ 51 a und b GmbHG typischerweise unternehmerischen Charakter hat, was auch als *Insiderstellung* bezeichnet wird²⁸. Das Auskunfts- und Informationsrecht eröffnet jedem Gesellschafter die Möglichkeit, sich einen Überblick über die wirtschaftliche Lage der GmbH zu verschaffen. Aufgrund dieses überlegenen Wissens (Informationsvorsprung) kann auch ein Zwerggesellschafter Einfluß auf die GmbH nehmen, weshalb es gerechtfertigt erscheint, ihm die Finanzierungsverantwortung aufzubürden. Auch wenn der Bundesgerichtshof²⁹ für die Aktiengesellschaft eine Mindestbeteiligung von 25 % oder einen entsprechenden Einfluß auf die Unternehmensleitung verlangt, so ist eine Übertragung dieser Anforderungen auf die GmbH nicht zu erwarten, denn der Bundesgerichtshof hat seine Begründung bei der Aktiengesellschaft auf die besondere Stellung des Aktionärs gestützt, die im Vergleich zur Stellung des GmbH-Gesellschafters wesentlich anonymer, d. h. mit geringeren Einflußmöglichkeiten ausgestaltet ist. Diese Begründung bei der Aktiengesellschaft läßt vermuten, daß der Bundesgerichtshof bei der GmbH schon eine Zwergbeteiligung ausreichen lassen würde.

2. Die Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes³⁰, die Rechtsprechungsgrundsätze im Rahmen der Kapitalerhal-

¹⁷ Z. B.: BGHZ 90, 370 (376); Hanseatische OLG GmbHR 1987, 97 (100/1. Sp.); in der Lit.: *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a/b Rdn. 32, 34; *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 45; *Fleck FS-Werner* S. 107 (119); *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 43; *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293 (1298/1. Sp.) = Hilfskriterien; *Menzel*, AG 1982, 197 (199/1); *Schulze-Osterloh* ZGR 1983, 123 (133); a. A. *Müller*, JURIZ 1985, 337 (340); *Gefeller*, ZIP 1981, 228 (232/IV3); *Kreuzer*, ZIP 1980, 602.

¹⁸ *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 45.

¹⁹ BGH WM 1986, 1554; BGH ZIP 1987, 169; Hanseatisches OLG GmbHR 1987, 97 (100); *Fleck FS-Werner* S. 107 (119/120); OLG Stuttgart ZIP 1987, 1388 (1389).

²⁰ Man spricht auch von Leistung „*causa societatis*“.

²¹ Hier ist insbesondere das Problem der institutionellen Kreditgeber angesprochen, die in der Krise der GmbH Geschäftsanteile übernehmen, um ihre schon in der GmbH steckenden Kredite zu retten.

²² BGHZ 81, 311 (314/315); vgl. auch BGHZ 75, 334 (337) „ungeachtet der ursprünglichen Zweckbestimmung“; BGHZ 76, 327 (330).

²³ *Fleck FS-Werner* S. 107 (120/121); *Ulmer* ZIP 1984, 1163 (1166); *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983) 165 (182/b); *Ullrich*, GmbHR 1983, 133 (143); *von Gerkan*, GmbHR 1986, 218 (221); *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 17; a. A. *H. P. Westermann*, ZIP 1982, 390; *Uhlenbruck*, GmbHR 1982, 141 (150); *Menzel* AG 1982, 197 (203), *Claussen*, ZHR 147 (1983) 195 (209/2.6.).

²⁴ Dies räumt auch *Uhlenbruck*, GmbHR 1982, 141 (151/V) ein.

²⁵ Hier taucht das Problem der Halter von Zwerganteilen auf.

²⁶ *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983) 165 (184); *Rümker*, ZIP 1982, 1385 (1393/1. Sp.); *Hommelhoff*, WM 1984, 1115; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* §§ 32 a/b Rdn. 35; zum Problem von nur treuhänderisch als Sicherheit gehaltenen Geschäftsanteilen vgl. LG Hamburg ZIP 1987, 232.

²⁷ *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 33; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 17; *Fleck FS-Werner* S. 107 (123).

²⁸ *Ulmer*, ZIP 1984 1166; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 17; *Fleck FS-Werner* S. 107 (123).

²⁹ BGHZ 90, 381 (387/388).

³⁰ BGHZ 90, 370 (376).

tungsvorschriften parallel zur gesetzlichen Neuregelung fortzuführen (*Zweispurigkeit*), war in erster Linie motiviert durch die gravierenden Unterschiede in den Rechtsfolgen beider Regelungskomplexe.

a) Die Rechtsprechungsgrundsätze zu den §§ 30, 31 GmbHG

§ 30 GmbHG dient der Erhaltung des nominellen Stammkapitals. Soweit die Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens das Reinvermögen der GmbH unter die Ziffer des nominellen Stammkapitals herabmindert, unterliegt es der Rückzahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG³¹. Bleibt das Stammkapital jedoch unberührt, so greifen die §§ 30, 31 GmbHG nicht ein, auch wenn das Gesellschafterdarlehen eigenkapitalersetzenden Charakter hat und insoweit eine höhere Eigenkapitalausstattung angemessen wäre³². Wird ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen entgegen der Ausschüttungssperre nach § 30 Abs. 1 GmbHG in irgendeiner Art³³ zurückgewährt, so führt dies zu einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Zahlungsempfänger in der Höhe, in der das nominelle Stammkapital durch die Rückgewähr beeinträchtigt ist (§ 31 Abs. 1 GmbHG). Dieser Erstattungsanspruch der GmbH unterliegt nach § 31 Abs. 5 GmbHG einer relativ langen Verjährung von fünf Jahren.

b) Die gesetzliche Regelung in den §§ 32a und b GmbHG, § 32a KO und § 3b AnfG

Die gesetzliche Regelung unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Rechtsfolgen.

— Die Rechtsfolge der Undurchsetzbarkeit der eigenkapitalersetzenden Darlehensforderung ist nach § 32a Abs. 1 GmbHG auf die Zeit des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens beschränkt. Vor der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens steht § 32a GmbHG einer Geltendmachung des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens nicht entgegen³⁴. Innerhalb dieses knappen Zeitraumes erfaßt § 32a Abs. 1 GmbHG jedoch die eigenkapitalersetzende Darlehensforderung unabhängig davon, ob eine Rückzahlung das nominelle Stammkapital tangieren würde oder nicht³⁵. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Rechtsprechungsgrundsätzen.

— Die Rechtsfolge der Undurchsetzbarkeit in § 32a GmbHG wird flankiert durch die Anfechtungsrechte des Konkursverwalters in § 32a KO und des Vollstreckungsgläubigers außerhalb des Konkurses in § 3b AnfG. Im Vorstadium der Insolvenz sind diejenigen Rechtshandlungen anfechtbar, die dem Gläubiger eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens Befriedigung verschaffen oder weitere Sicherheiten einräumen³⁶. Diese Anfechtungsrechte hinsichtlich der Rückzahlungs- und Sicherungshandlungen sind beschränkt auf die Zeit des letzten Jahres vor der formellen Konkurseröffnung bzw. der Gläubigeranfechtung, so daß Rückzahlungs- oder Sicherungshandlungen, die vor dieser Jahresfrist erfolgt sind, von der gesetzlichen Regelung völlig unberührt bleiben. Die Beschränkung der Rechtsfolge der Undurchsetzbarkeit in § 32a GmbHG auf die Zeit des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens, die Bindung der Anfechtungsrechte an die formelle Konkurseröffnung oder die Vollstreckung außerhalb des Konkursverfahrens und ihre zeitliche Begrenzung auf Rechtshandlungen, die innerhalb des letzten Jahres vor diesem Zeitpunkt liegen, lassen Lücken offen, die der Bundesgerichtshof im Interesse eines effektiven Gläubigerschutzes weiterhin über die Rückzahlungssperre des § 30 GmbHG und über den Erstattungsanspruch des § 31 GmbHG schließt³⁷.

3. Mittelbare Gesellschafterdarlehen bzw. gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

Das gesellschafterbesicherte Drittdarlehen ist in seiner wirtschaftlichen Funktion dem unmittelbaren Gesellschafterdarlehen vergleichbar. Deshalb werden mittelbare Gesellschafterdarlehen nicht nur von der Rechtsprechung zu den §§ 30, 31 GmbHG³⁸ nach besonderen Regeln behandelt, sondern sie sind auch Bestandteil der gesetzlichen Regelung in § 32a Abs. 2 und § 32b GmbHG geworden. Die Gesellschafter müssen sich die Darlehensgewährung eines Dritten anrechnen lassen, wenn sie diesen durch die Stellung von Sicherheiten aus ihrem privaten Vermögen zur Darlehenshingabe an die GmbH veranlaßt haben, obwohl die GmbH ohne die Gesellschafter Sicherheiten aus eigener Kraft keine Darlehen mehr bei Dritten erhalten hätte. Die Rechtsprechungsgrundsätze und die gesetzliche Regelung unterscheiden sich auch hier in ihren Rechtsfolgen. Nach § 32a Abs. 2 wird der Dritte im Konkurs- oder Vergleichsverfahren der GmbH mit seiner gesellschafterbesicherten Darlehensforderung in erster Linie auf die Inanspruchnahme der Gesellschafter Sicherheit verwiesen und nur in Höhe des Ausfalls kann er verhältnismäßige Befriedigung als Konkursgläubiger der GmbH verlangen³⁹. Dagegen greift der Einwand des § 30 GmbHG dem Dritten gegenüber nicht durch. Befriedigt sich der Dritte aber für seine gesellschafterbesicherte Darlehensforderung zu Lasten des nominellen Stammkapitals aus dem Gesellschaftsvermögen, so entsteht ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den sichernden Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 GmbHG in der Höhe, in der der Gesellschafter von seiner Sicherheit freigeworden ist⁴⁰.

III. Das stehengelassene Gesellschafterdarlehen

1. Die Problemstellung

Bei den bisherigen Erörterungen zum Doppeltatbestand wurde stillschweigend vorausgesetzt, daß ein Gesellschafter erst in der *Krise*, also zu Zeiten, in denen die Gesellschaft bereits kreditunfähig ist, durch positives Handeln neue Mittel aufgrund eines gegenseitigen Darlehensvertrages (§ 607 BGB) zuführt. Wie steht es aber, wenn ein Gesellschafter ein Darlehen, das er noch in Zeiten der Blüte seiner GmbH gewährt hatte, *stehen läßt*, obwohl die GmbH inzwischen in die Krise geraten ist.

³¹ Wenn die Rückzahlung nicht nur zu einer Unterbilanz, sondern auch zu einer Überschuldung führt, so wird die gesamte Summe erfaßt, die zur Auffüllung des nominellen Stammkapitals erforderlich ist; vgl. BGHZ 76, 326 (332); 81, 311 (319); 90, 370 (376/378).

³² BGHZ 76, 326 (332); *Scholz/Schmidt* §§ 32a/b Rdn. 71.

³³ Sämtliche Erfüllungsurrogate, insbes. eine einvernehmliche Verrechnung (BGHZ 81, 311 [314]); BGH WM 1983, 1278; BGH WM 1987, 284 [286]) oder eine einseitige Aufrechnung des Rückgewähranspruchs mit sonstigen Ansprüchen der Gesellschaft gegen den Gesellschafter (BGHZ 81, 365 [367]) fallen darunter.

³⁴ *Baumbach/Hueck* § 32a Rdn. 53; *Hachenburg/Ulmer* §§ 32a/b Rdn. 63; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a/b Rdn. 47.

³⁵ *Hachenburg/Ulmer* §§ 32a/b Rdn. 65.

³⁶ Unter den Begriff der „Befriedigung“ fallen auch hier sämtliche Erfüllungsurrogate; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32a/b Rdn. 64; *Hachenburg/Ulmer* §§ 32a/b Rdn. 77.

³⁷ Vgl. BGHZ 90, 370 (376); *Kamprad*, GmbHR 1984, 339 (341/re. Sp.).

³⁸ BGHZ 67, 171 (182); 81, 252 (255); BGH WM 1987, 1488; OLG Hamburg WM 1984, 1088, Hanseatisches OLG GmbHR 1986, 88 (89) und GmbHR 1987, 97 (99/111).

³⁹ Vgl. nur *Baumbach/Hueck* § 32a Rdn. 68; für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung siehe § 32b GmbHG.

⁴⁰ BGHZ 81, 260; *Hachenburg/Ulmer* §§ 32a/b Rdn. 156; *Baumbach/Hueck* § 32a Rdn. 78.

2. Die Rechtsprechungsgrundsätze nach den §§ 30, 31 GmbHG

Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 26. Nov. 1979⁴¹ ist in ständiger Rechtsprechung⁴² anerkannt, daß das Belassen von alten Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH dem Gewähren im Sinne einer Zuführung neuer Darlehensvaluta gleichstehen kann. Eine Auszahlung neuer Darlehensvaluta in der Krise ist nicht erforderlich, um die Rechtsfolgen der §§ 30, 31 GmbHG auszulösen.

a) Finanzierungsabrede oder schlichtes einseitiges Unterlassen?

In einer neueren Entscheidung⁴³ hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer *rechtsgeschäftlichen Finanzierungsabrede* im Zeitraum der Krise verzichtet und es für die Gleichstellung des Stehenlassens mit dem Gewähren genügen lassen, daß der Gesellschafter die Geltendmachung einer fälligen Darlehensforderung oder die Ausübung eines möglichen Kündigungsrechts in der Krise *schlicht einseitig unterläßt*. Dies soll sowohl für die Rechtslage nach den §§ 30, 31 GmbHG als auch für die nach den §§ 32 a und b gelten⁴⁴.

b) Kenntnis oder Kennenmüssen der Krise?

In subjektiver Hinsicht reicht es beim schlichten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen nach dem jetzigen Stand der Rechtsprechung⁴⁵ jedenfalls aus, daß der Gesellschafter die *Krise* erkannt hat oder hätte erkennen können, wovon bei einem Gesellschafter wegen seiner Informationsrechte regelmäßig auszugehen sei. Ob es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Krise überhaupt ankommt, hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen⁴⁶.

3. Die gesetzliche Regelung in § 32 a Abs. 3 GmbHG

a) Finanzierungsabrede oder schlichtes einseitiges Unterlassen als wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung i. S. d. § 32 a Abs. 3 GmbHG?

Das Schrifttum ist entsprechend dieser Fragestellung in zwei Lager gespalten^{47, 48}.

— Die Verfechter der Notwendigkeit einer Finanzierungsabrede führen für sich den Wortlaut und die Systematik des § 32 a GmbHG ins Feld. Der in § 32 a Abs. 1 GmbHG enthaltene Begriff der Darlehensgewährung weise auf ein *gegenseitiges* Rechtsgeschäft hin⁴⁹. Wegen des engen systematischen Zusammenhangs zwischen den Absätzen 1 und 3 könne eine wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung nur in einer zweiseitigen, zumindest durch konkludentes Handeln zustande gekommenen Abrede bestehen⁵⁰. Anderenfalls werde der Regelungsgehalt des § 32 a GmbHG überschritten⁵¹.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Begriff der wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung seinem Wortlaut nach eine Erstreckung auf einseitige Verhaltensweisen in der Form des Unterlassens zumindest nicht ausschließt. Es wird darauf hingewiesen, daß der Begriff der Rechtshandlung aus dem Konkursrecht kommt⁵². In diesem Rechtsgebiet dient er unstreitig dazu, einseitige Verhaltensweisen unter Einschluß des bewußten und gewollten Unterlassens zu erfassen⁵³.

— Auch ein Blick in die Entstehungsgeschichte des §§ 32 a GmbHG und auf den Willen des Gesetzgebers ist widersprüchlich und bringt keine Klärung⁵⁴.

— Die Befürworter einer Finanzierungsabrede weisen darauf hin, daß schlichtes einseitiges Unterlassen schon deshalb keine Rechtshandlung im Sinne des § 32 a Abs. 3 GmbHG sein könne, weil es keine Rechtspflicht des Gesellschafters zur Geltendmachung einer fälligen Darlehensfor-

derung oder zur Ausübung eines möglichen Kündigungsrechts in der Krise der GmbH gebe. Ohne Rechtspflicht könne die Untätigkeit dem Gesellschafter nicht nachteilig als Rechtshandlung zugerechnet werden⁵⁵. Dagegen erwidert die Rechtsprechung⁵⁶: Nach dem Eintritt der Krise stehe der Gesellschafter vor der Alternative, entweder die Gesellschaft mit genügendem Eigenkapital auszustatten oder die Darlehen abzuziehen und so den Konkurs einzuleiten. Lasse der Gesellschafter sein Darlehen in dieser Situation schlicht stehen, so erwecke er bei Außenstehenden den Eindruck, die GmbH sei zu ihrem weiteren Betrieb mit einer hinreichenden Eigenkapitaldecke ausgestattet. Das müsse der Gesellschafter gegen sich gelten lassen⁵⁷.

Richtigerweise ist mit der h. M.⁵⁸ davon auszugehen, daß § 32 a GmbHG keine Pflicht zu angemessener Eigenkapitalausstattung enthält. Führt der Gesellschafter aber Fremdkapital anstatt des dringend notwendigen Eigenkapitals zu, so zieht das Gesetz trotz des Fehlens einer Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung die für den Gläubigerschutz notwendigen Konsequenzen aus der objektiv-eigenkapitalersetzenden Funktion der zugeführten Mittel⁵⁹. Ähnlich ist es bei den in guten Zeiten gewährten,

⁴¹ BGHZ 75, 334 (336) mit Anmerkung *Klasmeyer* ZIP 1980, 117.

⁴² BGHZ 76, 326 (330); 81, 252 (256); 81, 311 (317); 81, 365 (367); BGH ZIP 1985, 1075; BGH WM 1984, 284 (285); siehe auch OLG Hamburg ZIP 1984, 584 (586); Hanseatisches OLG GmbHR 1986, 88 (89).

⁴³ BGH ZIP 1985, 1075 (1076); zustimmend Hanseatisches OLG GmbHR 1986, 88 (89); zuvor schon OLG Hamburg ZIP 1984, 584 (596); extensiv ebenso Hanseatisches OLG GmbHR 1987, 97 (99/II); Hans. OLG Hamburg WM 1987, 1163; zu weitgehend LG München GmbHR 1987, 101 (102); ohne Erörterung der Problematik früher schon BGHZ 75, 334 (336); 81, 252 (256).

⁴⁴ BGH ZIP 1985, 1075 (1076); BGH WM 1987, 284 (285/286); Hanseatisches OLG GmbHR 1986, 88 (89).

⁴⁵ Zuerst BGHZ 35, 334 (339); BGH ZIP 1985, 1075 (1076/re. Sp.); zuletzt geprüft in BGH WM 1987, 284 (285/re. Sp.).

⁴⁶ Zuletzt in BGH ZIP 1985, 1075 (1076/re. Sp.).

⁴⁷ Schlichtes Stehenlassen soll ausreichen nach: *Fischer/Lutter/Hommelhoff* § 32 a Rdn. 29, 31; *Beinert/Hennerkes/Binz*, GmbHR 1981, 10 (11); *Timm* GmbHR 1980, 291; *von Gerkan*, GmbHR 1986, 218 (220/3.); *Böhle-Stamschräder/Kilger* KO § 32 a Anm. 5; tendenziell: *Fleck* FS/Werner S. 107 (113/d); *Kamprad*, GmbHR 1984, 339 (340/1a); *Farrenkopf/Cahn*, AG 1983, 151 (156); *Scholz/Winter* §§ 32 a/b Rdn. 69.

⁴⁸ Finanzierungsabrede gefordert von: *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 27–29; *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a/b Rdn. 40, 41; *Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (5); *Thöne*, DB 1980, 2179; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 38; noch strenger: *Ullrich*, GmbHR 1983, 133 (145); *Gebhard*, DB 1984, 1385 (1387); *Rümker*, ZIP 1982, 1394.

⁴⁹ BGH ZIP 1985, 1075 (1076/re. Sp.); *Fleck* FS-Werner S. 107 (112/c).

⁵⁰ *Ulmer*, ZIP 1984, 1163 (1170/1. Sp.); *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 88; *Fleck* FS-Werner S. 107, (112/c); *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 38.

⁵¹ *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 38.

⁵² *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 85; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* § 32 a/b Rdn. 29.

⁵³ *Hess/Kropshofer* KO § 29 Rdn. 4; *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck* KO § 29 Rdn. 6.

⁵⁴ Vgl. nur: *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 88; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 38; *Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (6/III).

⁵⁵ Z. B. *Hachenburg/Ulmer* §§ 32 a/b Rdn. 28; *Baumbach/Hueck* § 32 a Rdn. 38; differenzierend *Fischer/Lepper*, ZIP 1986, 1 (6/1. Sp.).

⁵⁶ BGHZ 75, 334 (338); 76, 326 (335); 81, 252 (257); BGH ZIP 1985, 1075 (1076).

⁵⁷ Bejahend für beide Regelungskomplexe BGH ZIP 1985, 1075 (1076).

⁵⁸ Über das Mindeststammkapital hinaus herrscht Finanzierungsfreiheit, vgl. BGHZ 76, 326 (334); 90, 381 (389); *Scholz/K. Schmidt* §§ 32 a/b Rdn. 4; *Ulmer* FS-Duden S. 661 (667); *Fleck* FS-Werner S. 107 (116).

⁵⁹ *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293 (1297/1. Sp.) bezeichnet dies als „Folgeberantwortung“.

aber in der Krise stehengelassenen Gesellschafterdarlehen. Ruft der Gesellschafter seine Darlehen in der Krise nicht zurück, so zieht das Gesetz trotz des Fehlens einer Pflicht zum Abzug der Darlehen auch hier die im Interesse des Gläubigerschutzes notwendigen Konsequenzen aus der nun eingetretenen objektiv-eigenkapitalersetzenden Funktion des stehengebliebenen Darlehenspostens. Bei dieser Sichtweise setzt § 32a GmbHG weder positiv eine Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung durch Zufuhr von neuem Eigenkapital noch negativ eine Pflicht zur Herstellung einer (gläubigerschutz-)angemessenen Kapitalstrukturierung durch Abzug von objektiv-eigenkapitalersetzenden Darlehensposten als notwendig voraus.

— Die Vertreter einer Finanzierungsabrede sehen bei der Einbeziehung des schlichten Unterlassens in § 32a Abs. 3 GmbHG die Gefahr einer uferlosen Ausweitung des Tatbestandes⁶⁰. Weil einige Zeit vor der Konkurseröffnung notwendigerweise die Phase der Kreditunfähigkeit eintrete, gäbe es bei der Konkurseröffnung nur noch eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, wenn jedes schlichte Stehenlassen für § 32a Abs. 3 GmbHG ausreiche⁶¹. Das Argument der uferlosen Ausweitung überzeugt nur, wenn eine solche Ausweitung vom Sinn und Zweck des § 32a Abs. 3 GmbHG her nicht gerechtfertigt ist⁶². Vom Gläubigerschutzzweck her betrachtet⁶³ ist es gleichgültig, ob ein stehengelassener Darlehensposten das Dahinsiechen der GmbH verlängert, weil er aufgrund einer Abrede belassen oder schlicht in der Krise stehengelassen wurde. In beiden Fällen verlängert der stehengelassene Darlehensposten die Zeit vom Eintritt der Kreditunfähigkeit bis zur Konkurseröffnung, schmälert die letztendlich übrig bleibende Konkursmasse und zieht die in der verlängerten Endphase hinzukommenden Neugläubiger mit ihren Forderungen in dem Konkurs hinein. Wirtschaftlich gesehen ist es zudem im Ergebnis ohne Bedeutung, ob der Gesellschafter ein stehengelassenes Darlehen abzieht und es gleich darauf wieder gewährt, oder ob er das Darlehen ohne Veränderung stehen läßt. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, auch das schlichte Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen in der Krise unter § 32a Abs. 3 GmbHG zu subsumieren.

b) Kennen oder Kennenmüssen der Krise bei schlichtem Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen?

Der Bundesgerichtshof hat die Frage nach den subjektiven Anforderungen im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG ausdrücklich offengelassen. Die überwiegende Meinung im Schrifttum zu § 32a GmbHG⁶⁴ verzichtet ganz auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Krise.

Neben einem Eingrenzungsbedürfnis könnte man für die Erforderlichkeit der Kenntnis oder des Kennenmüssens der Krise anführen, daß es nur gerechtfertigt erscheint, den Gesellschafter mit den gravierenden Rechtsfolgen des § 32a GmbHG zu belasten, wenn er im Bewußtsein der Krise eine Finanzierungsentscheidung — sei es auch nur in der Form des bewußten und gewollten Unterlassens — getroffen hat und so wenigstens die Möglichkeit hatte, die Rechtsfolgen seines Verhaltens zu erkennen.

Dagegen ist einzuwenden, daß es im Grundfall der Darlehensgewährung in der Krise nach einhelliger Meinung nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Krise ankommt⁶⁵. Die Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen mit haftendem Eigenkapital muß weder gewollt noch erkannt sein, sondern sie tritt nach § 32a GmbHG von Gesetzes wegen ein⁶⁶. § 32a GmbHG ist keine Sanktion für ein irgendwie geartetes subjektives Fehlverhalten. Er zieht nur die Konsequenzen aus dem rein objektiv zu bestimmenden eigenkapitalersetzenden Charakter des Gesellschafterdarlehens im Interesse des Gläubigerschutzes⁶⁷. Deshalb

kommt es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Krise bei stehengelassenen Gesellschafterdarlehen nicht an⁶⁸.

IV. Nutzungs- bzw. Gebrauchsüberlassung von Anlagegegenständen

1. Problemstellung

Größere Bedeutung hat die Gebrauchsüberlassung von Anlagegegenständen durch Gesellschafter an die eigene Gesellschaft erst mit der Praxis der Betriebsaufspaltung erlangt. Ein einheitliches Unternehmen wird aufgespalten in eine Besitzgesellschaft, die die Eigentümerin der wesentlichen Teile des Anlagevermögens wird, und in eine Betriebsgesellschaft, die aktiv nach außen am Geschäftsleben teilnimmt. Die Besitzgesellschaft verpachtet bzw. vermietet ihre Anlagegegenstände an die Betriebsgesellschaft, so daß diese fast ohne eigenes Anlagevermögen arbeiten kann. Im Falle des Konkurses der Betriebsgesellschaft bleibt den Gläubigern bestenfalls die Mindestkapitalausstattung von 50 000,— DM, und meist nicht einmal diese. Es wird darauf hingewiesen, daß an einer großen Anzahl von masselosen Konkursen Betriebsgesellschaften beteiligt sind⁶⁹. Von diesem tatsächlichen Befund her drängt sich die Frage auf: Können die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sinngemäß nach § 32a Abs. 3 GmbHG auf die Fälle der Gebrauchsüberlassung von Anlagegegenständen angewendet werden? Rechtsprechung zu diesem Problemkreis existiert bis auf einige wenig aufschlußreiche „obiter dicta“ noch nicht⁷⁰. Die Meinungen im Schrifttum sind geteilt^{71, 72}. Die Diskussion ist in vollem Gange.

2. Die dingliche Rechtslage contra die wirtschaftliche Vergleichbarkeit

Gegen die Vergleichbarkeit von Darlehensgewährung und Gebrauchsüberlassung wird an erster Stelle die Verschiedenheit der dinglichen Rechtslage angeführt.

⁶⁰ Hachenburg/Ulmer §§ 32a/b Rdn. 88.

⁶¹ Gebhard, DB 1984, 1385; dagegen Fischer/Lepper, ZIP 1986, 1 (4/2.).

⁶² Wiedemann geht extensiv vom Absatz 3 des § 32a GmbHG als einer selbständigen Generalklausel aus, die mit dem Absatz 1 nur noch die Wertungsprinzipien gemeinsam habe (ZIP 1986, 1293, 1299/re. Sp.).

⁶³ So vor allem: BGH ZIP 1985, 1075 (1076/re. Sp.); OLG Hamburg ZIP 1984, 584 (586); Hanseatisches OLG GmbHR 1986, 88 (89).

⁶⁴ Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1170); Scholz/K. Schmidt §§ 32a/b Rdn. 69; Scholz/Winter §§ 32a/b Rdn. 69; eingeschränkt auch: Timm, GmbHR 1980, 291; von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (221); Baumbach/Hueck § 32a Rdn. 37, 38; a. A. Fischer/Lutter/Hommelhoff §§ 32a/b Rdn. 29; Rümker, ZIP 1982, 1394; Menzel, AG 1982, 197 (299/re. Sp.) läßt nur die „konkrete“ Kenntnis ausreichen.

⁶⁵ Vgl. nur Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1170/re. Sp.).

⁶⁶ Scholz/K. Schmidt §§ 32a/b Rdn. 40; Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1170/1. Sp.).

⁶⁷ Von Gerkan, GmbHR 1986, 221; OLG Hamburg ZIP 1984, 584 (586); vgl. auch Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1297/1. Sp.).

⁶⁸ So in der Rechtsprechung OLG Hamburg ZIP 1984, 584 (586).

⁶⁹ Braun, ZIP 1983, 1175 (1176/1. Sp.).

⁷⁰ BGHZ 68, 312 (318) im Kontext der Durchgriffhaftung wegen Unterkapitalisierung mit Bezug auf BGHZ 31, 258 (268).

⁷¹ Für eine Gleichstellung: Braun, ZIP 1983, 1175; Wiedemann, ZIP 1985, 1293; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 51; von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (222); Kübler, GesR § 17 VI, 3b; Roth §§ 32a/b Anm. 5.6.; Timm, GmbHR 1980, 292; Fischer/Lutter/Hommelhoff § 32a Rdn. 75; eingeschränkt Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123 (137).

⁷² Gegen eine Gleichstellung: Knobbe-Keuk, BB 1984, 1; Fichtelmann, GmbHR 1984, 344 (354); Scholz/K. Schmidt §§ 32a/b Rdn. 89; Scholz/Winter §§ 32a/b Rdn. 73; Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1172); Baumbach/Hueck § 32a Rdn. 32.

Der Vermieter bzw. Verpächter übertrage zu keinem Zeitpunkt sein Eigentum auf die GmbH, während der Darlehensgeber der GmbH volles Eigentum an der Darlehensvaluta verschaffe. Diesem Unterschied müsse auch bei § 32 a Abs. 3 GmbHHG Rechnung getragen werden⁷³. Zudem konstituiere der § 32 a GmbHHG keine Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung. Nur wenn und nur insoweit der Gesellschafter sich zu einer Leistung an seine GmbH entschlöße, müsse er den unter Umständen eigenkapitalersetzenden Charakter seiner Leistung gegen sich gelten lassen. Bei der Gebrauchsüberlassung von Anlagegegenständen liege aber bezüglich der dinglichen Substanz des überlassenen Gegenstandes gar keine Leistung vor, die der Gesellschafter gegen sich gelten lassen müßte⁷⁴. Allenfalls liege eine Leistung in Höhe des Nutzungswertes, also des Miet- oder Pachtzinses vor. Schließe man dennoch den Gesellschafter mit seinem dinglichen Rückforderungsanspruch aus, so erweitere man das Gesellschaftsvermögen um das Eigentum des Gesellschafters, was einem partiellen Durchgriff gleichkäme. § 32 a GmbHHG sei aber gerade kein Fall der Durchgriffshaftung⁷⁵.

Die Gegenmeinung stellt dem eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise entgegen. Ihre These lautet: Die *Geldleihe* in Form einer Darlehensgewährung entspreche wirtschaftlich der *Sachleihe* in der Gestalt von Miet- oder Pachtverträgen⁷⁶. Wirtschaftlich betrachtet handele es sich in beiden Fällen um eine Nutzungsüberlassung von Kapital auf Zeit⁷⁷. Wertmäßig müsse auch das Darlehen nach Ablauf der Vertragszeit zurückgegeben werden. Der Unterschied, daß der Darlehensgeber einen Rückgewähranspruch gerichtet auf Geld oder bei Sachdarlehen auf andere Sachen gleicher Art und Güte habe, während der Vermieter bzw. der Verpächter einen Herausgabeanspruch gerade hinsichtlich der überlassenen, körperlich identischen Sache besitze, sei wirtschaftlich nicht von Bedeutung⁷⁸.

Gerade der Fall des Sachdarlehens zeigt, wie stark die wirtschaftliche Verwandtschaft zwischen der Darlehensvergabe und der Gebrauchsüberlassung ist. § 32 a Abs. 3 GmbHHG will *wirtschaftlich* vergleichbare Tatbestände erfassen, was für seine Anwendbarkeit auf die Gebrauchsüberlassung spricht:

3. Überlassungsunwürdigkeit entsprechend der Kreditwürdigkeit?

Die Kritiker einer Gleichstellung tragen immer wieder vor, daß die Übertragung des Tatbestandes des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens, insbesondere des Kriteriums der Kreditwürdigkeit auf die Gebrauchsüberlassung nicht möglich sei. Es gebe keinen realen Gebrauchsüberlassungsmarkt als Vergleichsmaßstab. Zudem würden sich Dritte bereithalten, der GmbH auch in der Krise einen Gegenstand bloß zur Nutzung zu überlassen, weil sie wegen ihres zurückbehaltenen Eigentums im Konkurs der GmbH ein Aussonderungsrecht hätten und allenfalls um ihr Nutzungsentgelt fürchten müßten⁷⁹. Dies räumen auch die Befürworter einer Gleichstellung überwiegend ein⁸⁰. Sie weisen jedoch darauf hin, daß die zu den §§ 30, 31 GmbHHG entwickelten Kriterien der Rechtsprechung nur Teilaspekte des Beurteilungsmaßstabes des ordentlichen Kaufmanns seien. Daneben gebe es noch weitere Kriterien, die aus dem Zweck des § 32 a GmbHHG, also dem Gläubigerschutzgedanken abzuleiten seien. Die von diesen Autoren vorgeschlagenen Kriterien weichen im einzelnen stark voneinander ab⁸¹.

Selbst wenn die bisherigen Kriterien nicht übertragen werden können, spricht dies nicht zwingend gegen eine Gleichstellung, denn entscheidend für die Anwendung des

§ 32 a Abs. 3 GmbHHG ist die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte und die dabei vom Gesetzeszweck her mißbilligte Risikoabwälzung auf Drittgläubiger⁸². Liegen diese Voraussetzungen vor, so dürfte es keine unüberwindliche Schwierigkeit bilden, entsprechende „Sensoren“ bzw. Kriterien zu finden, die zuverlässig anzeigen, in welchen Fällen eine Gebrauchsüberlassung zu einer *unangemessenen* Risikoabwälzung führt.

4. Rechtsfolgenprobleme?

Auch die Übertragbarkeit der Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen auf die Fälle der Gebrauchsüberlassung wird bestritten⁸³. Weil die zur Nutzung überlassenen Gegenstände sich nie im Eigentum der GmbH befunden hätten, seien die Anfechtungstatbestände des § 32 a KO und des § 3 b AnfG ohne wesentliche Abwandlung nicht anwendbar⁸⁴. Und selbst wenn nicht nur der schuldrechtliche sondern auch der dingliche Herausgabeanspruch von § 32 a im Konkurs ausgeschlossen würde, so wäre damit noch nicht die Legitimation des Konkursverwalters dargetan, gemeinschuldnerfremdes Eigentum, nämlich Eigentum des Gesellschafters zu verwerten⁸⁵. In diesem Zusammenhang werfen sich weitere Folgeprobleme auf⁸⁶. Wer soll zum Beispiel die Sachen „ausgucken“, die verwertet werden sollen, wenn nur ein Teil der zur Nutzung überlassenen Gegenstände eigenkapitalersetzend ist? Was ist weiter, wenn diese Gegenstände mehreren Gesellschaftern gehören? Oder wie ist es, wenn die zur Nutzung überlassene Sache schon mit Sicherungsrechten der Gesellschaftergläubiger belastet ist?

Nach der Gegenauffassung sollen diese Rechtsfolgeprobleme überwindlich sein. Zum einen wird das in § 32 a Abs. 3 GmbHHG enthaltene Attribut *sinngemäß* auch auf die Rechtsfolgen bezogen, so daß Spielraum für eine Anpassung der Rechtsfolgen gegeben sei⁸⁷. Zum anderen wird

⁷³ Z. B. Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1172/re. Sp.); Scholz/K. Schmidt §§ 32 a/b Rdn. 89; von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (222/1. Sp.).

⁷⁴ Knobbe-Keuk, BB 1984, 1 (3/IV); Fichtelmann, GmbHR 1984, 344 (354/1. Sp.); Scholz/K. Schmidt §§ 32 a/b Rdn. 89, 90; Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 132.

⁷⁵ Vgl. Knobbe-Keuk, BB 1981, 1/II.

⁷⁶ Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31 (52) „Die Geldleihe wird in eine Geldeinlage, die Sachleihe in eine Sacheinlage umqualifiziert.“

⁷⁷ Braun, ZIP 1983, 1175 (1179/re. Sp.); Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1294/re. Sp.); Lutter/Hommelhoff ZGR 1979, 31 (51); von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (222); Timm, GmbHR 1980, 286 (299).

⁷⁸ Von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (222/1. Sp.); Braun, ZIP 1983, 1175 (1179/re. Sp.).

⁷⁹ Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 124 (132); Knobbe-Keuk, BB 1984, 1 (3/IV); Hachenburg/Ulmer §§ 32 a/b Rdn. 97; K. Schmidt, ZIP 1981, 689 (693).

⁸⁰ Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31 (51).

⁸¹ Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1298/1. Sp.) stellt z. B. ab auf — einen hypothetischen Vergleichsmarkt, — auf das Verhältnis von Eigenkapital zum Gesellschafterfremdkapital, — auf die proportionale Beteiligung der Gesellschafter an Fremd- und Eigenkapitalsumme und auf die Überschuldung. Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 124 (134/135) stellt auf die bestehende oder voraussehbare Überschuldung ab. Von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (222) zieht auch hier die allgemeine Kreditwürdigkeit der GmbH heran.

⁸² Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1299/re. Sp.) hält § 32 a Abs. 3 GmbHHG für eine selbständige Generalklausel, die mit dem Absatz 1 nur noch die Wertungsprinzipien gemeinsam habe.

⁸³ In dieser Hinsicht besonders Knobbe-Keuk, BB 1984, 1 (4/V).

⁸⁴ Baumbach/Hueck § 32 a Rdn. 32; Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1173/1. Sp.).

⁸⁵ Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1173/1. Sp.).

⁸⁶ Betont von Knobbe-Keuk, BB 1984, 1 (4/V).

⁸⁷ Besonders hervorgehoben von Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1299/1. Sp.) (1300).

vorgeschlagen, den Rechtsfolgeproblemen auszuweichen, indem man nicht die Sache selbst zur Masse ziehe, sondern den Gesellschafter verpflichte, Wertersatz zu leisten und ihm die Möglichkeit einräume, sich durch die Zurverfügungstellung des Gegenstandes von dieser Pflicht zu befreien⁸⁸. Demnach sind die Rechtsfolgeprobleme nicht unüberwindlich, aber gravierend.

5. Unzulässige Risikoabwälzung?

Für die Anwendung des § 32a Abs. 3 GmbHG auf die Fälle der Gebrauchsunzulassung ist ausschlaggebend, ob eine unangemessene Abwälzung unternehmerischer Risiken auf Drittgläubiger durch die Verwendung der Gestaltungsform der Gebrauchsunzulassung eintreten kann. Es trifft zu, daß durch den zur Nutzung überlassenen Gegenstand der GmbH der Einsatz eigener Investitionsmittel erspart bleibt⁸⁹. Aber zur Nutzung überlassene Gegenstände können nicht nur eigene neue Investitionsmittelzufuhren zur Betriebsmodernisierung ersparen. Sie können auch eingetretene Verluste am Produktionskapital bis hin zu dem Zustand ausgleichen, daß die Gesellschaft ohne die überlassenen Gegenstände nicht mehr lebensfähig wäre und liquidiert werden müßte⁹⁰. Setzen die Gesellschafter die Gebrauchsunzulassung über diesen kritischen Zeitpunkt hinaus fort, so würden sie das Risiko, das in der Verlängerung des Lebens der GmbH und im weiteren Verfall des Gesellschaftsvermögens liegt, auf die Drittgläubiger abwälzen, indem sie ihren Einsatz ungeschmälert in Gestalt der zur Nutzung überlassenen Anlagegegenstände aus dem Feuer ziehen, sprich aussondern. Der „Schwarze Peter“ wäre wiederum durch die Wahl der Finanzierungsform den außen-

stehenden Gläubigern zugeschoben worden. Da der Schutzzweckgedanke des § 32a GmbHG auf die Fälle der Gebrauchsunzulassung übertragen werden kann und die Gebrauchsunzulassung wirtschaftlich weitgehend der Darlehensgewährung entspricht, ist eine Anwendung des § 32a Abs. 3 GmbHG auf die Gebrauchsunzulassung von Anlagegegenständen zu befürworten.

V. Zusammenfassung

Der derzeitige Stand des Kapitalersatzrechts ist durch die Zweispurigkeit der Regelungssysteme gekennzeichnet. Indem die Rechtsprechung ihre Grundsätze im Rahmen der Kapitalerhaltungsvorschriften parallel neben der gesetzlichen Regelung der Gesellschafterdarlehen in den §§ 32a und b GmbHG, § 32a KO und § 3b AnfG fortführt, versucht sie einen möglichst lückenlosen Gläubigerschutz zu gewährleisten. Diese Tendenz hat sich darin fortgesetzt, daß die Rechtsprechung nunmehr Gesellschafterdarlehen, die schlicht in der Krise stehengelassen werden, auch als eigenkapitalersetzend qualifiziert. Abzuwarten bleibt, ob der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zum Kapitalersatzrecht auf die Fälle der Nutzungs- bzw. der Gebrauchsunzulassung von Anlagegegenständen erstrecken wird.

⁸⁸ Von Gerkan, GmbHR 1986, 218 (223/1. Sp. oben); Fischer/Lutter/Hommelhoff, §§ 32a/b Rdn. 75; vgl. Wiedemann, ZIP 1986, 1293 (1300).

⁸⁹ So Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123 (137); vgl. Scholz/Winter §§ 32a/b Rdn. 73.

⁹⁰ Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123 (137); so einräumend Ulmer, ZIP 1984, 1163 (1173/1. Sp.)

Rechtsprechung

Die aktuelle Entscheidung

Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem „gerichtskundiger“ Tatsachen

— BGH — UrT. v. 30. 10. 1986 — 4 StR 499/86* —

Von Wiss. Mitarbeiter Helmut Frister, Bonn

Das Landgericht hat die Angeklagten A und S wegen eines Überfalls auf einen Kassierer der Firma F der räuberischen Erpressung für schuldig befunden und zu Freiheitsstrafen verurteilt. Der Überfall wurde nicht von A und S selbst, sondern von den Mitangeklagten Al und Z ausgeführt. Die Verurteilung von A und S als Mittäter wird in dem Urteil des Landgerichts damit begründet, daß beide die eigentlichen Hintermänner der Tat gewesen seien, denen sich die anderen Beteiligten untergeordnet hätten. Sie hätten den wesentlichen Teil der Beute unter sich aufgeteilt und den organisatorischen Ablauf des Überfalls bestimmt. Letzteres lasse sich unter anderem aus Parallelen zu einem später verübten Überfall auf die Firma K schließen.

Dieser Überfall ist Gegenstand eines anderen Verfahrens gewesen, in dem zum Zeitpunkt der Verhandlung der vorliegenden Tat bereits ein — allerdings noch nicht rechtskräftiges — Urteil des Landgerichts ergangen war. Das Urteil enthält die Feststellung, daß der organisatorische Ablauf des von insgesamt 7 Tätern verübten Überfalls auf die Firma K von A und S bestimmt worden sei. In das vorliegende Verfahren ist es durch Verlesung des Urteilstenors (die schriftlichen Urteilsgründe lagen noch nicht vor) eingeführt worden. Dabei hat das Gericht die Umstände des Überfalls auf die Firma K mit den Prozeßbeteiligten erörtert; A sowie zwei Mittäter dieses Überfalls haben sich dazu geäußert.

Die Verteidiger von A und S haben gegen das Urteil des Landgerichts im vorliegenden Verfahren frist- und formgerecht Revision eingelegt. Sie rügen insbesondere, daß die Verwertung der Umstände des Überfalls auf die Firma K unzulässig gewesen sei. Der Generalbundesanwalt hat sich dem insoweit angeschlossen, als er zu bedenken gibt, daß das Landgericht bei der Verwertung dieser Umstände seine Überzeugung in unzulässiger Weise auf dienstliches Wissen gestützt haben könnte.

A. Die materiell-rechtliche Problematik einer Mitäterschaft von A und S

Im Mittelpunkt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht die prozessuale Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Landgericht die Umstände des Überfalls auf die Firma K im vorliegenden Verfahren verwerten durfte. Der Fall hat jedoch auch eine *materiell-rechtliche Problematik*, auf die hier kurz hingewiesen werden soll:

Da A und S an der unmittelbaren Ausführung des Überfalls auf den Kassierer F nicht beteiligt waren, stellt sich die

* Bisher veröffentlicht in JZ 1987, 160 und MDR 1987, 160.