

Sittenwidrige Selbstausplünderung und Verantwortungsethik

von
Harald Herrmann

Mit der BGH-Entscheidung im Fall Trihotel ist ein neuer Grundstein zur Steuerungsethik in der Wettbewerbswirtschaft gelegt. Dabei handelt es sich um ein deutsches Äquivalent zur heute viel bekannteren Governance-Ethik,¹ die in § 161 AktG für die börsennotierte AG bereits eine gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Wichtige Vorläufer dazu sind in der Rspr. und Lehre zur Fremdorganschaft in der Personengesellschaft sowie in der Haftung der Vor-GmbH zu sehen. Hier kann dazu auf die im Erscheinen begriffene Zweitaufgabe des Verf. zum Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen verwiesen werden (Erstaufl. Ders./Roth, 2008). Das Nähere zur Wettbewerbsethik in Geschichte und Gegenwart findet sich in einem Aufs. des Verf. in der Zeitschrift für Marktwirtschaft und Ethik (ZME 2017, i.Ersch).

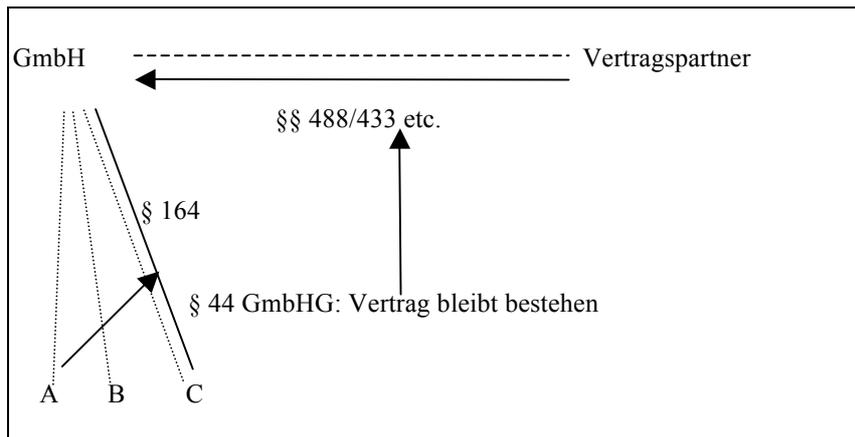
I. GmbH-Geschäftsführung.

1. Grundregeln. Die Geschäftsführung ist in der GmbH weder zwingend eigenverantwortlich, wie in der AG nach § 76 AktG, noch, wie in der OHG und KG, dispositiv als Einzelbefugnis normiert. Vielmehr kann sie – auch im Kern – Zustimmungserfordernissen oder sogar Weisungen der Gesellschafterversammlung oder einzelner Gesellschafter unterworfen werden (§ 45 Abs. 1 GmbHG). Im Unterschied zum Recht der GbR hat jedoch eine weisungsverletzende Vertretungsmaßnahme volle Außenwirkung, auch wenn der Geschäftspartner wissen muss, dass der oder die nicht geschäftsführenden Gesellschafter nicht mit dem betr. Geschäft einverstanden sind. Nur bei vorsätzlichem Zusammenwirken mit dem Dritten kommt eine Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäfts gem. § 138 BGB in Betracht. Dafür sind die Beweisanforderungen aber sehr hoch. Nur im Innenverhältnis macht eine schuldhaftes Ressortüberschreitung oder Weisungsverletzung nach § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig.

Häufig kommt es vor, dass die Geschäftsführer A und B laut Gesellschaftsvertrag Einzelvertretungsmacht haben, aber nur innerhalb zugewiesener Ressorts allein entscheiden sollen. Hierfür gilt, dass lediglich Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, wenn A oder B ihre Ressortgrenzen überschreiten und daraus der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Wird darüber entschieden, ob die GmbH einen solchen Schaden geltend macht, so darf der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer darüber nach § 47 Abs. 4 GmbHG nicht mit abstimmen. Dennoch sind sowohl der Schadensnachweis als auch der der Kausalität des pflichtwidrigen Geschäftsführerhandelns meist schwerwiegende Hindernisse der praktischen Durchsetzung.

Die Steuerungsfunktion der zwingenden Außenwirksamkeit scheint die Gleiche zu sein wie im Recht der OHG und KG. Dazu wurde bereits ausgeführt, dass die Vertretungsbefugnisse der Gesellschafter aus dem Handelsregister mit der dort vorgesehenen Publizitätswirkung hervorgehen und deshalb nicht im Wege unpublizierter Innenwidersprüche geschwächt werden sollen. M.a.W. es entsteht mit der Eintragung im Handelsregister eine Art Selbstbindung ohne Vertrag, die die Verantwortlichkeit der Gesellschaft für das Vertreterhandeln ihrer Geschäftsführer begründet.

¹ Vgl. nur J. Wieland, Die Ethik der Governance, 5. Aufl. 2007



Dazu passt es, dass die Sorgfaltsanforderungen objektiviert sind (§ 43 Abs. 1 GmbHG i. V. § 276 BGB). Als Leitbild dient der „ordentliche Kaufmann“, der – vielleicht typisch deutsch – zuallererst ordentlich zu sein hat. Gemeint ist aber nichts anderes als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i. S. § 276 BGB. Schuldhaftige Pflichtverletzungen führen zum Schadensersatz aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Insbes. sollen die Geschäftsführer nach dieser Bestimmung dann Schadensersatz schulden, wenn sie das Verbot des § 30 GmbHG verletzen und an die Gesellschafter Zahlungen oder sonstige Zuwendungen leisten, durch die das Stammkapital angegriffen wird.

2. Risikoüberwachungssystem Aber seit dem KonTraG von 1998 kommt nun v. a. noch hinzu, dass § 91 Abs. 2 AktG von den Vorständen der AGs, wie erörtert, verlangt, dass sie professionelle Unternehmensplanungen ausarbeiten, darüber dem Aufsichtsrat berichten und ein System der Risikokontrolle entwickeln, damit etwaige den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklungen rechtzeitig erkannt werden können. Der Bericht zum Unternehmensplan ist natürlich gar nicht möglich, wenn kein Aufsichtsrat besteht, was bei der nicht mitbestimmten GmbH mit unter 500 Arbeitnehmern meist zutrifft.² Aber einerseits kann ein freiwilliger Aufsichtsrat oder ein oft sog. Beirat gebildet sein, so dass § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog anwendbar ist³, und andererseits gilt die Planungspflicht als allgemeiner Grundsatz des Geschäftsbesorgungsrechts, so dass sie auch bei gänzlich fehlendem Nebengremium des Geschäftsführers in Betracht kommt. Sie kann in diesen Fällen nur dann entfallen, wenn die Gesellschafter wichtige Planungsbereiche im Wege ihrer Weisungsbefugnis an sich gezogen haben, so dass keine sinnvolle Planungskompetenz bei dem Geschäftsführer verblieben ist.⁴ Aber das dürfte rechtstatsächlich kaum vorkommen.

3. Besonderheiten bei Kapitalmarktorientierung. Nach § 91 Abs. 2 AktG i. d. F. des KonTraG muss in der AG ein Risikoüberwachungssystem eingerichtet werden, das der Früherkennung von bestandsgefährdenden Risiken dient. Das soll nach z. T. vertretener Ansicht analog auch für die GmbH gelten, da mit dieser Vorschrift nur eine Pflicht konkretisiert wird, die der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft auch schon nach altem Recht hatte.⁵ Dagegen könnte man zwar einwenden, dass der Gesetzgeber im Kern auf die börsennotierten AGs abgezielt hat, da er für diese die besonders auf das Risikosystem zielende Prüfungspflicht des Abschlussprüfers geregelt hat und GmbHs nun einmal nicht börsenfähig sind. Aber die zu überprüfende Pflicht ist dennoch unabhängig von der Abschlussprüfung und allgemein geregelt. Auch gibt es keinen Grund, nur zum Schutz von Börsenteilnehmern ein Risikomanagement vorzuschreiben, da ein entsprechender Schutz auch auf grauen Kapitalmärkten sinnvoll und geboten erscheint.

² s. § 77 BetrVG 1952.

³ Vgl. *Altmeyden*, ZGR 1999, 291, S. 304.

⁴ In dieser Richtung vgl. nochmals *Altmeyden*, ebd. S. 304.

⁵ Vgl. nur *Hommelhoff/Matheus*, AG 1998, 249, 251; *Claussen*, DB 1998, 177, 181.

Nicht ganz so sicher ist die Analogie des Aktienrechts im Hinblick auf die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, die es dem Vorstand auferlegt, seine Unschuld zu beweisen. Es handelt sich um eine Beweislastumkehr, die wesentlich darauf beruht, dass der Vorstand aufgrund seiner Eigenverantwortlichkeit selbständig für die Wahrnehmung von Geschäftschancen und die Abwehr von Risiken des Unternehmens zu sorgen hat. Er ist demnach in einer besonderen Risikosphäre tätig, so dass der Aktionär oder Gläubiger im Schadensfall rechtlos gestellt würde, wenn ihm die Beweislast obliegen würde.⁶ Das könnte gegen eine Analogie in der GmbH zumindest dann sprechen, wenn die Gesellschafter aufgrund ihres Weisungsrechts erheblich Einfluss nehmen. Aber letztlich gibt den Ausschlag, dass auch das allgemeine Geschäftsbesorgungsrecht die Beweislast dem Beauftragten auferlegt, obgleich der Auftraggeber weisungsbefugt ist.⁷

II. Kapitalausstattung

1. Eigenkapitalersatz bis 2008. Ein weiteres wichtiges Anwendungsfeld der Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers ist das Recht (eigenkapitalersetzender) Gesellschafterdarlehen, das zwar durch das MoMiG⁸ von 2008 in wesentlichen Teilen aufgehoben worden ist,⁹ aber weiterhin immer dann von Bedeutung ist, wenn Insolvenz eingetreten ist und deshalb die Darlehensforderungen der Gter nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Range hinter die Ansprüche gewöhnlicher Insolvenzgläubiger zurücktreten. Denn der maßgebende Grund für diesen Rangrücktritt besteht nach wie vor darin, dass der Gter sich einen ungerechtfertigten Vorteil verschafft, wenn er sein Darlehen zunächst zur Erhaltung des Unternehmens und damit zur Rettung seiner Einlage einsetzt und dann in der gleichwohl eintretenden Insolvenz einen Vorrang seiner Rückzahlungsansprüche für das Darlehen beanspruchen könnte. Der derzeit aktuellste Fall betrifft die umstrittenen Darlehensverträge der Bay. Landesbank an die Hypo Alpe Adria, zu denen das LG München Anfang Mai 2015 auf Darlehensrückzahlung erkannt hat.¹⁰ Auch wenn es hier im Kern um Fragen des österreichischen Eigenkapitalersatzgesetzes (öEKEG)¹¹ ging, wird die wirtschaftsrechtliche Bedeutung der Probleme anhand dieses Milliardenkonflikts besonders gut deutlich. Denn das öEKEG entspricht noch weitgehend dem alten deutschen Recht, so dass die Unterschiede der deutschen Neuregelung im Vergleich sehr gut deutlich werden.¹² Doch zunächst ein paar Rückblicke auf das bis 2008 geltende Recht, soweit dies für das Verständnis bis heute förderlich ist.

Schon das RG hatte in einem Fall angenommen, dass ein Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft nicht mit Vorrang vor den gewöhnlichen Gläubigern zurückgefordert werden kann, wenn der darlehensgebende Gesellschafter den Eindruck erweckt, dass er die eigenen Verluste auf Kosten der gewöhnlichen Gläubiger gering halten will. Es liege eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung i. S. § 826 BGB vor, bei der der Schadenseintritt bei den Gläubigern zumindest billigend in Kauf genommen werde; denn solche Darlehen erweisen sich „als das was sie in Wirklichkeit sind, nämlich als Gesellschaftereinlagen“¹³. Als bald kam eine Reformdiskussion der Akademie für Deutsches Recht in Gang, und es wurde bereits im Jahr 1939 ein Entwurf zur Novellierung des GmbHG

⁶ Zur Sphärentheorie allgemeinen Beweisrechts grundlegend BGHZ 51, 91 „Hühnerpest“; dazu *Herrmann*, BGB/HGB Bd. 2, S. 211 f.

⁷ Ebenso *Altmeppen*, S. 301 m. w. Nachw.

⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I, 2026.

⁹ Vgl. insbes. die Streichung der §§ 32 a/b GmbHG a.F.

¹⁰ Vgl. die Pressemit. V. 11.5.2015 zum Az. des LG München I: 32 O 26502/12 (download v. 21.5.2015).

¹¹ Das österr. Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 trat am 1.1.2004 in Kraft.

¹² Näher s.u. zu IV.3d und e.

¹³ RG JW 1938, 355, 356; dazu *Scholz/K. Schmidt*, §§ 32 a/b Rdn.11.

vorgelegt¹⁴, der eine den heutigen §§ 32 a/b GmbHG weitgehende Regelung vorsah. Jedoch kam es aufgrund der Kriegsereignisse nicht mehr zur gesetzgeberischen Umsetzung.

Der BGH hat die Rspr. des RG dann in den Jahren 1959 und 1963 in den berühmten Entscheidungen Lufttaxi 1 und 2¹⁵ sowie in der Entscheidung ZDF¹⁶ im Ergebnis übernommen, die gesetzliche Umqualifikation aber nicht mehr aus § 826 BGB, sondern analog § 30 GmbHG bejaht. Zunächst wurde noch recht streng vorausgesetzt, dass ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter trotz extremer Unterkapitalisierung ein Darlehen gab, das ein „ordentlicher Kaufmann“ dem Unternehmen als echtes Eigenkapital zugeführt hätte. Wäre dies tatsächlich so geschehen, so hätte die Rückzahlung eine nach § 30 GmbHG verbotene Einlagenrückgewähr bedeutet. Deshalb müsse die Rückzahlung des kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens ebenso verbotswidrig sein, soweit das Stammkapital nicht mehr gedeckt werde. Der Gesellschafter könne insoweit auch das ganz oder teilweise nicht zurückgezahlte Darlehen im Konkurs seiner Gesellschaft nicht als Konkursforderung geltend machen. Soweit das Darlehen noch nicht ausbezahlt sei, müsse es wie jede echte Stammeinlage noch im Konkurs einbezahlt werden, um zur quotenhaften Befriedigung der übrigen Gläubiger mit verwendet werden zu können.

In der gut 30-jährigen Entwicklung dieser Rspr.¹⁷ kam es zu einer derartigen Ausdehnung, dass ein Teil der Literatur¹⁸ alsbald auf Einschränkungen drängte, um die prinzipiell freie Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter und Unternehmensleitungen nicht durch Anforderungen staatlichen Zwangs zu stark einzuschränken. Zunächst zu den Erweiterungen der Kapitalersatzregeln:

Als Erstes wurde das Erfordernis anfänglicher Unterkapitalisierung aufgegeben und auch bei nachträglichen Finanzierungsengpässen der Gesellschaft gefragt, wie sich wohl der gesetzlich verordnete „ordentliche“ Kaufmann verhalten hätte.¹⁹ Als maßgebendes Kriterium wurde alsbald im Anschluss an Vorschläge der Lehre die Kreditfähigkeit des Unternehmens angesehen. Wenn das Darlehen bei Kreditinstituten oder anderen den Unternehmen unverbundenen Kreditgebern mangels ungenügender Sicherheiten und Erfolgsaussichten des Unternehmens nicht zu erhalten gewesen bzw. gestundet worden wäre, habe der Gesellschafter seiner Gesellschaft Eigen- statt Fremdkapital zuzuführen.²⁰ Diese marktorientierte Betrachtungsweise wurde zwar, wie erwähnt, in der Literatur seit Langem entschieden eingefordert, aber sie war in ihren dogmatischen und den daraus folgenden praktischen Konsequenzen bis zuletzt noch unzureichend erforscht, so dass es nach einem neueren GmbH-Novellierungsentwurf nur noch darauf ankommen sollte, dass das Darlehen im Jahr vor dem Insolvenzantrag gewährt wurde.²¹ Allerdings reichte dies beim sog. Stehenlassen nach einem Teil der Lehre nicht aus, sondern es bedurfte einer „mindestens stillschweigenden Finanzierungsabrede zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft“²².

¹⁴ Vgl. *Schubert*, ZHR Sonderheft Nr. 58, 1989 Anhang; *Kleindiek*, in: *Lutter u. a.* (Hrsg.), 100 Jahre GmbH, 1992 S. 421, 426.

¹⁵ BGHZ 31, 258, 268 ff. Lufttaxi 1; BGH WM 1963, 121 Lufttaxi 2.

¹⁶ BGH WM 1963, 121.

¹⁷ Überblick bei *K. Schmidt*.

¹⁸ Vgl. *Westermann*, in: *Albers/Herrmann* (Hrsg.) Fn. 1, 267, 276: „Beträchtliche Bedrohung der Konstruktion der Betriebsaufspaltung“; wie befürchtet aber jetzt BGH, NJW 1994, 2349 = WM 1994, 1530 (Lagergrundstück IV); weitere Kritik zur gesetzlich bindenden Umqualifikation beim Rangrücktritt bei *Hommelhoff/Kleindiek*, in: *Lutter u. a.* (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 444; *Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1988, S. 20 ff.

¹⁹ Vgl. nur BGHZ 75, 334; 76, 331; 81, 318 (sog. Stehenlassen eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen); zust. *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz-Kommentar, Fn. 36, § 32 a Rdn. 41 f. (bloßes Kennenmüssen des Gesellschafters von der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ist erforderlich); im letzten Jahr vor Insolvenzantrag regelmäßig anzunehmen, BGH ZIP 2006, 466.

²⁰ Vgl. BGHZ 76, 326, 330; 81, 366 f.; 90, 390; *Baumbach/Hueck*, 15. Aufl. 1988, Rdn. 43 m. w. Nachw.

²¹ Dazu *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1161; zu den Vorzügen der Marktorientierung s. aber *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital, Kap. 6, S. 247 ff., passim.

²² Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, Fn. 37 § 37 IV 2b: „mindestens stillschweigende Finanzierungsabrede“; ähnlich *Ullrich*, GmbHR 1983, 145; *Ullmer*, ZIP 1984, 1167 ff.; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 32 a Rdn. 38 m. w. Nachw.;

Die Rspr. ist dem jedoch nicht gefolgt und stellte mit einer Gegenansicht der Literatur auf stärker objektivierende Umstände ab.

Schon bald spielte es auch keine Rolle mehr, ob der Darlehensgeber ein Mehrheitsgesellschafter war oder nicht²³. Auch die GmbH & Co. KG²⁴, die Publikums-KG²⁵ und schließlich sogar – nach vom BGH offen gelassener, aber in der Literatur verbreiteter Ansicht – die einfache KG²⁶ mit vermögenslosem Komplementär unterliegen der gleichen Rspr. Inzwischen ist außerdem auch die AG einbezogen worden, wenn der darlehensgebende Gesellschafter eine unternehmerische Beteiligung unterhält²⁷. Nicht nur das erstmalige Gewähren in der Zeit der Kreditunfähigkeit, sondern auch das sog. Stehenlassen eines Darlehens, wenn die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse eigentlich zur fristlosen Darlehenskündigung berechtigt, sollte genügen²⁸. War der Gesellschafter-Kredit etwa sogar schon von Anfang an als Teil eines Finanzierungsplans anzusehen, der die Kreditfähigkeit der Gesellschaft übersteigt, so sollte ein sog. Finanzplandarlehen vorliegen, das zur Umqualifikation auch dann Anlass gebe, wenn die Voraussetzungen des Stehenlassens später nicht gegeben waren. Die Gesellschaft musste nur bereits im Zeitpunkt der Gesellschafter-Darlehensgewährung dringend auf diese Mittel angewiesen gewesen sein²⁹. Außer den darlehensmäßigen Geldüberlassungen gilt gleiches auch für die sog. eigenkapitalersetzenden Sachleihen von Gesellschaftern³⁰; und schließlich sollten auch die Betriebsaufspaltungen erfasst sein, da diese ebenfalls durch Überlassung des Betriebsvermögens an die Betriebsgesellschaft seitens der bei ihr beteiligten Verwaltungsgesellschaft herbeigeführt wird³¹.

Neben dieser Rspr. galten seit der 1980er GmbHG-Reform die §§ 32 a/b GmbHG und die entsprechenden Regelungen für die GmbH & Co. KG/OHG in §§ 129a, 172a HGB (sog. Novellendarlehen). Danach durften eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nur als „nachrangige Forderungen“ geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen fehlender Kreditfähigkeit der Gesellschaft bei Kreditvergabe durch einen Gesellschafter und die Annahmen zum Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen waren nach der seither ergangenen Rspr. vollkommen deckungsgleich, obgleich § 32 a GmbHG eigentlich wieder von den finanzierenden Gesellschaftern als „ordentlichen Kaufleuten“ spricht. Unterschiede bestanden nur in den Rechtsfolgen³², so dass hier von einer näheren Darstellung abgesehen werden kann. Hervorzuheben ist aber, dass die damals neuen gesetzlichen Regelungen immer das tatsächliche Eintreten der Insolvenz voraussetzten, außerhalb der Insolvenz also die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen zuließen, wenn nur das Eigenkapital nicht in Angriff genommen werden musste.

Im Insolvenzfall war dann seit dem 1.1.1999 noch eine Neuregelung der Insolvenzordnung (InsO) zu berücksichtigen. Zunächst stellte § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO klar, welchen Rang die Gesellschafter-Darlehensforderungen genau haben. Sie traten nicht in den

bloße Kenntnis der Krise verlangen *Rümker/Westermann*, Kapitalersetzende Darlehen, WM-Skript 1987, S. 36 ff.; Kennenmüssen genügt jetzt nach BGH NJW 1995, 326, 329; 1995, 457, 459.

²³ So aber die beiden o. zu II. 2. b) genannten Ausgangsentscheidungen des BGH; a. A. jetzt BGH WM 1990, 554; ein Teil der Lehre will wenigstens bei Beteiligung unter 10% keine Umqualifikation eröffnen, da insoweit regelmäßig keine „mitunternehmerische Verantwortung“ bestehe; *Lutter/Hommelhoff*, § 32 a/b GmbHG Rdn. 51; ähnlich *Ullrich*, GmbHR 1983, 144; weitergehend früher *Hommelhoff*, WM 1984, 1115 f.

²⁴ Seit der Novelle von 1980 gilt § 177 a HGB (vgl. auch für die GmbH & Co. OHG, § 129 a HGB).

²⁵ Vgl. nur BGHZ 67, 171; 93, 159, 161; 104, 33, 34.

²⁶ Anders noch BGHZ 45, 204 (sog. Rektorfall); jetzt aber offengelassen in BGHZ 112, 31, 39; dafür *K. Schmidt*, GesR, § 18 III. 4. m. w. Nachw.

²⁷ BGHZ 90, 381, 388 f.

²⁸ s. die Nachw. o. Fn. 398.

²⁹ Vgl. BGHZ 104, 33, 40 f.; ähnlich schon BGH WM 1980, 332; 1981, 761 (mit Erfordernis der Pflicht zur Darlehenshingabe als „echter gesellschaftsvertraglicher Pflicht“; dazu krit. *Hommelhoff/Kleindiek*, Fn. 397 S. 440).

³⁰ Vgl. BGHZ 109, 55; 121, 31; NJW 1994, 2349; WM 1994, 1663; dazu nur *Gerkan*, ZHR 1994, 668 ff. m. w. Nachw.

³¹ Vgl. die Nachw. o. Fn. 408 und *Westermann*, Fn. 397.

³² Insbes. wird das Darlehen insgesamt umqualifiziert, nicht – wie analog § 30 GmbHG – nur der zur Deckung des Stammkapitals benötigte Teil.

gleichen Rang wie die Forderungen der Gesellschafter auf Auszahlung eines möglichen Auseinandersetzungsguthabens, sondern waren diesen gegenüber vorrangig. Aber ihr Rang lag schon damals hinter den gewöhnlichen Insolvenzgläubigern i. S. § 38 InsO. Gleichrang bestand nur mit deren Zinsforderungen seit Insolvenzeröffnung, wie es heute auch § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO n.F. vorsieht.

Praktisch sehr wichtig war, dass die Rspr. und h. L. die Fortführung der Analogie zu § 30 GmbHG außerhalb der Insolvenz auch nach dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften bejahten³³. Der Gesetzgeber habe keine Haftungserleichterung gegenüber der vor der Novellierung geltenden Rspr. herbeiführen wollen. Diese wäre im Hinblick auf Darlehensrückzahlungen vor Insolvenzeröffnung gegeben gewesen, wenn die Analogie zu § 30 GmbHG aufgegeben worden wäre. Außerdem sei die Regelung der §§ 32a/b GmbHG auch insofern speziell zu § 30 GmbHG analog, als dort das gesamte Darlehen umqualifiziert wird, während nach § 30 GmbHG nur der das Stammkapital aufzehrende Teil wie Eigenkapital zu behandeln ist. Die §§ 32a/b GmbHG wurden deshalb nach bis 2008 ganz h. M. als ergänzende und kumulativ mit § 30 GmbHG geltende Regelungen angesehen, die speziell normieren, was im Fall des Insolvenzeintritts galt.

Des Weiteren ging es dann den persönlichen Geltungsumfang der Regelungen zu den Rechtsprechungs- und Novellendarlehen, der ebenfalls immer weiter ausgeweitet wurde. Der BGH hatte etwa auch die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen in der AG unter bestimmten Voraussetzungen den Regeln für Rechtsprechungsdarlehen gleichgestellt.³⁴ Dagegen ließe sich zwar u.a. auf die informationsrechtlichen Unterschiede des Aktien- und GmbH-Rechts hinweisen. Während der GmbH-Gesellschafter nach § 51 1a, Abs. 1 GmbHG das Recht haben, Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu nehmen und vom Geschäftsführer Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, ist der Aktionär auf die Erläuterungs- und Auskunftsrechte des § 176 AktG betr. den Jahresabschluss beschränkt. Typischerweise könnte also gar nicht davon ausgegangen werden, dass der darlehensgebende Aktionär von der fehlenden Kreditwürdigkeit der AG Kenntnis habe oder hätte haben können. Von einer Finanzierungsverantwortung für die Gläubiger könnte also selbst bei hoher Kapitalbeteiligung normalerweise gar keine Rede gewesen sein.³⁵ Die Rspr. urteilte aber entgegengesetzt. Zwar machte der BGH in der bereits zitierten Entscheidung Beton und Monierbau³⁶ die Einschränkung, der betr. Aktionär müsse über eine unternehmerische Beteiligung von wenigstens 25% verfügen. Aber es wurde nicht ausgeschlossen, dass auch entsprechende Einflussnahmemöglichkeiten genügen.

Noch weit umstrittener war die Frage, ob auch Nicht-Gesellschafter Gefahr liefen, dass das von ihnen gewährte Darlehen als gesetzliches Quasi-Eigenkapital umqualifiziert wurde. Einigkeit bestand jedenfalls darin, dass § 32a Abs. 3 GmbHG Drittdarlehen erfasste, wenn diese dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich gleichstanden³⁷. Der Regierungsentwurf zur GmbHG-Novelle hatte sich seinerzeit noch damit beholfen, die vergleichbaren Finanzierungspraktiken enumerativ aufzuführen. Hauptsächlich ging es dabei um Verwandten- und Konzerndarlehen sowie um die Fälle, in denen der Gesellschafter seine Darlehensforderung nachträglich an einen Dritten abgetreten hat³⁸. Aber auch zu diesem Katalog von Sachverhalten wäre natürlich sogleich die Frage zu stellen gewesen, ob es sich um eine abschließende oder nur um eine beispielhafte Aufzählung gehandelt hätte. Zur

³³ Vgl. BGHZ 90, 370, 376 ff. (Nutzfahrzeug); 95, 192; WM 1987, 284, str. Rspr.; *Lutter/Hommelhoff*, § 32 a/b GmbHG Rdn. 1; „duales Schutzsystem“ m. w. Nachw.; dies soll allerdings mit der neuesten GmbH-Reform abgeschafft werden, so dass die Umqualifikation der sog. Rspr.-Darlehen vielleicht künftig nicht mehr in Betracht kommen wird, näher s. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1161 f.

³⁴ Vgl. nur BGHZ 90, 381, 389 ff.; weitere Belege s. Vorauf. z.St.; vgl. *K. Schmidt*, ZHR 1983, 165, 185.

³⁵ Vgl. *Gehde*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland und den USA, 1997, S. 72 m. w. Nachw.

³⁶ BGHZ 90, 381, 389 ff.

³⁷ Für breite, nicht kasuistische Auslegung vgl. *Kreuzer*, ZIP 1980, 597, 602; *Timm*, GmbHR 1980, 286; *K. Schmidt*, ZIP 1981, 689, 693; *Gessler*, ZIP 1981, 228, 233.

³⁸ Drs. BT 8/1347, § 32 a Abs. 2 - 7.

Konzernverbundenheit war man sich nach der Entscheidung des BGH im Fall Helaba/Sonnenring weitgehend einig, dass bei 100%iger Abhängigkeit des darlehensgebenden Tochterunternehmens ein dem Gesellschafterdarlehen vergleichbarer Fall auch dann gegeben sei, wenn die Tochter selbst keine unmittelbare Beteiligung an der Gesellschaft des Darlehensnehmers unterhält³⁹. Neuere Entscheidungen gingen dann darüber noch insofern hinaus, als sie auf die „wirtschaftliche Einheit“ des Darlehensgebers mit der gesellschaftlich mit dem Darlehensnehmer verbundenen Muttergesellschaft abstellen⁴⁰. Die Lehre stellte z. T. besonders heraus, dass die Anknüpfung an die konzernrechtlichen Regeln zum verbundenen Unternehmen i. S. §§ 15 ff. AktG unpassend ist, weil dort andere Normzwecke im Vordergrund stehen⁴¹.

Einige für die radikale Änderung durch das MoMiG 2008 wichtige Besonderheiten waren noch für die Fälle der Darlehensvergabe zu Sanierungszwecken zu beachten. Früher war streitig, ob zumindest bei Mitwirkung von Banken und anderen Kreditinstituten Ausnahmen von §§ 32a/b GmbHG gelten. Ein Teil der Lehre meinte, es sei sachgerecht, danach zu unterscheiden, ob das Gesellschafterdarlehen im Rahmen eines geordneten Sanierungsplanes mehrerer wichtiger Gläubiger vergeben werde, wie es meist bei Mitwirkung von Kreditinstituten erfolge, oder ob es sich um eine Einzelaktion handele⁴². Am weitesten ging die Ansicht, die bei Sanierungsdarlehen von Kreditinstituten grundsätzlich eine Ausnahme von den Umqualifizierungsvorschriften befürwortet, solange dies im Rahmen ernstlicher Sanierungsaussichten geschehe; denn nur so lasse sich bei Bankenbeteiligung ein Wertungswiderspruch zwischen dem bereits erläuterten Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen⁴³ und der Rspr. zur Kündigung zur Unzeit vermeiden. Es könne den Banken nicht einerseits zugemutet werde, die Kündigung eines von ihr als Gesellschafter des zu sanierenden Unternehmens gewährten Kredites zu unterlassen, um Sanierungsaussichten nicht zu durchkreuzen, andererseits aber angedroht werden, dass das betreffende Darlehen bei Fehlschlagen des Sanierungsversuchs subordiniert werde. Die Gegenansicht sprach insoweit von einem „Sanierungsprivileg“ oder sogar von einem „Bankenprivileg“ und lehnte jede Geltungsausnahme der allgemeinen Regeln ab⁴⁴. Doch sind diese Ansichten heute natürlich überholt, da § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG seit der 2008er Novellierung mit der Streichung gesamten Vorschrift aufgehoben ist.

Zur Reichweite in gegenständlicher Hinsicht waren die Unsicherheiten in der Rspr. nicht weniger gravierend. Dabei ging es nicht mehr darum, wer als „Täter“ eigenkapitalersetzender Finanzierungspraktiken in Betracht kam, sondern um deren inhaltliche Ausgestaltung. Auch insoweit sollte es stets darauf ankommen, inwiefern die betreffende Finanzierungsart in der gegebenen Situation des Unternehmens als Missbrauch einer Finanzierungsverantwortung anzusehen war. Deshalb wurden richterliche Wertungen maßgebend, die nicht nur kaum sinnvoll verallgemeinerbar waren, sondern auch die erwähnten Defizite kapitalmarktrechtlicher Orientierung mit sich schleppten. Streitig war etwa, ob der Gesellschafter Kenntnis vom Eintritt der Kreditunfähigkeit haben musste, fahrlässige Unkenntnis ausreicht oder ob den Umständen sogar eine stillschweigende Finanzierungsabrede zu entnehmen sein muss. Der BGH hatte sich für die weitgehendste Auslegung entschieden und ließ bloß fahrlässige Unkenntnis genügen⁴⁵.

Etwas anders liegen die Fälle, in denen vorab noch keine Unterbilanz vorlag, aber durch das Geschäft mit dem Gesellschafter eine solche entsteht. Beispielsweise kann es sich um die Abtretung einer Forderung – etwa im Rahmen eines sog. cash pooling innerhalb eines

³⁹ BGHZ 81, 311, 317.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 105, 168; BGH ZIP 1992, 242, 244.

⁴¹ Vgl. nur *Lutter*, ZIP 1989, 477, 480 m. w. Nachw.

⁴² Vgl. BGH WM 1989, 62; *Lutter/Hommelhoff*, §§ 32 a/b GmbHG, Rdn. 25, 37 f.

⁴³ Vgl. *Rümker/Westermann*, Kapitalersetzende Darlehen, WM-Script 1987, S. 47 m. w. Nachw.

⁴⁴ *Baumbach/Hueck*, § 32 a GmbHG Rdn. 11; *Baumbach/Hopt* § 172 a HGB Rdn. 22; ablehnend auch BGHZ 81, 311, 314 f.

⁴⁵ BGH NJW 1995, 326, 329; 457, 459.

Konzern – handeln, ohne dass ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch vereinbart wird (vgl. *Habersach/Schürnbrand*, BB 2006, 288, 289; *Vetter*, ZGR 2005, 788, 821). Jedenfalls in Höhe des die Unterbilanz begründenden Teils wurde eine Verletzung des § 30 Abs. 1 GmbH zu Recht angenommen (weitergehend aber OLG München, ZIP 2006, 25). Darauf wird zurückzukommen sein (unten zu f). Vorerst wird der Katalog von Zweifelsfällen zum bis 2008 maßgeblichen Kapitalersatz abgeschlossen und für die weiteren Fälle der gesplitteten Einlagen, Finanzplandarlehen, Gter-Sachleihe, der Betriebsaufspaltung und der Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung auf die Voraufl. Kap 4, II.2d (S. 206 ff.) verwiesen.

2. MoMiG 2008, insbes. Abkoppelung vom Kapitalersatz. Die Ausführungen genügen für den Nachweis, dass eine vereinfachende und klärende Novellierung dringend anstand, als der Bundestag mit dem MoMiG von 2008 den berühmten Federstrich des Gesetzgebers ansetzte, um jedenfalls die Zweifel in all denjenigen Fällen auszuräumen, in denen es gar nicht zum Eintritt der Insolvenz kommt. Die maßgebenden Vorschriften der §§ 39, 135 InsO n.F. scheinen mit dem Schutz des Eigenkapitals überhaupt nicht mehr in Zusammenhang zu stehen, weil eine regelrechte Abkoppelung vom Kapitalersatzrecht vorliegt.⁴⁶

(1). Subordination im Insolvenzverfahren. Entscheidend dafür ist zunächst, dass es sich um eine primär insolvenzrechtliche Regelung handelt, bei der es für die Rangrückstufung des Darlehens nur noch darauf ankommt, dass es sich um eine Gesellschafterforderung handelt, und die Frage einer Rückführung von Stammkapital keinerlei Bedeutung mehr hat. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist jeglicher Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz nachrangig hinter allen Forderungen von Nicht-Gesellschaftern. Wird im Laufe des letzten Jahres vor Insolvenzeröffnung eine Zahlung geleistet, so kann diese nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. durch Insolvenzanfechtung zur Masse gezogen werden. Jede Besicherung eines solchen Kredites kann ebenfalls angefochten werden, selbst wenn sie schon vor 10 Jahren erfolgt ist (Nr.1 der Vorschrift). Bei Besicherung eines Dritt-Darlehens durch einen Gter bilt § 44a InsO. Der Gläubiger kann nicht als gewöhnlicher Fremdkapitalgeber auf das Vermögen des Gemeinschuldners zugreifen, sondern muss zuerst versuchen, vom Gter Befriedigung zu erlangen. Es gilt eine spezielle gesetzliche Subsidiarität, die der des allgemeinen Bürgschaftsrechts in § 771 BGB vorgeht. Nur soweit er mit der Sicherheit ausfällt, kann er seine Forderung in der Insolvenz an die Gesellschaft richten (§ 44a InsO).

Jeweils gibt es keine Voraussetzung mehr, dass das Darlehen in der Krise gewährt sein muss, und dass ein ordentlicher Gesellschafter in dieser Situation besser Eigenkapital als Fremdkapital zugeführt hätte. Man geht einfach davon aus, dass Gesellschafterdarlehen abstrakt-generell eine Gläubigergefahr darstellen, die die Rangrückstufung bzw. Anfechtung rechtfertigt. Der BGH hatte noch in einer Entscheidung von 2004 zum Thema besonders betont, dass die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in der Krise als Verletzung des Rückzahlungsverbots des § 30 GmbHG anzusehen sein sollte.⁴⁷ Die hierauf gestützte Analogie zu § 30 GmbHG a.F. wird vom neuen S.3 dieser Vorschrift nunmehr ausdrücklich aufgegeben und sogar versperrt, so dass die Rspr. auf die Tradition der sog. Rechtsprechungsdarlehen⁴⁸ künftig nicht mehr oder doch zumindest nicht mehr in der Weise zurückgreifen darf, wie sie es nach der 1980er GmbH-Reform getan hatte.⁴⁹

Der insolvenzrechtlichen Abkoppelung vom materiellen Gesellschaftsrecht entspricht es zugleich auch, dass die §§ 32a/b GmbHG a.F. durch das MoMiG gestrichen wurden. Zudem wird durch die Neuverortung in der InsO bzw. im AnfG geklärt, dass die neuen Vorschriften

⁴⁶ Vgl. nur den im RegE (a.a.O.) weitgehend angezogenen Aufsatz von *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2 f.

⁴⁷ BGHZ 157, 72, 75=NZG 2004, 233, sog. Novemberurteil.

⁴⁸ S. Lb., a.a.O., S. 196 ff.

⁴⁹ Vgl. noch BGHZ 90, 370, 376 ff; zum Unterschied gegenüber der damaligen Situation s. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1161 f.

der §§ 39 Abs. 5, 135 InsO rechtsformunabhängig für alle Gesellschaften ohne phGter und d.h. auch dann gelten, wenn es sich etwa um eine ltd. englischen Rechts handeln sollte. Diese können zwar mit 1 PSt. Minimumkapital beim house of companies in London via Mausclick gegründet und zur Anmeldung gebracht werden. Aber auch hier wird natürlich häufig ein höheres Eigenkapital im memorandum of association vorgesehen, so dass dessen Unterschreitung mit den Folgen der Umqualifikation alten Rechts auch schon bisher vorkommen konnte. Indes geht es jetzt nur noch darum, dass es sich um ein Gesellschafterdarlehen handeln muss. Auch wenn das Eigenkapital einer Ltd. nur 1 PSt. beträgt, kann dessen Darlehen in der Insolvenz zurückgestuft werden. Lediglich das Privileg für Splitterbeteiligungen nach § 39 Abs.5 InsO ist zu beachten.

Die Abkoppelung von den bisherigen Voraussetzungen zum Kapitalersatz hat den Vorteil, dass man nicht mehr darüber streiten muss, ob die Lage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensvergabe vorhersehbar insolvenzbedroht war, bzw. ob gewöhnliche Bankdarlehen noch verfügbar gewesen wären. Besonders eindrücklich lehrt der Fall Bayerische Landesbank gegen Heta (ex Hypo Alpe Adria, HAA), wie wichtig diese Neuerung des MoMiG ist. Hier stritten die Parteien um die Rückzahlbarkeit von Darlehen der BayLB an die HAA im Höhe von 1,03 Mia, € und 1,28 Mia. CHF, nachdem die Gesellschaft an Österreich verkauft worden war und hier Insolvenz eingetreten war. Da auf diesen Fall das österr. EigenkapitalersatzG⁵⁰ anwendbar war, kam es auf die dort geregelte Voraussetzung an, dass die Darlehen in einer Krisenlage gewährt worden waren und dass die BayLB hiervon hätte Kenntnis haben müssen.⁵¹ Das LG München hat sich in dieser Frage damit beholfen, dass die Beweislast für die krisenhafte Kapitallücke und deren Erkennbarkeit bei der Darlehensempfängerin liege, die sich für den Einwand der Rangrückstufung auf das Kapitalersatzrecht berufe.⁵² Doch wurde gegen das Urteil u.a. deswegen Berufung eingelegt, weil die Verteilung der Beweislast bislang höchststrichterlich ungeklärt ist. Nach geltendem dt. Recht kommt es auf solche Beweismomente nicht mehr an.

Auch zur ökonomischen Analyse des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen ist in erster Linie davon auszugehen, dass die bisherige Voraussetzung des Eigenkapitalersatzes weggefallen ist, so dass die undurchsichtige Beurteilung des Zeitpunktes fehlender Kreditwürdigkeit der Gesellschaft keine Rolle mehr spielt. Statt dessen geht es nur noch darum, ob das Darlehen von einem Gesellschafter stammt, der in der Gesellschafterliste als solcher ausgewiesen ist. Deshalb fragt sich, ob es sich – wie bei den bisher behandelten Bereichen des MoMiG – um eine wirtschaftsrechtliche Steuerungsfunktion der Handelsregisterpublizität handelt.

Alle GmbH-Gesellschafter sind mit Wohnsitz und Höhe der Kapitalanteile zum Handelsregister anzumelden (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 i.V. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Jede Änderung der Gesellschafterliste bedarf sogleich der Mitteilung an das Handelsregister (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Bei Änderung durch Abtretung von Geschäftsanteilen, die gem. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet werden muss, hat der Notar die Abtretung unverzüglich beim Registergericht anzuzeigen (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Für Zweigniederlassungen muss jetzt nicht nur deren Ort, sondern auch die inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung gebracht werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 HGB i.d.F. des MoMiG). Wegen der elektronischen Version des Unternehmens- und Handelsregisters durch das UMAG v.1.1.2007 ist die Publizität dieser Angaben via Mausclick realisierbar. Die Einsichtnahme in das Handelsregister ist Jedem zu Informationszwecken gestattet (§ 9 Abs. 1 HGB). Die Publizität des unternehmerisch beteiligten Gesellschafters ist demzufolge schon seit 2007 gegeben und wurde durch das MoMiG nochmals erheblich verbessert.

⁵⁰ A.a.O., oben zu 3c.

⁵¹ Anzunehmen bei einer Eigenkapitalquote von weniger als 8 % des Fremdkapitals (§ 23 URG i.V. § 1 EEG), vgl. *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2004, 113 (internetversion [http://www.cms-rrh.com.../Das neue Eigenkapitalgesetz.pdf](http://www.cms-rrh.com.../Das_neue_Eigenkapitalgesetz.pdf), download v. 22.5.2015).

⁵² Vgl. Pressemit. des Münchener LG v. 11.5.2015, Az. 32 O 26502/12 (download c. 21.5.2015).

Allerdings ist die Publizität des Handelsregisters nicht durchweg auf marktfunktionale Transparenz gerichtet. Demzufolge überrascht es nicht dass via Gesellschafterliste nicht bekannt gemacht werden muss, ob und in welchem Umfang von eben diesen Gesellschaftern Darlehen an die Gesellschaft begeben worden sind.⁵³ Dennoch scheint es angesichts der Gutgläubenspublizität der Gesellschafterliste richtig, von marktadäquaten Transparenzzwecken des MoMiG auszugehen. Darunter versteht man – nochmals kurz zusammengefasst – Folgendes:

Seit dem MoMiG gibt es den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen der GmbH. § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. ordnet an, dass der Erwerb wirksam erfolgt, wenn der Veräußerer als Inhaber „in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste“ eingetragen ist. Die Liste und das Register sind also im Zeitpunkt der Umschreibung auf den Erwerber unrichtig. Die Regelung ist der zum Gutgläubenserwerb im Immobiliarsachenrecht nachgebildet. Wie in § 892 BGB das Grundbuch als öffentliches Register falsch ist, so ist beim gutgläubigen Anteilserwerb des § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. die Gesellschafterliste des Handelsregisters falsch. Aber die Unrichtigkeit muss bereits 3 Jahre andauern, es darf kein Widerspruch „zugeordnet“ sein, und der Erwerber darf nicht bösgläubig sein. Widerspruch und Bösgläubigkeit ähneln wiederum dem Gutgläubenserwerb bei falschem Grundbuch.

Allerdings weicht die 3-Jahresfrist vom Immobiliarsachenrecht ab. Man will dem Berechtigten einen hinreichenden Zeitraum lassen, innerhalb dessen er die Unrichtigkeit entdecken und für Beseitigung sorgen kann. Die Widerspruchszuordnung genügt. Sie erfolgt auf Antrag des Anteilsberechtigten, wenn der fälschlich Eingetragene eine entsprechende Bewilligung erklärt oder wenn ohne diese eine einstweilige Verfügung (ewV) erlassen worden ist (§ 16 Abs. 3 S. 4). Einzelheiten dazu gehören zwar ins Verfahrensrecht, sind aber zumindest im Groben auch Sache des Wirtschaftsjuristen. Die Widerspruchsbewilligung muss notariell beglaubigt werden, da die Eintragung nur bei Vorlage öffentlich beglaubigter Urkunden erfolgt.⁵⁴ Die ewV muss nicht nur zulässiger Weise erhoben, sondern auch vom Gericht erlassen worden sein. Ein etwa eingelegtes Rechtsmittel dagegen schadet nicht.

Gutgläubigkeit setzt – wie im Sachenrecht – die nicht grob fahrlässige Nicht-Kenntnis der Unrichtigkeit der Liste voraus. Die Beweislast liegt beim Berechtigten, wie die Negativformulierung des Gutglaubenstatbestandes zeigt. Der Normzweck besteht nicht nur im Schutz des Erwerbers, sondern auch in der Förderung des Anteilsverkehrs. Insbesondere soll in der Phase der Informationsverarbeitung vor Abschluss des Kaufvertrages (sog. due diligence) vermieden werden, den Käufer mit langwierigen und kostenaufwändigen Nachforschungspflichten zu belasten.⁵⁵ Nur wenn offensichtliche Verdachtsmomente vorliegen und dem Erwerber ohne größere Schwierigkeiten zugänglich sind, kann er als grob fahrlässig bösgläubig anzusehen sein.

Auch für das Insolvenzrecht sind seit Langem wirtschaftsjuristische Steuerungszwecke und -funktionen anerkannt, die insbes. auf Insolvenzvermeidung gerichtet sind.⁵⁶ Dazu passt es auch, dass größere Sicherheit der Rangherabsetzung bei Darlehen von Gesellschaftern erzielt wird, wenn nicht mehr auf den Eigenkapitalersatz, sondern bloß noch auf den Umstand der Gesellschafterstellung abgestellt wird. Schon vor Eintritt der Insolvenz ist dazu alles Nötige aus der mit der Publizität des Handelsregisters verbundenen Gesellschafterliste abzulesen. Solange der Steuerungszweck auf die Hypothese abstellt, dass ein „ordentlicher“ Kaufmann Eigenkapital anstatt eines Darlehens gegeben hätte, war dies stets von der Voraussetzung abhängig, dass die Darlehensrückzahlung das Eigenkapital verbrauchte. Ob dies der Fall war, ließ sich nicht von außen erkennen. Jetzt ist das anders: die

⁵³ Anders ist es zwar in der Überschuldungsbilanz, da § 19 Abs. 2 InsO regelt, dass das Gesellschafterdarlehen nicht passiviert wird. Aber diese Bilanz ist im Gegensatz zur Handelsbilanz (§ 325 HGB) nicht öffentlich.

⁵⁴ § 12 Abs. 1 HGB i.V. § 129 S. 1 BGB.

⁵⁵ Vgl. RegE, Drs.-BT 16/6140, S. 91.

⁵⁶ Vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 1 II.7c, S. 25 f.

Gesellschafterliste gibt verlässliche Auskunft. Man kann deshalb insoweit von marktadäquaten Transparenzverbesserungen des MoMiG sprechen.

(2.) Einbezogene Gesellschaften und Personen. Die Regeln gelten nach § 39 Abs. 5 InsO, wie frühere Vorschriften für Rechtsprechungs- und Novellendarlehen, nicht nur für die GmbH, sondern auch für alle Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben; also v.a. auch GmbH&Co.KGs. Demnach liegt keine vollkommen rechtsformunabhängige Regulierung vor, sondern bestimmte Rechtsformen, wie die GbR, die OHG und KG mit natürlichen Personen als Vollhaftern sind ausgenommen. Nicht ganz zutreffend ist es deshalb auch, das Recht der Gesellschafterdarlehen als genuin insolvenzrechtliche Materie einzuordnen.⁵⁷ Es handelt sich nach wie vor um Gesellschaftsrecht, das lediglich, wie die jetzige Regel zur Insolvenzanmeldepflicht⁵⁸, in das Verfahrensrecht verlagert worden ist, um international-privatrechtliche Wirkungen zu entfalten.⁵⁹

Nach wie vor sind auch Splitterbeteiligungen von unter 10 % ausgenommen⁶⁰, was ebenfalls auf Finanzierungszwecke zu Lebzeiten der Gesellschaft zurückgeht und mit dem Insolvenzrecht eigentlich gar nichts zu tun hat. Es sollen nämlich gemischte Finanzierungsmodelle nicht mit Risiken der Rangrückstufung befrachtet werden, die v. a. bei Projektfinanzierungen vorkommen. Kleinere Kapitaleinlagen sorgen hier dafür, dass die Geldgeber mehr Eigeninteressen mit der Verwirklichung des Projekts verbinden.

Auch das Sanierungsprivileg ist im Wesentlichen gleich geblieben. Es gilt nicht nur für Banken (früher sog. Bankenprivileg), sondern ist nur damit verbunden, dass die Beteiligung von einem früheren Nicht-Gesellschafter zu Sanierungszwecken gemacht wurde, und dass die Sanierung ernstlich gewollt war. Nach neuem Recht ist allerdings nicht mehr nur der subjektive Wille zusammen mit nachprüfbarer Planung ausreichend⁶¹, sondern es muss eine zumindest zeitweise und dennoch „nachhaltige“ Sanierungsfolge tatsächlich eingetreten sein (§ 39 Abs. 4 S.2 InsO).

Publikums-KGs mit zumindest einem persönlich haftenden Gesellschafter sind nun nicht mehr im Kreis der potentiell betroffenen Gesellschaften, da das Gesetz jetzt eine scharfe Abgrenzung ohne diese getroffen hat. Das gilt erst recht für die einfache KG, für die in der älteren Literatur z.T. anders geurteilt wurde.⁶² Auch diese Rechtsform ist heute nicht mehr berührt, sondern nur noch die GmbH&Co.KGs und die diesen entsprechenden Gesellschaften.

(3.) Finanzierungsformen. Zu den Finanzierungsformen ist in § 39 Abs. 1 Nr. 5, wie gesagt, nicht mehr von Kapitalersatz, sondern nur noch von Gesellschafterdarlehen und diesen wirtschaftlich ähnelnden Gestaltungen die Rede. Es kann sich also um Darlehen handeln, die lange vor Eintritt der Krise der Gesellschaft gewährt worden sind, aber ganz oder zum Teil noch zur Rückzahlung anstehen, wenn die Insolvenz eröffnet wird, bzw. wenn es um die Anfechtung mit Vorlauf eines Jahres geht. Das entspricht ziemlich genau der bisherigen Rspr. bei sog. stehen gelassenen Gesellschafterdarlehen. Auch danach konnten ältere Darlehensansprüche zurückgestuft werden, wenn sie in der Krise nicht sogleich gekündigt und eingefordert wurden; denn der Gesellschafter hätte nach der bisherigen Rechtsansicht kündigen und echtes Eigenkapital zur Verfügung stellen müssen.⁶³ Allerdings geht der Unterschied neuen Rechts nun dahin, dass heute auch bei krisenbedingter Kündigung der Gesellschafterdarlehen nichts mehr an der Rückstufung zu ändern ist, wenn später die

⁵⁷ So aber *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1158.

⁵⁸ § 15a Abs. 1 InsO.

⁵⁹ Dazu schon o. *H. Herrmann*, NWiR 2009 Heft 1, www.nwir.de, zu 2a und IV.

⁶⁰ § 39 Abs. 5 InsO; allerdings waren es bei der AG bisher 25%, vgl. BGHZ 90, 381, 388 f.; dazu Vorauf., a.a.O. S. 250.

⁶¹ So noch BGH WM 1989, 62; näher Lb., a.a.O. S. 205 f.

⁶² Offen gelassen in BGHZ 112, 31, 39; näher Lb., a.a.O., S. 198 f.

⁶³ BGH NJW 1995, 326, 329; Lb., a.a.O. S. 207 f.

Insolvenz eintritt. Vor Eintritt der Insolvenz geleistete Darlehensrückzahlungen können nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zurück verlangt werden, indem die sog. Insolvenzanfechtung erklärt wird. Vorausgesetzt ist nur, dass die Rückzahlung innerhalb einer Jahresfrist vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet wurde.

Nichts anderes gilt auch bei gesplitteten Einlagen, bei denen der Zutritt zu Publikums-GmbHs und Publikum-KGs davon abhängig gemacht wird, dass eine bestimmte zur Höhe der Einlage ins Verhältnis gesetzte Darlehenssumme bereit gestellt wurde. Der BGH hat schon nach altem Recht in einer Reihe von Fällen eine Umqualifikation von Gesellschafterdarlehen vorgenommen, obgleich diese nicht in der Unternehmenskrise, sondern bereits zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung gewährt worden waren⁶⁴. Auch lagen keine Anhaltspunkte für ein Stehenlassen von Darlehen vor. Dennoch sah der BGH in den Darlehen Eigenkapitalersatz, weil die Gesellschaftsverträge die Darlehenshingabe zwingend an die Gesellschafterstellung gekoppelt hatten⁶⁵. Erhalte der Gesellschafter aber seine Rechtsstellung sowohl im Verhältnis zur Gesellschaft als auch zu den Mitgesellschaftern allein dadurch, dass er sich neben seiner Einlagepflicht auch noch zur Hingabe eines Darlehens in bestimmter Höhe verpflichtete, so sei die formale Einordnung der Finanzierung als Darlehen unzutreffend. Es liege materiell Eigenkapital vor, das insbes. im Konkurs nicht zurückgefordert werden könne. An dieser Einordnung dürfte sich eigentlich auch nach neuem Recht nichts Wesentliches ändern.

Die Literatur hatte allerdings an der ältere Rspr. zu Recht bemängelt, dass die Umqualifikation von der formalen Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängig sein soll⁶⁶. Einem Ausweichen in vertragliche Nebenabreden sei Tür und Tor geöffnet; und letztlich gehe es doch um eine materielle Beurteilung der gesellschaftergleichen Risikotragung. Deshalb wurde die formale Einbeziehung in den Gesellschaftsvertrag allenfalls als Indiz für den Kapitalersatz gewertet.⁶⁷ Da dann nach neuem Recht aber von vornherein die Rückstufungsgefahr feststeht, dürfte kaum Anlass bestehen, das Einlagensplitting förmlich im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren.

Weitere Finanzierungsformen sind Sachleihen, Betriebsaufspaltungen sowie sonstige konzernrechtliche Kreditvorgänge und Finanzierungsverfahren wie das cash pooling.⁶⁸ Die Sachleihe geht dahin, dass der Gesellschafter kein Geld bereit stellt, sondern ein Grundstück, eine Produktionsanlage oder eine Fabrik- oder Lagerhalle unentgeltlich oder zu einem Pachtzins unter Marktpreis zum Gebrauch überlässt. Nach altem Recht war str., ob die Umqualifikation in ein Gter-Darlehen in jedem Fall⁶⁹ oder nur dann und nur insoweit zu erfolgen hat, als der Gesellschaft durch die Sachleihe liquide Mittel zugeführt werden.⁷⁰ Der BGH hatte sich der zuerst genannten Ansicht angeschlossen.⁷¹ Jetzt regelt § 135 Abs.3 InsO, dass der Herausgabeanspruch im Wege der Aussonderung insoweit nicht geltend gemacht werden kann, als die Nutzung für die Fortführung des Unternehmens von „erheblicher Bedeutung“ ist. Die Erheblichkeit soll also wohl aus der Sicht des insolventen Unternehmens und allein mit Blick auf die Sanierungsaussicht beurteilt werden.

Immer noch kaum abschätzbar sind auch die praktischen Folgen dieser Rspr. und des § 135 Abs. 3 InsO für die sog. Betriebsaufspaltung⁷². Stark vereinfacht dargestellt, bedeutet die Betriebsaufspaltung, dass aus der bisherigen Einheitsgesellschaft eine Gesellschaft ausgegründet wird, der die wesentlichen Betriebseinrichtungen zur Nutzung überlassen werden. Bei der Ausgangsgesellschaft verbleiben nur die Verwaltungsfunktionen. Diese

⁶⁴ Vgl. BGHZ 70, 61 ff.; 93, 159 ff.; 104, 33 ff.

⁶⁵ Z.B. BGH WM 1981, 761: Pflicht zur Darlehenshingabe als „echter gesellschaftsvertraglicher Pflicht“.

⁶⁶ Vgl. nur Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter u.a. (Hrsg.), F Schr. 100 Jahre GmbH, 1992, S. 440.

⁶⁷ Vgl. Lutter/Hommelhoff, §§ 32 a/b GmbHG, Rdn. 13; Heymann/Horn, § 172a HGB, Rdn. 16.

⁶⁸ Hommelhoff/Kleindiek, a.a.O., S. 450 f.

⁶⁹ Vgl. nur M. Lutter/P. Hommelhoff, §§ 32a/b GmbHG, Rdn. 113 m.w.Nachw.

⁷⁰ Vgl. nur K. Schmidt, ZIP 1990, 69 ff.

⁷¹ Vgl. nur BGHZ 109, 55, 57 (Lagergrundstück I).

⁷² Vgl. H. P. Westermann, Fn. 397; Drygalla, Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, 1990; zu arbeitsrechtlichen Problemen s. Belling/Collas, NJW 1991, 1919 ff.

hauptsächlich aus Steuergründen gewählte Konzerngestaltung hatte nach der genannten Rspr. zur Sachleihe zur Folge, dass eine Umqualifikation als Ersatzkapital in Betracht kam, sobald die Gesellschaft kreditunfähig wurde. Denn dann fragte sich, ob auch die Grundsätze der Rspr. zum Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen Anwendung finden sollten.

Vieles sprach indessen schon nach altem Recht dafür, die Umqualifikation bei Sachleihen enger zu fassen. Denn der BGH hatte im Ergebnis nur die gezahlten Nutzungsentgelte als unzulässige Rückgewähr von Ersatzkapital behandelt. D. h. es wurde nicht die vermietete Sache als solche in das Vermögen der Gesellschaft überführt (dingliche Umqualifikation), sondern nur die Mietzahlungen sind wie Zinsen auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen eingeordnet worden. Aber auch dieser Begründungsansatz war in der Literatur heftig umstritten. Ein Teil der Lehre nam an, es müssten analog §§ 32a/b GmbHG sowohl die zum Gebrauch überlassene Sache als auch die dazugehörigen Mietzinsforderungen als echtes Eigenkapital angesehen werden⁷³. Diese sog. dingliche Umqualifikation setzt zunächst voraus, dass das Recht des Mieters auf Gebrauch der Mietsache überhaupt als Sacheinlage in eine Gesellschaft eingelegt werden kann.⁷⁴ Außerdem müsste die Umqualifikation nicht bloß eine Schuldsubordination zur Folge haben, sondern es müsste stattdessen ein Eigentumsübergang kraft Gesetzes konstruiert werden, wo vertraglich eindeutig kein solcher gewollt ist. Derart weitreichende Neuheiten erscheinen ohne ein „Machtwort“ des Gesetzgebers nicht begründbar.

Nach anderer Ansicht soll die Umqualifikation lediglich dazu führen, dass der Insolvenzverwalter den Gebrauchswert der überlassenen Sache wirtschaftlich nutzen darf⁷⁵. Das bedeutet aber, dass der Herausgabeanspruch des Gesellschafters, der ihm als Vermieter eigentlich gem. § 546 BGB zusteht, entweder ganz entfällt, oder dass er zusammen mit allen Rechten des Vermieters hinter die Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger im Range zurücktritt.⁷⁶ In beiden Fällen ist keine dingliche Umqualifikation vorausgesetzt. Dies wäre nur bei Subordination des Herausgabeanspruchs i. S. § 985 BGB der Fall, wofür aber derzeit im Deutschen Recht, soweit ersichtlich, niemand plädiert. Immerhin wäre diese Lösung noch weniger weitgehend, als wenn man mit der zuvor erwähnten Ansicht einen gesetzlichen Eigentumsübergang auf die Gesellschaft unterstellt. Aber die schuldrechtliche Subordination genügt vollständig, um die bis zur erfolgten Rückgabe gezahlten Mietzinsbeträge als Leistungen auf eine nachrangige Schuld anzusehen.

Jetzt ist gesetzlich entschieden, dass der Gesellschafter als Eigentümer die Herausgabe der Sache im Wege der sog. Aussonderung für die Dauer eines Jahres nicht verlangen kann, wenn der vom Insolvenzschuldner genutzte Gegenstand für die Fortführung seines Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist (§ 135 Abs. 3 S. 1 InsO). Für diese Weiternutzung muss dem Gter ein angemessener Ausgleich gezahlt werden, der wie ein Miet- oder Pachtzins zu berechnen ist (S.2).

Keine klare Regelung enthält das Gesetz allerdings für den Fall der sog. Patronatserklärungen durch Mutterunternehmen des Gemeinschuldners. Man hat versucht, wenigstens die sog. harten Patronatserklärungen als ähnliche Geschäfte wie Gter-Darlehen i.S. § 39 Nr. 5 InsO zu behandeln. Regressforderungen der Mutter für Leistungen aus der Schutzerklärung wären dann ebenfalls gesetzlich subordiniert; und bereits geleistete Rückzahlungen an die Muttergesellschaft könnten nach § 135 InsO im Wege der Anfechtung zurückgeholt werden. Aber dem hat der BGH⁷⁷ entgegengehalten, dass durch eine Patronatserklärung für Sanierungszwecke keine Leistung in das Vermögen der Tochter erbracht werde, wie sie für Gter-Darlehen typisch sei. Es werde lediglich eine Freistellungspflicht übernommen, die auch nicht mit einer Kreditsicherheit für ein

⁷³ Vgl. *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293, 1300; *Drygalla*, Fn. 492 S. 70 ff.; *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 305, 309.

⁷⁴ Dazu *Bork*, ZHR 1990, 205; a. A. BGH ZIP 1994, 1261, 1264.

⁷⁵ Vgl. BGH ZIP 1994, 1261, 1265; *Lutter/Hommelhoff*, §§ 32a/b GmbHG Rdn. 105; ähnlich *Brandes*, ZGR 1989, 248 f.

⁷⁶ Sowohl *Lutter/Hommelhoff*, vorige Fn; a. A. *Brandes*, S. 248.

⁷⁷ BGH v. 20.9.2010, Az. II ZR 296/08, NJW 2010, 3442, Rdn. 23 ff. „Star 21“.

Drittdarlehen oder mit einem Finanzplankredit⁷⁸ verglichen werden könne. Auch sei es zulässig, dass die Muttergesellschaft ihre Patronatszusage schließlich gekündigt hatte, nachdem die Sanierung fehlgeschlagen war. Denn die vertraglichen Abreden der Parteien seien vom Recht der Gter-Darlehen unberührt und ohne Korrekturen zum Forderungsrang oder zur Insolvenzanfechtung gültig. Die Diskussion hierzu ist noch nicht abgeschlossen.⁷⁹

Nicht hinreichend geklärt sind auch die sog. Finanzplankredite. Berühmtestes Beispiel dafür ist der Fall der *Deutschland Fernseh-GmbH*⁸⁰, in der das Eigenkapital nach damals noch geltendem Recht 20.000,- Euro betrug und vom einzigen Gesellschafter, der BRD, ein Betriebsmittelkredit von 120 Mio. Euro gewährt worden war. Der Unternehmenszweck und der dazu passende Finanzplan zeigten, dass ein Großteil des Gesellschafterdarlehens von Anfang an eine eigenkapitalersetzende Funktion hatte. Aber es kommt noch insofern eine weitere Besonderheit hinzu, als die Umqualifikation nach schon zum alten Recht verbreiteter Ansicht bereits vor dem Eintritt einer Unternehmenskrise zu erfolgen hatte. Dies wurde vor allem damit begründet, dass die Bindung analog § 30 GmbHG und entgegen §§ 32a/b vor Insolvenzeintritt eintreten muss.⁸¹ Deshalb wurde schon vor und gleich nach Inkrafttreten des MoMiG gefordert, die ältere Rspr. zum Finanzplankredit müsse fortgelten⁸²; und zumindest sei im Zeitpunkt der Kreditwürdigkeit des Unternehmens keine Rückzahlung an den Gläubiger mehr zulässig und das Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG zu versagen.⁸³

Der BGH hat jedoch unlängst im ähnlichen Fall „*Gamma*“ zur heute sog. materiellen Unterkapitalisierung anders entschieden und sowohl § 13 Abs. 2 GmbHG bejaht als auch von der Annahme eines Sonderfalles existenzvernichtenden Eingriff abgesehen.⁸⁴ Hauptgrund dafür war die Ansicht, dass es keine gesicherte wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis darüber gibt, ab wann von Unterkapitalisierung auszugehen sei. Das mag generell richtig sein; doch gibt es eindeutige Fälle, wie den im erwähnten Fall der *Deutschland Fernseh-GmbH* und nach z.T. vertr. Ansicht auch im „*Gamma*“-Fall.⁸⁵ Das kann eigentlich auch dem BGH nicht entgangen sein, so dass seine Zurückweisung eines Haftungsdurchgriffs wohl besser damit zu erklären ist, dass er neben den neuen §§ 39 Abs. 5, 135 InsO kein eigenständiges richterrechtliches Rechtsinstitut materieller Unterkapitalisierung anerkennen wollte. Das Urteil lässt lediglich offen, ob unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 826 BGB ein existenzvernichtender Eingriff vorliegen könne, was im Fall *Gamma* wohl nicht in Betracht kam. Auch hierzu scheint die Diskussion derzeit noch nicht abgeschlossen. Festzuhalten bleibt nur, dass neben den Fällen der §§ 39 Abs. 5, 135 InsO auch die Durchgriffshaftung aus § 826 BGB gegeben sein kann, wenn vorsätzlich sittenwidriges Handeln im Hinblick auf die Kapitalausstattung der GmbH vorliegt. Insofern ist die Abkoppelung vom Kapitalersatz alten Rechts nicht vollständig erfolgt.

3. Gläubiger- und Gesellschafterwechsel: vergleichende Aspekte zum Fall Hypo Alpe Adria 2015. Praktisch große Bedeutung hat die Abkoppelung vom Kapitalersatz aber dadurch erlangt, dass die rechtliche Einordnung als Gesellschafter-Darlehen nach vorherrschender Ansicht der Literatur⁸⁶ auch dann erhalten bleiben soll, wenn die Forderung auf Rückzahlung später verkauft, oder aus sonstigen Gründen an einen Dritten abgetreten wird, der kein Gesellschafter ist. Bisher wurde ein Gesellschafter-Darlehen erst dann zum Eigenkapital

⁷⁸ Dazu sogleich mehr.

⁷⁹ Vgl. vorerst nur C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, S. 230.

⁸⁰ BGH WM 1963, 121; dazu Wiedemann, FS Beusch, S. 908 f.

⁸¹ Vgl. insbes. Ebenroth/Wilken, BB 1993, 305, 307: „krisenunabhängige Qualifikation“.

⁸² Vgl. K. Schmidt, ZIP 2006, 1933; Buschmann, NZG 2009, 91.

⁸³ Hommelhoff/Kleindiek, FS 100 J. GmbH S. 421, 441 f.; Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 13 Rdn. 15 ff.; a.A. aber GK-GmbHG/Raiser, § 13 Rdn. 140 ff.

⁸⁴ Urteil v. 28.4.2008, II ZR 264/06, BGHZ 124, 204; zu § 826 BGB s.u. zu IV.7c und V.4d.

⁸⁵ So C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 177.

⁸⁶ Vgl. nochmals Habersack, ZIP 2007, 2145, 2149; Gehrlein, BB 2008, 846, Text mit Fn. 51; beide mit den unten erörterten Einschränkungen.

umqualifiziert, wenn es in der Krise der Gesellschaft stehen gelassen wurde. Vorherige Abtretung an einen Dritten war also unbedenklich. Jetzt ist das Darlehen von Anfang an potentiell nachrangig, weil es nicht mehr darauf ankommt, ob ein ordentlicher Gesellschafter statt des Darlehens Eigenkapital gegeben hätte.

Zu Recht hat die erwähnte Literaturmeinung aber schon länger die Einschränkung gemacht, dass auf die Jahresfrist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens analog § 135 Nr. 2 InsO n.F. abgestellt werden soll.⁸⁷ Innerhalb eines Jahres werde also die abgetretene Forderung von der Gefahr der Nachrangigkeit in der Insolvenz befreit.⁸⁸ Zahlungen, die während dieses Jahres an den Forderungserwerber als neuen Gläubiger geleistet wurden, sollen via Anfechtung zur Insolvenzmasse gezogen werden können, spätere Zahlungen dagegen nicht.

Dem hat sich der BGH inzwischen mit der Maßgabe angeschlossen, dass die anfechtungsrechtliche Erstattungspflicht sowohl den Abtretungsempfänger als auch den abtretenden Gter als Gesamtschuldner trifft.⁸⁹ Zustimmung verdient jedenfalls die Jahresfrist. Denn Gleiches würde schließlich auch für die nicht abgetretene Gesellschafter-Darlehensforderung gelten. Die Anfechtung nach § 135 Nr. 2 InsO muss also in jedem Fall der Jahresfrist unterliegen. Auch unter dem Aspekt wirtschaftsrechtlicher Steuerungszwecke ist die Enthftung des ursprünglichen Gesellschafterdarlehens passend; denn die Annahme einer mehr als jahresweiten Vorausplanung durch marktorientierte Risikomanager wäre bei Abtretung von Gesellschafterdarlehen wenig realistisch.

Kaum passend scheint allerdings, dass es für die Qualifikation als Gesellschafterforderung ausreichen soll, wenn der Darlehensgläubiger bei Begründung des Darlehens noch gar kein Gter war, sondern erst später seine Beteiligung an der Gesellschaft erwirbt. Denn dabei kann eine Entscheidung des Gters, seine späteren MitGter zu benachteiligen, keine Rolle spielen. Dennoch hat der BGH diese in der Lit. schon länger vertretene Ansicht, inzwischen bestätigt⁹⁰, so dass für die Praxis davon auszugehen ist. Richtig ist daran eigentlich nur, dass es sich um eine weitere Vereinfachung i.S. der Normzwecke der Abkoppelung vom Kapitalersatz handelt. Denn würde man auf die zeitliche Nähe des Entschlusses über die Gter-Beteiligung zur Darlehenshingabe abzustellen haben, so wären damit wiederum Beweisprobleme verbunden, die der Gesetzgeber des MoMiG gerade vermeiden wollte.

4. Cash Pooling, Lieferantenkredite und Übergangsrecht. Beim cash pooling handelt es sich im Ausgangspunkt um die Zusammenlegung von Zahlungsgeschäften (cash) bei einer Zentralstelle im Konzern. Aber dabei ergeben sich zwischenzeitlich Darlehensbeziehungen, soweit die abzurechnenden Beträge zunächst von der Zentrale eingezogen und dann mit einer gewissen Zeitverzögerung der Konzerngesellschaft zugeleitet werden, für die die betr. Zahlung bestimmt ist. Da es bei Gesellschafterdarlehen nicht auf kapitalersetzende Funktionen ankommt, müsste eigentlich jedes noch so kurzfristige Kreditgeschäft innerhalb von Konzernen der Rangrückstufung unterliegen, wenn Insolvenz bei der Gläubigergesellschaft eintritt und die kreditgebende Gesellschaft mehr als 10% Anteile besitzt.

Die Einbeziehung in die Regeln der Rangrückstufung und Anfechtbarkeit erscheint aber immer dann unpassend, wenn laufend vollwertige Gegenleistungs- bzw. Rückgewähransprüche gegenübergestellt werden, so dass keine eigentliche Kreditbeziehung entsteht. Das folgt eigentlich schon aus § 30 Abs. 1 S.2 GmbHG, wonach das Auszahlungsverbot nicht verletzt wird, wenn der betr. Leistung Vollwertiges

⁸⁷ S. die Nachw. o., vorige Fn.

⁸⁸ Insoweit wohl a.A. Haas, ZinsO 2007, 617, 619.

⁸⁹ BGH v. 21.2.2013, Az. IX ZR 32/12; zust. Taylor/Wessing, Urteilsanmerkung unter www.taylorwessing.com/de/newsletter/corporate...html (download v. 16.5.2015); a.A. noch die Vorinstanz OLG Stuttgart v. 8.2.2012, Az. 14 U 27/11 m.w.Nachw.

⁹⁰ BGHZ 200, 210=NJW 2014, 1737; ebenso schon H. Hirte, in Uhlenbruck, InsO, 13 Aufl. 2010, § 39 Rdn. 45.

gegenübersteht.⁹¹ Zur insolvenzrechtlichen Regelung ist auf §§ 39, 135 InsO n.F. abzustellen. Der Gesetzgeber hat hier bewusst den Darlehensbegriff i.S. §§ 488 ff. BGB verwendet und nur die solchen Geschäften ähnlichen Kreditvorgänge einbezogen. Die Darlehensähnlichkeit fehlt aber meist, da beim cash pooling immer nur Zwischenposten in der konzernweiten Abrechnung der Zahlungsströme gebildet und diese deshalb laufend und unregelmäßig verändert werden. Der BGH⁹² verlangt, dass im Cash-pool-System ein geeignetes Informations- und Frühwarnsystem installiert werden muss, das die Vollwertigkeit der einbezogenen Forderungen durchgängig prüft und bei etwaigen Bonitätsverschlechterungen der Muttergesellschaft Kündigungen oder Nachbesicherungen vorsieht.

Sind in besonderen Fällen des cash pooling zwischenzeitliche Kreditgewährungen zu bejahen, muss insoweit ein Gter-Darlehen bejaht werden, so dass es auf die Berechnung der Höhe der im Pool-System zurückgezahlten Mittel ankommt. Denn Aufrechnungen sind gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig, wenn sie durch anfechtbare Rechtshandlungen bewirkt werden. Nach der Rspr. sind die Ansprüche auf Rückzahlung bei derartigen konkurrenzähnlichen Verrechnungen auf den höchsten zurückgeführten Darlehensstand zu limitieren.⁹³

Bei Lieferantenkrediten, die von Gesellschaftern als Zulieferern gewährt werden, steht der Kreditierungszweck deutlich im Vordergrund. Die Bonität der schuldnerischen Gesellschaft wird bewusst und gewollt belastet. Deshalb wird auch bei der hier vertretenen auf Markttransparenz zielenden Betrachtung ein Gesellschafter-Darlehen gewährt, das in der Insolvenz nachrangig ist.

Das MoMiG ist am 1.11.2008 in Kraft getreten⁹⁴, enthält aber einige Übergangsregeln, die für den hier behandelten Zusammenhang immer noch von Bedeutung sind. Für die Geltung der neuen Vorschriften über Gesellschafterdarlehen stellt Art. 103d EinfG InsO i.d.F. des Art. 10 MoMiG darauf ab, dass ein Insolvenzverfahren am 1.11.2008 oder später eingeleitet worden ist. Dem zufolge mussten alle laufenden Insolvenzverfahren noch nach altem Recht abgewickelt werden, so dass u.U. noch jahrelang das bisherige Eigenkapitalersatzrecht galt. Das machte es auch sinnvoll, den Text der Voraufl. so lange Zeit noch unverändert aufrecht zu erhalten und ihn nur durch eine Publikation der Neuerungen in NWiR 1/2009 zu flankieren. Aber nunmehr scheint der Rückblick ausreichend, um das Neue des Neuen zu verstehen.

III. Haftungsdurchgriff

1. Rspr. zum existenzvernichtenden Eingriff. Noch ein weiteres wichtiges Instrument des Schutzes der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger vor Übervorteilung durch Mehrheits-Gter stellt die Rspr. zum existenzvernichtenden Eingriff dar. Noch bis vor Kurzem wurden diese Vernichtungseingriffe von der h.M. unter dem Aspekt des qualifizierten faktischen Konzerns beurteilt⁹⁵, so dass die Problematik eher ins Konzernrecht gehörte. Aber das hat sich seit der *Trihotel*-Entscheidung von 2007 geändert.⁹⁶ Der Schutz vor existenzbedrohlichen Eingriffen wird seither nicht mehr auf die Analogie zu den damals noch geltenden §§ 30, 32 a/b GmbHG, sondern auf § 826 BGB gestützt und damit sachlich erheblich eingeeengt.⁹⁷ Die Haftung ist primär auf das Innenverhältnis der bedrohten Gesellschaft und des bedrohenden Gters beschränkt und setzt mindestens bedingt vorsätzliche

⁹¹ Vgl. auch die geänderte Rspr. durch BGHZ 179, 71 „MPS“; anders noch BGHZ 157, 72; zur Entwicklung C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, S. 222 ff.

⁹² BGH v. 1.12.2008, Az. II ZR 102/07, GmbHR 2009, 199.

⁹³ BGH v. 7.3.2013, Az. IX ZR 7/12, GmbHR 2013, 464, 466 f.

⁹⁴ Art. 25 MoMiG.

⁹⁵ Vgl. nur BGHZ 95, 330 „Autokran“; BGHZ 122, 123 „TBB“.

⁹⁶ BGH v. 16.7.2007, Az. II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 „Trihotel“.

⁹⁷ BGH NZG 2007, 667 Rdn. 23 f., 30.

rücksichtslose Vermögensschmälerungen voraus, die die Pflicht der Untergesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten außer Acht lassen. Man spricht insoweit von „kalter“ Liquidation, da sich der Mehrheits-Gter ohne Einhaltung der gesetzlichen Liquidationsvorschriften Vermögensgegenstände der Gesellschaft verschafft und damit dem Zugriff der Insolvenzgläubiger entzieht. Viele Fälle der Gewährung von Darlehen und weiterer Vermögensübertragungen an Gter sind damit von der Haftung befreit, soweit sie keine rücksichtslos vorsätzliche Vermögensschmälerung darstellen.⁹⁸

Beispiel Trihotel: Es ging um eine GmbH, die ein Grundstück von ihrem Allein-Gter und Allein-Geschäftsführer, dem Eigentümer E, gepachtet hatte, um darauf ein Hotel zu betreiben. Wegen schlechter Finanzlage blieb die GmbH den Pachtzins schuldig, so dass der Pachtvertrag vom Gter gekündigt und an eine ihm ebenfalls gehörige Zweit-GmbH weitergegeben wurde. Das Personal und das Hotelinventar sollte fortan die Erst-GmbH der Zweit-GmbH zur Verfügung stellen und dafür eine Umsatzbeteiligung von 28% erhalten. Doch reichte dieser Betrag nicht aus, um die Insolvenz abzuwenden. Ein Gläubiger der insolventen Erst-GmbH klagte gegen E, weil er meinte, E habe seinen Einfluss auf die GmbH dazu missbraucht, die Gesellschaft schon vor Eintritt der Insolvenz vermögensmäßig so zu schwächen, dass eine dauerhafte Erfüllung der Verbindlichkeiten ersichtlich nicht möglich gewesen sei. Darin liege ein existenzvernichtender Eingriff, der es trotz der Haftungsbeschränkung der GmbH zulasse, auf den Gter im Wege des Durchgriffs zuzugreifen.

Der BGH hat die Durchgriffshaftung für den Fall bejaht, dass die Umsatzbeteiligung von 28% ersichtlich nicht ausreichte, um die Kosten der Gesellschaft nachhaltig abzudecken.⁹⁹ Da dazu allerdings in den Vorinstanzen keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen getroffen waren, verwies er die Sache an das OLG zurück. Erstmals wurde der Anspruch auf § 826 BGB mit der Maßgabe gestützt, dass es sich eigentlich um eine Forderung der GmbH an ihren Gter handele, diese aber vom Gl. gepfändet bzw. in der Insolvenz geltend gemacht werden könne.¹⁰⁰ Die Gründe zur deliktischen Anspruchsgrundlage sind leider nicht sehr ergiebig, was die Argumentation zur Sittenwidrigkeit angeht. Insbes. fehlt jeder Hinweis darauf, ob man sich auf das sog. Anstandsgefühl der einschlägigen Verkehrskreise berufen kann, oder ob es auf eine wertungsmäßige Übertragung aus Grundrechten ankommen soll. Immerhin betont das Gericht, man schließe eine Lücke des Gesellschafts- und Insolvenzrechts im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, da die Streitgegenständlichen Maßnahmen durch Anwendung der §§ 30 f. GmbHG nicht verhindert werden könnten.¹⁰¹ Zudem liege kein funktioneller Missbrauch der Rechtsform der GmbH vor, der es gebiete, die Haftungsbegrenzung des GmbH-Rechts insges. zu verweigern.¹⁰² Dies könne allenfalls in Betracht kommen, soweit die GmbH als funktionell unpassendes Rechtskleid gegenüber einem geschädigten Gläubiger auftrete, indem sie mit diesem einen Vertrag schließe oder dergl. Rechtsgeschäft als GmbH tätige.¹⁰³ Doch ist der Entzug des betriebsnotwendigen Gesellschaftsvermögens kein solcher Akt, sondern im Verhältnis der GmbH und des Gters zu sehen und in dieser Hinsicht primär intern zu beanstanden.

⁹⁸ Vgl. auch den neuen § 30 Abs. 1 S. 2, zweite Alt. GmbHG: „vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch“; dazu auch BGHZ 179, 71 „MPS“.

⁹⁹ BGHZ 173, 246, Rdn. 40 „Trihotel“=DStR 2007, 1586 m. Anm. Goette; zust. Weller, ZIP 2007, 1681; bestätigt und ausgeweitet durch BGH v. 9.2.2009, Az.: II ZR 292/07, DStR 2009, 915, 916 und v. 23.4.2012, Az.: II ZR 252/10, DStR 2012, 1144, 1145; BGH v.23.4.2012, Az. II ZR 252/10 zu II. der Gründe; L. Beck, DStR 2012, 2135; C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 174 ff.; St. Geibel, http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_1_31_pdf mit weiteren und rechtsvergl. Hinweisen.

¹⁰⁰ Bestätigt durch BGH v.23.4.2012, Az. II ZR 252/10 zu II. der Gründe.

¹⁰¹ A.a.O., Rdn. 23-25.

¹⁰² So die Befürworter der Außenhaftung, vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 13 Rdn. 15 ff.; dagegen auch GK-GmbHG/Raiser, § 13 Rdn. 140 ff.

¹⁰³ Das Gericht verweist in Tz. 28 insofern auf Zöllner, F Schr. Konzen, 2006, S. 1021.

Dabei stellte der BGH nicht auf die Abrede über die Bereitstellung des Inventars und Personals für die Zweit-GmbH ab, sondern allein auf die Umsatzbeteiligung und die dafür u.U. unzureichende Bemessung auf 28%.¹⁰⁴ Der nach § 826 BGB vorauszusetzende Vorsatz schließt den indirekten Vorsatz (sog. *dolus eventualis*) ein, so dass es auf das Inkaufnehmen trotz Vorhersehbarkeit des Schadens ankomme. Die Nähe dieser Argumentation zur Grenze der groben Fahrlässigkeit ist unverkennbar.¹⁰⁵ Der zu ersetzende Schaden umfasst die durch den Entzug der Mittel der Gesellschaft entstandenen Nachteile, d.h. den Betrag der entzogenen Mittel (Eingriffsausgleich) plus Insolvenzschiäden (mit allen Insolvenzkosten), nicht aber die Kosten einer Wiederherstellung des Gesellschaft als werbendes Unternehmen.¹⁰⁶

2. Bedeutung für die Rechtsethik. In der Literatur hat das Urteil überwiegend Zustimmung gefunden.¹⁰⁷ Insbes. die Begrenzung auf eine Innenhaftung wird befürwortet, da es um Pflichten des Gters gegenüber der Gesellschaft geht und im Verhältnis zu den Gläubigern lediglich Reflexschäden zu bedenken sind.¹⁰⁸ Anzusetzen ist aber beim Sittenwidrigkeitsaspekt, obgleich der BGH in *Trihotel* mehrfach betont, dass es ihm mehr um Verfeinerungen auf der Rechtsfolgenseite des Problems geht.¹⁰⁹ Zunächst muss man sich klar machen, dass es ebenso wie zur Sittenwidrigkeit des § 138 BGB auf das Anstandsgefühl der einschlägigen Verkehrskreise in Verbindung mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung ankommt.¹¹⁰ Demzufolge genügt es nicht, dass das Verhalten einfach rechtswidrig ist und als Verletzung irgendwelcher gesetzlich fundierten Werte erscheint. Erst recht sind nicht bloße Mangementfehler durch § 826 sanktioniert, selbst wenn diese letztlich zum Zusammenbruch der Gesellschaft führen.¹¹¹ Vielmehr muss es sich um Eingriffe von besonderer Schwere handeln, die dem Gesellschafts- und Unternehmensinteresse planmäßig zuwiderlaufen und zumindest derart gegenläufigen Gter-Interessen dienen, dass der gemeinsame Gesellschaftszweck verfehlt ist (*ultra vires*).¹¹² Aber wenn dies, wie möglicher Weise im Fall *Trihotel*, wegen systematischer „Ausplünderung“ und „Geschäftemachens zu Lasten der Gläubiger“ der Erst-GmbH¹¹³ zu bejahen ist, dann ist sowohl das Anstandsgefühl verletzt als auch dem grundlegenden und gesetzlich fundierten Wert der gesellschaftsvertraglichen Zweckgemeinschaft in sittenwidriger Weise zuwider gehandelt. Der objektive Tatbestand des § 826 BGB ist verwirklicht.

In subjektiver Hinsicht ist zweierlei vorausgesetzt: erstens muss ein Kenntnis der Umstände der Sittenwidrigkeit vorliegen; und zweitens muss Vorsatz im Hinblick auf die Schadenszufügung gegeben sein. Beides dient der Haftungsbegrenzung, um die Dispositionsfreiheit der Unternehmensleitungen nicht mit unabsehbaren Haftungsrisiken zu überziehen und dadurch den Wettbewerb zu lähmen. Dieser Normzweck wurde vom BGB-Gesetzgeber bereits zur Erstfassung des BGB ausdrücklich betont und hat seither Nichts an Bedeutung verloren.¹¹⁴ Wenn es also im modernen Gesellschafts- und Haftungsrecht um mehr

¹⁰⁴ A.a.O. Tz. 47 ff., 54.

¹⁰⁵ Vgl. *G. Hönn*, WM 2008, 769, 773; krit. auch *Hueck/Fastrich*, § 13 GmbHG, Rdn. 59.

¹⁰⁶ Näher *Hueck/Fastrich*, § 13 GmbHG, Rdn. 68.

¹⁰⁷ Vgl. nur *Habersack*, ZGR 2008, 533; *Altmeppen*, ZIP 2008, 1201; *Weller*, ZIP 2007, 1681; *L. Beck*, DSStR 2012, 2135; *C. Schäfer*, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 174 ff.; *St. Geibel*, http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_1_31_pdf.

¹⁰⁸ Dazu *Hueck/Fastrich*, a.a.O., Rdn. 59.

¹⁰⁹ Vorläufer des Existenzvernichtungsschutzes sind BGHZ 120, 10 „*Bremer Vulkan*“; BGHZ 150, 181 „*L. Kosmetik*“; BGHZ 151, 181 „*KBV*“.

¹¹⁰ Vgl. nur BGH NJW-RR 2013, 550, Tz. 25; NJW 2014, 383, Tz. 9; *Pal./Sprau*, § 826, Rdn. 4 m.w.Nachw.

¹¹¹ Vgl. schon BGH NZG 2005, 214.

¹¹² Treffend *Fastrich*, a.a.O., Rdn. 67 m.w.Nachw.

¹¹³ So die Formulierung b. *Zöllner*, in *Baumb./Hueck*, GmbHG, Schlussanhang Konzernrecht Rdn. 120, 124 ff.

¹¹⁴ Dabei ist zu bedenken, dass § 826 ein systematisches Korrektiv zur Begrenzung der Deliktshaftung auf absolute Rechte bzw. Schutzgesetzverletzungen in § 823 BGB darstellt, die mit wettbewerbsfunktionellen Vorteilen begründet wurden; vgl. nur Protokolle zum BGB von 1900, Bd. II, S. 655 ff.; für Vorteile flexiblen Sozialschutzes durch Generalklauseln vgl. *Canaris*, in (2.) Fchr. Larenz, S. 27; *Medicus*, Schuldrecht II, § 135, S. 280 ff.; Abwägung b. *V. Emmerich*, Schuldrecht BT, § 20 I, Rdn. 3 f.

Schutz vor unsittlichen Wettbewerbsmissbräuchen gehen soll, so steht die Deliktshaftung aus § 826 BGB durchaus zu Recht im Mittelpunkt.

Zur Sittenwidrigkeit als solcher wird allerdings kein Bewusstsein im Hinblick auf die Wertungen des Sittenwidrigkeitsurteils verlangt; und zur Kenntnis der Umstände genügt es, wenn der Täter sich der Kenntnis verschließt, indem er etwa drauf los handelt, oder von der Möglichkeit, sich über die Umstände zu informieren, keinen Gebrauch macht. Bei Beratung durch Berufsträger wie Anwälte oder Unternehmensberater wird von schwerwiegender Berufspflichtverletzung auf gewissenloses Handeln des unmittelbaren Täters geschlossen.¹¹⁵ Das gilt etwa bei Vermittlung von Warentermingeschäften über die Einrichtung von Schwindelfirmen.¹¹⁶ Zum Schädigungsvorsatz muss ebenfalls ein Bewusstsein der Tatumstände vorliegen, doch braucht sich dies nicht auf die konkreten Tatsachen des Schadenseintritts zu beziehen, und es genügt auch nicht die allgemeine Vorstellung über mögliche Schädigung.¹¹⁷ Aber die Kenntnis muss sich nicht auf einen konkreten Schaden oder eine bestimmte geschädigte Person und Einzelheiten des Schadensverlaufs beziehen, sondern es genügt, wenn der Täter weiß oder in Kauf nimmt, dass bei seinem Verhalten Schäden bestimmter Art naheliegend sind. Beweismäßig wird das sogar schon dann bejaht, wenn nachgewiesen ist, dass der Täter so leichtfertig gehandelt hat, dass daraus als Indiz gefolgert werden kann, der Schadenseintritt sei bewusst in Kauf genommen.¹¹⁸

Für den Fall *Trihotel* spielt es vermutlich eine Rolle, dass anwaltlicher oder sonstiger professioneller Rat zu bestimmten Umständen eingeholt war, etwa zu der sicherungsweisen Übereignung des Hotelmobiliars, die rechtstechnische Kenntnisse unmittelbaren und mittelbaren Besitzes voraussetzt. Anwaltsrat entlastet den Täter nicht in der Weise, dass er sich auf einen Vorsatz ausschließenden Irrtum berufen könnte.¹¹⁹ Nicht ganz unähnlich der zitierten Rspr. zur Einrichtung von Schwindelfirmen wäre es zudem, wenn die Zwischenschaltung der Zweit-GmbH von vornherein dem Zweck der Ausplünderung der Gläubiger der Erst-GmbH gedient hätte. Da die Feststellung der näheren Tatumstände dem Berufungsgericht nach Rückverweisung durch den BGH überlassen geblieben ist, kann man in dieser Hinsicht zum Fall selbst allerdings nur spekulieren. Aber für die allgemeine Einschätzung ähnlicher Fälle ist es wichtig zu wissen, dass es bei derart rechtstechnisch organisierten Existenzvernichtungseingriffen durchaus naheliegt, auf schwere Verletzung von Berufspflichten zu schließen und von daher ein besonders gewissenloses Verhalten i.S. des subjektiven Sittenwidrigkeitstatbestandes auch auf Seiten des Mandanten/Klienten anzunehmen.

Andererseits war nach Ansicht des BGH in *Trihotel* allein zu beurteilen, ob die Abrede zur Umsatzbeteiligung von 28% als rücksichtslose Maßnahme den bedingten Schädigungsvorsatz der Gläubiger indizierte. Hierfür spielt es erneut eine Rolle, ob der bekl. Gter sich professionellen Rat eingeholt hatte, als er diese Beteiligungsquote festlegte. Zwar liegt sie deutlich unter dem, was man bei einer vollen Bereitstellung von Personal und Sachmitteln für den Hotelbetrieb erwarten könnte. Aber nicht die preislich/kostenmäßige Äquivalenz war zu beurteilen, sondern allein die Erwartbarkeit dauerhafter Unerfüllbarkeit der Verbindlichkeiten in der Erst-GmbH. Insofern lässt sich schon denken, dass mit Hilfe von Fachkennern Zahlenmaterial und Vergleichsdaten ausgewertet wurden, und dass man sich bei Vereinbarung der 28%-Quote darauf verlassen hat. Dennoch würde das einen rücksichtslosen Schädigungsvorsatz nicht ausschließen, wenn man die Einschätzung nur unter schwerwiegender Verletzung beruflicher Pflichten des betr. Ratgebers nachvollziehen könnte. Einiges spricht für diese Annahme, da die streitgegenständliche Umsatzbeteiligung mit einer Quote von unter 1/3 extrem niedrig angesetzt zu sein scheint.

¹¹⁵ Vgl. nur BGH NJW 1991, 32,33.

¹¹⁶ So im Fall BGH WM 1989, 1047.

¹¹⁷ Vgl. nur BGH WM 2001, 1454, 1457.

¹¹⁸ Vgl. nur BGH NJW-RR 2013, 550, Tz. 32; BGH NJW 2008, 2245, Tz. 46; Pal./ Sprau, § 826 Rdn. 11a m.w.Nachw.

¹¹⁹ Vgl. nur BGHZ 74, 281.

Doch kann man die endgültige Beurteilung im Fall *Trihotel* getrost auf sich beruhen lassen. Die Einzelheiten dazu sind hier nur deswegen erörtert, weil sie zeigen, dass bei extrem unangemessener Finanzierungsabrede ein hinreichender Eventualvorsatz i.S. § 826 BGB anzunehmen ist. Das ist zwar in der Literatur z.T. als unzulässige Ausweitung der Grenze zur bewussten Fahrlässigkeit gerügt worden.¹²⁰ Aber die Methodik weiter Auslegung ist nicht gesprengt; und sie scheint in viel allgemeinerem Zusammenhang dringend geboten, wenn man die Existenzvernichtungshaftung als geeignetes Korrektiv gegenüber rücksichtslosem Gter-Verhalten fassen will, wie es eingangs unter dem allgemeinen Aspekt einer Wirtschaft für den Menschen erörtert worden ist.¹²¹

Auch wenn der BGH sich zu diesen Zusammenhängen nicht äußert, darf man das Urteil durchaus rechtsethisch verstehen; denn es beschränkt sich keineswegs auf eine sozialemprirische Feststellung von Durchschnittsanschauungen der einschlägigen Verkehrskreise, sondern stellt zudem mit der bisherigen Rspr.¹²² auch auf die grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung ab. Diese Wertungen will das Gericht aus einer „Lücke im Kapitalschutzrecht“ im Hinblick auf „die Verantwortlichkeit des (beherrschenden) Gters“ für die finanzielle Existenzhaltung der Gesellschaft schließen¹²³. Damit wird an die herrschende Methode zur Feststellung der Sittenwidrigkeit als „herrschender Rechts- und Sozialmoral“ angeknüpft.¹²⁴ Gerade unter dem Gesichtspunkt der bedenken- und rücksichtslosen Inkaufnahme von Schäden der Unternehmensgläubiger wird der wirtschaftsethische Hintergrund der Sittlichkeitswertung deutlich. So haben führende Wirtschaftsethiker zu Recht darauf hingewiesen, dass in den Finanzkrisen vor und seit 2008 das eigentlich missbräuchliche Verhalten im Umgang mit komplizierten Finanzprodukten ohne hinreichendes Wissen über die Kapitalmarktrisiken gelegen habe.¹²⁵ Ganz ähnlich wie beim Umgang mit übertriebenen Risiken auf internationalen Finanzmärkten ist es beim Drauflos-Handeln des herrschenden GmbH-Gters, der die richtige Ausstattung des Unternehmens für den Geschäftszweck nicht kennt, aber ihren Umfang unter Inkaufnahme von Drittschäden absenkt. Die Rechtsordnung nimmt solches Verhalten nicht einfach dadurch hin, dass es die Dispositionsfreiheit des Gters im Prinzip anerkennt und Managementfehler des Gter-Geschäftsführers im Grundsatz zulässt. Vielmehr wird mit dem Sittenwidrigkeitstatbestand des § 826 BGB und der extensiven Auslegung des subjektiven Tatbestandes des Eventualvorsatzes die Grenze rücksichtsloser Vertrauenswidrigkeit markiert.

Das *Trihotel*-Urteil des BGH ist ein weiterer Beleg für die Kernthese NEUEN Wirtschaftsrechts, wonach es zwar nach wie vor um freiheitliches Marktrecht geht, wohl aber auf rechtsethische Begrenzungen zu achten ist. Neben § 138 ist auch § 826 ein Beleg dafür; und die Auslegung dieser Vorschriften dazu muss sich der rechtsethischen Grundlage stärker als bisher bewusst sein. In methodischer Hinsicht wäre es insofern zwar richtig, nicht (allein) auf das Durchschnittsempfinden der einschlägigen Verkehrskreise abzustellen. Denn darüber ist im Hinblick auf die neuen Lehren von der Wirtschaft und dem Wirtschaftsrecht „für den Menschen“ Nichts bekannt. Aber die Meinungstrends der ethikphilosophischen Wissenschaft sind nach zutreffender Ansicht ebenfalls relevant für das Sittlichkeitsurteil nach §§ 138, 826, soweit es sich nicht bloß um Einzelmeinungen oder auch um den Wandel von Mehrheitsmeinungen, sondern darum handelt, dass ein Umbruch wissenschaftlicher

¹²⁰ Vgl. nochmals *G. Hönn*, WM 2008, 769, 773; Hueck/*Fastrich*, § 13 GmbHG, Rdn. 59.

¹²¹ S.o. Teil 1, I und II.2c; auch zum Schutzadressaten passt diese Neuausrichtung, zumal es beim Gläubigerschutz im Fall *Trihotel* nicht etwa primär um Banken und Großunternehmen, sondern um kleine und mittelständische Lieferanten geht, die typischer Weise keine dinglichen Sicherheiten bestellt haben.

¹²² Vgl. nur BGH NJW-RR 2013, 550, Tz. 25; NJW 2014, 383, Tz. 9; Pal./*Sprau*, § 826, Rdn. 4 m.w.Nachw.

¹²³ A.a.O., Rdn. 27.

¹²⁴ Vgl. nochmals BGH NJW-RR 2013, 550, Tz. 25; NJW 2014, 383, Tz. 9; Pal./*Sprau*, § 826, Rdn. 4 m.w.Nachw. Zu den über die bloße Gewohnheitsperspektive hinausgehenden Aspekten der Anstandsformel vgl. schon *G. Teubner*, Standards und Perspektiven, 1971; aus neuerer Zeit vgl. nur *M. Wolf/J. Neuner*, *Allg. Teil des Bürgerl. Rechts*, 10. Aufl. 2012, § 46, Rdn. 12; näher schon oben zu Teil 2, IV.1.

¹²⁵ Vgl. insbes. *N. Lin-Hi/A.Suchanek*, Forum Wirtschaftsethik, 17. Jg., Nr. 1/2009, S. 20, 25 f.; näher s.o. Teil 1, zu II.2c.

Grundstrukturen stattgefunden hat. Das ist bei der Neueinschätzung von Wettbewerb und marktkonformem Wirtschaftsrecht anzunehmen.¹²⁶

Wie eingangs bereits bemerkt, sind Anfänge dieser Wettbewerbsethik bereits seit Langem im Grundsatz der Selbstorganschaft der OHG verankert¹²⁷ und in der Lehre von privatrechtlichen Schranken der Perpetuierung von Unternehmen wissenschaftlich vertieft¹²⁸ und in vielerlei weiteren konkreten Fallgruppen der Rspr. anerkannt. Doch ist vielleicht noch wichtiger, dass es dafür – neben den Parallelen der Governance-Ethik – auch in der Geschichte des individualistischen Menschenbildes seit Martin Luther und der Wettbewerbstheorie seit Adam Smith vielfältige Belege gibt.¹²⁹ Ohne dass hierzu auf Einzelheiten eingegangen werden kann, lässt sich immerhin sagen, dass das in Trihotel statuierte Verbot der Selbstausplünderung ausgeweitet werden kann zu einer Ethik der Verantwortungsbereitschaft, die sowohl vielfältige Regeln der unzulässigen Gläubigerbenachteiligung als auch solche sittenwidriger Risikoüberwälzung auf internationalen Finanzmärkten beinhaltet.

¹²⁶ Näher s.nochmals o. zu Teil 2, IV.1b.

¹²⁷ Vgl. – grdl. – BGHZ 36, 293

¹²⁸ D. Reuter, Privatrechtl. Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; str., z. Meinungsstand Schürnbrand, Organschaft privater Verbände, 2007

¹²⁹ Dazu und z. Folgd. H. Herrmann, ZME 2017 (i. Ersch.)