

Fritz Staubach*

Probleme der Haftung des Gesellschafterbürgen aus § 32 b GmbHG

Eine Besprechung der Entscheidung des OLG München vom 5. 3. 1993 — 23 U 4873/92**

Das OLG München befaßt sich in seiner in diesem Heft abgedruckten Entscheidung mit interessanten Problemen der Haftung des Gesellschafterbürgen aus § 32 b GmbHG. Die Hauptbedeutung der Entscheidung ist konkursrechtlicher Art. Es ist das erste Urteil zu der Frage der analogen Anwendung des § 41 Abs. 1 Satz 1 KO auf den Erstattungsanspruch aus § 32 b GmbHG. Die Entscheidung verfeinert aber auch das Netz der kapitalersetzenden Gesellschafterhilfe.

I. Voraussetzungen der kapitalersetzenden Gesellschafterbürgschaft bei Stehenlassen der Bürgschaft

Das OLG München stützt die Verurteilung des beklagten Gesellschafters hauptsächlich auf §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG. Ein daneben bestehender Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG wird nur kurz erwähnt. In der Tat ist es heute allgemein anerkannt, daß die Grundlagen beider Ansprüche sich nicht unterscheiden, soweit es sich um ihre kapitalersetzende Funktion handelt. Entsprechend wird im Schrifttum für die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf mittelbare Gesellschafterdarlehen auf die Erläuterungen zu § 32 a Abs. 2 GmbHG verwiesen¹. Ob dieser Gleichsetzung auch im vorliegenden Fall uneingeschränkt zugestimmt werden kann, soll später behandelt werden.

1. Die Begründungsstruktur des Urteils

Die Ausführungen des Oberlandesgerichts erschließen sich nicht auf den ersten Blick. Das Urteil beruht auf folgender Begründungsstruktur. Die Lösung A setzt B oder C voraus. Es kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen für B zutreffen, falls C begründet ist. Die Begründung für C ergibt sich entweder aus D oder E. Die Voraussetzungen für D

können ebenfalls offen bleiben, falls E begründet ist. Dies ist der Fall, also trifft die Lösung zu A zu. Dieses Begründungsgerüst ist logisch. Läßt sich eine Entscheidung auf eine von drei Säulen mit unterschiedlicher Bausubstanz stützen, also auf B oder D oder E, so kann man sich auf den Bau der dritten Säule beschränken. Das Urteil steht und fällt dann allerdings mit diesem einzigen Träger. Wer so vorgeht, muß sich der Tragfähigkeit ganz sicher sein. Außerdem darf er kein Baumaterial benutzen, das nur für die Errichtung einer anderen Säule tauglich ist. Das Urteil erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

2. Finanzierungsentscheidung als Grundlage der Haftung

Das OLG München läßt unter 3. zunächst dahingestellt, ob die am 23. 12. 1989 getroffene Bürgschaftsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der kreditgebenden Bank die Neubegründung einer Sicherheit im Sinne des § 32 a Abs. 2 GmbHG ist. Die Frage muß nach Meinung des Gerichts nicht beantwortet werden, da die genannte Vereinbarung zumindest als Aufrechterhaltung einer bereits früher vereinbarten Bürgschaft zu verstehen ist.

Das Oberlandesgericht befindet sich insoweit in Übereinstimmung mit einer ständigen Rechtsprechung². Ob und inwieweit dieser Rechtsprechung zuzustimmen ist, soll hier nicht erörtert werden. In der Literatur werden die unterschiedlichsten Standpunkte vertreten³. Jedenfalls steht fest, daß bloße Untätigkeit in der von § 32 a GmbHG vorausgesetzten Krisensituation noch nicht zu einer Haftung des Gesellschafters führen kann. Es ist weder mit dem Wortlaut des § 32 a GmbHG noch mit seinem Sinn und Zweck vereinbar, die Haftung mit einer bloßen Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters zu begründen. Das Unterlassen kann nur dann eine Inanspruchnahme des Gesellschafters rechtfertigen, wenn es auf einer Finanzierungsentscheidung beruht. Dies hat der BGH erstmals ausdrücklich in seiner

Entscheidung vom 14. 12. 1992⁴ betont, indem er ausführt: „Hat der Gesellschafter keine Möglichkeit, zwischen weiterer Unterstützung und Liquidierung zu wählen, weil er rechtlich gehindert ist, der Gesellschaft die frühere Hilfe zu entziehen, so liegt in seinem Verhalten keine Finanzierungsentscheidung, an die bei Anwendung der Kapitalersatzregeln angeknüpft werden könnte“. Indem das OLG München unter 4 b) auf diese Entscheidung verweist, verkennt es diesen Grundsatz nicht, stellt ihn allerdings auch nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit heraus, so daß manche Sätze zu Mißverständnissen Anlaß geben. Allerdings geht aus der Begründung eindeutig hervor, daß ein Stehenlassen der ein Drittdarlehen sichernden Bürgschaft in der Krise nur dann haftungsbegründend ist, wenn der Gesellschafter irgendwelche Möglichkeiten hat, seine Finanzierungshilfe rückgängig zu machen.

3. Der Befreiungsanspruch aus § 775 BGB

Auf der Suche nach diesen Möglichkeiten deutet das OLG München zunächst unter 4 a) einen Befreiungsanspruch aus § 775 Abs. 1 Ziff. 1 BGB an⁵. Es ist jedoch höchst fraglich, ob angesichts der seit der erstmaligen Übernahme der Bürgschaft im April 1989 bestehenden ständig schlechten finanziellen Situation überhaupt eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft im Sinne des § 775 BGB ein-

* Akad. Direktor, Univ. Mannheim

** DZWir 1993, 428 ff (in diesem Heft).

¹ Vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., Rdn. 164 zu §§ 32 a, b.² Vgl. BGH, NJW 1992, S. 1768 (1770) und die Zitate bei *Hachenburg/Ulmer*, Rdn. 25 zu §§ 32 a, b, Fn. 40.³ Vgl. die Systematisierung bei v. *Gerkan/Hommelhoff*: Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2. Aufl., S. 135 ff; ferner die Zusammenstellung bei *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 8. Aufl., Rdn. 43–48 zu §§ 32 a, b.⁴ DZWir 1993, S. 159 ff mit Anm. *Häuselmann* = NJW 1993, S. 392/393 = LM Nr. 41 zu § 30 GmbHG mit Anm. *Heidenhair*; vgl. dazu auch *K. Schmidt*, ZIP 1993, S. 167.⁵ Vgl. dazu BGHZ 81, 252 ff (257); BGH, NJW 1992, 1168 ff (1170) und BGH, NJW 1992, S. 1764 ff (1766).