

Ekkenga · Schöer

Handbuch derAG-Finanzierung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jens Ekkenga
Justus-Liebig-Universität Gießen

Dr. Henning Schröer
Rechtsanwalt, General Counsel Merz GmbH, Frankfurt am Main

Carl Heymanns Verlag 2014

Zitervorschlag: *Bearbeiter*, in: Ekkenga/Schröer, Hdb. AG-Finanzierung, Kap. ... Rn. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-452-27151-8

Alle Rechte vorbehalten.

© 2014 by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln.

Carl Heymanns Verlag – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlag: ■

Satz: Satz-Offizin Hümmer GmbH, Waldbüttelbrunn

Druck und Verarbeitung: ■

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	LXVVV
Literaturverzeichnis	XCI
Teil 1 Einführung	1
Kapitel 1 Finanzierungsanlässe und Überblick der Finanzierungsformen der AG	1
Kapitel 2 Pflichtenkreis des Vorstands bei der Finanzierungsentscheidung	81
Kapitel 3 Bilanzierung und Besteuerung	170
Teil 2 Eigenkapital	203
Kapitel 4 Reguläre Kapitalerhöhung	203
Kapitel 5 Genehmigtes Kapital	419
Kapitel 6 Bedingtes Kapital	500
Kapitel 7 Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	568
Kapitel 8 Börsengang und Aktienplatzierungen (Deutsches und US-Recht)	591
Teil 3 Fremdkapital (und Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital)	751
Kapitel 9 Emission von Unternehmensanleihen	751
Kapitel 10 Emission von Genussrechten	926
Kapitel 11 Emission von Asset Backed Securities	988
Kapitel 12 SchVG, AGB-Recht und Transparenzkontrolle sowie Prospektrecht	1037
Kapitel 13 Schuldscheindarlehen	1166
Kapitel 14 Finanzierung durch Darlehen	1194
Teil 4 Sanierung und Abwicklung	1433
Kapitel 15 Finanzierung und außergerichtliche Sanierung	1433
Kapitel 16 Kapitalmaßnahmen in der Insolvenz	1661
Stichwortverzeichnis	1703

Kapitel 14 Finanzierung durch Darlehen*

Übersicht	Rdn.	Rdn.	
A. Grundlagen der Darlehensgewährung an die AG	1	(1) Missbrauch der Vertretungsmacht	79
I. Vorteile der Darlehensfinanzierung	1	(2) Geschäfte der AG mit nahestehenden Personen	81
II. Bürgerlich-rechtliche Grundlagen	6	bb) Haftung des Vorstandes	84
1. Wirksamkeit des Darlehens am Maßstab des § 138 BGB	8	cc) Abberufung des Vorstandes aus wichtigem Grund	86
a) § 138 Abs. 2 BGB: Wucher	9	dd) Haftung des Aufsichtsrates	87
b) § 138 Abs. 1 BGB: wucherähnliche Geschäfte	15	c) Sonderfall: Darlehensvergabe durch Vorstandsmitglied	88
2. Wirksamkeit bonitätsbezogener Kreditzinsanpassungsklauseln	20	3. Mitwirkung des Darlehensgebers an der aktienrechtlichen Willensbildung	90
3. Beendigung des Darlehens	22	a) Möglichkeiten rechtmäßiger Mitsprache	90
a) Ordentliche Kündigung nach § 489 BGB	23	aa) Stimmrechtsvollmacht	91
b) Außerordentliche Kündigung nach § 490 BGB	29	bb) Legitimationszession	94
aa) Kündigung des Darlehensgebers	30	cc) Mitwirkung im Beirat	95
bb) Kündigung des Darlehensnehmers	38	dd) Entsenderechte	98
c) Außerordentliche Kündigung nach §§ 314, 313 i. V. m. 490 Abs. 3 BGB	42	ee) Stimmbindungsvereinbarungen	99
III. Kapitalmarktrechtliche Besonderheiten bei der Übernahmefinanzierung	48	ff) Covenants	106
1. Recht zur ordentlichen Kündigung	51	b) Verantwortlichkeit als »faktischer Geschäftsleiter«	111
2. Recht zur außerordentlichen Kündigung	53	aa) Verantwortung für Insolvenzverschleppung, Insolvenzvertiefung und -verursachung	115
IV. Aktienrechtliche Grundlagen	56	(1) Inhalt der Haftung	115
1. Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Darlehensfinanzierung	56	(2) Anforderungen an den faktischen Geschäftsführer	117
a) Vorstandsermessen	56	bb) Allgemeine Haftung gem. § 93 Abs. 2 und Abs. 3 AktG	129
b) Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung?	60	4. Aktienrechtliche Grenzen partiarscher Darlehen	138
c) Risikovorsorge und Darlehensfinanzierung	66	a) Wesen partiarscher Darlehen	138
aa) Risiken der AG als Darlehensnehmerin	67	b) Abgrenzung der partiarschen Darlehen zu anderen Finanzierungsformen	139
bb) Rechtsrahmen der Risikovorsorge	68	aa) Gewinnschuldverschreibungen (§ 221 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 AktG)	139
2. Darlehensvergabe unter Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG	74	bb) Genussrechte (§ 221 Abs. 3 und Abs. 4 AktG)	142
a) Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates	74	cc) Stille Beteiligungen	144
b) Rechtsfolgen	77	c) Vorgaben für Teilgewinnabführungsverträge (§§ 292 ff. AktG)	146
aa) Auswirkungen fehlender Zustimmung auf die Vertretungsmacht	78	aa) Qualifikation als Teilgewinnabführungsvertrag	147

* Fertigstellung des Manuskripts zu Kap. 14 durch die Bearbeiter *Reiner, Buck* und *Pech* (Rdn. 1–396; 430–486; 494–554; 562–638) ■■■■ Anfang 2011. Nachträgliche Entwicklungen bis Anfang 2013 konnten nur teilweise eingearbeitet werden.

	Rdn.		Rdn.
bb) Rechtsfolgen (§§ 293 ff. AktG)	149	kapitalersetzender Rechtshandlungen	232
d) Vorgaben für Vorzugsaktien (§§ 139 ff. AktG)	150	e) Verhältnis zu den Rechtsprechungsregeln	233
5. Unangemessene Aktionärsdarlehen und verbotene Einlagenrückgewähr	152	4. Übertragung des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG	236
a) Tatbestand der Einlagenrückgewähr durch Darlehensaufnahme	152	a) Gesellschafterstellung	236
b) Rechtsfolgen unangemessener Aktionärsdarlehen	157	b) Weitere Anwendungsvoraussetzungen	245
B. Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen	159	c) Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts bei der AG	247
I. Das alte Eigenkapitalersatzrecht der AG	168	aa) Nachrang eigenkapitalersetzender Forderungen und Anfechtbarkeit entsprechender Leistungen nach InsO und AnfG	248
1. Grundlagen des Rechts der Gesellschafterdarlehen im alten Recht	168	bb) Haftung des Aktionärs nach §§ 57, 62 AktG a. F. analog	249
2. »Rechtsprechungsregeln« (zur GmbH)	176	5. Übertragbarkeit auf die KGaA	253
a) Rechtsprechung des BGH zwischen 1959 und 1979	177	II. Das neue Sonderrecht nach dem MoMiG	255
b) Rechtsprechung ab 1980	179	1. Hintergrund	256
3. »Novellenregeln« (zur GmbH)	184	2. Inhalt der Neuregelung	257
a) Nachrang eigenkapitalersetzender Darlehen (§ 32a Abs. 1 GmbHG)	185	a) Entkoppelung der Finanzierungs(folgen)verantwortung vom Kapitalschutz (Beendigung der Rechtsprechungsregeln)	260
b) Ausnahmen	191	b) Neue Nachrang- und Anfechtungsregeln	262
aa) Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivileg	191	aa) Überblick	262
bb) Privileg für außerbörsliches Beteiligungskapital (§ 24 UBGG)	198	(1) Nachrang in der Insolvenz	263
cc) Sanierungserleichterungen in den neuen Bundesländern (§ 56e DMBilG)	205	(2) Anfechtbarkeit nach InsO und AnfG	265
c) Wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen	206	bb) Gesellschafterstellung	269
aa) Begriff der wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung	207	(1) Grds. keine subjektiven Anforderungen	269
(1) Nicht erfüllte Darlehenszusage	208	(2) Gleichgestellte Nichtgesellschafter	270
(2) Quasi-Kreditlinie	211	(3) Rechtsnachfolger des darlehensgebenden Gesellschafters	271
(3) Stundung	212	(4) Früherer oder künftiger Gesellschafter	272
(4) An- und Vorauszahlung	214	cc) Darlehen	274
(5) Dienstleistungen	215	dd) Rechtshandlungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen	276
bb) Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung	219	ee) Ausnahmen von Nachrang und Anfechtbarkeit	279
(1) Vergleichbarkeit mit Darlehensgewährung	220	(1) Sanierungsprivileg	279
(2) Einzelheiten zum Tatbestand der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung	222	(2) Kleinbeteiligtenprivileg	283
(3) Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung	226	(3) § 24 UBGG	284
cc) Darlehen Dritter	228	(4) § 56e DMBilG	285
d) Anfechtbarkeit eigen-		(5) Finanzmarktstabilisie-	

	Rdn.		Rdn.
rungs-			
gesetzgebung	286		
(6) Eigene Insolvenz des		c) Fehlen eines neuen, überzeugen-	
Aktionärs (Doppelinsol-		den inneren Grundes für die	
venz)	287	Sonderbehandlung von Gesell-	
c) Nutzungsüberlassungen	295	schafterdarlehen	361
aa) Grundlagen des § 135 Abs. 3		aa) Gesetzesmaterialien zum Mo-	
InsO	295	MiG	361
bb) Verhältnis zu §§ 103, 108 ff.		bb) Ansätze zur Begründung des	
InsO	300	neuen Rechts im Schrifttum	366
cc) Rückgabe des Gegenstands		(1) Ausgleich für die	
vor Verfahrenseröffnung	306	Haftungs-	
3. Verhältnis zum Verbot Insolvenz ver-		beschränkung	367
ursachender Zahlungen	314	(2) Spekulieren auf Kosten	
a) Regelungsinhalt des Insolvenzver-		der übrigen Gläubiger	
ursachungsverbots	314	(dank der Nähe und des	
b) Konkurrenzverhältnis zum Son-		Informations-	
derrecht der Gesell-		vorsprungs)	369
schafterdarlehen	317	cc) Weitere Erklärungsansätze	374
c) Liquiditätsbezogenheit des Be-		6. Wertungswiderspruch zu § 8b Abs. 3	
griffs »Zahlung«	318	Satz 4 – 7 KStG?	379
aa) Abgrenzung zum Zahlungsbe-		a) Regelungsgegenstand des § 8b	
griff des Insolvenzvertiefungs-		Abs. 3 KStG	379
verbots	318	b) Vergleich mit dem Sonderrecht der	
bb) Abfluss von Zahlungsmitteln		Gesellschafterdarlehen	383
bei Darlehen	321	c) Bewertung	388
d) Liquiditätswirksamkeit von Erfül-		III. Steuern bei eigenkapitalersetzenden	
lungsleistungen (auf Darlehen)?	323	Darlehen	397
aa) Voraussetzungen der Zah-		1. Bilanzierung bei der AG	397
lungsunfähigkeit	324	a) Handelsbilanz	397
bb) Anwendung auf Gesell-		b) Steuerbilanz	401
schafterdarlehen	327	2. Steuerliche Auswirkungen bei der	
(1) Meinungsstand	327	AG	404
(2) Stellungnahme	329	a) Verdeckte Einlagen, verdeckte Ge-	
e) Übergangsrecht	333	winnausschüttungen	404
4. Sonderrecht der Gesellschafter-		b) Betriebsausgabenabzug (Zins-	
darlehen und beihilferechtliches		schranke i. S. d. § 4h EStG)	408
Rückforderungsgebot bei Darlehen		IV. Steuern bei darlehensähnlichen Formen	
der öffentlichen Hand	336	des Eigenkapitalersatzes (ohne Sicher-	
a) Problemstellung	336	heiten)	419
b) Europarechtlicher Rahmen	337	1. Bilanzierung bei der AG	419
c) Bereicherungsrechtlicher Rück-		a) Handelsbilanz	419
zahlungsanspruch	340	b) Steuerbilanz	425
d) Zivilrechtliche Wirkungen der eu-		2. Steuerliche Auswirkungen bei der	
roparechtlichen Rückforderungs-		AG	428
anordnung	344	C. Darlehen mit vereinbartem Nachrang	
aa) Gesetzlicher Nachrang des		und ähnliche Gestaltungen	430
Rückforderungsanspruchs?	344	I. Rangrücktritt	430
bb) Rückforderungssperre nach		1. Hintergrund	430
alten Recht-		2. Berücksichtigung in der Überschul-	
sprechungsregeln?	349	dungsbilanz	434
cc) Anfechtung von Rückzahlun-		a) Rechtslage bis 30.10.2008	435
gen im Vorfeld der Insolvenz?	350	b) Rechtslage ab 01.11.2008 (Ände-	
5. Bewertung der Neuregelung	353	rung durch das MoMiG)	441
a) Praktische Auswirkungen	353	3. Nachträgliche Aufhebung des Ran-	
b) Abschaffung des Eigen-		grücktritts	448
kapitalersatzrechts?	357	4. Handels- und steuerbilanzielle Be-	
		handlung des Rangrücktritts	450
		II. Besserungsabrede	451

	Rdn.		Rdn.
III. Sog. »Finanzplankredit«	457	aa) »Anrechnungslösung« bei ver-	
1. Begriff	457	deckter Sacheinlage	529
2. Erscheinungsformen von Finanzplan-		bb) Erfüllungswirkung beim »Hin-	
zusagen	462	und Herzahlen«	531
3. Nachrang von Darlehensrückzah-		(1) Vollwertiger, liquider	
lungsforderungen aus Finanzplankre-		Rückgewähranspruch	532
diten	468	(2) Offenlegung	534
a) Altes Eigenkapitalersatzrecht	469	(3) Keine Heilung durch	
b) Neues Sonderrecht der Gesell-		Rückzahlungen i. R. d.	
schafterdarlehen	470	Cash Pooling	535
c) Parteivereinbarung	471	c) Beteiligung Dritter, insb. einer	
4. Einvernehmliche Aufhebung der		Betreiber-gesellschaft	538
Finanzierungszusage vor Valutierung	473	d) Vermeidung unzulässiger Einlage-	
a) Problematik	473	leistungen	540
b) Entsprechende Anwendung des		e) Exkurs: Forderungseinbringung	
§ 66 Abs. 1 Satz 1 AktG	475	durch Sachkapitalerhöhung	543
aa) Alte Rechtslage	475	3. Aktionärsdarlehen aus dem Cash	
bb) Rechtslage nach der Reform		Pool	544
2008	479	a) Insolvenzzrechtliche Neugestaltung	
c) Insolvenzanfechtung	482	durch das MoMiG	544
aa) Alte Rechtslage	482	b) Gefahren durch die Kontokor-	
bb) Rechtslage nach der Reform		rentabrede?	547
2008	486	III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	548
IV. Steuern	487	1. Vorstand der Tochtergesellschaft	549
1. Bilanzierung bei der AG	487	2. Organe der Muttergesellschaft	551
a) Handelsbilanz	487	IV. Steuern	555
b) Steuerbilanz	489	1. Bilanzierung bei der AG	555
2. Steuerliche Auswirkungen bei der		a) Handelsbilanz	555
AG	492	b) Steuerbilanz	557
D. Cash Pooling	494	2. Steuerliche Auswirkungen bei der	
I. Grundlagen	494	AG	558
1. Funktionsprinzip und Formen des		E. Darlehensbesicherung	562
Cash-Pooling	497	I. Besicherung durch den Aktionär	563
a) Virtuelles Cash-Pooling	498	1. Die kapitalersetzende	
b) Physisches (»echtes«) Cash Poo-		Aktionärssicherheit nach altem Recht	563
ling	499	2. Rechtslage nach der Reform 2008	569
2. Qualifizierung als Gelddarlehen	503	a) Überblick	569
3. Finanzaufsichtsrechtliche Fragen	505	b) Stellung des kreditgebenden Drit-	
II. Wirksamkeit einzelner konzerninterner		ten	573
Zahlungen	507	aa) Grundsatz	573
1. Fragen der Kapitalerhaltung bei Zah-		bb) »Doppelberücksichtigung«	
lungen an den Gesellschafter	509	oder »Ausfallprinzip«	575
a) Grundlagen	509	cc) »Doppelbesicherung« der	
b) Die Vollwertigkeit des Rückge-		Gesellschaftsschuld	579
währanspruches	511	c) Stellung des Aktionärs	580
aa) Bilanzielle Wertermittlung	511	aa) Erstattungspflicht	580
bb) Prognoseentscheidung des		bb) Freistellungspflicht und Re-	
Vorstands	513	gressanspruch	584
c) Faktischer Konzern	517	3. Anfechtbarkeit außerhalb der Insol-	
d) Vertragskonzern	521	venz	586
2. Bareinlagenerbringung beim Cash		II. Besicherung durch die Gesellschaft	589
Pooling	522	1. Verbindlichkeiten des Aktionärs	589
a) Problemaufriss	522	a) Kapitalerhaltungsgebot	590
aa) Verdeckte Sacheinlage	525	b) Folgerungen	596
bb) »Hin- und Herzahlen«	527	c) Faktischer Konzern	601
b) Rechtsfolgen	528	d) Besicherung mit Kapitalerhal-	

	Rdn.		Rdn.
tungsabrede (»Limitation Language«) im Recht der AG?	604	schafterforderungen und Zulässigkeit von Sacheinlagen bei Kapitalschnitt	617
e) Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung	606	2. Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen	618
2. Besicherung von Aktionärsdarlehen	607	a) Verstrickung der Forderung . . .	619
E. Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital (insb. Debt-Equity-Swaps)	608	b) Einbringung der verstrickten Forderung	623
I. Praktische Bedeutung	609	c) Verstrickung von Restforderungen	626
1. Funktionsweise	611	3. Bewertung der als Sacheinlage einzubringenden Forderung	627
2. Vor- und Nachteile im Rahmen eines Debt-Equity-Swap	613	4. Barkapitalerhöhung	634
II. Aktienrechtlicher Rahmen	617	a) Aufrechnungsbeschränkungen . .	635
1. Sacheinlagefähigkeit von Gesellschafterforderungen und Zulässigkeit von Sacheinlagen bei Kapitalschnitt		b) Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage	637

Schrifttum:

Altmeyden, Grenzen der Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats und die Folgen ihrer Verletzung durch den Vorstand, FS K. Schmidt, 2009, S. 23; *Altmeyden/Wilhelm*, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673; *Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht*, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen: überarbeitete Rahmenvereinbarung, Basel Juni 2004 (kurz: »Basel II«); *BaFin*, Rundschreiben 10/2012 (BA) v. 14.12.2012 zu § 25a Abs. 1 KWG, Geschäftszeichen BA 54-FR 2210–2012/0002, Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk; *BAKred*, Rundschreiben 9/98 v. 7.7.1998 – I 3 – 237 – 2/94, Überblick über die grundsätzlichen Anforderungen an die Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 18 KWG; *Berger*, Finanzkrise und Kreditklemme: Kann das Kreditvertragsrecht helfen?, BKR 2009, 45; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, Baden-Baden 2006; *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, hrsg. von Buth/Hermanns, 3. Aufl., München 2008; *Dierlamm*, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht: ein Phantom?, NStZ 1996, 153; *Dietrich*, Der neue § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, Zustimmungsvorbehalt auch für unternehmerisches Unterlassen?, DStR 2003, 1577; *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführung in der GmbH, Baden-Baden 2003; *Engelke*, Faktische Geschäftsführung durch Kreditinstitute?, Die Bank 1998, 431; *Engert*, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, München 2005; *Fleischer*, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337; *ders.*, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517; *Florstedt*, Der »stille Verband«, Köln u. a. 2007; *Frey/Harbarth*, REIT-AG: Gesellschafts-, kapitalmarkt- und steuerrechtliche Wesensmerkmale einer neuen Rechtsfigur, ZIP 2007, 1177; *Geßler*, Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung, Festschrift Fischer, 1979, S. 131 ff.; *Gleißner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen, München 2008; *Haghani/Voll/Holzamer*, Bedeutung und Management von Financial Covenants, Studie 2008, http://www.rolandberger.be/media/pdf/rb_press/RB_Bedeutung_und_Management_von_Financial_Covenants_20080429.pdf (letzter Abruf vom 10.1.2013); *Heermann*, Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003; *Hey*, Änderung der Darlehensverzinsung wegen verschlechterter Bonität des Darlehensnehmers, ZBB 2004, 219; *Hommelhoff/Schwab, M.*, Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtskenntnis, in: von Werder (Hrsg.), Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung, zbf-Sonderheft 36, 1996, S. 149; *Höpner*, Unternehmen beklagen Kreditklemme, Handelsblatt v. 23.12.2009, <http://www.handelsblatt.com>, letzter Abruf v. 10.1.2013; *Horn*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und das Risikomanagement zur globalen Finanzkrise, BKR 2008, 452; *ders.*, Abgrenzung des stillen Gesellschafters von der Stellung des atypisch stillen Gesellschafters, GmbHR 2000, 711; *Huth*, Die Vorstandspflicht zur Risikoüberwachung, Baden-Baden, 2007; *IMF*, Global Financial Stability Report, Restoring Confidence and Progressing on Reforms, October 2012, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2012/02/pdf/text.pdf> (Abruf v. 18.1.2013); *Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)*, PS 340, Die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems nach § 317 Abs. 4 HGB, WPg 1999, 658; *Jäger*, Aktiengesellschaft: unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, 1. Aufl., München 2004; *Jokisch/Mayer*, Grundlage finanzwirtschaftlicher Entscheidungen, München, Wien 2002; *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, Heidelberg 1990; *Köndgen*, Kredit und finanzierte Geschäfte nach neuem Schuldrecht – Fortschritt oder Rückschritt?, WM 2001, 1637; *Krepold*, Finanzmarktkrise und Darlehensverträge mit Festzinsvereinbarung: Risiko und Entfall des Risikos, BRK 2009, 28; *Küting/Kessler*, Finanzwirtschaftliche Bilanzanalyse:

Finanzierungs- und Horizontalanalyse, DStR 1992, 1029; *Küting/Kaiser*, Externe Liquiditätsanalyse auf der Grundlage veröffentlichter Jahresabschlüsse (Teil II), DStR 1992, 1180; *Lang*, Die vorzeitige Rückzahlung von Festzinskrediten, hrsg. vom Institut für Deutsches und Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht der Universität Leipzig, <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2001-07-26-03.pdf> (letzter Abruf v. 10.01.2013); *Lange*, Zustimmungsvorbehaltspflicht und Kataloghaftung des Aufsichtsrats nach neuem Recht, DStR 2003, 376, 379; *Langenbacher*, Internes und externes Rating, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten: national und international, Bankrechtstag 2004, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd. 24, 2005, S. 63; *Lienau/Lotz*, Die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen, DStR 1991, 618; *Luttermann*, Unternehmensfinanzierung, Geschäftsleiterpflicht und Haftkapital bei Kapitalgesellschaften, BB 2001, 2433; *Mülbert*, Bonitätsgestufte Zinsabreden in Festzinskrediten als eine Antwort auf Basel II, WM 2004, 1205; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994; *Nobbe*, Der Verkauf von Krediten, ZIP 2008, 97; *Ohletz*, Bonitätsorientierte Zinsänderungsklauseln in Verträgen mit Verbrauchern und Unternehmern, BKR 2007, 129; *von Randow*, Derivate und Corporate Governance, ZGR 1996, 594, 623 ff; *Reichert/Harbarth*, Stimmrechtsvollmacht, Legitimationszession und Stimmrechtsausschlussvertrag in der AG, AG 2001, 447; *Reifner*, Neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten?, BKR 2009, 51; *ders.*, Die Restschuldversicherung im Ratenkredit, WM 2008, 2329; *Reiner*, Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002; *ders.*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung: eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbrauch organ-schaftlicher Leitungsmacht, München 1995; *ders.*, Geheimsache Gesellschaftssatzung am Finanzmarkt Deutschland? Rechtliche Bedeutung, Publizitätspflichten und tatsächliche Verfügbarkeit für den Aktionär, AG 2006, 93; *Roth*, Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH, ZGR 1989, 421; *K. Schmidt*, Konkursverschleppungs- und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497; *ders.*, Konzernrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für typische stille Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, ZGR 1984, 295; *Schön*, Gibt es das partiarische Darlehen?, ZGR 1993, 210; *Schön*, Ein allgemeiner Teil der Genussrechte, JZ 1993, 925; *Schulte-Mattler*, Wucherzins bei Ratenkrediten und die Solvabilitätsverordnung, WM 2007, 1865; *Schulze-Osterloh*, Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, ZGR 1974, 427; *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., München 2010; *Seidlitz*, Merck kritisiert Banken wegen Kreditklemme, Die Welt, v. 19.02.2009, S. 11; *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, Tübingen 2008; *Singhoff/Weber*, Bestätigung der Finanzierungsmaßnahmen und Barabfindungsgewährleistung nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, WM 2002, 1158; *Sonnenhol*, Änderungen der AGB-Banken zum 1. April 2002 – auch im Hinblick auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, WM 2002, 1259; *Spindler*, Finanzkrise und Gesetzgeber: das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DStR 2008, 2268; *Stein*, Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148 (1984), 207; *Stein*, Das faktische Organ, Köln 1984; *Ulmer*, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 705; *o. V.*, Währungsfonds warnt vor Kreditklemme, FAZ 22.04.2009, S. 23; *o. V.*, Kehrtwende: Banken vergeben wieder mehr Kredite, Handelsblatt v. 27.10.2010, <http://www.handelsblatt.com>, letzter Abruf v. 10.01.2013; *Weber/Moog*, Eigenkapitalkosten ausgewählter Unternehmen auf Basis der modernen Kapitalmarkttheorie: eine empirische Anwendung des CAPM für die Holz verarbeitende Industrie, Druckmaschinen- und Papierindustrie, Wiesbaden 2006; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2000; *Weimar*, Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 1997, 473; *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln u. a. 1981; *ders.*, Zurück zur Durchgriffshaftung – das ›KBV‹-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.06.2002, NJW 2003, 175.

A. Grundlagen der Darlehensgewährung an die AG

1-158

I. Vorteile der Darlehensfinanzierung

1-5

Das Darlehen (bei deutschem Vertragsstatut: § 488 BGB) ist die klassische Form der Unternehmensfinanzierung durch Fremdkapital (s. zur Darlehensfinanzierung auch schon oben Kap. 1 Rdn. 162–175 [*Parmentier*]). Allerdings war es für einige AGen schon bislang schwer genug, Bankdarlehen zu erhalten. Diese Situation hat sich mit Umsetzung der überarbeiteten Baseler Eigenkapitalvereinbarung und der damit verbundenen Pflicht der Kreditinstitute zur individuellen Bemessung und Unterlegung von Kreditrisiken für Gesellschaften mit geringerer Bonität noch verschärft. Denn die Institute bestimmen inzwischen die Höhe des Darlehenszinses (in den Grenzen des ihnen hierzu verbleibenden privatautonomen Spielraums, s. unten Rdn. 8 ff. und 20 f.) bonitätsabhängig, weil sie

1

entsprechend den Grundsätzen von »Basel II«¹ Risikoklassen bilden und ihre Darlehensforderungen kreditrisikoabhängig (unter Berücksichtigung interner oder externer Ratings) mit Eigenmitteln unterlegen müssen.²

- 2 2 Zwischenzeitlich ist die Kredit- und Finanzkrise hinzugekommen, die die Refinanzierungskosten für die Banken z. T. deutlich verteuert hat. Dies haben auch die Bankkunden gespürt, die entweder gar keine neuen Kredite mehr erhalten haben oder nur zu deutlich verschlechterten Konditionen. Einzelne Unternehmen haben darauf reagiert und Anleihen emittiert.³ Die Gegenmaßnahmen der nationalen Gesetzgeber zur Stabilisierung der Finanzmärkte⁴ konnten das Eintreten einer gewissen »Kreditklemme« nicht verhindern.⁵ Überlegungen in Richtung einer allgemeinen Kreditversorgungspflicht des Kreditgewerbes unter dem Stichwort einer »gesamtwirtschaftlichen Verantwortung der Banken« ggü. sanierungsbedürftigen Unternehmen, zumindest in Extremfällen, haben deshalb wieder Auftrieb bekommen.⁶ Dies entbehrt nicht einer gewissen Ironie – waren die die Finanzkrise auslösenden »faulen« US-Immobilienkredite doch nicht zuletzt die Folge des unter der Präsidentschaft von *Jimmy Carter* in Gestalt des *Community Reinvestment Act (CRA)*⁷ eingeführten und 1995 unter *Bill Clinton* erheblich verstärkten politischen und rechtlichen Drucks der US-Regierung auf die Banken zur »diskriminierungsfreien« Vergabe von Immobilienkrediten an minderbemittelte Personen.
- 3 3 Bei personalistisch geprägten bzw. konzernierten AGen gewinnt daher speziell die Darlehensgewährung durch die Gesellschafter, bislang eher eine Domäne der GmbH, an Bedeutung, was aber mittlerweile für die Darlehensgeber automatisch mit einem zwingenden Nachrang ggü. den übrigen Gesellschaftsgläubigern verbunden ist (hierzu unten B.II., [Rdn. 255 ff.](#)).
- 4 4 Abgesehen von diesen Problemen können steuerliche, gesellschaftsrechtliche und betriebswirtschaftliche Gründe dafür sprechen, die Fremdfinanzierung einer Eigenkapitalbildung oder Eigenkapital-

1 *Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht*, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung, Basel Juni 2004 (kurz: »Basel II«), europarechtlich umgesetzt in den EG-Richtlinien 2006/48/EG v. 14.07.2006 »über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute« sowie 2006/49/EG v. 14.06.2006 »über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Neufassung)«; innerstaatlich umgesetzt in § 10 KWG und in der Solvabilitätsverordnung (SolV). Für Änderungen der Eigenkapitalanforderungen in der Folge der Finanzkrise s. inzwischen die Richtlinie 2009/111/EG v. 16.09.2009 »zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2007/64/EG hinsichtlich Zentralorganisationen zugeordneter Banken, bestimmter Eigenmittelbestandteile, Großkredite, Aufsichtsregelungen und Krisenmanagement« (ABl. Nr. L 302/97 v. 17.11.2009).

2 Dazu, dass die direkte Anbindung der Kreditkonditionen an die Bonität eines individuellen Schuldners »nicht die einzige denkbare Reaktion auf Basel II« ist und die Kreditinstitute den Risikoausgleich etwa auch über Gruppenbildung (»Kreditkartenkunden«, »Häuslebauer«) bewirken können, s. z. B. *Langenbacher*, in: Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd. 24, S. 63, 65.

3 S. z. B. *Seidlitz*, *Die Welt*, v. 19.02.2009, S. 11.

4 Zum deutschen Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMSStG) v. 17.10.2008 s. z. B. *Horn*, BKR 2008, 452 ff.

5 S. z. B. FAZ v. 22.04.2009, S. 23 (»Währungsfonds warnt vor Kreditklemme«), wo der Leiter der Kapitalmarkt-Abteilung des IWF, *José Viñals*, mit der Aussage zitiert wird, »wir könnten es mit einer tiefen und lange dauernden Kreditklemme zu tun bekommen«. S. andererseits *Höpner*, Handelsblatt v. 23.12.2009, sowie *o. V.*, Banken vergeben wieder mehr Kredite, Handelsblatt v. 27.10.2010; auch *König*, Neujahrspresseempfang der BaFin 2012, Rede v. 2.2.2012: »Doch eine Kreditklemme erleben wir derzeit nicht . . .«, http://www.bafin.de/SharedDocs/Reden/DE/re_120202_neujahrspresseempfang_p.html, Abruf v. 18.1.2013. S. schließlich *IMF*, Global Financial Stability Report, October 2012, S. 35, mit einer Übersicht zum Thema »Reduction in Supply of Credit to Euro Area«; ferner a. a. O., S. 11, mit Blick auf die Euro-Zone: »Potential financing gaps widen«.

6 Hierzu *Berger*, BKR 2009, 45, 46 f., m. w. N., der selbst – wohl zu Recht – nur im Einzelfall eine aus der Treuebindung der Bank folgende, begrenzte Kreditgewährungspflicht annehmen möchte (ebenda, S. 49 ff.).

7 Pub.L. 95–128, title VIII, 91 Stat. 1147, 12 U. S. C. §§ 2901 ff.

erhöhung (gegen Einlagen – §§ 23 ff., 182 ff., 192 ff. AktG – oder aus Gesellschaftsmitteln – §§ 207 ff. AktG) vorzuziehen:⁸

- Darlehen bieten *Steuervorteile*, vor allem bei hoher Ertragskraft der AG. Körperschaftsteuerlich werden Darlehenszinsen im Gegensatz zu Dividenden trotz Zinsschranke (§§ 8a KStG, 4 h Abs. 1 Satz 1 EStG) in einem gewissen Rahmen Gewinn mindernd als Betriebsausgaben anerkannt. Dies gilt in den Schranken des § 8b Abs. 3 KStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2008 (hierzu unten B., vor I. sowie unter II.4.) selbst für Zinsen auf Gesellschafterdarlehen.
- Darlehen eröffnen neben den bestehenden *gesellschaftsrechtlichen* Möglichkeiten zur Eigenkapitalfinanzierung zusätzlichen Spielraum für die Finanzierung der AG. Eine Finanzierung der AG durch Gesellschafterdarlehen bietet sich insb. deshalb an, weil Änderungen des Grundkapitals gesetzlichen Schutzregeln unterliegen, die in der Praxis als umständlich empfunden werden (§§ 182 ff., 192 ff., 202 ff., 207 ff., 221, 222 ff. AktG). Eine Darlehensgewährung ist demgegenüber einfacher und flexibler. Sie kann ebenso wie die Darlehensrückzahlung grds. formlos, insb. ohne Satzungsänderung erfolgen. Das Darlehen lässt sich je nach aktuellem Kapitalbedarf vorzeitig tilgen oder prolongieren; die Konditionen lassen sich veränderten Bedingungen flexibel anpassen. Auftretender Liquiditätsbedarf lässt sich auf diesem Wege schnell und diskret decken. Die bisherigen Beteiligungsverhältnisse bleiben bestehen (zur Möglichkeit schuldrechtlicher Mitspracherechte für den Darlehensgeber s. u. Rdn. 90 ff.).
- Darlehen können – verglichen mit einer Eigenkapitalvergabe – dem Kapitalgeber *betriebswirtschaftliche* Vorteile bieten in Form von geringeren Investitionsrisiken (zum Sonderfall der Gesellschafterdarlehen s. allerdings unten B., Rdn. 159 ff.). Für die Unternehmung haben sie im Gegenzug den Vorteil geringerer Renditeforderungen der (Fremd-) Kapitalgeber. Der »optimale Verschuldungsgrad« entspricht dem Minimum der Gesamtkapitalkosten.⁹

Der entscheidende Unterschied der Darlehensfinanzierung im Vergleich zur Finanzierung durch Eigenkapital – d. h. durch Leistung von Einlagen (§ 54 Abs. 1 AktG¹⁰), durch eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen, §§ 182 ff., 192 ff. AktG, oder durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, §§ 207 ff. AktG – liegt für den Darlehensgeber im Anspruch auf Rückzahlung des Finanzierungsbetrags gegen die AG (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diesen Vorteil teilt das klassische Darlehen mit auf den Inhaber verbrieften Darlehensforderungen in Gestalt von Industriebanleihen (s. o. § 8) sowie ggf. – je nach Ausgestaltung – mit bestimmten Formen mezzaniner Finanzierung (Wandelschuldverschreibungen, Genussrechte, § 221 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Abs. 3 AktG). Demgegenüber steht dem Eigenkapitalgeber neben dem Dividendenanspruch (§§ 58 Abs. 4, 174 Abs. 1 AktG) nur ein Residualanspruch auf den Liquidationsüberschuss (vgl. §§ 262 Abs. 1 Nr. 3, 271 Abs. 1 AktG, § 199 Satz 2 InsO) zu, der praktisch wertlos ist, wenn die Gesellschaft in Finanznöte gerät.

8 So schon der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung zum sog. Eigenkapitalersatzrecht der GmbH v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, unter I.2. Dies habe dazu geführt, dass sich »in den letzten Jahrzehnten« das Verhältnis von Eigenkapital zum Fremdkapital »stark zur Fremdfinanzierung hin verschoben« habe.

9 S. *Elschen*, in: Gebhardt/Gerke/Steiner S. 585, 612 ff., auch mit Hinweis auf die Gegenauffassung von der Irrelevanz der Kapitalstruktur gemäß *Modigliani/Miller* (z. B. *The Cost of Capital: Corporate Finance and the Theory of Investment*, *The American Economic Review*, 48 [1958], 261 ff.). Teilweise ist auch von »optimaler Finanzierungsalternative« die Rede (z. B. *Weber/Moog*, S. 7).

10 Die Restzahlung auf die Stammeinlage stellt nach h. M. eine autonome Finanzierungsmöglichkeit der Gesellschafter dar, die selbst in der Krise nicht ohne Weiteres zur Einzahlung des noch ausstehenden Teils ihrer Einlage gezwungen sind. Vor der Anmeldung der AG zur Eintragung ist nach § 36a Abs. 1 AktG i. V. m. §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG auf jede Aktie, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel einzuzahlen (s. näher hierzu *Hüfner*, AktG, § 36a Rn. 1, 2). Fehlt in der Satzung ein fester Zahlungstermin, so wird der Anspruch auf den Rest der Einlage nicht automatisch mit der Eintragung der Gesellschaft fällig. Voraussetzung ist vielmehr die Einforderung durch den Vorstand nach pflichtgemäßer Ermessensentscheidung gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 AktG, s. *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 16 Rn. 10 f.; *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 63 Rn. 1 (§ 63 Abs. 1 betreffe »das Verfahren der Fälligkeitstellung«), 5, 28.

6-47 **II. Bürgerlich-rechtliche Grundlagen**

- 6 6 Die bürgerlich-rechtlichen Grundlagen des Gelddarlehens sind (teils dispositiv, teils zwingend) in den §§ 488 ff. BGB geregelt. Seit der Schuldrechtsreform 2002 bekennt sich das Gesetz ausdrücklich zum Konsensualvertragsansatz (vgl. § 488 Abs. 1 BGB), sodass der Darlehensvertrag bereits durch die Einigung und nicht erst durch die Valutierung (Realvertragsansatz) zustande kommt.
- 7 7 Nachfolgend soll nur auf verschiedene, besonders wichtige Fragen der Darlehensgewährung eingegangen werden. Für die weiteren Einzelheiten wird auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen.

8-19 **1. Wirksamkeit des Darlehens am Maßstab des § 138 BGB**

- 8 8 Inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Darlehensbedingungen ergeben sich aus der Nichtigkeitsandrohung des § 138 BGB unter dem Gesichtspunkt des Wuchers (Abs. 2) oder des wucherähnlichen Geschäfts (Abs. 1). Zur AGB-Kontrolle von Zinsanpassungsklauseln s. u. **Rdn. 21**.

9-14 *a) § 138 Abs. 2 BGB: Wucher*

- 9 9 Die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB (Wucher) werden bei der Kreditvergabe an Unternehmen wegen des Erfordernisses einer beim Darlehensnehmer bestehenden Schwächesituation und deren bewussten Zunutzemachens seitens des Darlehensgebers nur selten greifen.
- 10 10 Von einem »auffälligen Missverhältnis« zwischen der empfangenen Leistung (Überlassung der Darlehensvaluta auf Zeit) und der versprochenen Gegenleistung (Zins einschließlich Disagio) geht die Rechtsprechung regelmäßig aus, »wenn der Vertragszins den Marktzins relativ um rund 100 % übersteigt«. ¹¹ Einem »absoluten Zinsunterschied von 12 %« im Vergleich zum Marktzins soll – insb. in Hochzinsphasen – eine »ähnliche Richtwertfunktion« zukommen wie dem relativen Unterschied von rund 100 %. ¹² Maßgebender Vergleichszeitpunkt ist, wie (grds.) auch sonst im Bereich des § 138 BGB, ¹³ der Vertragsschluss. Ein nachträgliches Absinken des allgemeinen Zinsniveaus vermag ein nachträgliches Unwerturteil über das vereinbarte Zinsniveau nicht zu rechtfertigen. ¹⁴
- 11 11 Ob diese für Verbraucherkredite i. R. d. § 138 Abs. 1 BGB entwickelte, allein auf die Wirkungen des Zinses auf Kreditnehmerseite abstellende und die Frage seiner Risikoangemessenheit (hierzu unten **Rdn. 20 ff.**) außer Acht lassende Rechtsprechung allerdings wirklich ohne Weiteres auf den Wucheratbestand des § 138 Abs. 2, zumal bei gewerblichen Darlehensnehmern, übertragbar ist, darf bezweifelt werden. Denn wenn sich der marktferne Zinssatz als angemessener Preis für die Übernahme eines ebenfalls marktfernen Kreditrisikos darstellt, kann eigentlich von einem »Missverhältnis« zwischen Leistung und Gegenleistung i. S. d. § 138 Abs. 2 BGB keine Rede sein – bei Bankkrediten umso weniger als erhöhte Kreditrisiken für die Kreditgeber seit der Umsetzung von »Basel II« nun auch mit erhöhten Kosten in Gestalt der Eigenkapitalunterlegung verbunden sind. ¹⁵
- 12 12 An die Schwächesituation und deren bewusstes Zunutzemachen seitens des Darlehensgebers setzt die Rechtsprechung im Kontext des § 138 Abs. 2 BGB nach eigenem Bekunden »strenge Anforde-

11 Z. B. BGH, Urt. v. 13.07.1989 – III ZR 201/88, NJW-RR 1989, 1068, unter 2., ausdrücklich zum privaten und gewerblichen Kredit im Kontext des § 138 Abs. 1 BGB.

12 BGH, Urt. v. 13.03.1990 – XI ZR 252/89, BGHZ 110, 336, unter II.1.c.aa., zur Beurteilung eines Ratenkreditvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB; ebenso etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 21.12.2009 – 6 U 110/09, unter B. I.4.b.aa., juris-**Rn. 60**.

13 Z. B. BGH, Urt. v. 13.06.1994 – II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, unter B.II.2.c., zur Vereinbarkeit einer gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel (die dann aber im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben inhaltlich angepasst wurde) mit den guten Sitten.

14 Das BAG, Urt. v. 22.04.2009 (5 AZR 436/08), wonach eine bei Abschluss des Arbeitsvertrages danach nicht zu beanstandende Vergütung durch die Entwicklung des Tariflohns wucherisch werden kann, ist nicht verallgemeinerbar und schon gar nicht auf Kreditverträge übertragbar.

15 S. z. B. *Schulte-Mattler*, WM 2007, 1865, 1866 (mit weiteren Einzelheiten): Die Kosten für das vorzuhaltende Eigenkapital würden wie auch andere Kostenbestandteile dem Kreditzins zugeschlagen.

rungen«, nicht zuletzt im Hinblick auf den Umstand, dass sich die Nichtigkeit im Fall des Wuchers nicht »nur auf das Darlehen als Grundgeschäft, sondern auch auf die abstrakten Erfüllungsleistungen« erstreckt.¹⁶ Falls objektiv allerdings »nicht nur ein auffälliges, sondern ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen ist«, kann i. R. d. § 138 Abs. 2 BGB eine »tatsächliche Vermutung« für das Vorliegen der »subjektiven Tatbestandsmerkmale« (gemeint ist: objektive Schwächesituation und deren Kenntnis durch den Vertragspartner) sprechen.¹⁷ Der BGH hat dies für den Fall bejaht, dass die Zinsbelastung eines einem Gewerbetreibenden gewährten Darlehens – je nach dem angenommenen Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens – zwischen ca. 95 %, und 180 % lag.¹⁸ Eine Zinsbelastung von knapp 28 % p. a. bei einem Marktzins von allenfalls 10 % reichte ihm dagegen nicht aus, um bei einem kurzfristigen Privatarlehen an eine GmbH, die nur nachrangige Sicherheiten bieten konnte, ein »besonders grobes Missverhältnis« zu bejahen.¹⁹

Abgesehen von der soeben angesprochenen Indizwirkung eines stark überzogenen Darlehenszinses kann sich die objektive Zwangslage u. a. aus »jeder die wirtschaftliche Existenz bedrohenden Geldnot« ergeben, »unter deren Druck der Bewucherte zum Abschluss des wucherischen Geschäfts gezwungen wird«. ²⁰ Auch eine vorübergehende Geldverlegenheit kann eine Zwangslage darstellen, »etwa wenn kurzfristige Verbindlichkeiten anstehen und der Schuldner sein Vermögen nicht schnell genug flüssig machen kann«. ²¹ Die »Ausbeutung« der Zwangslage setzt »keine besondere Ausbeutungsabsicht« voraus; es reicht aus, »wenn der Wucherer Kenntnis von dem auffälligen Leistungsmissverhältnis und der Ausbeutungssituation [...] hat und sich diese Situation vorsätzlich zunutze macht«. ²²

Bei Darlehen deutscher Kreditinstitute, die sich i. R. d. Finanzkrise unter den staatlichen »Schutzschirm« begeben haben, wird die zivilrechtliche durch eine aufsichtsrechtliche Inhaltskontrolle ergänzt. Bei »Unternehmen des Finanzsektors« i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz (FMStFG), die Stabilisierungsmaßnahmen nach § 7 FMStFG in Anspruch nehmen, hat die Finanzmarktstabilisierungsanstalt (im Namen des Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS, ²³ § 3a Abs. 2 Satz 1 FMStFG i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 FMStFV) nämlich den Unternehmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV, erlassen aufgrund der Ermächtigung in § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FMStFG) i. R. d. Bedingungen für die Inanspruchnahme Stabilisierungsmaßnahmen u. a. insb. (vertraglich oder in Form eines Verwaltungsaktes) »aufzugeben«, »im Rahmen ihrer Kreditvergabe oder Kapitalanlagen dem Kreditbedarf der inländischen Wirtschaft, insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen, durch marktübliche Konditionen Rechnung zu tragen«. ²⁴

16 BGH, Urt. v. 08.02.1994 – XI ZR 77/93, NJW 1994, 1275, unter II.1.; zuvor z. B. schon BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, NJW 1982, 2767, unter II.1., zur Nichtigkeit der Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld für ein wegen Wuchers nichtiges Darlehen.

17 BGH, Urt. v. 08.02.1994 – XI ZR 77/93, NJW 1994, 1275, unter II.2., vor a.; zuvor schon BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, NJW 1982, 2767, unter I.2.a., zum Wucherdarlehen an einen Gewerbetreibenden.

18 BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, NJW 1982, 2767, unter I.2.a.

19 BGH, Urt. v. 08.02.1994 – XI ZR 77/93, NJW 1994, 1275, unter II.2.b.

20 BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, NJW 1982, 2767, unter I.2.b., m. w. N., noch zum Tatbestandsmerkmal der »Notlage« nach § 138 Abs. 2 BGB a. F.

21 BGH, Urt. v. 29.10.1987 – III ZR 14/87, BGHR BGB § 138 Abs. 1 Sozialwucher I, unter 2., zur »Notlage« i. S. d. § 138 Abs. 2 a. F., m. w. N.

22 BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, NJW 1982, 2767, unter I.2.b., m. w. N.

23 S. § 2 Abs. 2, § 3 FMStFG zum Rechtscharakter des FMS als Sondervermögen i. S. d. Art. 110 Abs. 1, 115 Abs. 2 GG, das trotz fehlender »Rechtsfähigkeit« »unter seinem Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden« kann.

24 Hierzu *Spindler*, DStR 2008, 2268, 2271, der darauf hinweist, dass »der Anstalt« bei der Gewichtung der Kreditvergabe an kleinere und mittlere Unternehmen, nicht aber bei der Marktüblichkeit der Konditionen, ein »Beurteilungsspielraum« zusteht.

- 15-19 *b) § 138 Abs. 1 BGB: wucherähnliche Geschäfte*
- 15 **15** Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, insb. zu Ratenkreditverträgen, können gegenseitige Verträge als sog. »wucherähnliche« Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und daher nichtig sein, »wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils hervorgetreten ist«. Von einer verwerflichen Gesinnung ist insb. auszugehen, »wenn dieser die wirtschaftlich schwächere Lage des anderen Teils, dessen Unterlegenheit, bei der Festlegung der Vertragsbedingungen bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sich der andere Teil nur aufgrund seiner schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Bedingungen eingelassen hat«.²⁵
- 16 **16** Auch bei § 138 Abs. 1 BGB kann »ein besonders großes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung« den die Annahme einer verwerflichen Gesinnung rechtfertigenden »Schluss auf bewusste oder doch grob fahrlässige Ausnutzung irgendeines den Vertragsgegner hemmenden Tatumsandes zwingend nahe legen«.²⁶ Nach der Rechtsprechung des BGH speziell zur Sittenwidrigkeit von Verbraucher-Ratenkreditverträgen wird zur Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung »in erster Linie ein Vergleich des effektiven Jahreszins, der sich aus den vereinbarten Belastungen des Darlehensnehmers ergibt, mit dem marktüblichen Effektivzins eines entsprechenden Kredits angestellt«. Übersteigt der effektive Jahreszins den marktüblichen Effektivzins »relativ um rund 100 % oder absolut um 12 %, so ist grundsätzlich ein auffälliges Missverhältnis zu bejahen«.²⁷
- 17 **17** Diese Grundsätze sollen bis auf die Vermutung der verwerflichen Gesinnung auf gewerbliche Kredite übertragbar sein.²⁸ In Bezug auf die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB greift allerdings bei einem Betriebskredit keine Vermutung ein, wie sie beim Konsumentenratenkredit für gerechtfertigt gehalten wird. Vielmehr bedarf es »der Prüfung im Einzelfall, ob der Darlehensnehmer sich auf die ihn unbillig benachteiligenden Vertragsbedingungen nur aufgrund seiner wirtschaftlichen Schwäche und mangelnden Geschäftsgewandtheit eingelassen hat und ob seine Unterlegenheit von der kreditgewährenden Bank bewusst zu ihrem Vorteil ausgenutzt oder zumindest leichtfertig verkannt worden ist«.²⁹ Hintergrund dieser Unterscheidung ist der Umstand, dass Verbraucherkredite im Gegensatz zu betrieblichen Krediten keinen unmittelbar messbaren Geldgewinn hervorbringen.³⁰
- 18 **18** Noch völlig ungeklärt ist die Frage, ob spätestens die bankenaufsichtsrechtlichen Vorgaben von »Basel II« Anlass dazu geben, die bisherige Rechtsprechungslinie zur Bewertung des »auffälligen Missverhältnisses« zwischen Leistung und Gegenleistung bei Bankdarlehen generell oder zumindest bei gewerblichen Darlehen zu überdenken. Denn der BGH hat bei der Beurteilung der Angemessenheit der Kreditbedingungen den »Marktzins« (»marktüblichen Zinses«) bislang immer im Sinne eines *Durchschnittszinssatzes* verstanden,³¹ wobei sich die Betrachtung nicht auf die unmittelbar in Bezug auf ihr Geschäftsmodell mit dem betreffenden Darlehensgeber vergleichbaren Unternehmen (z. B. Teilzahlungsbank), sondern auf alle Kreditinstitute erstreckt, die »dieselbe Nachfragerschicht mit

25 BGH, Urt. v. 11.01.1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, unter II.1.a., m. w. N.

26 BGH, Urt. v. 11.01.1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, unter II.1.a., m. w. N.

27 BGH, Urt. v. 11.01.1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, unter II.1.b.bb., m. w. N.

28 BGH, Urt. v. 19.02.1991 – XI ZR 319/89, NJW 1991, 1810, unter II.1.b.aa., m. w. N., zu einem grundpfandrechlich gesicherten Überbrückungskredit für einen landwirtschaftlichen Betrieb: In der Rechtsprechung des BGH sei anerkannt, »dass bei der Prüfung der objektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Kreditgeschäfts kein grundlegender Unterschied zwischen einem reinen Privatkredit und einem gewerblichen Kredit zu machen« sei; ebenso z. B. *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 138 Rn. 32a.

29 BGH, Urt. v. 19.02.1991 – XI ZR 319/89, NJW 1991, 1810, unter II.1.b.ee., m. w. N.

30 Z. B. *Reifner*, BKR 2009, 51, 52.

31 BGH, Urt. v. 12.03.1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153, unter II.3.a. und IV., der ausdrücklich das tatrichterliche Abstellen auf den früher (bis zum 30.06.2003) von der Deutschen Bundesbank ermittelten und in ihren Monatsberichten veröffentlichten »Schwerpunktzins« billigt.

demselben Gut« bedienen,³² d. h. auf den gesamten relevanten Angebotsmarkt »für Ratenkredite in vergleichbarer Höhe für vergleichbare Laufzeiten.«³³ Die Marktwidrigkeit als Grundlage der Sittenwidrigkeit wird damit nicht etwa »aus dem Prozess der Kreditvergabe«, sondern allein »aus dem sittenwidrigen Ergebnis« abgeleitet.³⁴

Der Gegenbeweis, dass ein überhöhter Zinssatz marktgerecht, also fair zustande gekommen ist, ist den Darlehensgebern verwehrt. Soweit darin wirklich »eine spezifische Sichtweise von [sozialer] Marktwirtschaft«, bei welcher »der verantwortbare Erfolg zum rechtlichen Maßstab einer Transaktion gemacht wird«,³⁵ also der Gedanke sozialer Verantwortung liegt (»Sozialwucher«³⁶), mag ein Festhalten der Rechtsprechung am bisherigen Maßstab des Durchschnittszinses für Verbraucherkredite konsequent sein. Für Kredite an Gewerbetreibende (hier: AGen), bei denen der Gedanke der *sozialen* Verantwortung ggü. dem Kreditnehmer in den Hintergrund tritt, wird man jedoch inzwischen bei der Angemessenheitsprüfung i. R. d. § 138 BGB den aus den neuen Eigenkapitalanforderungen entstehenden faktischen³⁷ und rechtlichen Zwang³⁸ für die Kreditinstitute, bei Kunden mit höherem Kreditrisiko entsprechend höhere Zinsen zu verlangen, i. S. d. Einheit der Rechtsordnung nicht einfach ignorieren können. Andernfalls hätten die Kreditinstitute keine andere Wahl, als solchen (gewerbetreibenden) Personen die Kreditgewährung zu versagen, bei denen die adäquate Risikoprämie über dem Doppelten des Marktzinses liegt. Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit wird sich daher – zumindest für gewerbliche Kredite – in Zukunft an einem individuellen risikosensitiven Vergleichszins orientieren müssen.³⁹

2. Wirksamkeit bonitätsbezogener Kreditzinsanpassungsklauseln

20-21

Der genaueste Weg, um die Kosten der aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalunterlegung von Kreditrisiken nach »Basel II« auf die Kreditnehmer umzulegen, besteht darin, den Darlehenszins nicht nur bei Vertragsschluss an das jeweilige Kreditrisiko des Darlehensnehmers anzupassen, sondern den Zinssatz auch während der Laufzeit des Vertrags etwaigen Verschlechterungen der Kreditwürdigkeit des Kunden anzupassen, soweit sie – z. B. in Form eines externen Ratings – messbar sind. Gestaltungsmöglichkeiten bonitätsbezogener Kreditzinsänderungsklauseln sind die automatische Anpassung in Abhängigkeit von externen Referenzparametern (Zinsgleitklauseln einschließlich Margengitterklauseln

32 BGH, Urt. v. 12.03.1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153, unter II.4.a.

33 BGH, Urt. v. 12.03.1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153, unter II.3.a.

34 So die Formulierung von *Reifner*, BKR 2009, 51, 57.

35 *Reifner*, BKR 2009, 51, 52, der diese Rechtsprechung durch das BVerfG (Beschl. v. 09.05.1984 – 1 BvR 1279/83, NJW 1984, 2345, zu BGH, Urt. v. 30.06.1983 – III ZR 114/82) zum Bestandteil des Sozialstaatsprinzips erhoben sieht, was allerdings nicht nachvollziehbar ist, denn das BVerfG prüft dort in inhaltlicher Hinsicht neben den Grundrechten der Art. 12 und 14 GG nur den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG).

36 So z. B. *Reifner*, BKR 2009, 51, 52, in Anlehnung an die entsprechende Terminologie zu den §§ 4 und 5 WiStG 1954; *ders.*, WM 2008, 2329, 2336, unter Berufung auf BGH, Urt. v. 29.06.2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841. Der BGH hat allerdings, soweit überschaubar, den Begriff »Sozialwucher« in diesem Zusammenhang nie verwendet.

37 Ähnlich auch *Reifner*, BKR 2009, 51, 57: »Mit dem Risiko adjustierten Preissystem« werde »aus der Pflicht zur adäquaten Unterlegung von Kreditrisiken mit Eigenkapital (»Basel II«) geradezu eine Verpflichtung der Banken, ärmeren Kundenschichten höhere Preise abzuverlangen« [Hervorhebung durch Verf.].

38 S. *BaFin*, Rundschreiben 10/2012 (BA) v. 14.12.2012, Abschnitt BTO 1.2 »Anforderungen an die Prozesse im Kreditgeschäft«, Punkt 7: »Zwischen der Einstufung im Risikoklassifizierungsverfahren und der Konditionengestaltung sollte ein sachlich nachvollziehbarer Zusammenhang bestehen«.

39 So ausdrücklich *Schulte-Mattler*, WM 2007, 1865, 1870, der ein solches Verfahren – sogar für Verbraucher-Ratenkredite – als »Königsweg« bezeichnet. Die Deutsche Bundesbank solle »auf Grundlage der ggü. der Bankenaufsicht erfolgenden Meldungen gemäß der neuen SolvV Zinsdaten erheben und veröffentlichen«, »die eine Klassifizierung der Sollzinsen nach Bonitäts- oder Ratingklassen jeweils für bestimmte Forderungsgruppen oder Geschäftsarten erlauben«.

seln⁴⁰) und ein einseitiges Anpassungsrecht des Kreditgebers nach § 315 BGB (Zinsanpassungsklauseln i. e. S.).⁴¹

- 21 21 Die Zulässigkeit solcher Klauseln, soweit sie sich unterhalb der Schwelle des § 490 Abs. 2 BGB und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)⁴² bewegen, ist noch im Einzelnen ungeklärt. In Bezug auf § 489 Abs. 2, Abs. 4 BGB sind solche Klauseln dann problematisch, wenn sie das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers ausschließen, denn vom Wortlaut her handelt es sich selbst bei ansonsten festem (marktunabhängigen) Zins wegen der bonitätsabhängigen Anpassung durchaus um Darlehensverträge mit »veränderlichem Zinssatz«.⁴³ Ferner steht die AGB-Inhaltskontrolle nach § 307 BGB im Raum. Als Minimalanforderung des Angemessenheitsgebots wird man wohl die symmetrische Ausgestaltung der Zinsanpassungsklausel dahin gehend verlangen müssen, dass Zinsveränderungen in beide Richtungen möglich sein müssen und der Kunde daher von einer verbesserten Kreditfähigkeit auch profitieren kann.

22-47 **3. Beendigung des Darlehens**

- 22 22 Darlehen können durch Zeitablauf oder durch (ordentliche und außerordentliche) Kündigung beendet werden. Entsprechend dem Konsensualvertragsansatz differenziert das Gesetz seit 2002 für die Kündigung nicht mehr danach, ob die Darlehensvaluta bereits ausbezahlt wurde oder nicht.⁴⁴

23-28 *a) Ordentliche Kündigung nach § 489 BGB*

- 23 23 Die ordentliche Kündigungsfrist für auf *unbestimmte* Zeit abgeschlossene Darlehensverträge⁴⁵ mit Verzinsungspflicht beträgt 3 Monate (§ 488 Abs. 3 Satz 2 BGB). Ausweislich der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist die 3-Monats-Frist »dispositiv«.⁴⁶ Dies gilt auch für die formularmäßige Vereinbarung der sofortigen Kündbarkeit unbefristeter Kredite nach dem Muster von § 19 Abs. 2 AGB-Banken,⁴⁷ sofern sie auf die Belange des Kunden angemessen Rücksicht nimmt.
- 24 24 Daneben ist bei auf *unbestimmte* oder *bestimmte* Zeit abgeschlossenen Darlehensverträgen gleichermaßen nach § 489 BGB unter besonderen, dem bisherigen § 609a BGB a. F. im Wesentlichen wörtlich entsprechenden⁴⁸ Voraussetzungen (Zinsänderung, Verbraucherdarlehen, Zehnjahresfrist) eine nunmehr in der amtlichen Paragrafenüberschrift ebenfalls als »ordentliche« bezeichnete Kündigung durch den Darlehensnehmer möglich. Darlehen mit gebundenem »Sollzinssatz« i. S. d. § 489 Abs. 5

40 Hierzu Mülberr, WM 2004, 1205, 1209.

41 Zu weiteren Gestaltungen (»Bedingungsklausel«, »Garantieklausel« und »Aufwendungsersatzklausel«) s. Langenbucher, in: Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd. 24, S. 63, 68 f.

42 Zu den Ausnahmefällen, in denen eine Zinsanpassung in »ganz außergewöhnlichen Fällen« unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt, s. Hey, ZBB 2004, 219, 223 f.

43 So jedenfalls Langenbucher, in: Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Bd. 24, 2005, S. 63, 79 f.; hierzu auch Mülberr, WM 2004, 1205, 1211 f.; Ohletz, BKR 2007, 129, 138 f.

44 Anders noch die Rechtslage nach § 610 BGB a. F. (Widerruf eines Darlehensversprechens): Nach h. M. war diese Vorschrift nur anwendbar, solange das Darlehen noch nicht valuiert war (Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl. 2002, § 610 Rn. 3). I. Ü. blieb der Darlehensgeber auf die allgemeinen schuldrechtlichen Rechtsbehelfe verwiesen. Nach Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gilt das neue Schuldrecht seit 01.01.2003 auch für Dauerschuldverhältnisse (einschließlich Darlehensverträgen), die vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes abgeschlossen wurden.

45 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 253, zu § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB: »ordentliche Kündigungsfrist für auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Darlehensverträge«.

46 BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

47 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 254, zu § 490 Abs. 3 BGB: »Ordentliche Kündigungsrechte, wie sie sich zum Beispiel aus Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken« ergäben, seien von den außerordentlichen Kündigungsrechten nach § 490 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht berührt.

48 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 253: »Inhaltliche Änderungen zum geltenden Recht ergeben sich nicht«.

BGB⁴⁹ kann der Darlehensnehmer nach § 489 Abs. 1 BGB, solche mit veränderlichem Zinssatz nach § 498 Abs. 2 BGB kündigen.

Dabei gilt für *variabel verzinst* Darlehen ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von 3 Monaten. Variable Verzinsung bedeutet hierbei, dass jederzeit (egal aus welchem Grund⁵⁰) eine Änderung des Zinssatzes eintreten kann. Bei der Vereinbarung von Zinsänderungsklauseln ist darauf zu achten, dass Voraussetzungen und Anlass der Zinsänderung klar vereinbart werden. Bei formularmäßig vereinbarten einseitigen Zinsänderungsklauseln muss nach der Rechtsprechung des BGH zur Vermeidung der Unwirksamkeit (§ 307 BGB) außerdem eine eindeutige Pflicht des Darlehensgebers zur Zinssenkung bei sinkenden Kosten des Darlehensgebers enthalten sein.⁵¹ 25 25

Verträge mit *festem Zinssatz* können ordentlich nach Ablauf der Zinsbindung mit einer Frist von einem Monat (§ 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und spätestens nach dem Ablauf von 10 Jahren (§ 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB), beginnend mit dem vollständigen Empfang des Darlehens oder mit einer nach diesem Zeitpunkt getroffenen Vereinbarung über den Rückzahlungszeitpunkt und den Sollzinssatz (z. B. Abschluss einer Prolongationsvereinbarung), gekündigt werden. Das ordentliche Kündigungsrecht ist bei Festzinsdarlehen also nur relevant, wenn die Zinsbindungsfrist kürzer als die Darlehenslaufzeit oder wenn die Zehnjahresfrist überschritten ist. Grds. kann nach Ablauf der Zinsbindung zu jedem Zeitpunkt bis zum Ende der Vertragslaufzeit gekündigt werden; anders ist es bei Roll-Over-Krediten mit Anpassungszeiträumen bis zu einem Jahr, wo die Kündigung nur jeweils zum Ende der betreffenden Zinsbindungsfrist möglich ist (§ 489 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2). 26 26

Übt der Darlehensnehmer sein ordentliches Kündigungsrecht aus, gilt für alle beschriebenen Fälle, dass er den geschuldeten Betrag binnen 2 Wochen zurückzahlen hat, ansonsten gilt die Kündigung als nicht erfolgt (Fiktion unterbliebener Kündigung, § 489 Abs. 3 BGB). 27 27

Da allgemeiner Zweck des ordentlichen Kündigungsrechts des Darlehensnehmers dessen Schutz im Rahmen eines Interessenausgleichs ist, kann es vertraglich nicht ausgeschlossen oder erschwert werden (§ 489 Abs. 4 Satz 1 BGB); die Ausnahmen nach § 489 Abs. 4 Satz 2 BGB sind für Darlehen an AGen nicht einschlägig. 28 28

b) Außerordentliche Kündigung nach § 490 BGB 29-41

§ 490 BGB regelt »außerordentliche Kündigungsrechte«, und zwar in Abs. 1 für den Darlehensgeber bei Vermögensverschlechterung und in Abs. 2 für den Darlehensnehmer speziell bei festverzinslichen Immobiliarkrediten, wenn er Bedarf nach anderweitiger Verwertung des Sicherungsobjekts hat oder andere »berechtigte Interessen« verfolgt. § 490 Abs. 3 stellt zusätzlich klar, dass eine Kündigung darüber hinaus nach den allgemeinen Vorschriften wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3 Satz 2 BGB) und aus (sonstigem) wichtigem Grund (§ 314 BGB) möglich ist. 29 29

aa) Kündigung des Darlehensgebers 30-37

Nach § 490 Abs. 1 BGB besitzt der Darlehensgeber ein Kündigungsrecht vor und nach Auszahlung des Darlehens bei vollendeten und drohenden Verschlechterungen der Vermögensverhältnisse (bzw. der Sicherheiten). Es handelt sich um eine gesetzliche Auslegungsregel (»im Zweifel«); die Regelung bringt somit lediglich den mutmaßlichen Parteiwillen zum Ausdruck und ist folglich abdingbar.⁵² Von dieser Möglichkeit wird aber gemäß Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken oder Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen regelmäßig kein Gebrauch gemacht. 30 30

⁴⁹ Der Begriff »Sollzinssatz« entstammt der Richtlinie 2008/48/EG »über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates« v. 23.04.2008 (ABIEU Nr. L 133/66 v. 22.05.2008) und ersetzt den im Gesetz bisher verwendeten Begriff »Zinssatz«.

⁵⁰ In der Praxis beliebt ist hier z. B. eine Kopplung an den Basiszinssatz (§ 247 BGB).

⁵¹ BGH, Urt. v. 21.04.2009 – XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051, 2053.

⁵² Z. B. Weidenkaff, in: Palandt, BGB, § 490 Rn. 1: Die Abdingbarkeit sei allenfalls durch § 242 BGB und bei Verwendung von AGB durch § 307 BGB ausgeschlossen.

- 31 31 Die Gefahr der Verschlechterung muss für den Rückzahlungszeitpunkt gelten und sich auf einen kompletten oder teilweisen Ausfall beziehen.⁵³ Unklar ist, wie konkret die drohende Verschlechterung sein muss und ob dafür allein objektive Kriterien oder auch subjektive Einschätzungen des Darlehensgebers herangezogen werden können.⁵⁴ Man wird sich diesbezüglich im Interesse der Systemgerechtigkeit an der Unsicherheitseinrede des § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB orientieren können. Demnach kann von einer drohenden Verschlechterung auch dann ausgegangen werden, wenn die Gefährdung zwar schon vor Vertragsschluss objektiv bestand, aber erst nach Vertragsschluss erkennbar geworden ist.⁵⁵
- 32 32 Schranken der außerordentlichen Kündigung ergeben sich aus den berechtigten Interessen des Kreditnehmers, auf die Rücksicht zu nehmen ist und die sich insb. aus entgegenstehenden Vereinbarungen und Zwecksetzungen (z. B. Existenzgründungs- oder Sanierungskredite) ergeben.⁵⁶ Diese Schranken der außerordentlichen Kündigung von Darlehen haben in der Vergangenheit in Zusammenhang mit der Abtretung und Verbriefung von Darlehensforderungen an professionelle Aufkäufer (insb. ausländische Finanzinvestoren – »Heuschrecken«) trotz § 404 BGB nicht immer funktioniert.⁵⁷ Solche Investoren fassen eine Vielzahl von Darlehensforderungen zu einem Portfolio zusammen und übertragen sie an eine Zweckgesellschaft (vgl. § 1 Abs. 26 KWG), die sich ihrerseits i. d. R. durch die Emission von Wertpapieren in Gestalt von ABS refinanziert. Dabei ist es offenbar immer wieder zu unberechtigten Zwangsvollstreckungen gekommen.⁵⁸
- 33 33 Der deutsche Gesetzgeber hat auf diesen (echten oder scheinbaren⁵⁹) Missstand inzwischen in Gestalt des Risikobegrenzungsgesetzes⁶⁰ mit einem Bündel von Maßnahmen reagiert. *Darlehensrechtliche* Änderungen brachte dieses Gesetz nur in Bezug auf Verbraucherkredite. Für AGen relevant sind aber Änderungen des bürgerlich-rechtlichen Grundschuldrechts, der ZPO und des HGB:
- 34 34 Gem. § 1192 Abs. 1a Halbs. 1 BGB i. d. F. des Risikobegrenzungsgesetzes⁶¹ können bei der Abtretung einer Grundschuld, die »zur Sicherung eines Anspruchs verschafft« wurde (»Sicherungsgrundschuld«), »Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch je-

53 Z. B. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 490 Rn. 3.

54 *Heermann*, 2003, S. 392.

55 A. A. z. B. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 490 Rn. 3, m. w. N.: Verschlechterung müsse »objektiv vorliegen«.

56 *Heermann*, 2003, S. 393. S. auch den Bericht des Finanzausschusses zum Risikobegrenzungsgesetz, BT-Drucks. 16/9821, S. 10, wo mit Blick auf die rechtspolitische Frage, ob das außerordentliche Kündigungsrecht des Darlehensgebers nach § 490 Abs. 1 BGB für Fälle auszuschließen sei, in denen der Darlehensnehmer die geschuldeten Zahlungen ordnungsgemäß erbringe, hervorgehoben wird, derzeit spreche alles dafür, »dass die differenzierten Regelungen [des § 490 BGB] zum Kündigungsrecht des Darlehensgebers wegen Vermögens- oder Sicherheitenverfall[s] angemessene Einzelfallregelungen« ermöglichen »und von der Rechtsprechung sachgerecht und verbraucherfreundlich angewandt« würden. Die Koalitionsfraktionen gingen daher davon aus, »dass die verbraucherfreundliche Rechtsprechung fortgesetzt« würde und »sähen deshalb derzeit keinen Korrekturbedarf«.

57 Dazu, dass der wirksamen Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen stehen, s. BGH, Urt. v. 27.07.2007 – XI ZR 195/05, ZIP 2007, 619 (Leitsatz 1), zur Abtretung der Forderung aus einem notleidenden Kredit; dazu auch der Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 11.07.2007 (1 BvR 1025/07, WM 2007, 1694).

58 S. *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 98, der darauf hinweist, dass bereits nach bisherigem Recht auch im Fall einer notariellen Vollstreckungsunterwerfungserklärung für vertragstreue Kreditnehmer angesichts des § 404 BGB keine reale Gefahr einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks drohte, weil Banken bei Veräußerung von Darlehen schon im eigenen Interesse dafür sorgten, dass der neue Gläubiger in den Sicherungsvertrag eintrete.

59 Kritisch angesichts der vielfältigen Schutzmöglichkeiten nach bisherigem Recht *Nobbe*, ZIP 2008, 97 – 106.

60 BGBl. I 2008, S. 1066.

61 Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) v. 12.08.2008, BGBl. I 2008, S. 1666.

dem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden«. Insoweit ist ein gutgläubiger einredefreier Erwerb gem. § 1157 Satz 2 BGB ausgeschlossen (§ 1192 Abs. 1a Halbs. 2 BGB). Diese Neuregelung gilt nach Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB für alle Grundschulden, die nach dem 19.08.2008 erworben wurden.

Der neue Satz 2 des § 1193 Abs. 2 BGB ergänzt diesen Eigentümerschutz dahin gehend, dass er den zwingenden Charakter des Kündigungserfordernisses und der sechsmonatigen Kündigungsfrist nach § 1193 Abs. 1 BGB anordnet. Diese Vorschrift gilt gem. Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB für alle Grundschulden, die nach dem 19.08.2008 bestellt wurden. 35 35

§ 799a ZPO i. V. m. § 37 EGZPO i. d. F. des Risikobegrenzungsgesetzes gewährt Eigentümern, in deren Grundstück aus einem sofort vollstreckbaren Grundpfandrecht oder einer sofort vollstreckbaren Forderung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) vollstreckt wird, einen eigenen Anspruch gegen den vollstreckenden (mit der in der Urkunde bezeichneten Person nicht identischen) Gläubiger auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entsteht, sofern die Vollstreckung aus der Urkunde nach dem 18.08.2008⁶² für unzulässig erklärt worden ist. 36 36

Schließlich ist es nunmehr durch die Ergänzung des § 354a HGB um den neuen Abs. 2 auch Kaufleuten möglich geworden, bei Bankdarlehen Abtretungsverbote und Abtretungseinschränkungen mit dinglicher Wirkung zu vereinbaren. Die Regelung gilt für alle Vereinbarungen, die nach 18.08.2008 geschlossen wurden (§ 64 EGHGB). 37 37

bb) Kündigung des Darlehensnehmers

38-41

Nach § 490 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB kann der Darlehensnehmer bei einem *grund- oder schiffspfandrechlich* gesicherten Darlehen unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten außerordentlich kündigen, »wenn seine berechtigten Interessen dies gebieten und seit dem vollständigen Empfang des Darlehens sechs Monate abgelaufen sind«. Ein solches Interesse liegt nach § 490 Abs. 2 Satz 2 BGB »insbesondere vor, wenn der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung der zur Sicherung beliebigen Sache hat«. Mit verschiedenen Modifikationen übernimmt und verallgemeinert diese Regelung eine entsprechende, auf das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützte und dafür im Schrifttum z. T. heftig kritisierte BGH-Rechtsprechung zum Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber auf Einwilligung in die Vertragsbeendigung gegen Zahlung einer angemessenen Vorfälligkeitsentschädigung.⁶³ 38 38

Die dem Darlehensgeber als Schadensersatz zu entrichtende Vorfälligkeitsentschädigung ist nicht identisch mit dem (abgezinsten) Wert der ausgefallenen Zinszahlungen (abzüglich ersparter Aufwendungen), weil der Kreditgeber die Möglichkeit hat, die vorzeitig zurückbezahlte Valuta wieder anzulegen. Die Entschädigung berechnet sich demgemäß als Differenz zwischen den Zinsen, die der Darlehensnehmer bei Abnahme des Darlehens tatsächlich gezahlt hätte, und den hypothetischen Einkünften aus der Wiederanlage unter Berücksichtigung ggf. erhöhter oder ersparter Verwaltungskosten. Als hypothetische Alternativanlage darf die Bank nach der Rechtsprechung wahlweise eine Neuausreichung des Darlehens (sog. Aktiv-Aktiv-Berechnungsmethode) oder eine laufzeitkongruente Wiederanlage in sog. sicheren Kapitalmarktstiteln (sog. Aktiv-Passiv-Vergleichsmethode) zugrunde legen.⁶⁴ 39 39

Der Vorteil, den der Kreditnehmer durch den Wegfall des Kreditrisikos erfährt, ist nach der Rechtsprechung bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung entsprechend § 287 ZPO zu schät- 40 40

⁶² Die zeitliche Anwendbarkeit der §§ 1192 Abs. 1a Halbs. 1 sowie 1193 Abs. 2 BGB beginnt somit einen Tag später als diejenige der flankierenden Regelung des § 799a ZPO. Ob dies vom Gesetzgeber wirklich so beabsichtigt war, darf man bezweifeln.

⁶³ Z. B. BGH, Urt. v. 01.07.1997 – XI ZR 197/96, NJW 1997, 2878, unter II.3.a.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 07.11.2000 – XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, unter II.2.a.aa., m. w. N.

zen und durch einen prozentualen Abschlag abzuziehen.⁶⁵ Gegen ein solches Vorgehen spricht jedenfalls bei einer Wiederanlage durch Neuausreichung des Darlehens schon, dass sie ebenfalls mit Kreditrisiken verbunden ist, die ggf. zu einem Risikoaufschlag auf die hypothetischen Zinseinkünfte führen und dann auf diesem Weg zulasten des Darlehensgebers in die Schadensberechnung einfließen. Dann sollte der Risikoaufschlag konsequenterweise aber auch beim gekündigten Darlehen, also zugunsten des Gläubigers, zu Buche schlagen.⁶⁶ Abgesehen davon begegnet die Berücksichtigung des (wegfallenden) Kreditrisikos aufseiten des ersatzpflichtigen Darlehensnehmers auch grundsätzlichen Bedenken. Schließlich mutet es doch merkwürdig an, dass sich ein (im Grunde wegen Erfüllungsverweigerung) ersatzpflichtiger Schuldner ggü. dem Gläubiger darauf beruft, dessen Schaden sei gar nicht so groß, weil er, der Schuldner, möglicherweise ohnehin nicht leistungsfähig gewesen wäre. Im allgemeinen Kontext der §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 2 BGB, als deren spezialgesetzliche Ausprägung man § 490 Abs. 2 Satz 3 BGB (»[...] Schaden zu ersetzen [...]«) betrachten kann, würde man jedenfalls einen solchen Einwand des Schuldners, der dem Zweck der vertraglichen Bindung und des sie flankierenden Sekundäranspruchs Hohn spricht, mindestens unter Hinweis auf Treu und Glauben zurückweisen.

- 41 41 Das Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 2 BGB ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Gesetzestext (vgl. § 489 Abs. 4 BGB) zumindest individualvertraglich *abdingbar*.⁶⁷ Für die AGB-Kontrolle (§ 307 BGB) ist zu berücksichtigen, dass § 490 Abs. 2 BGB zwar nicht nach seinem Wortlaut, wohl aber nach seiner Entstehungsgeschichte – der Rechtsprechung zum Anspruch des Darlehensnehmers gem. § 242 BGB auf Vertragsaufhebung gegen Vorfälligkeitsentschädigung – überwiegend für das Verbraucherdarlehen geschaffen wurde⁶⁸ und kein allgemeines Gerechtigkeitsgebot transportiert. Dieser Gedanke spricht dafür, den Ausschluss von § 490 Abs. 2 BGB unter Unternehmern zumindest dort für zulässig zu erachten, wo der Darlehensgeber ausnahmsweise trotz Vorfälligkeitsentschädigung berechnete Interessen an der Fortdauer des Vertrags nachweisen sollte.⁶⁹ Eine solche Klausel müsste aber wegen § 305c Abs. 2 BGB deutlich machen, dass sie das »im Kern zwingende« (Rdn. 53), nicht durch AGB einschränkbare Recht (des Darlehensnehmers) zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB nicht antastet.

42-47 c) *Außerordentliche Kündigung nach §§ 314, 313 i. V. m. 490 Abs. 3 BGB*

- 42 42 § 490 Abs. 3 BGB stellt klar, dass die Möglichkeit der Vertragsparteien, die Anpassung des Darlehensvertrags wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage zu verlangen (§ 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB) bzw. den Vertrag aus diesem Grund zu kündigen (§ 313 Abs. 3 Satz 3 BGB), sowie das allgemeine Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) durch die speziellen Regelungen des § 490 Abs. 1 und 2 nicht vollständig verdrängt werden. Eine Anwendung der §§ 313 ff. BGB auf den Darlehensvertrag bleibt möglich, soweit sie nicht an Sachverhalte anknüpft, die von den genannten darlehensrechtlichen Tatbeständen erfasst werden.⁷⁰

65 Z. B. BGH, Urt. v. 07.11.2000 – XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, unter II.2.a.aa. und b.cc.(1), m. w. N.; zuvor etwa schon BGH, Urt. v. 01.07.1997 – XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, unter II.4.b.

66 Für ein weiteres wirtschaftliches Argument gegen den Risikoabschlag, das von einem (gekündigten) Darlehen mit nicht individueller risikosensitiver Verzinsung und pauschalem Risikozuschlag (wohl nach dem Gesetz der großen Zahl) ausgeht, s. *Krepold*, BRK 2009, 28, 30 f.

67 Z. B. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 490 Rn. 1: »Abdingbarkeit nicht ausgeschlossen« (einheitlich für § 490 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Unklar *Berger* in: MünchKommBGB, § 490 Rn. 38: abdingbar »nur in sehr engen Grenzen«.

68 Ähnlich *Kündgen*, WM 2001, 1637, 1643 (»verbraucherschützender Rechtsbehelf«), unter Berufung auf »auslandsrechtliche Erfahrungen«.

69 Wohl strenger z. B. *Berger* in: MünchKommBGB, § 490 Rn. 38, m. w. N.: Die »formulärmäßige Abbedingung des Kündigungsrechts« verstoße »ebenso gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 [BGB] wie Klauseln, die die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung zu Lasten des Darlehensnehmers« modifizierten. Dies gelte auch für Darlehensverträge mit Unternehmern.

70 Begr. zum Fraktionsentwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 177: § 314

Für ein Vorgehen nach den Regeln zur *Störung der Geschäftsgrundlage* (§§ 313, 490 Abs. 3 BGB) dürfte somit i. d. R. nur geringer Raum sein, weil § 490 BGB bereits die praktisch wichtigsten Fallgruppen einer nachträglichen Änderung der Geschäftsgrundlage erfasst.⁷¹ Noch zum alten Schuldrecht hatte sich der BGH i. Ü. in Bezug auf den Wunsch des Darlehensnehmers nach vorzeitiger Darlehensablösung gegen den Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Geschäftsgrundlage⁷² ausgesprochen, und zwar mit der Begründung, die Verwendbarkeit des Darlehens falle »allein in den Risikobereich des Darlehensnehmers«.⁷³

Wichtige Gründe für eine *außerordentliche Kündigung* des Darlehens *aus wichtigem Grund* durch den *Darlehensgeber* können sich z. B. aus der Verletzung der Zins- oder Tilgungsverpflichtung ergeben (vgl. § 314 Abs. 2 BGB). Dem Vertragspartner (Darlehensnehmer) ist dabei vor der Kündigung die Gelegenheit zur Abhilfe in Gestalt einer (angemessenen⁷⁴) Frist zu geben (§ 314 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB), soweit die Fristsetzung nicht wegen der Besonderheiten des Einzelfalles entbehrlich ist (§§ 314 Abs. 2 Satz 2, 323 BGB). Auch die Weigerung des Kreditnehmers, nach Vertragsschluss dem Kreditgeber laufend seine wirtschaftlichen Verhältnisse offenzulegen, dürfte zur Kündigung berechtigen.⁷⁵ Hintergrund dieser Einschätzung ist § 18 KWG. Nach dieser Bestimmung sind deutsche Kreditinstitute aufsichtsrechtlich dazu verpflichtet, bei einem Kredit von mehr als 750.000,- € oder, wenn der Kredit mehr als 10 % des haftenden Eigenkapitals des Kreditinstituts beträgt, von ihren Kunden die – auch laufende (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 3 KWG) – Vorlage der zur Einschätzung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse erforderlichen Unterlagen zu erwirken. Bei Verweigerung der laufenden Offenlegung müssen sie notfalls den Kredit unter Berufung auf § 314 BGB kündigen.⁷⁶

Wesentliche Veränderungen der Verhältnisse aufseiten des Darlehensgebers z. B. in Gestalt einer Bankfusion können ihrerseits den *Darlehensnehmer* zur Kündigung berechtigen, wenn er triftige Gründe gegen eine Zusammenarbeit mit einer der fusionierten Banken hat.⁷⁷ Die Banken-AGB bzw. Sparkassen-AGB (jeweils Stand Oktober 2009) enthalten in § 19 Abs. 3 Satz 2 bzw. § 26 Abs. 2 Satz 3 u. a. beispielhaft weitere Gründe für eine außerordentliche »fristlose« (d. h. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist) Kündigung des Darlehensgebers. Dazu gehören unrichtige Angaben des Kunden über seine Vermögensverhältnisse (erster Spiegelstrich) sowie sein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten (dritter Spiegelstrich). In Darlehensverträgen nach internationalem Standard stellen darüber hinaus unrichtige Tatsachenerklärungen (»Zusicherungen«, »representations«) aller Art regelmäßig die andere Vertragsseite zur (außerordentlichen) Kündigung berechtigende Gründe (»Event of Default«) dar.

Weitere vertragliche Nebenpflichten, deren Verletzung zur außerordentlichen Kündigung berechtigen kann, ergeben sich in der Praxis, insb. bei langfristigen geschäftlichen Kreditverhältnissen, häufig aus sog. »*Covenants*«, einer Gestaltungsform aus dem angloamerikanischen Rechtsraum. Durch »Negative Covenants« verpflichtet sich der Darlehensnehmer, bestimmte Geschäfte überhaupt nicht

BGB stehe »in einem Konkurrenzverhältnis zu zahlreichen Vorschriften des BGB und anderer Gesetze, in denen die Kündigung aus wichtigem Grund bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen besonders geregelt« sei. Diese Einzelbestimmungen sollten »nicht aufgehoben oder geändert werden, sondern als *leges speciales* Vorrang vor § 314 RE haben«.

71 Vertiefend hierzu *Berger*, in: MünchKommBGB, § 490 Rn. 67–72, m. w. N.

72 A. A. z. B. *Lang*, <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2001-07-26-03.pdf>, S. 10 (zuletzt abgerufen am 5.3.2013): Das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei »zur Begründung eines Rückzahlungsanspruchs nicht der schlechteste Weg«.

73 BGH, Urt. v. 01.07.1997 – XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, unter II.1.; ähnlich BGH, Urt. v. 01.07.1997 – XI ZR 197/96, NJW 1997, 2878, unter II.3., vor a.

74 Begr. Fraktionsentwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 179; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 314 BGB Rn. 10.

75 Ebenso *Sonnenbol*, WM 2002, 1259, 1265, m. w. N.

76 BAKred, Rundschreiben 9/98 v. 07.07.1998 – I 3 – 237 – 2/94, S. 6.

77 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.06.2001 – 9 U 143/00, DB 2001, 1548.

oder nur im Einvernehmen mit dem Darlehensgeber durchzuführen.⁷⁸ In »Financial Covenants« können sich Darlehensnehmer z. B. verpflichten, dem Darlehensgeber bestimmte Kennzahlen (z. B. bzgl. Verschuldung, Liquidität oder Ertrag) zwecks Information regelmäßig mitzuteilen, und so einen Überblick über ihre wirtschaftliche Lage zu geben. Denkbar sind auch Eigenkapitalklauseln, Verschuldungsgradklauseln oder auch Liquiditätsklauseln, die finanzielle Grenzwerte festlegen.⁷⁹

- 47 47 Ggü. dem Rücktrittsrecht wegen Leistungsstörungen (§ 323 BGB) hat das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) erst ab dem Zeitpunkt Vorrang, wo das Dauerschuldverhältnis (hier: Darlehen) in Vollzug gesetzt ist. Verletzt also der Darlehensgeber seine Pflicht, die Darlehenssumme zur vorgesehenen Zeit in der vertraglich vorgesehenen Weise auszuführen, kann ihm der Darlehensnehmer eine angemessene Frist gem. § 323 Abs. 1 BGB setzen und nach erfolglosem Fristablauf vom Vertrag zurücktreten.

48-55 III. Kapitalmarktrechtliche Besonderheiten bei der Übernahmefinanzierung

- 48 48 Soweit eine AG (oder eine sonstige Person) ein Darlehen speziell zu dem Zweck aufnimmt, Anteile an einem börsennotierten Unternehmen zu übernehmen, stellt sich die Frage nach der Bedeutung des kapitalmarktrechtlichen § 13 WpÜG für die Ausgestaltung des Darlehensvertrags.
- 49 49 § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG verpflichtet den Bieter im Rahmen eines öffentlichen Angebots zum Erwerb von Wertpapieren (insb. eines Übernahmeangebots, § 29 WpÜG), das als Gegenleistung die Zahlung eines Geldbetrags vorsieht, »die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass ihm die zur vollständigen Erfüllung des Angebots notwendigen Mittel zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs auf die Gegenleistung zur Verfügung stehen«, und die schriftliche Bestätigung eines unabhängigen Wertpapierdienstleistungsunternehmens⁸⁰ zu beschaffen, dass der Bieter die »notwendigen Maßnahmen getroffen hat«, um diese Sicherstellungspflicht zu erfüllen. Nach § 13 Abs. 2 WpÜG haftet das bestätigende Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Veräußerern der Aktien, die das Angebot angenommen haben, für die Solvabilität des Bieters auf Schadensersatz, falls der Bieter entgegen der Bestätigung die »notwendigen Maßnahmen« doch nicht getroffen hat. Häufig wird das bestätigende Institut selbst in die Fremdfinanzierung des Erwerbs eingebunden sein, weil es als Darlehensgeber die Risiken der Finanzierung ohne umfangreichen zusätzlichen Aufwand oft am besten einschätzen und die Finanzierung bestätigen kann. Mit der Regelung hat der Gesetzgeber nicht nur für ein gewisses Maß an Transparenz auf dem Übernahmemarkt gesorgt, sondern hat mit Pflicht zum Treffen der »notwendigen Maßnahmen« zugleich materielle Mindestanforderungen für die Sicherstellung der Finanzierung geschaffen, allerdings ohne diese genauer zu benennen. Denn die dem Angebot beizufügende Bestätigung darf dem klaren Gesetzeswortlaut zufolge keine Einschränkungen, Qualifizierungen oder Vorbehalte enthalten.⁸¹
- 50 50 Für darlehensfinanzierte öffentliche Übernahmeangebote stellt sich also die Frage, welche Anforderungen sich für die Ausgestaltung des Darlehensvertrages ergeben, damit dieser die »notwendigen Maßnahmen« i. S. von § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG abdeckt. Nach einer in der Literatur verbreiteten allgemeinen und noch sehr ausfüllungsbedürftigen Formel zur Definition der »erforderlichen Maßnahmen« soll die Finanzierung dann sichergestellt sein, wenn bei objektiver ex-ante-Betrachtung »davon ausgegangen werden« könne, »dass die zum Zeitpunkt der Angebotsveröffentlichung getroffenen Finanzierungsmaßnahmen bei einem zu erwartenden Geschehensablauf unter sachgerechter

78 Näheres zu den gesellschaftsrechtlichen Grenzen solcher in die Geschäftsführung eingreifender schuldrechtlicher Abreden unten **Rdn. 90 ff.**

79 Hierzu auch *Heermann*, 2003, S. 394.

80 Wertpapierdienstleistungsunternehmen i. S. d. § 13 WpÜG sind solche nach § 2 Abs. 4 WpHG (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpÜG sowie BT-Drucks. 14/7034, S. 4; kritisch zur Beschränkung des Begriffs auf Institute der EWR-Staaten *Süßmann*, in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 13 **Rn. 25**). Dazu gehören auch solche Unternehmen, die gewerblich Gelddarlehen gewähren (Kreditinstitute i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG).

81 So auch *Süßmann*, in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 13 **Rn. 17**; *Steinhardt*, in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 13 **Rn. 7**: Die Bestätigung müsse »vorbehaltlos erteilt« werden.

Berücksichtigung der noch bestehenden Unsicherheiten zur Bereitstellung der erforderlichen Mittel bei Fälligkeit der Gegenleistung« führten.⁸² Im Fokus der übernahmerechtlichen Betrachtung sind dabei insb. die rechtlichen Möglichkeiten zur Kündigung des Darlehensvertrags, da die Sicherheit der Finanzierung hiervon entscheidend abhängt.

1. Recht zur ordentlichen Kündigung

51-52

Nach ganz überwiegender Meinung ist die Erfüllungsfähigkeit des Bieters jedenfalls dann nicht sichergestellt, wenn die Banken zur *ordentlichen* Kündigung des Kreditvertrages vor der vollständigen Abwicklung des Angebots berechtigt sind oder wenn ihnen eine Kreditlinie unter Widerrufsvorbehalt »bis auf weiteres« eingeräumt worden ist.⁸³

Eine vereinzelte Ansicht geht davon aus, dass sich die Problematik bei Barangeboten schon dadurch löse, dass die Bestätigung ohnehin nur ausgestellt werde, wenn der Bieter »kreditwürdig« sei und daher »die Mittel [...] durch die Bank zur Verfügung gestellt werden« könnten »oder aber bereits tatsächlich vorhanden« seien. Eine Kreditzusage der Bank sei rechtlich »kaum notwendig«.⁸⁴ Die Frage nach der Bedeutung eines ordentlichen Kündigungsrechts für die Erfüllungsfähigkeit stellt sich nach dieser Ansicht gar nicht erst. Ihr ist aber entgegen zu halten, dass sich die »Kreditwürdigkeit« des Bieters aus Sicht der Bank – gerade auch wegen des Bestehens von Kündigungsrechten – anders beurteilt als aus der Sicht der Wertpapierinhaber, die für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals »notwendige Maßnahmen« entscheidend ist. Hinzu kommt, dass nach dem Gesetzeswortlaut bereits vor der Veröffentlichung des Erwerbsangebots die notwendigen Maßnahmen zur Erfüllung des konkreten Übernahmeangebots »zu treffen« sind, sodass es nicht ausreicht, lediglich die Möglichkeit zum Ergreifen solcher Maßnahmen zu schaffen oder zu überprüfen. Mithin müssen Kreditverträge bereits bindend abgeschlossen sein und dürfen auch nicht unter Vorbehalt stehen oder ordentliche Kündigungsrechte für den Zeitraum vor der vollständigen Abwicklung des Angebots enthalten.

2. Recht zur außerordentlichen Kündigung

53-55

Problematischer ist die Frage, ob das *außerordentliche* Kündigungsrecht des Darlehensgebers die Erfüllungsfähigkeit des Bieters beeinträchtigt und daher auszuschließen ist, damit eine Bestätigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG erteilt werden darf. Als gesichert dürfte jedenfalls die Erkenntnis gelten, dass es grds. *möglich* ist, das außerordentliche Kündigungsrecht aufgrund wesentlicher Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit (§ 490 Abs. 1 BGB) individualvertraglich abzubedingen.⁸⁵ Zu § 314 BGB, der »in seinem Kern zwingendes Recht« ist und auch durch Individualvereinbarungen nur eingeschränkt, aber nicht völlig ausgeschlossen werden kann,⁸⁶ ist die Regelung des § 490 Abs. 1 BGB als *lex specialis* immer dann vorrangig, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen.

82 So z. B. *Krause*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 13 Rn. 34.

83 So z. B. *Krause* in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 13 Rn. 54; *Steinhardt*, in: Steinmeyer/Häger WpÜG, § 13 Rn. 5: Nicht ausreichend »sicher« wäre die Finanzierung, wenn »noch einseitige Lösungsrechte der Kapitalgeber« bestünden, »an die keine besonderen Voraussetzungen gebunden« seien; *Noack/Holzborn* in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, WpÜG § 13 Rn. 6: »Für die Fremdmittelaufnahme« habe »der Bieter die ggf. erforderlichen Kreditverträge ohne vorzeitige (ordentliche) Kündigungsmöglichkeit zu schließen, unverbindliche Vorverträge« reichten »nicht aus«.

84 So *Wackerbarth*, in: MünchKommAktG, § 13 WpÜG Rn. 10 f.

85 *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 490 Rn. 1, m. w. N.: »Abdingbarkeit« sei »nicht ausgeschlossen [...], allenfalls durch § 242 (Rechtsmissbrauch) und bei Verwendung von AGB durch § 307«; *Berger* in: MünchKommBGB, § 490 Rn. 22: Die Vorschrift des § 490 Abs. 1 sei dispositiv. Der Norm komme allerdings »Leitbildfunktion bei der AGB-rechtlichen Ausgestaltung des Kündigungsrechts« zu. A. A. allerdings wohl *Vogel*, in: Haarmann/Riehmer/Schuppen, WpÜG, § 13 Rn. 72–73: Er scheint in Anlehnung an den Meinungsstand zu § 314 BGB die Ansicht zu vertreten, die außerordentliche Kündigung eines Kredits könne aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht ausgeschlossen werden. S. auch oben Rdn. 30.

86 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucks. 16/6040, S. 176

Auf § 314 BGB kann also nur eine außerordentliche Kündigung gestützt werden, die »aus Gründen erfolgen soll, die von den speziellen gesetzlichen Tatbeständen nicht erfasst werden«.⁸⁷

- 54 54 Darauf aufbauend wurde in der Literatur vereinzelt gefordert, zu den »notwendigen Maßnahmen« im Rahmen eines darlehensfinanzierten Übernahmeangebots müsse neben einem Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Darlehensgebers auch eine Abbedingung des außerordentlichen Kündigungsrechts aus § 490 Abs. 1 BGB gehören.⁸⁸ Die vorherrschende Literaturmeinung hält hingegen einen Ausschluss des *ordentlichen* Kündigungsrechts (hierzu oben [Rdn. 51 f.](#)) für ausreichend und sieht die Anforderungen des § 13 Abs. 1 WpÜG auch bei bestehendem gesetzlichen außerordentlichen Kündigungsrecht aus § 490 Abs. 1 BGB als erfüllt an.⁸⁹
- 55 55 Diese Auslegung der Mindestanforderungen an die Finanzierung nach § 13 WpÜG ist nachvollziehbar. Es kann kaum i. S. d. Gesetzgebers gewesen sein, darlehensfinanzierte Erwerbsangebote gänzlich zu unterbinden. Würde man der finanzierenden Bank aber die Möglichkeit versagen, sich bei einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Bieters/Darlehensnehmers (oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit) von ihrer Darlehenszusage zu lösen, würde man nicht nur den darlehensrechtlichen Grundsatz des § 490 Abs. 1 BGB und die dahinter stehende Gerechtigkeitsidee (Unzumutbarkeit eines weiteren Festhaltens an der Darlehenszusage) aufgeben und die Bank im Ergebnis zwingen, die Akquisition bis zum Ablauf der Annahmefrist (§ 16 Abs. 1 WpÜG) mit einer Art Mezzanine-Kapital (s. u. C.III., [Rdn. 457 ff.](#) zum Finanzplankredit) zu finanzieren. Vielmehr würde man auch ohne Not vom allgemeinen Grundsatz abweichen, wonach jede Partei (hier: die Anleger) das Insolvenzrisiko des von ihr gewählten Vertragspartners (hier: des Bieters) zu tragen hat. § 13 Abs. 1 Satz 1 WpÜG schafft somit nicht etwa ein »Rundum-Sorglos-Paket« für den Anleger zulasten der Banken, sondern verlangt insofern nur, dass die Finanzierung aus

(m. w. N.): Der in § 314 niedergelegte Rechtsgrundsatz sei »in seinem Kern zwingendes Recht«; *Hohloch*, in: Erman, BGB, § 314 [Rn. 3](#); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 314 [Rn. 3](#).

87 *Berger*, in: MünchKommBGB, § 490 [Rn. 47](#). Hierzu bereits oben [Rdn. 42 ff.](#)

88 So *Steinhardt*, in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 13 [Rn. 5](#) (vgl. bereits oben Fn. 83), der zwar vom »ordentlichen Kündigungsrecht« spricht, aber das außerordentliche Kündigungsrecht des § 490 BGB meint: Nicht ausreichend »sicher« sei die Finanzierung, wenn »noch einseitige Lösungsrechte der Kapitalgeber« bestünden, »an die keine besonderen Voraussetzungen gebunden« seien. Entsprechendes gelte »für das ordentliche Kündigungsrecht des Darlehensgebers bei Vermögensverfall des Bieters gemäß § 490 BGB« [sic], das deshalb im Darlehensvertrag abbedungen werden müsse und auch nicht durch ähnliche (Material-Adverse-Change-) Klauseln ersetzt werden dürfe. Wohl ähnlich fordert *Möllers* (in: KK-WpÜG, § 13 [Rn. 56](#) (m. einem w. N.): Darlehensverträge müssten »schon bindend abgeschlossen sein«. »Die Auszahlung des Darlehens« dürfe »nicht von anderen Bedingungen abhängen als denjenigen, von denen das Übernahmeangebot selbst« abhängen. Vgl. auch die inzwischen aufgegebene Auffassung von *Süßmann*, in: Geibel/Süßmann, Vorauflage (1. Aufl. 2002), § 13 WpÜG [Rn. 17](#): Da er die Unkündbarkeit des Darlehens zu den »notwendigen Maßnahmen« zählte und gleichzeitig das Recht zur außerordentlichen Kündigung für nicht abdingbar hielt, gelangte er zu der Schlussfolgerung, für ein darlehensfinanziertes Übernahmeangebot könne keine »Bestätigung« ausgestellt werden.

89 *S. Noack/Holzborn*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, WpÜG § 13 [Rn. 6](#): »Die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit« schade »nicht, wenn der Eintritt einer solchen nicht vorhersehbar« sei; *Krause* in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 1. Aufl. 2005, § 13 [Rn. 54](#): Man werde wohl kaum fordern können, dass die Banken auf das Kündigungsrecht wegen der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bieters vollständig verzichten müssten, damit die Fremdfinanzierung den Anforderungen des § 13 genüge. »Die Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts für den Fall des Eintritts eines Insolvenzgrundes (§§ 17 ff. InsO) beim Bieter oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen« entspreche »langjähriger Bankpraxis«; ähnlich *Singhoff/Weber*, WM 2002, 1158, 1164, unter Hinweis auf Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken n. F.; *Vogel*, in: Haarmann/Riehmer/Schüppen, WpÜG, § 13 [Rn. 72 f.](#); jetzt auch *Süßmann*, in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 13 WpÜG [Rn. 18](#): Es reiche aus und sei übliche Praxis, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen dem Bieter ein Darlehen gewähre, und daraufhin die Finanzierungsbestätigung ausstelle. Der *Autor* empfiehlt aber (a. a. O.), die Anforderungen, wann ein »material adverse change« vorliege und deshalb der Darlehensvertrag gekündigt werden könne, sollten »tunlichst an die nach § 18 zulässigen Bedingungen des Angebots angepasst werden, also objektivierbar sein«.

der Ex-ante-Sicht des Bieters sichergestellt ist. Gleiches gilt für das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, regelmäßig das finanzierende Institut selbst, das nach § 13 Abs. 1 Satz 2 die Sicherstellung der Finanzierung zu bestätigen hat und nach § 13 Abs. 2 WpÜG für eine falsche Bestätigung haftet, sofern es nicht nachweist, dass es die Unrichtigkeit nicht kannte und ihm diesbezüglich keine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann (§ 13 Abs. 3 i. V. m. § 12 Abs. 2 WpÜG). Eine nachträgliche, nicht ohne Weiteres absehbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Bieters und eine darauf folgende außerordentliche Kündigung des Darlehens seitens der Bank lassen eine zuvor erteilte »Bestätigung« nach § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG somit nicht unrichtig werden.

IV. Aktienrechtliche Grundlagen

56-158

1. Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Darlehensfinanzierung

56-73

a) Vorstandsermessen

56-59

Grds. muss (und darf) der Vorstand die Gesellschaft »unter eigener Verantwortung« leiten (§ 76 Abs. 1 AktG). Zur Leitung gehört die Planung der Finanzierung der AG (hierzu bereits **Kap. 2 Rdn. 87 – 89**), deren betriebswirtschaftliches Hilfsmittel der sog. Finanzplan ist (zu einem anderen, juristischen Begriff des Finanzplans s. u. **Rdn. 457**). Bei der Verwirklichung des satzungsmäßigen Gesellschaftszwecks, i. d. R. gerichtet auf Gewinnmaximierung und (dauerhafte) Rentabilität (vgl. § 90 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 AktG) des betriebenen Unternehmens,⁹⁰ steht ihm ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, der seit der Aktienrechtsreform durch das UMAG im Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung erfahren hat und im Einzelfall einer Konkretisierung – insb. durch betriebswirtschaftliche Standards⁹¹ – bedarf (s. zum unternehmerischen Handlungsspielraum auch schon ausführlich oben **Kap. 2 Rdn. 201 ff.**). Auch die Frage, in welchem Umfang sich eine AG zur Finanzierung ihrer Tätigkeit verschuldet (Kapitalstruktur), steht grds. – ggf. in den Grenzen eines Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG (unten **Rdn. 74 ff.**) – im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstands.⁹²

56 56

Eine Ausnahme gilt für die REIT-AG. Nach § 15 (»Mindesteigenkapital«) des Gesetzes »über deutsche Immobilien-AGen mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz – REITG)« darf das am Ende eines Geschäftsjahres im Einzel- bzw. Konzernabschluss ausgewiesene Eigenkapital »45 Prozent des Betrages, mit dem das unbewegliche Vermögen im Einzel- bzw. Konzernabschluss [...] angesetzt ist, nicht unterschreiten«. Überschreitet die REIT-AG diese Grenze der Fremdfinanzierung »in drei aufeinanderfolgenden Wirtschaftsjahren«, endet die Steuerbefreiung mit Ablauf des dritten Wirtschaftsjahres (§ 18 Abs. 4 REITG).

57 57

Nur der Vollständigkeit halber wird ferner auf die Beschränkungen verwiesen, denen nach § 69 InvG Kapitalanlagegesellschaften mit Immobilien-Sondervermögen unterliegen, wenn sie einer Immobilien-Gesellschaft i. S. d. § 68 Abs. 1 Satz 2 InvG für Rechnung des Sondervermögens selbst oder durch Dritte Darlehen gewähren wollen.

58 58

Sollte die Darlehensaufnahme nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG unter einem Zustimmungsvorbehalt stehen und der Aufsichtsrat dem Geschäft zustimmen, befreit dies den Vorstand insoweit nicht von seiner Sorgfaltspflicht; nach § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG wird die Haftung des Vorstands nämlich nicht dadurch ausgeschlossen, »dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat«. Dies gilt für Fälle, in denen das Gesetz selbst eine Mitwirkung des Aufsichtsrates verlangt, ebenso wie in Fällen, in de-

59 59

90 S. z. B. auch *Hüffer*, AktG, § 76 **Rn. 13**: »Pflicht des Vorstands für Bestand des Unternehmens und damit für dauerhafte Rentabilität zu sorgen«; ähnlich *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 76 **Rn. 73–75**: »dauerhafte Rentabilität« und »Gewinnmaximierung«.

91 Zur Rolle etwaiger betriebswirtschaftlicher »Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung« als »Sachverständigenaussage«, die der Richter nicht als Sollenssätze, sondern nur in Bezug auf die in ihnen zum Ausdruck kommende »betriebswirtschaftliche Erkenntnisgrundlage« übernehmen darf, s. eingehend *Hommelhoff/Schwab*, M., zfbf-Sonderheft 36, 1996, S. 149, 171 ff.

92 Z. B. *Frey/Harbarth*, ZIP 2007, 1177 (1177); *K. Schmidt*, GesR, § 29 I, S. 877.

nen durch die Satzung oder den Aufsichtsrat selbst ein Zustimmungserfordernis nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG konstituiert wurde.⁹³ Die Zustimmung des Aufsichtsrats ändert nämlich nichts daran, dass der Vorstand nicht den Weisungen des Aufsichtsrats unterliegt und es ihm trotz Zustimmung frei stünde, die betreffende Maßnahme nicht vorzunehmen.⁹⁴

60-65 b) Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung?

- 60 60 Das Vorstandermessen bei der Darlehensfinanzierung muss jedenfalls dort *enden*, wo gegen allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Standards zur Unternehmensfinanzierung und insb. zum richtigen Verhältnis von Fremd- und Eigenkapital verstoßen wird (zur Rolle betriebswirtschaftlicher Standards s. bereits oben **Kap. 2 Rdn. 247–251**).
- 61 61 Problematisch ist aber die Existenz und Bedeutung solcher Standards (»Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung«).⁹⁵ Gerade das richtige Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital lässt sich durch Regeln der Betriebswirtschaftslehre nicht konkret ermitteln, sondern vielmehr nur in Tendenzen umreißen. Die konkrete Finanzierungsentscheidung des Vorstandes ist letztlich das Ergebnis eines Entscheidungsprozesses, bei dem neben Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre vor allem die praktische Erfahrung und das unternehmerische Gespür der einzelnen Vorstandsmitglieder eine entscheidende Rolle spielen. Grds. gilt, dass die Gesellschaft umso solider finanziert ist, je höher die Eigenkapitalquote liegt. Das liegt zum einen daran, dass aufgrund der vorhandenen größeren Haftsubstanz die Gefahr einer überschuldungsbedingten Insolvenz sinkt, zum anderen daran, dass ein hoher Eigenkapitalanteil die Aufnahme von Fremdkapital erleichtert und so auch die Gefahr der Illiquidität senkt. Außerdem stehen eigene Mittel der Gesellschaft i. d. R. langfristig zur Verfügung und »garantieren damit eine hohe Dispositionsfreiheit«.⁹⁶
- 62 62 Vor diesem Hintergrund entstanden in der Finanzwirtschaftslehre im Anschluss an eine Bilanzstrukturdiskussion in den sechziger Jahren *Bilanzstrukturregeln* oder auch *Finanzierungsgrundsätze*, die »horizontal eine Kongruenz der Fristigkeit der Kapitalüberlassung mit der Bindungsdauer der Vermögensteile und vertikal eine Entsprechung des Beteiligungskapitals mit dem Gläubigerkapital«⁹⁷ verlangten. Teilweise wurde sogar eine vollständige Finanzierung des Anlagevermögens mit Eigenkapital gefordert, was jedoch zu pauschal erscheint.⁹⁸
- 63 63 Primärer Zweck dieser Finanzierungsregeln war die Liquiditätssicherung. Mittlerweile hat sich jedoch gezeigt, dass eine Einhaltung obiger Grundsätze unter Liquiditätsaspekten im Normalfall nicht nötig und im Krisenfall nicht hinreichend ist. So erweisen sich z. B. gerade in der Krise Güter des Umlaufvermögens als unverkäuflich, auch wenn sie nur kurzfristig gebunden sind, während einzelne Teile des Anlagevermögens durchaus kurzfristig für Liquidität sorgen können. Zudem vernachlässigen die Bilanzstrukturregeln das Interesse der Aktionäre an einer möglichst hohen Eigenkapitalrentabilität und das den Vorstand bindende Interesse der Gesellschaft an einem möglichst hohen Unternehmensgewinn. Zur Steigerung der Eigenkapitalrentabilität ist es für ein Unternehmen sinnvoll, zusätzlich zum Eigenkapital ein möglichst hohes Fremdkapitalvolumen einzusetzen, solange das Fremdkapital weniger kostet, als es an Ertrag bringt. Liegt die Ertragskraft des Gesamtvermögens

93 *Hopt*, in: GK-AktG, Bd. 3, § 93 **Rn. 346 f.** (Stand: 1.1.1999).

94 *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 93 **Rn. 217**: Die Entscheidung über die Vornahme der Maßnahme bleibe beim Vorstand.

95 Die Existenz verneinend *Parmentier*, oben **Kap. 1 Rdn. 71**: »keine hinreichend eindeutigen betriebswirtschaftlichen Grundsätze, die nach Gegenstand und Umfang eines Unternehmens Maßstäbe für dessen Ausstattung mit Eigenkapital abgeben könnten«; andeutungsweise auch *Luttermann*, BB 2001, 2433, 2435: »Allgemein gedachte »Grundsätze ordnungsmäßiger Finanzierung« seien schon im Ansatz »juristisch nur recht begrenzt stichhaltig«.

96 *Kütting/Kessler*, DStR 1992, 1029.

97 *Jokisch/Mayer*, 2002, S. 39 [Hervorhebungen im Original].

98 So *Kütting/Kaiser*, DStR 1992, 1180, 1181, die vorschlagen, diese Forderung »branchen- bzw. unternehmensspezifisch« zu modifizieren.

über dem Zinssatz des aufgenommenen Fremdkapitals, wird der Gewinn maximiert, die Wettbewerbslage verbessert und letztlich die Liquidität gesichert. Steigen die Fremdkapitalkosten an oder sinkt die Ertragskraft des Gesamtvermögens, sodass die Kosten des eingesetzten Fremdkapitals seinen Ertrag übersteigen, verkehrt sich der Effekt allerdings in sein Gegenteil. Bei einem hohen Verschuldungsgrad greifen nicht abbaubare Fremdkapitalkosten das Eigenkapital schneller an bzw. zehren es ggf. sogar schneller auf als bei einer hohen Eigenkapitalquote, sodass das Insolvenzrisiko steigt.⁹⁹

Eine hohe Fremdkapitalquote fungiert folglich als Hebel (finanzwirtschaftlicher sog. »Leverage-Effekt«¹⁰⁰) und erhöht die den unternehmerischen Vorstandsentscheidungen innewohnenden Chancen und Risiken. Somit sieht sich der Vorstand in einem Spannungsfeld zwischen einer eigenkapitaleffizienten, gewinnorientierten und einer primär sicherheitsorientierten Geschäftsführung mit tendenziell hoher Eigenkapitalquote, die sich aber bremsend auf den Unternehmensgewinn auswirkt und nicht zuletzt Wettbewerbsnachteile mit sich bringt. Eine optimale Quote lässt sich hier aufgrund ständig wechselnder Marktbedingungen nicht festmachen. Letztlich steht diese Entscheidung im Ermessen des Vorstands. 64 64

Zur Bestimmung der Grenzen des Vorstandsermessens i. R. d. Darlehensfinanzierung der AG ist das Augenmerk stattdessen auf den *Vorgang der Entscheidungsfindung*, gewissermaßen auf das korrekte »Verfahren«, nicht aber auf das Entscheidungsergebnis zu legen.¹⁰¹ Wie in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG beschrieben muss das Vorstandsmitglied annehmen dürfen, »auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln«. Nach den Gesetzesmaterialien muss der Vorstand hierbei die angemessene Informationsdichte »unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe«¹⁰² festlegen. So spielen betriebswirtschaftliche Erkenntnisse also bei der Informations*beschaffung* eine entscheidende Rolle, wobei der Vorstand zum Nachweis der Einhaltung dieser Anforderungen ein ausreichend hohes Maß an Transparenz (Dokumentation) gewährleisten sollte. Bei der inhaltlichen *Bewertung* der Informationen und der anschließenden Finanzierungsentscheidung können sie aber wie gesehen i. d. R. keine so klaren und eindeutigen Anhaltspunkte bieten, dass dadurch das Vorstandsermessen auf Null reduziert würde.¹⁰³ 65 65

c) Risikovorsorge und Darlehensfinanzierung 66-73

Neben der Frage des »Ob« der Darlehensfinanzierung stellt sich für den Vorstand die weitere, damit verbundene Frage nach der Art des Darlehens und in diesem Zusammenhang auch nach Tragbarkeit des Risikos eines unsicheren Leistungsaufwands aus dem Darlehensvertrag und der Absicherung gegen ein solches Risiko, jedenfalls soweit sie nicht in erkennbarer Weise durch gegenläufige Risiken aus sonstigen Positionen der Gesellschaft (z. B. Ansprüche auf in entsprechender Weise variable Zahlungen) kompensiert werden (ganzheitliche Portfoliobetrachtung). 66 66

aa) Risiken der AG als Darlehensnehmerin 67

Zinsänderungsrisiken ergeben sich bei Darlehen mit *variablem* Zinssatz bei einer Erhöhung des Referenzzinssatzes am Kapitalmarkt oder bei Anpassung der Zinsen aufgrund eines schlechteren Ratings (Konditionenverschlechterung). Diese Risiken bestehen trotz Kündigungsrecht nach § 489 Abs. 2 BGB, denn nach § 489 Abs. 3 BGB muss geschuldeter Betrag binnen 2 Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung zurückgezahlt werden. Zinsänderungsrisiken sind aber auch bei Darle-

99 Näher zu Bilanzstrukturregeln *Jokisch/Mayer*, S. 40.

100 Hierzu z. B. auch *Küting/Kessler*, DSzR 1992, 1029, 1030.

101 Die Vorgehensweise ist insoweit durchaus vergleichbar mit den verwaltungsrechtlichen Instrumenten der Ermessenskontrolle. Von einem Ermessensfehler geht man demnach u. a. in den Fällen der sog. Ermessensunterschreitung (Ermessensnichtgebrauch; unzureichender Ermessensgebrauch) und des sog. Ermessensfehlgebrauchs (Ermessensmissbrauchs) aus.

102 Begr RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12; hierzu auch schon *Parmentier*, Kap. 2 Rdn. 250.

103 S. hierzu *Parmentier*, oben Kap. 2 Rdn. 250.

hen mit *festem* Zinssatz denkbar. Der Anstieg der Kapitalmarktzinsen führt tendenziell zu einem sinkenden (negativen) Marktwert (der Kreditverpflichtung) und damit bei Fair-Value-Bewertung zu einer positiven Wirkung für das Eigenkapital;¹⁰⁴ umgekehrt bewirkt aber ein Absinken des allgemeinen Zinsniveaus eine vergleichsweise höhere Veranschlagung der Zinsbelastung, selbst wenn sich daraus keine Auswirkungen auf den Ertrag und Cash Flow des Unternehmens ergeben. Speziell für deutsche Schuldner von Zahlungspflichten aus Fremdwährungsdarlehen (oder sonstigen Geschäfte) kommt das Risiko einer Verteuerung der Devisen im Vergleich zum Euro hinzu (*Währungsrisiken*). Das *unternehmerische Risiko*, das aus der Hebelwirkung jedes Darlehens resultiert (s. o. **Rdn. 64**), geht bereits vollständig in die Finanzierungsentscheidung als solche und ihre rechtliche Beurteilung ein. Diesbezüglich kann auf die obigen (**Rdn. 56 ff.** und **60 ff.**) Ausführungen verwiesen werden.

68-73 *bb) Rechtsrahmen der Risikovorsorge*

- 68 **68** Die Entscheidung über die Absicherung der AG gegen Zins- und Währungsrisiken unterliegt grds. ebenso dem unternehmerischen Ermessen des Vorstands (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG) wie die Entscheidung über die Kapitalstruktur (oben **Rdn. 56**). In Bezug auf den Vorgang der Entscheidungsfindung gibt es allerdings seit Inkrafttreten des KonTraG im Jahr 1998 *spezielle* Vorgaben für den Vorstand einer AG in Bezug auf die Risikoüberwachung (§ 91 Abs. 2 AktG) und die Risiko- und Risikomanagementinformation ggü. dem Aufsichtsrat (§ 90 Abs. 1 AktG) sowie ggü. der Allgemeinheit (§ 289 Abs. 2 Nr. 2, V, § 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB), wobei die zuletzt genannte Vorschrift durch das BilReG 2005 und zuletzt aufgrund europarechtlicher Vorgaben¹⁰⁵ durch das BilMoG 2009 noch konkretisiert und erweitert wurde. Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i. S. d. § 264d HGB haben nunmehr im Lagebericht »die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben«. Auch die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats in Bezug auf das Risikomanagement des Vorstands wurden durch das BilMoG europarechtlich bedingt¹⁰⁶ konkretisiert und verschärft. Rechnungslegungsbezogen bestimmt jetzt § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass bei den Verhandlungen des Aufsichtsrats über die Prüfung des Jahresabschlusses und Lageberichts der Abschlussprüfer »über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung, insbesondere wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess, zu berichten« hat; darüber ermächtigt § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG den Aufsichtsrat nun ausdrücklich zur Bestellung eines Prüfungsausschusses, der sich u. a. mit der »Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems« befasst.
- 69 **69** Mit den genannten Änderungen durch das BilMoG hat der Begriff »Risikomanagementsystem« nun ausdrücklich, wenn auch nur indirekt, Eingang in das AktG gefunden, nachdem er seit 2005 in Gestalt der »Risikomanagementziele und -methoden« als Gegenstand des (Konzern-) Lageberichts (§ 289 Abs. Nr. 2, § 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB) schon im HGB enthalten war. Die Einrichtung eines Risikomanagementsystems wird dem Vorstand zwar nach wie vor nicht explizit aufgetragen, immerhin geht der Gesetzgeber aber in den genannten Vorschriften des AktG und des HGB, besonders deutlich nun für kapitalmarktorientierte Gesellschaften, davon aus, dass solche Systeme bestehen.

104 Zu Zinsänderungsrisiken s. *Gleißner*, 2008, S. 88 f. Die Veränderung des Marktwertes einer Verbindlichkeit (in Prozent des Ausgangswertes) lasse sich abschätzen als Produkt von Zinsänderungen in Prozent, Wert der Verbindlichkeit und Duration als mittlerer Zinsbindungsdauer (a. a. O., S. 89, Fn. 132).

105 Sog. Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG v. 17.05.2006 »über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates«, ABIEU Nr. L 157/87 v. 09.06.2006.

106 Sog. Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG v. 14.06.2006 »zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss, 86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen«, ABIEU Nr. L 224/1 v. 16.08.2006.

Die bereits seit 1998 bestehende Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG, die den Vorstand dazu verpflichtet dafür zu sorgen, dass »den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden«, und namentlich »ein Überwachungssystem einzurichten«, betrifft nur den Teilaspekt der Risikoüberwachung und nur die Bestandssicherung,¹⁰⁷ nicht aber die Gesamtheit des Risikomanagements.¹⁰⁸ 70 70

Ungeachtet der dargestellten gesetzgeberischen Verfeinerungen lässt sich und ließ sich ein umfassendes Gebot zum Ergreifen geeigneter organisatorischer Maßnahmen zum Aufspüren und Vermeiden vorhersehbarer Risiken nicht nur für den Bestand, sondern den Erfolg des Unternehmens aber schon immer auf den *allgemeinen* Verhaltensmaßstab der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) stützen. Bei größeren AGen ergibt sich daraus fast zwangsläufig die Notwendigkeit eines systematischen Vorgehens, das man als Risikomanagementsystem bezeichnen könnte. 71 71

Insoweit wird man verlangen müssen, dass sich der Vorstand einer AG der Zins- und Währungsrisiken – auch aus Darlehensverträgen oder aus sonstigen Quellen – bewusst ist und »auf der Grundlage angemessener Information« (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) darüber entscheidet, ob es besser ist, die Risiken in Kauf zu nehmen oder abzusichern. Anhaltspunkte zur Konkretisierung dessen, was man von einem Vorstand in dieser Hinsicht verlangen kann, bilden die (unverbindlichen) Empfehlungen der verschiedenen existierenden Risikomanagementnormen, z. B. die Standards der ONR 49000:2010-Reihe des Österreichischen Normungsinstituts auf der Basis von ISO 31000. 72 72

Zu einer pflichtgemäßen Entscheidung gehört nach dem heutigen finanzwirtschaftlichen Stand der Technik sicherlich auch die Überlegung, ob der Einsatz von Termingeschäften zur Risikoabsicherung einzelner Positionen oder des gesamten Portfolios in Betracht kommt.¹⁰⁹ Zukünftige variable Zinsverpflichtungen lassen sich bspw. durch einen Zinsswap, z. B. mit einem Finanzinstitut, in feste Zinsverpflichtungen, zukünftige Leistungspflichten aus Fremdwährungsdarlehen mittels eines Währungsswaps tauschen.¹¹⁰ 73 73

2. Darlehensvergabe unter Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG

74-89

a) Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates

74-76

Die Darlehensaufnahme kann bei der AG innergesellschaftlich einem Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates unterliegen. Nach § 111 Abs. 4 AktG i. d. F. des TransPuG muss die Satzung oder der Aufsichtsrat einen Katalog mit Geschäften der AG bestimmen, die nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates abgeschlossen werden dürfen. Bei fehlender Satzungsbestimmung muss der Aufsichtsrat solche Geschäfte bestimmen. Diese Pflicht, die vor dem Inkrafttreten des TransPuG lediglich als Recht ausgestaltet war,¹¹¹ dient der Erleichterung der präventiven Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates, im Rahmen derer er die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands »begleitend mitgestaltet«. ¹¹² Der Aufsichtsrat entscheidet bei der Festsetzung des Katalogs zustimmungspflichtiger 74 74

107 S. z. B. *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 91 Rn. 22: Damit könnten »nur solche Risiken gemeint sein, die ein Insolvenzrisiko erheblich« steigerten oder hervorruften, »nicht aber bereits Vorgänge, die unterhalb dieser Schwelle« lägen.

108 Hierzu z. B. *Huth*, S. 62: Herkömmlich leiteten »die Vertreter eines umfassenden Risikomanagements aus dem Gesetzestext und der Gesetzesbegründung zu § 91 Abs. 2 AktG ab, dass sich das zu errichtende System aus einem internen Überwachungssystem, dem Controlling und einem Frühwarnsystem zusammen zu setzen habe«; MünchKommAktG/*Spindler*, § 91 Rn. 28: »In der Regel dürfte zu einem angemessenen Überwachungssystem die Interne Revision sowie eine Controlling-Abteilung gehören«; grundlegend *IDW*, PS 340, WPg 1999, 658 ff.

109 Zur Organisation des unternehmerischen Derivateeinsatzes s. umfassend v. *Randow*, ZGR 1996, 594, 623 ff.

110 Zur Funktionsweise von Swaps s. z. B. *Reiner*, 2002, S. 32 ff.

111 Näheres hierzu bei *Dietrich*, DStR 2003, 1577, 1578.

112 BGH, Urt. v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, »ARAG/Garmenbeck«, BGHZ 135, 244, 254 f.; s. auch *Hüffer*,

Geschäfte nach eigenem Ermessen (zur Haftung unten [Rdn. 87](#)). Da Zustimmungsvorbehalte den Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) einschränken und das Geschäftsführungsverbot des § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG relativieren, müssen sie sich auf bestimmte für die Gesellschaft bedeutsame Geschäfte beschränken.¹¹³ Dies ergibt sich schon aus Praktikabilitätsabwägungen, da ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates zu routinemäßigen Geschäften die Gesellschaft zur Handlungsunfähigkeit verurteilen würde.

- 75 **75** Ab wann eine Kreditaufnahme bedeutsam genug ist und damit Kataloggegenstand eines Zustimmungsvorbehalts sein kann, ist eine Frage des Einzelfalls.¹¹⁴ Ausschlaggebend ist vor allem der Umfang der Fremdfinanzierung, wobei es auch möglich und üblich ist, nicht (nur) auf das einzelne Darlehen, sondern auch auf die Summe aller bisher aufgenommenen Darlehen abzustellen.¹¹⁵ Aufgrund der Unstetigkeit der Risikofaktoren sind die Schwellwerte am besten an relative Bezugsgrößen zu koppeln. Ein absoluter Betrag für ein zustimmungsbedürftiges Darlehen kann zwar im Zeitpunkt seiner Festsetzung die Grenze zwischen einfachem und grundlegend riskantem Geschäft zutreffend beschreiben, jedoch kann z. B. jede Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zu einer Erhöhung des Risikos, welches das einzelne Darlehen mit sich bringt, und damit zu einem Absinken der Schwelle führen, ab welcher es sich um ein grundlegend riskantes Geschäft handelt. Hier bietet es sich an, die Grenze für ein Zustimmungsvorbehalt an das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital zu knüpfen. Des Weiteren sollte der Zustimmungskatalog regelmäßig, in etwa jährlich, angepasst werden. Hierbei empfiehlt es sich, einen Aufsichtsratsausschuss mit der aufwendigen Vorarbeit, insb. der Beobachtung der verschiedenen Risiken zu beauftragen und so das Plenum zu entlasten.¹¹⁶
- 76 **76** Fällt die Aufnahme eines Darlehens (oder jede andere Geschäftsführungsmaßnahme) in den Anwendungsbereich eines Vorbehalts der »Zustimmung« (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG), hat der Vorstand (entgegen dem Sprachgebrauch des § 184 BGB, der auch eine »nachträgliche Zustimmung« kennt) immer vor der Vereinbarung des geplanten Darlehens die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen, was sich aus dem Charakter des Vorbehalts als präventive Überwachungsmaßnahme ergibt.¹¹⁷ Wird die Zustimmung verweigert, kann sie gem. § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG auf Initiative des Vorstandes durch einen Beschluss der Hauptversammlung ersetzt werden. Für diesen Beschluss ist unabdingbar eine qualifizierte Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen erforderlich und ausreichend (§ 111 Abs. 4 Satz 4 und 5), auf eine qualifizierte Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (vgl. § 179 Abs. 2 AktG) kommt es nicht an.

AktG, § 111 [Rn. 16](#): Erleichterung der »präventiven Überwachung der Geschäftsführung«, aber auch Gewährung von »Einfluss« auf die Geschäftsführung des Vorstands; *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 111 [Rn. 100](#): Das Gesetz »relativiere« mit dem Zustimmungsvorbehalt »das Geschäftsführungsverbot des § 111 Abs. 4 S. 1«.

113 S. Begr. RegE TransPub, BT-Drucks. 14/8769 S. 17, die das Beispiel »grundlegender Entscheidungen zur Unternehmensstrategie oder bedeutsame Investitionsentscheidungen, die nach den Planungen und Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft grundlegend verändern werden«, nennt. »Mehr oder weniger willkürlich zusammengestellte und mehr oder weniger bedeutsame Maßnahmen wie Erteilung einer Prokura oder einzelne Grundstücksgeschäfte minderer Bedeutung« seien nicht gemeint. Vgl. auch Nr. 3.3 S. 2 DCGK i. d. F. v. 15.5.2012: Danach sollen solche Entscheidungen oder Maßnahmen zustimmungspflichtig sein, »die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern«.

114 Als Bsp. für *satzungsmäßige* Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates bei der Aufnahme von Darlehen s. § 13 Abs. 1 Buchst. c) Satzung der BASF SE v. April 2012: »Emission von Anleihen und vergleichbaren Finanzinstrumenten, Aufnahme und Vergabe langfristiger Kredite . . .«; § 9 Abs. 1 Nr. 5 Satzung Volkswagen AG v. Juni 2010: »Aufnahme von Anleihen oder Aufnahme von Krediten, die den Rahmen des laufenden Geschäfts überschreiten«.

115 Vgl. *Lange*, DStR 2003, 376, 379.

116 So auch *Lange*, DStR 2003, 376, 379 f.

117 Z. B. *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 111 [Rn. 19](#).

b) Rechtsfolgen 77-87

Wird ein zustimmungsbedürftiges Darlehen ohne die Mitwirkung des Aufsichtsrates aufgenommen, 77 77
 ergeben sich daraus verschiedene Rechtsfolgen.

aa) Auswirkungen fehlender Zustimmung auf die Vertretungsmacht 78-83

Auf die Vertretungsmacht des Vorstandes für die AG aus § 78 Abs. 1 AktG hat die fehlende Zustimmung allerdings grds. keine Auswirkungen (vgl. § 82 Abs. 1 AktG).¹¹⁸ *Ausnahmen* kommen in den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht in Betracht (unten [1]), außerdem bei Geschäften mit Personen, die in einem besonderen Näheverhältnis zur Gesellschaft stehen (unten [2]).

(1) Missbrauch der Vertretungsmacht 79-80

Beim sog. Missbrauch der Vertretungsmacht unterscheidet die Rechtsprechung zwischen Fällen der Kollusion und solchen der bloßen Evidenz des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken von Vorstand und kontrahierendem Dritten zum Nachteil der Gesellschaft (*Kollusion*) beim Abschluss eines Vertrages stellt danach einen Fall treuwidrigen Vorstandsverhaltens und einen nicht zu billigenden Verstoß gegen die guten Sitten dar, so dass der Darlehensvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.¹¹⁹ Hier soll i. R. d. Abwägung zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit regelmäßig das Schutzbedürfnis des Vertretenen (hier: der Gesellschaft) ggü. demjenigen des Dritten überwiegen. In den übrigen Fällen, in denen der Vorstand die Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis bewusst zum Nachteil der AG überschreitet und dieser Missbrauch jedenfalls objektiv evident, also für jedermann auf den ersten Blick klar erkennbar ist (*Evidenz*),¹²⁰ kann der Vertretene (die Gesellschaft) dem Dritten nach der Rechtsprechung die *exceptio doli* (§ 242 BGB) entgegensetzen.¹²¹

Demgegenüber wirkt sich eine bloße Bekanntmachung des Zustimmungsvorbehalts für sich genommen noch nicht auf die Vertretungsmacht aus. Das ergibt sich bereits aus den europarechtlichen Grundlagen des § 82 AktG. Diese Vorschrift beruht auf den Vorgaben von Art. 9 der Ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG (Publizitätsrichtlinie).¹²² Nach Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie können satzungsmäßige oder auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhende Beschränkungen der Befugnisse der Gesellschaftsorgane Dritten nie entgegengesetzt werden, auch dann nicht, wenn sie bekannt gemacht sind. In europarechtskonformer Auslegung von Art. 82 Abs. 1 AktG wirkt

118 Statt vieler *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 111 Rn. 129, m. w. N.

119 Vgl. BGH, Urt. v. 17.05.1988 – VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27; aus dem Schrifttum stellvertretend für die h. M. und speziell zur AG s. z. B. *Hüffer*, AktG, § 82 Rn. 6; nach a. A. soll die Rechtsfolge der Kollusion gem. § 177 Abs. 1 BGB die schwebende Unwirksamkeit sein.

120 Dazu, dass sich das Merkmal der Evidenz in der Rechtsprechung des BGH als Indiz für positive Kenntnis des Vertragspartners verstehen lässt und daher eine Ausdehnung der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf einfach fahrlässiges Nichtwissen des Vertragspartners nicht in Betracht kommt, s. *Reiner*, 1995, S. 111 – 113 (im Kontext der verdeckten Einlagenrückgewähr).

121 Z. B. BGH, Urt. v. 14.03.1988 – II ZR 211/87, NJW 1988, 2241, 2243; eine Übersicht zum Meinungsstreit um Voraussetzungen und Rechtsfolgen des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vorstand m. w. N. findet sich z. B. bei *Hüffer*, AktG, § 82 Rn. 6 f. S. auch *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 82 Rn. 58: Die »Ausnahme von der unbeschränkten Vertretungsmacht bei deren Missbrauch« sei »mit Art. 9 der Publizitätsrichtlinie« vereinbar. Der Autor möchte der Gesellschaft vor diesem Hintergrund den Missbrauchseinwand über die Fälle der Kollusion hinaus aber »nur in eng begrenzten Ausnahmefällen« zugestehen.

122 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates v. 09.03.1968 »zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten«, ABIEU Nr. L 065/8 v. 14.03.1968; ersetzt mit Wirkung v. 21.10.2009 durch die Richtlinie 2009/101/EG v. 16.9.2009, ABIEU Nr. L 258/11 v. 1.10.2009.

sich somit jedenfalls eine bloße Bekanntmachung des Zustimmungsvorbehalts nicht auf die Vertretungsmacht aus.¹²³

81-83 (2) *Geschäfte der AG mit nahestehenden Personen*

- 81 **81** Es wird vertreten, dass eine weitere Ausnahme für Darlehensverträge der AG mit solchen Personen gelten kann, die in einem besonderen Näheverhältnis zur Gesellschaft stehen, da Zweck des § 82 Abs. 1 der Schutz des Verkehrsinteresses sei. Hier könnten im Wege teleologischer Reduktion solche Personen aus dem Schutz des § 82 Abs. 1 AktG ausgenommen werden, die ohne Weiteres Einblick in die Innenverhältnisse der Gesellschaft hätten und über diese typischerweise informiert seien. Eine solche teleologische Reduktion des § 82 Abs. 1 AktG sei auch mit Art. 9 Abs. 2 der Ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vereinbar, da diese ausdrücklich nur den Schutz »Dritter« verfolge.¹²⁴ Ob es allerdings wirklich sachgerecht ist, über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht, das ja bereits nach herrschendem Verständnis auf Schutzwürdigkeitsüberlegungen basiert, hinausgehend die (umfassende) aktienrechtliche Vertretungsmacht des Vorstands noch unter den Vorbehalt einer zusätzlichen Schutzwürdigkeitskontrolle zu stellen, darf bezweifelt werden.
- 82 **82** Schließt der Vorstand der AG mit den *Aktionären* zustimmungsbedürftige Darlehensverträge ab, ohne zuvor die Zustimmung des Aufsichtsrates eingeholt zu haben, entfällt deren Schutzbedürftigkeit allein aufgrund ihres Verhältnisses zur Gesellschaft jedenfalls nicht automatisch. Die Aktionäre müssen, anders als möglicherweise angesichts ihres umfassenden Auskunfts- und Einsichtsrechts (§ 51a GmbHG) die Gesellschafter einer GmbH, weder interne Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnisse kennen, selbst wenn sie sich unmittelbar aus der Satzung ergeben,¹²⁵ noch müssen sie sich – soweit überhaupt möglich – über solche informieren. Gleiches gilt für Darlehensverträge der AG mit ihren *Angestellten*, da auch diese typischerweise keinen Einblick in die interne Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben haben. Immerhin wird man bei einem Mehrheits- und insb. Alleinaktionär, je nachdem wie intensiv er sich in die Geschäftsführung einmischt, mehr oder weniger leicht von Evidenz i. S. d. Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht ausgehen können. Daran dürfte insb. bei Darlehensverträgen der AG mit einem beherrschenden, möglicherweise sogar nach § 308 AktG weisungsberechtigten Unternehmen auszugehen sein.¹²⁶
- 83 **83** Nimmt die AG zustimmungsbedürftige Darlehen von *Vorstandsmitgliedern* auf, wird sie dabei nach § 112 Satz 1 AktG ohnehin durch den Aufsichtsrat vertreten, sodass hier ein Verstoß gegen einen Zustimmungsvorbehalt gar nicht denkbar ist. Dass man Vorstandsmitgliedern als Organwaltern der AG zumutet, die innergesellschaftlichen Kompetenzen zu kennen, und man hier einen Verkehrsschutz nicht für erforderlich hält,¹²⁷ ist insoweit irrelevant. Eine andere Frage ist, ob bei solchen Geschäften noch der Gesamtvorstand als Organ zustimmen muss. Darauf wird noch weiter unten (Rdn. 88 f.) eingegangen.

123 A. A. wohl *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 111 Rn. 129 (ohne Bezugnahme auf den europarechtlichen Hintergrund): »Bei Evidenz des Zustimmungserfordernisses oder der Verweigerung der Zustimmung« fänden »die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht Anwendung«.

124 Hierzu *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 82 Rn. 50 (ohne Bezugnahme auf den europarechtlichen Hintergrund): »[V]om Sinn und Zweck der Vorschrift« bestehe »keine Notwendigkeit«, »der Gesellschaft nahe stehende Personen zu schützen, die ohne weiteres über die Innenverhältnisse der Gesellschaft typischerweise informiert« seien.

125 Zu den Schwierigkeiten des Aktionärs bei der Einsichtnahme der Satzung s. *Reiner*, AG 2006, 93 ff.

126 Demgegenüber für eine teleologische Reduktion des § 82 Abs. 1 AktG mangels eines Schutzbedürfnisses bei Geschäften mit einem herrschenden Unternehmen, weil dieses durch das Beherrschungsverhältnis die internen Verhältnisse in der beherrschten AG überschauen könne, z. B. *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 82 Rn. 55; *Habersack*, in: GK-AktG, Bd. 3, § 82 Rn. 18 (Stand: 1.12.2002).

127 Z. B. *Habersack*, in: GK-AktG, § 82 Rn. 17 (Stand: 1.12.2002).

bb) Haftung des Vorstandes

84-85

Schließt der Vorstand einen zustimmungsbedürftigen Darlehensvertrag ohne die Mitwirkung des Aufsichtsrates ab, steht eine Geschäftsleiterhaftung im Raum, die grds. keine Besonderheiten aufweist.¹²⁸ Ein Zustimmungsvorbehalt i. S. d. § 111 Abs. 4 AktG stellt eine Beschränkung der *Geschäftsführungsbefugnis* des Vorstandes nach § 82 Abs. 2 AktG dar. Missachtet der Vorstand den Zustimmungsvorbehalt, handelt er pflichtwidrig und macht sich bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG schadensersatzpflichtig.¹²⁹ Bei Darlehen zu unangemessen hohen Zinsen entsteht der Gesellschaft ein unmittelbarer Vermögensschaden; in diesen Fällen haftet der Vorstand aber auch ohne Zustimmungsvorbehalt wegen Verstoßes gegen seine allgemeine Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG. Ein zu marktüblichen Konditionen aufgenommenes Darlehen wird demgegenüber nicht ohne Weiteres als »Schaden« zu betrachten sein. Anders ist es allerdings z. B., wenn dieses Darlehen wegen seines Umfangs solche Zinslasten erzeugt, dass der wirtschaftliche Handlungsspielraum der Gesellschaft dadurch in besonderem Maße beeinträchtigt wird. In solchen Fällen könnte der Gesellschaft aus §§ 93 Abs. 2 AktG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Befreiung von dem Darlehen oder auf Freistellung von den Darlehenspflichten erwachsen. Ersatzansprüche bei marktgerechten Darlehen sind ferner bei Folgeschäden denkbar: Nimmt der Vorstand ohne Zustimmung ein zustimmungspflichtiges Darlehen auf, das er benötigt, um damit ein weiteres, für sich genommen nicht zustimmungsbedürftiges Geschäft zu finanzieren, und das sich später als verlustreich herausstellt, haftet er für die Verluste aus diesem Geschäft, soweit sie nach allgemeinen schadensrechtlichen Regeln adäquat kausal waren.¹³⁰

Den Einwand, der Aufsichtsrat hätte der Darlehensaufnahme bei Anrufung ohnehin zugestimmt (Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens), kann das Vorstandsmitglied hier nicht erheben, weil die Missachtung eines Zustimmungsvorbehalts die Verletzung einer Kompetenz-, bzw. Organisations- und Verfahrensregel darstellt. Zweck des Vorbehalts nach § 111 Abs. 4 AktG ist gerade, eine gemeinsame Entscheidung von Vorstand und Aufsichtsrat herbeizuführen und besonders wichtige Entscheidungen in einem geregelten Verfahren vorab zu überprüfen. Ließe man den genannten Einwand zu, würde die bei Pflichtverletzungen des Vorstandes immer drohende Haftung aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in den hier gegenständlichen Fällen zu einem stumpfen Schwert; der durch § 111 Abs. 4 AktG bezweckte Schutz würde damit ausgehöhlt.¹³¹ De facto übernehmen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder also mit einer Darlehensaufnahme unter Missachtung des Zustimmungsvorbehalts eine Art »Garantie« für den unternehmerischen Erfolg ihrer weiteren, durch das Darlehen finanzierten Maßnahmen.

128 Näheres zur Vorstandshaftung z. B. bei *Hüffer*, AktG, § 93 Rn. 11 ff.

129 S. z. B. *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 111 Rn. 129: »In jedem Fall« handele »der Vorstand pflichtwidrig, wenn er den Zustimmungsvorbehalt oder gar die Verweigerung der Zustimmung« missachte; *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 82 Rn. 45 Halte »sich ein Vorstandsmitglied schuldhaft nicht an die ihm auferlegten Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis«, sei »es der Gesellschaft »zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet«.

130 Allg.M.; statt vieler *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 93 Rn. 63 i. V. m. 156.

131 So sinngemäß (allgemein zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei der »Verletzung von Organisations-, Kompetenz- oder Verfahrensregeln«) auch *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 93 Rn. 156; *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Aufl. 1996, § 93 Rn. 23 (Aussage nicht wiedergefunden bei *Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010); *Hopt*, in: GK-AktG, Bd. 3, § 93 Rn. 267 (Stand: 1.1.1999); a. A. *Altmeyen*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 36 ff., der die Einrede rechtmäßigen Alternativverhaltens auch bei Verfahrensverstößen zulassen will. Schutzzweck des Zustimmungsvorbehalts sei es allein, dass der Aufsichtsrat auf dem Laufenden bleibe, weshalb dem Vorstandsmitglied bei Verletzung einer Verfahrenspflicht nicht das gesamte unternehmerische Risiko aufgebürdet werden dürfe.

86 *cc) Abberufung des Vorstandes aus wichtigem Grund*

86 **86** Die Nichtbeachtung eines Zustimmungsvorbehalts als interne Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis kann außerdem einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Vorstandmitgliedes nach § 84 Abs. 3 AktG darstellen.¹³²

87 *dd) Haftung des Aufsichtsrates*

87 **87** Eine Schadensersatzhaftung der Mitglieder des Aufsichtsrates nach § 116 Satz 1 i. V. m. § 93 AktG kommt in Betracht, wenn er seine Zustimmung zur Darlehensaufnahme unter Überschreitung seines unternehmerischen Ermessensspielraums (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) verweigert oder aber umkehrt, wenn er sie erteilt, obwohl die Darlehensaufnahme für die Gesellschaft erkennbar nachteilig war. In Zusammenhang mit § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG grds. ebenfalls denkbar ist eine Haftung des Aufsichtsrats für den Fall, dass der Aufsichtsrat es versäumt hat, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzustellen, soweit nicht bereits die Satzung einen entsprechenden Katalog enthält. Hier dürfte es allerdings angesichts der Gestaltungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Zusammensetzung eines solchen Katalogs im Einzelfall schwer sein, einen kausalen Schaden zu ermitteln, weil sich i. d. R. nicht sagen lässt, welchen Inhalt der Katalog gehabt hätte, denn § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG lässt sich keineswegs in dem Sinne verstehen, dass sämtliche bedeutsamen Geschäfte in den Katalog aufzunehmen wären (s. o. **Rdn. 74**). Allenfalls bei Darlehen von ganz außergewöhnlichem, die »Grundfesten« der Gesellschaft berührenden Ausmaß wird man davon ausgehen können, dass sie auf jeden Fall von einem Zustimmungsvorbehalt erfasst worden wären.

88-89 *c) Sonderfall: Darlehensvergabe durch Vorstandsmitglied*

88 **88** Eine besondere Konstellation ergibt sich, wenn die AG ein nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zustimmungsbedürftiges Darlehen von einem *Vorstandsmitglied* aufnimmt. Bei solchen Geschäften mit Vorstandsmitgliedern wird die Gesellschaft nach § 112 Satz 1 AktG durch ihren Aufsichtsrat vertreten, dessen Mitwirkung am Vertragsschluss dann gleichzeitig als Zustimmung i. S. d. Vorbehalts gedeutet werden muss (oben **Rdn. 83**). Offen ist aber die Frage, ob bei dieser Konstellation der Aufsichtsrat über seine Rolle als Vertretungsorgan hinaus auch bei der Geschäftsführungsbefugnis den Vorstand als Gesamtorgan – ggf. unter Ausschluss des betroffenen (befangenen) Vorstandsmitglieds – vollständig verdrängt oder ob er nur zusammen mit dem (Gesamt-) Vorstand geschäftsführungsbefugt ist und daher dessen zustimmenden Beschluss zu dem Geschäft mit dem einzelnen Vorstandsmitglied abwarten muss. Für eine gemeinsame Geschäftsführungsbefugnis ließe sich ins Feld führen, dass § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ein Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat bei besonders wichtigen und grundlegenden Geschäften bezweckt und im Normalfall auch erreicht. Wäre der Aufsichtsrat in den Fällen des § 112 Satz 1 AktG trotz Zustimmungsvorbehalts allein für das Geschäft zuständig, wäre dies ein Verstoß gegen das Vieraugenprinzip.

89 **89** Jedoch erscheint es sehr fraglich, ob man aus § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG überhaupt einen solchen allgemeinen Rechtsgedanken ableiten kann, der sich sogar gegen § 112 Satz 1 AktG durchsetzt. In Fällen des § 112 Satz 1 AktG soll die Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat »die unbefangene Vertretung der Gesellschaft gewährleisten«,¹³³ da der Vorstand i. d. R. nicht die erforderliche Neutralität aufbringt, wenn es um Geschäfte mit einzelnen seiner Mitglieder geht. Diese Gefahr der Befangenheit nicht nur des betroffenen Vorstandsmitglieds, sondern auch der übrigen Vorstandsmitglieder wird nicht dadurch gemindert oder aufgehoben, dass das betreffende Geschäft im Anwendungsbereich eines Zustimmungsvorbehalts liegt. Im Gegenteil handelt es sich hier ja um besonders wichtige Geschäfte, bei denen der durch § 112 AktG angestrebte Schutz vor Befangenheit besonders

132 S. etwa *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 84 **Rn. 120**; »Missachtung des Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 AktG« als »grobe Pflichtverletzung«.

133 BGH, Urt. v. 08.02.1988 – II ZR 159/87, BGHZ 103, 213, 216; ebenso BGH, Urt. v. 22.04.1991 – II ZR 151/90, NJW-RR 1991, 926, juris-**Rn. 5** (ohne Gliederungspunkte).

ernst zu nehmen ist. Die Entscheidung über die Aufnahme eines Kredits von einem Vorstandsmitglied obliegt somit ausschließlich dem Aufsichtsrat der Gesellschaft.

3. Mitwirkung des Darlehensgebers an der aktienrechtlichen Willensbildung

90-137

a) Möglichkeiten rechtmäßiger Mitsprache

90-110

Nicht selten knüpfen Darlehensgeber, insb. Banken, die Darlehensvergabe an die Bereitschaft der Gesellschaft, ihnen Kontroll- und Mitspracherechte im Bereich der Geschäfts- und Personalpolitik zu gewähren, um die Verwendung der Kreditmittel überwachen zu können. Dabei stoßen sie auf gesellschaftsrechtliche Grenzen, insb. die aktienrechtliche Kompetenzverteilung und das sog. allgemeine verbandsrechtliche Abspaltungsverbot (vgl. § 717 Satz 1 BGB),¹³⁴ das im Aktienrecht z. T. an § 8 Abs. 5 AktG (unteilbarkeit der Aktien) festgemacht wird¹³⁵ und die Kehrseite des Grundsatzes der einheitlichen Mitgliedschaft darstellt. Danach darf insb. das Stimmrecht als mitgliedschaftliches Teilhaberecht nicht von der zugehörigen Aktie getrennt werden. Dennoch gibt es Möglichkeiten zur Beteiligung von Nichtgesellschaftern am gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess.¹³⁶

90 90

aa) Stimmrechtsvollmacht

91-93

Eine isolierte Abtretung des Stimmrechts auf Dritte ist aufgrund des o. g. Abspaltungsverbots grds. nicht möglich. Allerdings kann die Stimmrechtsausübung bei allen Gesellschaftsformen Dritten durch sog. *Stimmrechtsvollmachten* (§§ 164 ff. BGB) ermöglicht werden. Das Aktiengesetz normiert diese Möglichkeit ausdrücklich in § 134 Abs. 3 AktG. Flankierend hierzu wird auch die Vertretung bei der bloßen Teilnahme der Hauptversammlung, bei der Ausübung des Rede- und Fragerechts und bei der Antragsstellung anerkannt.¹³⁷ Das Stimmrecht kann durch jede natürliche und juristische Person ausgeübt werden. Wenn die Satzung nichts über die Person des Bevollmächtigten aussagt, so bestimmt grds. der Aktionär, wer ihn vertritt.¹³⁸ Die Vollmacht bedarf der Textform (§ 126b BGB), die Satzung kann aber eine leichtere, bei nicht börsennotierten Gesellschaften auch eine strengere Form erlauben bzw. bestimmen (§§ 134 Abs. 3 Satz 3 AktG).

91 91

Inhaltliche Grenzen für die Stimmrechtsbevollmächtigung ergeben sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der Bevollmächtigung und aus dem Abspaltungsverbot, das nicht umgangen werden darf. Die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem Verzicht des Gesellschafters auf die eigene Stimmrechtsausübung (sog. unwiderrufliche verdrängende Stimmrechtsvollmacht¹³⁹) ist nach der Rechtsprechung »nichtig«.¹⁴⁰ Durch das Zusammenspiel von zukünftigem Stimmrechtsverzicht und Unwiderruflichkeit werde trotz der formal unterschied-

92 92

134 BGH, Urt. v. 10.11.1951 – II ZR 96/86, BGHZ 3, 354, 357; BGH, Urt. v. 17.11.1986 – II ZR 96/86, NJW 1987, 780, unter II.2.: Der Aktionär sei »rechtlich nicht in der Lage, seine Mitgliedschaftstellung beizubehalten und zugleich das ihm zustehende Stimmrecht einem anderen als eigenes Recht zu verschaffen«; aus dem Schrifttum z. B. Hüffer, AktG, § 134 Rn. 21: »Abspaltungsverbot«; Wiesner, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 9.

135 Z. B. Hüffer, AktG, § 8 Rn. 29: Nach § 8 Abs. 5 ausgeschlossen sei die Abspaltung des Rechts auf Gewinnteilhabe und auch das »Teilnahmerecht« könne »nicht selbständig veräußert werden«.

136 Näheres bei Weber, 2000, S. 11 ff., 14 ff.

137 Z. B. Kubis, in: MünchKommAktG, § 118 Rn. 60: »Eine vorhandene Stimmrechtsvollmacht« umfasse »wegen der Versammlungsgebundenheit der Stimmrechtsausübung [...] zwangsläufig die Vollmacht zur Teilnahme an der Hauptversammlung und im Zweifel auch zur Ausübung des Rede-, Auskunfts- und Antragsrechts«; Semler, in: MünchHdb GesR IV, § 36 Rn. 12.

138 Hüffer, AktG, § 134 Rn. 25.

139 Die Unwiderruflichkeit ist kein Begriffselement der verdrängenden Vollmacht. Auch eine widerrufliche Vollmacht kann theoretisch als verdrängende ausgestaltet werden. Dennoch ist eine verdrängende Vollmacht vielfach nur als Fall der unwiderruflichen Vollmacht praktisch relevant, denn die widerrufliche Vollmacht ist mit der Verdrängungswirkung kaum vereinbar, weil sie jederzeit beseitigt werden kann (vgl. Reichert/Harbarth, AG 2001, 447, 449).

140 BGH, Urt. v. 10.11.1951 – II ZR 111/50, BGHZ 3, 354, Leitsatz 2, für die OHG; Urt. v. 14.05.1956 – II

lichen Gestaltung letztlich ein Wechsel der Rechtsträgerschaft angestrebt und eben nicht nur die Übertragung der Befugnis zur Rechtsausübung. Dies könne nicht anders als die unmittelbare Abtretung des Stimmrecht beurteilt werden.¹⁴¹

- 93 93 Die Nichtigkeit des Verzichts auf die eigene Stimmrechtsausübung dürfte sich dabei unmittelbar aus dem *Ultra-vires*-Gedanken ergeben, ein Rückgriff auf § 134 BGB erscheint nicht erforderlich.¹⁴² Sie beschränkt sich auf das »Außenverhältnis« zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft sowie seinen Mitgesellschaftern.¹⁴³ Es spricht aber gesellschaftsrechtlich nichts dagegen, dem unwiderruflichen verdrängenden Stimmrechtsverzicht im »Innenverhältnis« zwischen Gesellschafter und Bevollmächtigten schuldrechtliche Wirkung dergestalt zuzuerkennen,¹⁴⁴ dass der Aktionär sich u. U. ggü. dem »verdrängend« Stimmrechtsbevollmächtigten schadensersatzpflichtig macht, wenn er sein Stimmrecht doch selbst wahrnehmen sollte.

94 *bb) Legitimationszession*

- 94 94 Eine weitere Möglichkeit, das Stimmrecht von einem Dritten ausüben zu lassen, ist die Legitimationszession, die sich für das Aktienrecht mittelbar aus § 129 Abs. 3 AktG ergibt. In der praktischen Auswirkung ist sie weitgehend gleichbedeutend mit der Vertretung. Rechtstechnisch ermächtigt der Aktionär einen Dritten in Anlehnung an § 185 BGB, das mit der Aktie verbundene Stimmrecht im eigenen Namen auszuüben. Zu diesem Zweck verschafft er dem Dritten den Besitz an der Aktie. Ggü. der Gesellschaft tritt der Vertreter dann, »legitimiert durch den Aktienbesitz«, als Vollrechtsinhaber auf,¹⁴⁵ wobei bei Namensaktien wegen § 67 Abs. 2 AktG hierzu die Eintragung des Legitimationszessionars in das Aktienregister erforderlich ist.¹⁴⁶

95-97 *cc) Mitwirkung im Beirat*

- 95 95 Als Möglichkeit, die Einflussnahme von Darlehensgebern (oder sonstiger Externer) auf die Willensbildung der AG mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln sicherzustellen, kommt auch – im Wege der Satzungsänderung – die Schaffung eines zusätzlichen Organs (»Beirat«) in Betracht, in dem der Darlehensgeber wirken kann, ohne ihn gleich in den Aufsichtsrat bestellen zu müssen. Wegen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) können einem solchen Beirat keine Kompetenzen übertragen werden, die das AktG anderen Gesellschaftsorganen vorbehält, sondern nur zusätzliche, im Gesetz nicht vorgesehene und von ihm auch nicht ausgeschlossene Funktionen, vor allem beratender Natur.¹⁴⁷ Insb. darf die organschaftliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats nicht beschnitten werden.

ZR 229/54, BGHZ 20, 363, 364, für die KG; Urt. v. 11.10.1976 – II ZR 119/75, WM 1976, 1247, 1250, für die GmbH.

141 BGH, Urt. v. 10.11.1951 – II ZR 111/50, BGHZ 3, 354, 358 f.

142 So aber z. B. *Hüffer*, AktG, § 134 Rn. 21 (ohne Unterscheidung zwischen Verzicht und Bevollmächtigung): Eine »unwiderrufliche verdrängende Vollmacht« sei »gem. § 134 BGB nichtig«.

143 Z. B. (zur GmbH) *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 50: keine »verdrängende Wirkung gegenüber Vollmachtgeber [...] im Außenverhältnis«; ferner *Noack*, 1994, S. 222 (unter Berufung auf die »fast allgM«, m. w. N.): »[B]ereits nach bürgerlichrechtlichen Regeln« sei »eine die eigene Zuständigkeit des Vollmachtgebers ausschließende Vollmacht nicht begründbar«.

144 Z. B. (zur GmbH) *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 47 Rn. 48: Die »Abrede der Unwiderruflichkeit« wirke »bloß schuldrechtlich« (unter Berufung auf BGH, Urt. v. 11.10.1976 – II ZR 119/75); ebenso *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, § 47 Rn. 82; s. a. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 50: Der »Verzicht auf eigene Stimmrechtsausübung« habe »Wirkung nur im Verhältnis des Gesellschafters zum Bevollmächtigten«.

145 So *Schröer*, in: MünchKommAktG, § 134 Rn. 65; s. auch *Semler*, in: MünchHdb GesR IV, § 14 Rn. 60: Die Legitimationsübertragung sei ein »Unterfall der Ermächtigungstreuhand«.

146 So *Schröer*, in: MünchKommAktG, § 134 Rn. 65, der hinzufügt, aus diesem Grunde komme bei Namensaktien die Legitimationszession »kaum in Betracht«.

147 *Schiedermair/Kolb*, in: Beck AG-Hdb., § 7 Rn. 6; ähnlich *dies.*, a. a. O., 2. Aufl. 2009: Die »gesetzlichen

Auch die organisatorische Anbindung des Beirats ist eingeschränkt, denn nach § 111 Abs. 5 AktG 96 96 kann sich der Aufsichtsrat – wegen seiner Verpflichtung zur höchstpersönlichen Amtswahrnehmung – keines solchen Beratungsgremiums bedienen.¹⁴⁸ Der Beirat als Beratungsgremium der Hauptversammlung wird in der Praxis ohnehin kaum in Betracht kommen.¹⁴⁹

Eine entscheidende inhaltliche Grenze für den Beratungsspielraum des Beirats kann sich auch aus 97 97 § 117 Abs. 1 AktG ergeben, der diejenige natürliche oder juristische Person zum Schadensersatz ggü. der Gesellschaft (S. 1) und im Hinblick auf andere Schäden als bloße Reflexschäden auch ggü. den Aktionären (S. 2) verpflichtet, der bzw. die »unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft« u. a. Mitglieder des Vorstands (oder des Aufsichtsrats) sowie leitende Angestellte vorsätzlich dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Während die aus dem Kreditvertrag resultierende wirtschaftliche Machtstellung des Kreditgebers, soweit sie über die verkehrüblichen Interessenswahrnehmungen nicht hinausgeht, nicht die Schwelle einer »Einflussnahme« i. S. d. § 117 AktG übersteigen wird,¹⁵⁰ dürfte dies grundlegend anders zu beurteilen sein, wenn er versucht, seine Eigeninteressen über seine Repräsentanten im Beirat der AG durchzusetzen.

dd) Entsenderechte

98

Gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten können dem Darlehensgeber auch in Gestalt des Sonderrechts zur Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat gewährt werden. Nach § 101 Abs. 2 98 98 Satz 1 AktG kann ein solches Recht nur in der Gesellschaftssatzung eingeräumt werden (Satzungstransparenz), was für die Praxis eine beachtliche Hürde darstellt. Zudem muss der Entsendeberechtigte (hier: Kreditgeber) zugleich Aktionär sein, wobei er entweder in der Satzung namentlich genannt wird oder aber Inhaber von vinkulierten Namensaktien sein muss, denen die Satzung das Entsenderecht zuordnet (§ 101 Abs. 2 Satz 2 AktG).

ee) Stimmbindungsvereinbarungen

99-105

Als Instrument, um dem Darlehensgeber Einfluss auf die Willensbildung der AG zu sichern, entfal- 99 99 ten Stimmbindungsvereinbarungen besondere Bedeutung.¹⁵¹ Durch eine Stimmbindungsvereinbarung verpflichten sich einzelne¹⁵² bzw. alle Aktionäre untereinander oder ggü. Dritten, ihr Stimmrecht in der Hauptversammlung in einer bestimmten im Vertrag festgelegten Weise auszuüben oder auch nicht wahrzunehmen. Dabei kann die Vereinbarung die inhaltliche Konkretisierung der Stimmabgabe bereits selbst vornehmen oder sie mittelbar bestimmen, z. B. indem er sie an eine Weisung oder an das Stimmverhalten einer bestimmten anderen Person, z. B. des Vertragspartners bindet.

Zuständigkeiten der drei (obligatorischen) Organe der AG« würden »durch die Einrichtung fakultativer Beratungsgremien nicht berührt«; Weber, 2000, S. 136; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb GesR IV, § 29 Rn. 18–19a; Habersack, in: MünchKommAktG, § 95 Rn. 6, der zudem die Einrichtung eines Beirats könne wegen § 23 Abs. 5 »nur auf schuldrechtlicher Grundlage geschehen«, »[f]ür einen satzungsmäßigen Beirat« ließen »die §§ 76 ff., 95 ff. [AktG] dagegen keinen Raum«.

148 Hoffmann-Becking, in: MünchHdb GesR IV, § 29 Rn. 20.

149 Zur Zulässigkeit Schiedermaier/Kolb, in: Beck AG Hdb., § 7 Rn. 6; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb GesR IV, § 29 Rn. 20.

150 Vgl. Spindler, in: MünchKommAktG, § 117 Rn. 19; Der Einfluss i. S. d. § 117 AktG könne »auch auf geschäftlichen oder sonstigen Beziehungen zur Gesellschaft gründen«; Mertens, in: KK-AktG, 2. Aufl. 1996, § 117 Rn. 15 (Aussage nicht wiedergefunden bei Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010).

151 Für eine allgemeine Übersicht zu Stimmbindungsvereinbarungen s. Schröer, in: MünchKommAktG, § 136 Rn. 59 bis 94, und Weber, 2000, S. 93 ff.

152 Zu den hier nicht weiter relevanten sog. Stimmrechtskonsortien, die als GbR zu qualifizieren sind, s. z. B. Hüffer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Bd. 2, § 47 Rn. 85; Schröer, in: MünchKommAktG, § 136 Rn. 60 f.

- 100 100 Als materieller Satzungsbestandteil wirkt eine Stimmbindungsvereinbarung für und gegen die jeweiligen Gesellschafter untereinander sowie im Verhältnis zur Gesellschaft.¹⁵³ Stimmbindungsvereinbarungen zugunsten außenstehender Darlehensgeber werden i. d. R. außerhalb der Satzung in der Form einer leistungssichernden Nebenabrede zum Darlehensvertrag oder eines separaten Vertrags¹⁵⁴ auftreten. Solche Verträge, auf die sich die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren, besitzen – schon mangels einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung hierfür – keinen organisationsrechtlichen Charakter, sondern wirken im Ausgangspunkt nur schuldrechtlich und damit im Grundsatz *inter partes* (s. dazu noch weiter unten in Zusammenhang mit der Frage der Vollstreckbarkeit). Dies bedeutet, dass eine vertragswidrig abgegebene Stimme dennoch gültig¹⁵⁵ und nicht anfechtbar ist.¹⁵⁶
- 101 101 Dass Stimmbindungsverträge nicht *per se* der Natur des aktienrechtlichen Stimmrechts widersprechen, ergibt sich implizit aus dem Gesetz, das nur bestimmte Arten von vertraglichen Stimmbindungen, die unmittelbare oder mittelbare Bindung an Weisungen der Verwaltung (§ 136 Abs. 2 AktG¹⁵⁷) und den »Stimmkauf« gegen Entgelt zivil- bzw. strafrechtlich (§ 405 Abs. 3 Nr. 6 und 7 AktG) sanktioniert.
- 102 102 Die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen ggü. außenstehenden *Dritten* sowie die Durchsetzbarkeit (Klage, Vollstreckung) der aus solchen Verträgen resultierenden Primärverpflichtung zu einem bestimmten Abstimmverhalten ist dennoch umstritten. Die wohl herrschende Meinung¹⁵⁸ bejaht Zulässigkeit sowie Durchsetzbarkeit und beruft sich dabei auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1967 zur GmbH.¹⁵⁹ Diese Entscheidung betraf aber eine ganz besondere Fallkonstellation. Der Mehrheitsgesellschafter (98,5 %) einer Zweipersonen-GmbH hatte seiner Ehefrau, mit deren Mitteln und als deren Treuhänder er seine Beteiligung ganz überwiegend erworben hatte, zu einem früheren Zeitpunkt eine notariell beurkundete Option auf den Erwerb seiner Beteiligung eingeräumt, die sie nun, nachdem die Ehe gescheitert war, ausgeübt und deren Erfüllung ihr Ehemann durch seine Stimmenthaltung in der Gesellschafterversammlung verhindert hatte. Die Tatsacheninstanzen hatten festgestellt, die Abtretungsverpflichtung enthalte konkludent die Nebenpflicht, die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Genehmigung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen. Die Stimmbindung bezog sich also nur auf einen einzigen Beschlussgegenstand, und seiner Abstimmungsfreiheit hatte sich der Gesellschafter nicht erst durch die schlüssige Stimmbindungsabrede (als positive Leistungspflicht) begeben, sondern bereits mit Eingehen der Verpflichtung zur Abtretung; jedes Abstimmungsverhalten, das die Erfüllung dieser Verpflichtung konterkariert, hätte nämlich zumindest seinen Schadensersatzhaftung unter dem Gesichtspunkt der vom Schuldner zu vertretenden

153 Vgl. BGH, Urt. v. 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910, unter 3., wo auch eine außerhalb der Satzung zwischen allen (GmbH-) Gesellschaftern getroffene Stimmbindungsvereinbarung im Ergebnis wie eine materielle Satzungsbestimmung behandelt wird, solange der Gesellschaft nur die aus der Abrede Verpflichteten angehören.

154 In Betracht kommt eine Qualifikation als Auftrag i. S. § 662 BGB (z. B. Hüffer, AktG, § 133 Rn. 26; Schröder, in: MünchKommAktG, § 136 Rn. 62; Holzborn, in: Bürgers/Körber, AktG, § 136 Rn. 22), als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB (z. B. Hüffer, AktG, ebenda, Rn. 26; Schröder, in: MünchKommAktG, a. a. O.; Holzborn, in: Bürgers/Körber, AktG, a. a. O.) oder auch als Vereinbarung eigener Art.

155 Z. B. Hüffer, AktG, § 133 Rn. 26; »allgM«; Schröder, in: MünchKommAktG, § 136 Rn. 60.

156 Hüffer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Bd. 2, § 47 Rn. 83 zur GmbH.

157 § 136 Abs. 2 AktG, der Verträge für nichtig erklärt, in denen sich der Aktionär verpflichtet, »nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens das Stimmrecht auszuüben«, wird in den hier interessierenden Fällen einer Stimmbindungsvereinbarung zwischen dem Darlehensgeber und einzelnen oder allen Aktionären, kaum einschlägig sein. Der Darlehensgeber ist regelmäßig nicht daran interessiert, durch eine Stimmbindungsvereinbarung den Einfluss der Verwaltung zu stärken, sondern vielmehr, damit seinen eigenen Einfluss sicherzustellen.

158 So die Einschätzung von Weber, 2000, S. 100, m. w. umfangreichen N.: Die »wohl überwiegende Auffassung« erkenne »die stimmrechtliche Drittbindung grundsätzlich an«. Aus dem neueren Schrifttum z. B. Rieckers, in: Spindler/Stilz, § 136 Rn. 50 (Zulässigkeit) und Rn. 62 f. (Klagbarkeit, Zwangsvollstreckung).

159 BGH, Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 166 ff., unter II.

nachträglichen Unmöglichkeit nach sich gezogen. Hinzu kommt die Eigenschaft der Ehefrau als Treugeberin und wirtschaftliche Gesellschafterin.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Entscheidung des BGH kaum verallgemeinerungsfähig sein, auch wenn es dem Gericht damals anscheinend ausdrücklich um die generelle Anerkennung eines klagbaren Erfüllungsanspruchs ging¹⁶⁰ und das Gericht ausdrücklich auf die »Bedeutung« verwies, »die Abstimmungsverträge im Rechts- und Wirtschaftsleben gewonnen haben«;¹⁶¹ erst recht nicht dürfte sie sich in der allgemeinen Form ihres Leitsatzes (»Eine Stimmrechtsbindung ist zulässig und nach Maßgabe des § 894 ZPO vollstreckbar«) auf die AG übertragen lassen, deren Willensbildung in der Gesellschafterversammlung (Hauptversammlung) wesentlich formaler ist als bei der GmbH. Wie der BGH, zumal über vierzig Jahre nach seiner Entscheidung von 1967 (Rdn. 102), in Bezug auf eine Stimmbindungsvereinbarung etwa zwischen einer Bank und einem Mehrheitsaktionären oder einer Gruppe von Aktionären entscheiden würde, ist gegenwärtig somit nicht absehbar. 103 103

Soweit die Minderheitenmeinung im Schrifttum geltend macht, Stimmbindungsvereinbarungen ggü. Dritten würden mit Anerkennung der Vollstreckbarkeit gegen die dem Abspaltungsverbot zugrunde liegenden Wertungen verstoßen,¹⁶² ist ihr beizupflichten.¹⁶³ Mit ihrer Vollstreckung gegen den (aktuellen) Willen des gebundenen Gesellschafters, jedenfalls wenn sie gem. § 894 ZPO erfolgt,¹⁶⁴ entfaltet auch eine schuldrechtliche, im Ausgangspunkt also nur *inter partes* geltende Vereinbarung eine unmittelbare Wirkung zugunsten bzw. zulasten der Gesellschaft und der Mitgesellschafter,¹⁶⁵ wie sie ansonsten nur dem gerade nicht separat abtretbaren Stimmrecht selbst zukommt. Dies dürfte der entscheidende Gesichtspunkt gegen die gerichtliche Durchsetzung schuldrechtlicher Stimmbindungsvereinbarungen sein. Ohne daher an dieser Stelle auf die zahlreichen (weiteren) Argumente gegen (oder auch für) die Zulässigkeit von Stimmbindungsabreden eingehen zu wollen, liegt es am nächsten, den Widerspruch zum Abspaltungsverbot an der Stelle zu lösen, an der er entsteht, nämlich bei der Annahme einer Vollstreckbarkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung nach § 894 ZPO. Unabhängig von den praktischen Umsetzungsproblemen einer solchen Vollstreckung, spricht – jedenfalls bei der AG – viel für die Auffassung, dass die Stimmabgabe des Gesellschafters, soweit sich sein Ermessen nicht aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgaben (Satzung, Treuepflicht) auf null reduziert, schon aus aktienrechtlichen Gründen einer Substituierung durch einen Vollstreckungstitel nicht zugänglich ist; schließlich setzt die aktienrechtliche Willensbildung der Gesellschafter im Grundsatz ein persönliches Auftreten des Aktionärs oder seines Vertreters in der Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 Satz 1 AktG)¹⁶⁶ oder zumindest seine Distanzkommunikation unter Zuhilfenahme bestimmter Medien (§ 118 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG) voraus. 104 104

Die Frage, ob anstelle des § 894 ZPO, für den sich die herrschende Meinung ausspricht,¹⁶⁷ die Zwangsvollstreckung aus einer Stimmbindungsvereinbarung gem. § 888 ZPO mittels Zwangsgeld 105 105

160 So berichtet bei Hüfner, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Bd. 2, § 47 Rn. 80, m. w. N.

161 BGH, Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 172, unter IV.

162 So Hüfner, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Bd. 2, § 47 Rn. 75, der im Hinblick auf BGHZ 48, 163, Stimmbindungsvereinbarungen ggü. Dritten daher für unzulässig hält.

163 Die Frage, ob eine Stimmbindungsvereinbarung bei vinkulierten Gesellschaftsanteilen zusätzlich als Umgehung der Vinkulierungsklausel zu beurteilen ist und daher der Zustimmung der Gesellschaft bedarf (hierzu z. B. Weber, 2000, S. 94, 102 f., m. w. N.), stellt sich dann gar nicht mehr.

164 In diesem Sinn für den dort entschiedenen Sonderfall BGH, Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, unter IV.

165 Ähnlich Hüfner, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 47 Rn. 80, der den von der Rechtsprechung anerkannten Erfüllungszwang mit Blick auf die hierdurch der Stimmbindung verliehene (von ihm lediglich als »mittelbar« bezeichnete) »Außenwirkung« als »bedenklich« bezeichnet.

166 S. auch Wolff, JW 1929, 2115, 2116 (zit. nach BGH, Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, unter IV.), der den besonders plastischen Standpunkt vertritt, die Struktur der Gesellschafterversammlung verträge es nicht dass anstelle des Gesellschafters »ein steinerner Gast mit einem Abstimmungsanteil in der Hand am Tische sitzt«.

167 Z. B. Rieckers, in: Spindler/Stilz, § 136 Rn. 63; Hüfner, AktG, § 133 Rn. 30: Halte »man Erfüllungsklage

und/oder Zwangshaft in Betracht kommt, die, da sie nur mittelbare Drittwirkung entfalten kann, weil sie um die Stimmabgabe des Aktionärs nicht herumkommt, soll hier nicht weiter vertieft werden. Wie sie auch zu entscheiden ist, bleibt festzuhalten: Gesellschaftsrechtlich spricht – vorbehaltlich der besonderen aktienrechtlichen Grenzen nach §§ 136 Abs. 2 und 405 Abs. 3 Nr. 6 und 7 AktG – nichts gegen Stimmbindungsvereinbarungen zwischen Gesellschaftern und Dritten. Die Vollstreckbarkeit und damit auch die Klagbarkeit der aus diesen Vereinbarungen erwachsenden Primärleistungspflichten ist separat zu beurteilen. In jedem Fall können aus solchen Vereinbarungen Sekundärleistungspflichten, insb. in Gestalt von Schadensersatzansprüchen (§§ 280 ff. BGB) erwachsen.

106-110 *ff) Covenants*

- 106 **106** Als sog. Covenants¹⁶⁸ bezeichnet die deutschsprachige Vertragspraxis bestimmte Nebenabreden (Zusicherungen) i. R. d. Kreditvertrags, die die Rückzahlung der Valuta mit schuldrechtlichen Mitteln sichern sollen.¹⁶⁹ U. a. kann der Kreditgeber versuchen, mittels solcher Abreden auf die Geschäftsführung und Gestaltung des Schuldnerunternehmens Einfluss zu nehmen.
- 107 **107** In der Kredit- und Anleihepraxis habe sich mittlerweile eine Vielzahl typischer Gestaltungen von Covenants herausgebildet.¹⁷⁰ *Positive* (affirmative) *Covenants* regeln bestimmte Handlungen, die der Kreditnehmer vorzunehmen hat. Typische Inhalte solcher Covenants sind z. B. die Pflicht, den Unternehmensbetrieb aufrechtzuerhalten, die Pflicht zum Abschluss der für die Unternehmenstätigkeit notwendigen Versicherungen oder die Pflicht zur Erteilung von Informationen. Insb. Pflichten der zuletzt genannten Art, z. B. bezogen auf Business-Pläne, interne Prognosen und Jahres-, Quartals- oder Monatsabschlüsse, sind in Deutschland, nicht zuletzt vor dem aufsichtsrechtlichen Hintergrund der laufenden Offenlegung nach § 18 Abs. 1 KWG, zunehmend anzutreffen. Ein Konflikt mit der Pflicht des Vorstands zur Verschwiegenheit nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG ist so lange nicht zu befürchten, wie die Weitergabe der Informationen im Gesellschaftsinteresse liegt.¹⁷¹ Davon wird man ohne Weiteres ausgehen können, wenn die Kreditaufnahme selbst im Gesellschaftsinteresse liegt und der Kredit ohne Weitergabe der geschützten Informationen nicht zu erhalten wäre (vgl. § 18 Abs. 1 KWG), soweit (z. B. vertragsrechtlich) sichergestellt ist, dass der Kreditgeber seine Informationen nicht an Unbefugte weiterleitet. Denkbar ist auch die vertragliche Einräumung eines Rechts des Darlehensgebers auf Teilnahme an der Hauptversammlung ohne Rede- und Antragsrecht. In solchen Teilnahmerechten wird im Schrifttum kein Verstoß gegen aktienrechtliche Strukturprinzipien gesehen.¹⁷²
- 108 **108** Eine zweite Fallgruppe stellen die sog. *negativen Covenants* dar, die den Kreditnehmer dazu verpflichten, bestimmte Handlungen, z. B. die Veräußerung gegenwärtiger oder zukünftiger Vermögens-

überhaupt für gegeben«, so biete »sich § 894 ZPO an, weil Stimmabgabe Willenserklärung« sei; *Schröer*, in: MünchKommAktG, § 136 Rn. 89: § 894 ZPO sei »nahe liegend, wenn es um eine konkrete Stimmabgabe zu einem konkreten Beschlussgegenstand« gehe.

168 Der Begriff stammt aus dem angloamerikanischen Rechtskreis und heißt allgemein nicht mehr als Übereinkunft, Vereinbarung oder Nebenabrede.

169 Ein umfassender Überblick hierzu bei *Servatius*, 2008, S. 32 ff.

170 Für eine von der nachstehend dargestellten leicht abweichende Typisierung s. *Haghani/Holzamer* in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 21 Rn. 8 ff.

171 Z. B. *Hüffer*, AktG, § 93 Rn. 8, mit dem Bsp. der Einschaltung von Beratern, »besonders solchen, die ihrerseits zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet sind«.

172 Speziell in Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Genussrechten z. B. *Hüffer*, AktG, § 221 Rn. 26, der solche Teilnahmerechte nur bei Massenemissionen von Genussscheinen für »eher problematisch« hält; *Krieger*, in: MünchHdb GesR IV, § 63 Rn. 62; weiter gehend *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 221 Rn. 120 (Genussrechtsinhabern könnten »nicht unmittelbar in den Willensbildungsprozess der AG eingreifende Rechte wie das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung, das Rederecht und das Auskunftsrecht« ohne Bedenken eingeräumt werden); wohl offen lassend aber BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, unter II.3.c. und IV.2., ebenfalls zu (verbrieften) Genussrechten.

gegenstände oder die Vornahme von Investitionen einer bestimmten Größenordnung ganz oder zumindest ohne Zustimmung des Kreditgebers zu unterlassen.¹⁷³ Sog. *Financial Covenants* werden als die i. R. d. Unternehmensfinanzierung bedeutendste Untergruppe von Covenants beschrieben.¹⁷⁴ Dabei handelt es sich um Kapitalstrukturzusagen des Kreditnehmers, die bestimmte Grenzwerte zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (z. B. das Verhältnis von EBITDA zu Zinsaufwand, das Verhältnis des für den Schuldendienst zur Verfügung stehenden Cashflow zum periodenrelevanten Schuldendienst, Verhältnis der Nettoverschuldung zum EBITDA oder eine kumulierte Obergrenze für Investitionen) zum Gegenstand haben.¹⁷⁵

Über die Mitsprache- und Kontrollrechte, die sie gewähren, bzw. über die unternehmerischen Verhaltensweisen, zu denen sie verpflichten, hinaus vermitteln Covenants dem Kreditgeber auch eine besondere faktische Machtstellung, die damit zusammenhängt, dass mit der Vielzahl an darlehensvertraglichen Nebenpflichten des Kreditnehmers auch die Möglichkeiten des Kreditgebers zunehmen, diesen, selbst wenn er den Kapitaldienst ordnungsgemäß erfüllt, wegen einer Verletzung solcher Pflichten zu sanktionieren oder eben mit entsprechenden Sanktionen zu bedrohen. 109 109

Übliche vertragliche Sanktionen sind etwa die Erhöhung des Zinssatzes, die Verpflichtung zu einer Nachbesicherung, die Anpassung der Covenants selbst oder – bei schweren Verstößen – die Kreditkündigung. Vor allem die Androhung der Kreditkündigung bietet dem Kapitalgeber die Möglichkeit, in die Führung der AG einzugreifen, was bis hin zur faktischen Übernahme der Unternehmensführung gehen kann.¹⁷⁶ Der Kreditgeber riskiert hier nicht nur eine Haftung aus § 117 AktG (hierzu bereits oben [Rdn. 117](#)), sondern auch eine Inanspruchnahme als faktischer Geschäftsleiter (nachstehend [Rdn. 111 ff.](#)). 110 110

b) Verantwortlichkeit als »faktischer Geschäftsleiter«

111-137

Immer dann, wenn der Kreditgeber als »Sanierer« verstärkten Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausübt, ist an den Topos des »faktischen Geschäftsleiters« zu denken. Als »faktischer« (»tatsächlicher«) Geschäftsleiter (speziell bei der AG: »faktisches Vorstandsmitglied«¹⁷⁷) wird ganz allgemein derjenige bezeichnet, der tatsächlich wie ein Leitungsorgan auftritt und handelt,¹⁷⁸ wobei manche den hier ohnehin nicht weiter interessierenden Sonderfall der Personen, die zwar als Geschäftsleiter bestellt wurden, ihre Tätigkeit aber schon vor der Bestellung begonnen bzw. nach der Beendigung ihres Mandats noch fortgesetzt haben oder deren Bestellung aber unwirksam ist, schon aus dem Begriff des »faktischen Geschäftsleiters« ausschließen wollen.¹⁷⁹ 111 111

Die (suggestive) Bedeutung der Qualifizierung einer Person als »faktischer Geschäftsleiter« besteht darin, dass ein »faktischer« Geschäftsleiter eben *auch* ein »Geschäftsleiter« ist, was die Anwendung ausgewählter (nicht aller!) Vorschriften, die für den ordnungsgemäß bestellten Geschäftsleiter gelten, auf den »faktischen« Geschäftsleiter zu rechtfertigen scheint oder zumindest nahe legt.¹⁸⁰ Zahlreiche Fragen in Zusammenhang mit der »faktischen« Geschäftsleitung, insb. der Kreis der Vorschriften, die eine Gleichbehandlung von satzungsmäßigem und faktischem Geschäftsleiter erlauben, sowie die persönlichen und sachlichen Anforderungen an den faktischen Geschäftsleiter werden kontrovers diskutiert. 112 112

173 S. die ausführliche Darstellung bei *Servatius*, 2008, S. 42 ff.

174 *Haghani/Voll/Holzamer*, Studie 2008, S. 5.

175 *Haghani/Voll/Holzamer*, Studie 2008, S. 6.

176 Hierzu *Haghani/Holzamer*, in: Buth/Hermanns, § 21 [Rn. 23](#).

177 Die Diskussion über den faktischen Geschäftsleiter verläuft parallel für das »faktische« AG-Vorstandsmitglied und den »faktischen« GmbH-Geschäftsführer.

178 S. den umfassenden Überblick bei *Dinkhoff*, 2003, S. 15 ff., 90 ff.; *Schäfer*, GmbHR 1993, 717, 722.

179 So etwa *Fleischer*, AG 2004, 517, 518; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 [Rn. 2](#).

180 Kritisch und besonders plastisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 [Rn. 2](#), wenn sie diesbezüglich von der »leider mythischen Kraft als Quelle freier Rechtsfindung« sprechen.

- 113 113 Schon angesichts des Umstands, dass ein faktischer Geschäftsleiter unstreitig kein Mitglied des Vorstands bzw. der Geschäftsführung im Rechtssinne (§§ 76 ff. AktG, §§ 35 ff. GmbHG) mit *allen* Konsequenzen (einschließlich z. B. der Vertretungsbefugnis) ist, kommt man gar nicht umhin, diese Fragen für jede Vorschrift, deren Anwendung auf den »faktischen« Geschäftsleiter zur Rede steht, separat unter maßgebender Berücksichtigung ihres Normzwecks zu beantworten,¹⁸¹ was nicht ausschließt, dass entsprechende Erkenntnisse zur Auslegung der einen Vorschrift auf die andere Vorschrift übertragen werden.
- 114 114 Im Folgenden werden zwei Rechtsbereiche behandelt, in denen dem Kreditgeber in besonderen Konstellationen eine Verantwortlichkeit als faktischer Geschäftsleiter drohen könnte, die besonderen Pflichten des Vorstands im Umfeld der Insolvenz (aa., **Rdn. 115 ff.**) und die allgemeine Geschäftsführerhaftung (bb., **Rdn. 129 ff.**). Auf die Darstellung eines dritten Bereichs, in dem die Kategorie des »faktischen« Geschäftsleiters eine Rolle spielt, nämlich die strafrechtliche Verantwortung wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 Fall 2 StGB)¹⁸² und über § 823 Abs. 2 BGB mittelbar auch die zivilrechtliche,¹⁸³ wird verzichtet. Der Grund hierfür liegt zum einen in der fehlenden praktischen Relevanz dieser Haftung im vorliegenden Kontext, denn der seriöse Kreditgeber wird seine ihm ggf. zur Verfügung stehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der darlehensnehmenden AG nicht dazu benutzen, der Gesellschaft vorsätzlich Nachteile zuzufügen. Zum anderen passt die strafrechtliche Untreue auch systematisch nicht (mehr¹⁸⁴) in den vorliegenden Kontext eines »faktischen« Verständnisses des Geschäftsleiterbegriffs, weil der Tatbestand des § 266 (Abs. 1 Fall 2) StGB ohnehin ganz

181 So auch *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, 9. Aufl. 2002, § 64 **Rn. 7** (entsprechende Aussage in 10. Aufl. 2010 nicht gefunden); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, vor § 35 **Rn. 12**, der ausdrücklich nach den konkreten Geschäftsführungspflichten unterscheidet; *Diekmann/Marsch-Barner*, in: MünchHdb GesR III, § 42 **Rn. 41**: »Frage der Gesetzesanwendung, die bei jeder einzelnen Norm [...] zu klären ist«; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 **Rn. 3**: Eine »einheitliche Rechtsfigur des »faktischen« Geschäftsführers«, die zur Lösung der konkreten Normanwendungsfrage herangezogen werden könnte«, existiere »jedenfalls nicht«; *Stein*, ZHR 148 (1984), 207 ff.

182 S. BGH, Urt. v. 29.05.1987 – 3 StR 242/86, BGHSt 34, 379, wo es erstmalig um die Strafbarkeit des »faktischen Geschäftsführers« gem. § 266 StGB ging. Dort findet sich der Satz (unter III.1.): »Auch der alleinige Gesellschafter einer GmbH kann als ihr (faktischer) Geschäftsführer Untreue zu ihrem Nachteil begehen«. Dass der Angeklagte selbst nicht gesetzlicher Geschäftsführer war, wird vom Gericht nur beiläufig erwähnt und ebenso wenig problematisiert wie das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht. In den nachfolgenden Entscheidungen stellt das Gericht ausdrücklich klar, dass der Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 Fall 2 StGB nicht an die formale Position des (satzungsmäßigen oder faktischen) Geschäftsführers anknüpft, »sondern an die tatsächliche Verfügungsmacht über ein bestimmtes Vermögen, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist« (so BGH, Urt. v. 10.06.1996 – 3 StR 50/96, NJW 1997, 66, unter B.III.1.a.; BGH, Urt. v. 14.07.1999 – 3 StR 188/99, NStZ 1999, 558, unter 1.; ähnlich jüngst wieder BGH, Urt. v. 13.12.2012 – 5 StR 407/12, NSW StGB § 266, unter 2., juris-**Rn. 6 ff.**). Aus dem Schrifttum etwa *Schünemann*, in: LK, 12. Aufl. 2012, § 266 **Rn. 246** und **61**, unter Berufung auf die in dem Tatbestandsmerkmal »Treueverhältnis« angelegte »Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken«; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 **Rn. 25**: »auch der sog. faktischer Geschäftsführer«; *Kohlmann*, 1990, **Rn. 177**; s. zu dieser Rechtsprechung a. *Reiner*, 1995, S. 191 f.

183 Z. B. BGH, Urt. v. 27.06.2005 – II ZR 113/03, ZIP 2005, 1414, 1415. In offensichtlicher Verkennung der oben zitierten Rechtsprechung des 3. Strafsenats stellt der 2. Zivilsenat dort (unter II.1.) allerdings für die Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB ausdrücklich – ohne weitere Auseinandersetzung mit dem strafrechtlichen Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht – auf die Erfüllung derjenigen Kriterien ab, die er in Zusammenhang mit der Insolvenzverschleppung (namentlich in BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, »Ausfallhaftung«, wo unter 5.b. auf BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, verwiesen wird) für die »faktische« Geschäftsführung entwickelt hat.

184 Bis zum 01.04.1970 war das Sonderdelikt der aktienrechtlichen Untreue in § 294 Abs. 1 AktG 1937 normiert. Danach war jedes Vorstandsmitglied strafbar, das vorsätzlich »auf Kosten« bzw. »zum Nachteil« der Gesellschaft handelte. Diese Vorschriften wurden danach – ebenso wie die parallele Vorschrift des § 81a GmbH a. F. – durch Art. 51 Nr. 1 des Gesetzes v. 25.06.1969 (BGBl. I, S. 645) aufgehoben, weil der Ge-

allgemein jeden erfasst, der »die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt«, also gar nicht das Tatbestandsmerkmal des Geschäftsleiters (oder Vertretungsorgans) enthält.

aa) Verantwortung für Insolvenzverschleppung, Insolvenzvertiefung und -verursachung

115-128

(1) Inhalt der Haftung

115-116

- Die größte praktische Bedeutung hat die Figur des »faktischen« Geschäftsleiter in Zusammenhang mit der Pflicht der Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen, »ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen« (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO, zuvor inhaltlich gleich § 92 Abs. 2 AktG a. F. und § 64 Abs. 1 GmbHG a. F.),
- mit dem *Zahlungsverbot* für den Vorstand nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gem. § 92 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG (§ 92 Abs. 3 AktG a. F.) sowie
 - mit den sich aus der Verletzung dieser Pflichten ergebenden *Schadensersatzansprüchen der (Alt- und Neu-) Gläubiger*¹⁸⁵ nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO¹⁸⁶ oder § 15 Abs. 4 InsO¹⁸⁷ und
 - dem *Schadensersatzanspruch der AG* nach § 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG. Ebenfalls für eine Erstreckung auf das »faktische« Vorstandsmitglied in Betracht kommt mittlerweile das durch das MoMiG eingeführte, gleichermaßen an den Vorstand gerichtete und mit einer Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG sanktionierte Verbot speziell von insolvenzverursachenden Zahlungen an Aktionäre (§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG); im vorliegenden Kontext könnte es immer dann relevant werden, wenn der Kreditgeber nicht nur »faktisches« Vorstandsmitglied, sondern gleichzeitig auch – z. B. im Rahmen einer Sanierungsbeteiligung – Aktionär ist.

setzgeber davon ausging, dass alle einschlägigen Fälle bereits durch § 266 StGB erfasst würden (Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. VI/4094, S. 56).

- 185 S. BGH, Urt. v. 30.03.1998 – II ZR 146/96, BGHZ 138, 211, unter II.1.c., zur Notwendigkeit, »zwischen den Schadensersatzansprüchen der Neu- und der Altgläubiger zu differenzieren«, und zum Recht des Konkursverwalters (Insolvenzverwalters), die Ansprüche der Altgläubiger in eigenem Namen geltend zu machen, wobei er die hierauf eingezogenen Beträge nur für die Altgläubiger verwenden kann.
- 186 Grds. ablehnend ggü. dem Schutzgesetzcharakter der Insolvenzantragspflicht s. *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 679, noch zu §§ 64 (und 84, s. nachfolgende Fn. 187) GmbHG a. F. bzw. §§ 92 (und 401) AktG.
- 187 Die Schadensersatzhaftung der Organvertreter wegen Insolvenzverschleppung ergibt sich parallel zu §§ 823 Abs. BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO auch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. der strafrechtlichen, inhaltlich auf die zivilrechtliche Bezug nehmende Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 4 InsO (früher: § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG a. F. bzw. § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a. F.). Zur *strafrechtlichen* Verantwortung des faktischen Geschäftsleiters (noch nach den §§ 84 Abs. 2 Nr. 2, 64 Abs. 1 GmbHG a. F.) s. z. B. BGH, Urt. v. 22.09.1982 – 3 StR 287/82, BGHSt 31, 118 ff.; BGH, Urt. v. 26.06.1952 – 1 StR 153/52, BGHSt. 3, 37 f. Aus dem Schrifttum z. B. *Schäfer*, GmbHR 1993, 717, 722 f.; *Tiedemann*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 3, Vor §§ 82 ff. Rn. 32 (strenger, nämlich das »Einverständnis s aller Gesellschafter als Legitimationsgrund« verlangend, *ders.*, a. a. O., § 84 Rn. 22 f., im Rahmen der strafrechtliche Verlustanzeige-pflicht des Geschäftsführers nach § 84 GmbHG); *Koblmann*, 1990, Rn. 16, 19 ff., jedoch nur dann, wenn neben dem »faktischen Geschäftsführer« kein ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer vorhanden sei oder dieser von der tatsächlich tätigen Person beherrscht werde; gänzlich die strafrechtliche Verantwortung ablehnend im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) hingegen *Stein*, 1984, S. 130 ff., 194 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 82 Rn. 2 i. V. m. § 84 Rn. 7; *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 84 Rn. 30 (ohne eigene Position zum Streit *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 82 Rn. 86); *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Vor § 64 Rn. 58 i. V. m. § 84 Rn. 10; in Bezug auf die Insolvenzverschleppung und andere Tatbestände, »die die Verletzung spezifischer Organpflichten zum Gegenstand haben«, auch *Dannecker*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 2, § 84 Rn. 29 i. V. m. § 82 Rn. 44 ff., 47.

- 116 116 Nach gefestigter, inzwischen sogar durch die Gesetzesmaterialien zum MoMiG bestätigter¹⁸⁸ höchst-richterlicher Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung hat die Person, die zwar rechtlich nicht dem geschäftsführenden Organ einer Kapitalgesellschaft angehört, tatsächlich aber wie ein Organmitglied auftritt und handelt, unabhängig davon, ob ein – wenn auch unwirksamer – förmlicher Bestellungsakt vorliegt oder nicht, die Pflicht, den Insolvenzantrag rechtzeitig zu stellen¹⁸⁹ bzw. – bei Verneinung eines eigenen Antragsrechts – jedenfalls dafür Sorge zu tragen, dass der Insolvenzantrag von dem formal bestellten Vertretungsorgan oder bei Führungslosigkeit (§ 78 Abs. 1 Satz 2 AktG) von einem Gesellschafter (§ 15a Abs. 3 InsO) gestellt wird.¹⁹⁰ Soweit sich die zivilrechtliche höchst-richterliche Rechtsprechung überhaupt mit dem Grund der Haftungserstreckung auf den »tatsächlichen« Geschäftsführer auseinandersetzt und nicht lediglich auf die Strafrechtsprechung verweist, begnügt sie sich mit dem pauschalen Hinweis auf den »Schutzzweck des Gesetzes«.¹⁹¹

188 S. Begr. RegE MoMiG v. 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 56, zu § 15a Abs. 3 InsO i. d. F. des Entwurfs (entspricht inhaltlich dem geltenden § 15a InsO): »Durch die hier vorgesehene Regelung zu der Fallgruppe der führungslosen Gesellschaft werden die Rechtsprechung zum faktischen Geschäftsführer und die weitere Rechtsentwicklung hierzu nicht berührt«.

189 Die höchst-richterliche Zivilrechtsprechung beginnt – soweit überschaubar – mit BGH, Urt. v. 24.10.1973 – VIII ZR 82/72, WM 1973, 1354, unter III., zur Haftung nach den §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 und 64 Abs. 2 GmbHG a. F., unter Berufung auf die damals noch »vereinzelte« strafrechtliche Rechtsprechung zur (durch Art. 150 Nr. 7 des Gesetzes v. 24.05.1968 mit Wirkung v. 01.10.1968 aufgehobenen) Zurechnungsnorm des § 83 GmbHG a. F., die dort i. R. d. allgemeinen Konkursstrafatbestandes gem. § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO Bedeutung erlangte; die Frage der Übertragbarkeit der strafrechtlichen auf die zivilrechtliche Betrachtung wird in dieser Entscheidung (und in den nachfolgenden Entscheidungen) nicht erörtert. Im Anschluss daran s. z. B. BGH, Urt. v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, 106, »Herstatt«, unter II.1.a., zu § 92 Abs. 2 AktG; Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, zu §§ 130a Abs. 1 Satz 2, § 177a HGB a. F.; BGH, Urt. v. 11.07.2005 – II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550, zu § 64 Abs. 1 und 2 GmbHG a. F. Aus dem Schrifttum zustimmend z. B. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 3, Vor § 64 Rn. 23 (allerdings mit eigener Begründung); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh zu § 64 Rn. 49, der immerhin die strafrechtliche Insolvenzverschleppungshaftung des »faktischen« Geschäftsführers ablehnt; ebenso wohl *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Vor § 64 Rn. 58 i. V. m. § 84 Rn. 10: »zum [strafrechtlichen] Täterkreis« gehörten »grds. nur die ins Amt bestellten Organwalter«; zivilrechtlich differenzierend *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 47; *Nerlich*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 2, § 64 Rn. 16; *Roth*, ZGR 1989, 421, 423, die zumindest die (formlose) Duldung bzw. das Einverständnis des für die Bestellung des Geschäftsführers zuständigen Organs (Gesellschafter bzw. Aufsichtsrat) voraussetzen. Zu den vertretenen Auffassungen s. die umfassende Darstellung bei *Fleischer*, AG 2004, 517 ff. und *Dinkhoff*, 2003, S. 90 ff.

190 So die Einschätzung z. B. von *Wehr* in: HambKomm, InsO, § 15 Rn. 14, unter Berufung (u. a.) auf BGH, Beschl. v. 07.12.2006 – IX ZB 257/05, ZIP 2007, 144: Ohne förmlichen Bestellungsakt reiche »bereits aus Gründen der [...] Rechtssicherheit und -klarheit« die faktische Geschäftsführung nicht aus, um ein Antragsrecht zu begründen. In der zitierten Entscheidung verneint das Gericht allerdings nicht die Befugnis des faktischen Geschäftsführers einer (ordnungsgemäß vertretenen) Gesellschaft (GmbH), einen Insolvenzantrag zu stellen, sondern nur die ordnungsgemäße Vertretung und damit die Insolvenzfähigkeit (§§ 4 InsO, 51 Abs. 1 ZPO) einer Gesellschaft, deren Geschäftsführer durch einen unwirksamen Gesellschafterbeschluss bestellt wurde. S. z. B. auch *K. Schmidt*, in MünchKommHGB, § 130a Rn. 7, und 13 zu § 15a InsO: Die Bestimmung statuiere »dem Wortlaut nach ein Gebot (nämlich die Insolvenzantragspflicht)«, funktioniere »aber praktisch als Verbot (nämlich als deutsche Variante des Verbots des wrongful trading)«. Die »von der hM (Unterlassungsdelikt) abgelehnte Betrachtung der Insolvenzverschleppung als Begehungsdelikt« mache die Erfassung faktischer Organe »plausibel«; ähnlich *ders.*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, Vor § 64, Rn. 23; *ders.*, ZIP 1988, 1497, 1500 f., zu §§ 64 GmbHG a. F., § 130a HGB a. F.

191 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 47 f.: »Der Grund für die Haftung des tatsächlichen Geschäftsführers« liege »letztlich darin, dass derjenige, der ohne dazu berufen zu sein, wie ein Geschäftsführer handle, auch die Verantwortung eines Geschäftsführers tragen und wie ein solcher haften« müsse, »wenn nicht der Schutzzweck des Gesetzes gefährdet werden« solle.

(2) Anforderungen an den faktischen Geschäftsführer

117-128

– Kriterien der Rechtsprechung

117 117

Als »faktischer« Geschäftsführer in diesem Sinn kommt infrage, wer die Geschäftsführungsaufgaben in »maßgeblichem Umfang« übernimmt bzw. »die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand nimmt«. ¹⁹² Die Strafrechtsprechung hat z. T. auch auf »ein Übergewicht« ¹⁹³ bzw. »eine überragende Stellung« ¹⁹⁴ abgestellt. Die vollständige Verdrängung des satzungsgemäßen Geschäftsführungsorgans ist jedenfalls nicht erforderlich. ¹⁹⁵ Das Merkmal der »überragenden Stellung« dokumentiert sich nach Ansicht des BayObLG insb. dadurch, dass er von den acht klassischen Kernbereichen der Geschäftsführung (Bestimmung der Unternehmenspolitik, Unternehmensorganisation, Einteilung von Mitarbeitern, Gestaltung von Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern, Verhandlung mit Kreditgebern, Gehaltshöhe, Entscheidung in Steuerangelegenheiten, Steuerung der Buchhaltung) mindestens sechs erfüllt. ¹⁹⁶

118 118

Der zweite Zivilsenat des BGH betont weiterhin in seinen Entscheidungen zur zivilrechtlichen Insolvenzverschleppungshaftung, dass es bei der Feststellung, ob es sich um ein »faktisches Organ« handelt oder nicht, entscheidend auf das »Gesamterscheinungsbild des Auftretens« ankommt. Daher reiche es für die Qualifizierung der maßgeblichen Person als »faktisches Organ« nicht aus, dass dieser nur gesellschaftsintern auf den satzungsmäßigen Geschäftsleiter einwirke. Erforderlich sei auch »ein nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln«. ¹⁹⁷

119 119

– Haftung von juristischen Personen

120 120

In jedem Fall kann »faktischer« Geschäftsleiter nach der Rechtsprechung nur eine natürliche Person sein. Für die Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung versteht sich dies von selbst; für die Inanspruchnahme des faktischen Geschäftsleiters nach den Regeln der Insolvenzvertiefungshaftung des § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. (jetzt: § 64 Satz 1 und 2 GmbHG) und der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung (unten Rdn. 129 ff.), die beide an das Tatbestandsmerkmal »Geschäftsführer« anknüpfen, begründet

121 121

192 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 46; BGH, Urt. v. 11.07.2005 – II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550, unter I.1.

193 BGH, Urt. v. 19.04.1984 – 1 StR 736/83, wistra 1984, 178, zur Strafbarkeit des »faktischen Geschäftsführers« wegen Verletzung von Rechnungslegungspflichten nach den §§ 283 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 Buchst. b) StGB.

194 BGH, Urt. v. 22.09.1982 – 3 StR 287/82, BGHSt 31, 118, 120, juris-Rn. 9, zu den §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, § 64 Abs. 1 GmbHG a. F.: »Jedenfalls« eine »überragende Stellung« führe dazu, »dass der in erster Linie die Führung der Geschäfte Bestimmende auch die Pflichten erfüllen« müsse, die den Geschäftsführer träfen, und dass er bei deren Verletzung die strafrechtlichen Folgen zu tragen habe, die das Gesetz an eine solche Pflichtverletzung durch den Geschäftsführer knüpfe.

195 Z. B. BGH, Urt. v. 11.07.2005 – II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550, unter I.1. Aus dem Schrifttum z. B. *Schulze/Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 47; *Nerlich*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 2, § 64 Rn. 17. Ähnlich *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, Anh. § 92 Rn. 35, die »faktisch dominierenden Einfluss auf den Vorstand« fordern.

196 BayObLG, Urt. v. 20.02.1997 – 5 StR 159/96, NJW 1997, 1936; so auch *Dierlamm*, NSStZ 1996, 153, 156.

197 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 48, zu §§ 130a Abs. 1 Satz 2, § 177a HGB a. F.; im Anschluss daran BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, »Ausfallhaftung«, Leitsatz 3 (hierzu unten bb.); aus der Strafrechtsprechung BGH, Urt. v. 10.06.1958 – 5 StR 190/58, GmbHR 1958, 178, zu § 84 GmbHG a. F. Bestätigend aus dem Schrifttum z. B. *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 20 Rn. 38; auch *Nerlich*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 2, § 64 Rn. 16: »wer aktiv an der Geschäftsführung teilnimmt und mit dem Einverständnis der Gesellschafter/Mitgesellschafter nach innen und außen für die Gesellschaft tätig wird«. S. auch *Haas*, in: Baumbach/Hueck, § 82 Rn. 86, m. w. N., der auf ein insofern abweichendes Begriffsverständnis der Strafrechtsprechung (BGH, Urt. v. 10.5.2000 – 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62, zu § 82 GmbHG) hinweist.

der BGH dies rein formal mit § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, wonach »Geschäftsführer« nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein kann.¹⁹⁸

- 122 122 Auf die zivilrechtliche Verantwortung des Vorstandsmitglieds einer AG (und GmbH-Geschäftsführers) wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 1 InsO i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB bzw. wegen Insolvenzvertiefung oder -verursachung nach §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG lässt sich diese Überlegung ohne Weiteres übertragen, denn die genannten Haftungsvorschriften gelten nur für »Mitglieder des Vertretungsorgans« der AG (§ 15a Abs. 1 InsO) bzw. »Vorstandsmitglieder« und insoweit ebenfalls nur für natürliche Personen (§ 76 Abs. 3 Satz 1 AktG). Die Linie des BGH ist übrigens, so formalistisch ihre Argumentation auch sein mag, zumindest mit Blick auf die Insolvenzverschleppungshaftung im Ergebnis durchaus überzeugend, denn die Strafnorm des § 15a Abs. 4 InsO (»[. . .] wer entgegen Absatz 1 Satz 1 [. . .] einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt«) geht offensichtlich von dem gleichen persönlichen Anwendungsbereich aus wie § 15a Abs. 1 InsO.
- 123 123 Für gewerbliche Kreditgeber, die ja zumindest in Deutschland keine Einzelkaufleute sein können (§ 2b Abs. 1 KWG), bedeutet diese Rechtsprechung, dass nicht sie selbst, sondern allenfalls die natürlichen Personen, die für sie handeln (insb. das Leitungspersonal), für Einmischungen in die Geschäftspolitik der kreditnehmenden AGen unter dem Gesichtspunkt der »faktischen« Geschäftsleitung zur Verantwortung gezogen werden können. Auch eine Haftung der Kreditinstitute in ihrer Eigenschaft als Organträger nach § 31 BGB i. V. m. der (etwaigen) Insolvenzverschleppungs-, vertiefungs- oder -verursachungshaftung kommt nicht in Betracht, selbst wenn das persönliche Verhalten ihrer organschaftlichen Vertreter als »faktische« Geschäftsleitung der Kreditnehmerin zu qualifizieren wäre.¹⁹⁹
- 124 124 Die Zurechnung des Organhandelns muss daran scheitern, dass die Haftungsnormen mit der Eigenschaft als (satzungsmäßiges oder »faktisches«) »Mitglied des Vertretungsorgans« bzw. »Vorstandsmitglied« besondere persönliche Voraussetzungen enthalten, die die Kreditinstitute gerade nicht erfüllt. Andernfalls würde diese Voraussetzung leer laufen, und die Kreditinstitute würden im Ergebnis doch wie faktische Geschäftsleiter in Anspruch genommen. Letztlich auf einer vergleichbaren Überlegung beruht die Rechtsprechung des BGH, der die Haftung einer Gesellschaft für Versäumnisse der von ihr in den Aufsichtsrat einer AG entsandten Vertreter ggü. dieser Gesellschaft aus § 31 BGB i. V. m. §§ 116, 93, 117 AktG mit Blick auf die unabhängige und eigenverantwortliche Stellung eines Organs ablehnt.²⁰⁰
- 125 125 – Kreditgeber als faktisches Organ
- 126 126 Von der Zurechnungsproblematik abgesehen wird die Einordnung von Kreditgebern (bzw. der für sie handelnden natürlichen Personen) als »faktische Geschäftsleiter« im Schrifttum (noch) aus anderen Gründen angezweifelt: Den Kreditgebern fehlten in aller Regel zwei Qualifikationsmerkmale faktischer Organe, sie handelten nämlich nicht aus einer organtypischen Stellung heraus, und sie wür-

198 BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, 68, unter 5.a., zu § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.; kritisch *Fleischer*, AG 2004, 517, 526; *ders.*, GmbHR 2011, 337, 343 (allgemein zur Rechtsfigur des faktischen Geschäftsleiters): »[A]us Gründen des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes« sei »eine Einbeziehung juristischer Personen geboten«; s. auch *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, § 43 Rn. 22 und 26 (zwar zur allgemeinen Geschäftsleiterhaftung, aber wohl übertragbar): Da es »nicht darauf ankommen« könne, »ob eine Bestellung zum Geschäftsführer überhaupt rechtlich zulässig wäre«, könne »analog § 43 auch eine juristische Person haften«; *Servatius*, 2008, S. 356 ff. Vgl. auch *Stein*, 1984, S. 44, die die Möglichkeit einer Qualifizierung der »herrschenden Konzerngesellschaft« anspricht und jedenfalls nicht per se ausschließt.

199 So aber *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 93 Rn. 19, der gerade angesichts der von ihm offenbar für möglich gehaltenen Zurechnung über § 31 BGB die Notwendigkeit verneint, juristische Personen als »faktische« Geschäftsleiter zu erfassen.

200 Z. B. BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 397 f., unter III.; kritisch *Ulmer*, in: FS Stimpel, 1985, S. 705, 719 ff.

den durch ihre Einflussnahme »antagonistische Gläubigerinteressen« wahrnehmen.²⁰¹ Ebenso wie die Rechtsprechung i. R. d. § 17 AktG eine durch einen Kreditvertrag begründete wirtschaftliche Abhängigkeit nicht genügen lasse, sondern eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit verlange,²⁰² bedürfe auch die Stellung als »faktischer« Geschäftsleiter eines Übergreifens in die korporative Sphäre, sodass vertraglich ausbedungene Informations- und Inspektionsrechte unschädlich seien. Die »kritische Zone« beginne erst dort, wo der gesellschaftsfremde Kreditgeber in die gesetzliche Organisationsstruktur der Gesellschaft eindringe.²⁰³

Ob man mit der Abgrenzung Gläubigerinteresse *versus* Gesellschaftsinteresse viel anfangen kann, darf bezweifelt werden, wenn die Figur der »faktischen« Geschäftsleitung gerade in den Fällen versagt, wo die Einflussnahme auf die Geschäftsleitung an Fremdinteressen, z. B. den Interessen der Muttergesellschaft, ausgerichtet ist (Fremdsteuerung²⁰⁴) und die Gesellschaft durch die faktische Geschäftsleitung besonders gefährdet ist. Das weitere Kriterium der gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme findet jedenfalls keine ausreichende Bestätigung in der Rechtsprechung zur »faktischen« Organverantwortlichkeit. Treffender erscheint die Beobachtung, dass Kreditgeber zwar oft über großen Einfluss auf ihre Schuldner verfügen, aber dabei meistens nicht selbst (bzw. durch ihr Personal) nach außen als Lenker der Gesellschaft in Erscheinung treten,²⁰⁵ was mit dem Bewusstsein der Banken vom Haftungsrisiko,²⁰⁶ eher aber wohl mit dem Selbstverständnis, dass Banken »keine Unternehmer« sind,²⁰⁷ zusammenhängt. 127 127

Näher am Tatbestand der »faktischen« Geschäftsleitung als die Banken selbst befinden sich regelmäßig die externen Sanierungsberater oder -manager, die von Kreditnehmern in Schwierigkeiten auf Veranlassung der Banken eingeschaltet werden und denen z. T. auf ausdrückliches Verlangen der Banken eine Geschäftsführungsfunktion und Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt wird.²⁰⁸ Eine Zurechnung des Wirkens dieser Sanierungsdienstleister zur Bank, die auf ihre Einsetzung gedrängt hat, kommt normalerweise weder nach § 831 BGB noch nach § 31 BGB in Betracht.²⁰⁹ 128 128

bb) Allgemeine Haftung gem. § 93 Abs. 2 und Abs. 3 AktG

129-137

Der zweite Bereich, in dem die Rechtsfigur des »faktischen« Geschäftsleiters im vorliegenden Kontext praktisch relevant werden könnte, ist die allgemeine Vorstandshaftung nach den §§ 93 Abs. 2 und Abs. 3 AktG. In der Vergangenheit hat der BGH zwar bereits wiederholt mit einer Anwendung der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung (namentlich des § 43 Abs. 2 GmbHG) auf »faktische« Geschäftsleiter (ohne – sei es auch fehlerhaften – Bestellungsakt) sympathisiert; er konnte diese Frage bislang aber immer offen lassen,²¹⁰ auch wenn dies im Schrifttum gerne anders dargestellt wird.²¹¹ 129 129

201 *Fleischer*, AG 2004, 517, 527. Ähnlich *Engelke*, Die Bank, 1998, 431, 432: Die Kreditgeber verfolgten eigene Gläubigerinteressen und eben nicht das Interesse der Gesellschaft, was die ureigenste Aufgabe eines Geschäftsführers sei.

202 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 318, 394 – 397.

203 *Fleischer*, AG 2004, 517, 527.

204 Zum Begriff *Reiner*, 1995, S. 4 f.

205 *Engert*, 2005, S. 34.

206 So die Vermutung von *Engert*, 2005, S. 34 Fn. 125, m. w. N.

207 So berichtet bei *Engert*, 2005, S. 34 Fn. 125, m. w. N.

208 *Engert*, 2005, S. 34, m. w. N.

209 Mit überzeugenden Argumenten *Engert*, 2005, S. 35 f.

210 Z. B. BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61 ff., zu § 43 Abs. 2 GmbHG; BGH, Urt. v. 28.09.1992 – II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, unter II.2.: Hier scheidet die Haftung nach »§ 43 Abs. 2 GmbHG entspr.« bereits daran, dass der Beklagte als wirtschaftlicher Alleingesellschafter »praktisch seine eigenen Weisungen« ausgeführt hat; BGH, Urt. v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, 106, »Herstatt«, zur Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG in Zusammenhang mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, die die Entscheidungsgewalt über die Geschäftsleitung »an sich gezogen« hatten.

211 So z. B. *Buck/Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 7, die in der Rechtsprechung eine

- o 130 In seinem Urt. v. 25.02.2002²¹² zieht es das Gericht vor, die Anwendbarkeit des § 43 Abs. 2 GmbH auf den wirtschaftlichen Mehrheitsgesellschafter, der im Fall die satzungsmäßigen Geschäftsführer laut Vorbringen der Revision zu »reinen Befehlsempfängern« degradierte, bereits daran scheitern zu lassen, dass dieser Gesellschafter ohne die gemäß seiner Rechtsprechung zur Insolvenzverschleppung für die faktische Geschäftsleitung erforderliche »Außenwirkung« gehandelt habe. Damit scheint für das Gericht immerhin – ohne den Versuch einer Begründung – festzustehen, dass die Anforderungen an die »faktische« Geschäftsleitung, sollte sie i. R. d. allgemeinen Geschäftsleiterhaftung tatbestandsmäßig sein, jedenfalls identisch mit denjenigen bei der Insolvenzverschleppungshaftung sind.
- 130 131 Z. T. wird daraus geschlossen, dass »der BGH [...] [damit] die Weichen gestellt hat, dass eine Person, die sich faktisch wie ein Vorstand verhält, auch wie ein solcher haftet, also auch nach § 93 Abs. 2 AktG«. ²¹³ Diese Vermutung hat der 2. Zivilsenat bislang jedenfalls noch nicht bestätigt. In der aktien- und GmbH-rechtlichen Lehre ist diese Frage umstritten. ²¹⁴ Eine verbreitete Meinung will die (allgemeine) Haftung faktischer Geschäftsleiter im Grundsatz auf fehlerhaft bestellte Organmitglieder beschränken. ²¹⁵ Ein zumindest förmlicher Beststellungsakt sei deshalb notwendig, da »bloß tatsächliche Umstände keine rechtliche Sonderverbindung zu begründen vermögen«. ²¹⁶
- 131 132 Nach der Gegenansicht, die die Haftung faktischer Organmitglieder auch ohne fehlerhaften Beststellungsakt befürwortet, ²¹⁷ darf der »Schutz der AG durch die scharfe Haftung des Organmitglieds« nicht von einem Beststellungsakt abhängen, »wenn die gleichen Funktionen faktisch ausgeübt« würden. Die rechtliche Sonderverbindung werde durch die »Okkupierung der Organfunktionen« begründet. ²¹⁸ Diese Argumentation überzeugt aber bereits deshalb nicht, weil § 43 GmbHG in jedem Fall und unabhängig davon, wer die Geschäfte tatsächlich leitet, auf den satzungsmäßigen Alleingeschäftsführer anwendbar bleibt. Dieser hat angesichts seiner Garantenstellung für das Verhalten des »faktischen Geschäftsleiters«, den er schuldhaft gewähren lässt, voll einzustehen. ²¹⁹ Aus demselben Grund vermag es auch nicht zu überzeugen, wenn die Haftung des faktischen Geschäftsleiters mit dem »Gläubigerschutzzweck« (neben anderen Zwecken) der Geschäftsleiterhaftung begründet wird. ²²⁰
- 132 133 Die für eine Analogie zu § 93 Abs. 2 und 3 AktG (bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG) erforderliche Regelungslücke erscheint schon deshalb noch nicht nachgewiesen, sofern die Gesellschaft nicht ausnahmsweise führunglos ist. Hinzu kommt, dass speziell bei der AG mit den §§ 117, 317 AktG weitere Haftungstatbestände zur Verfügung stehen, die immerhin unter bestimmten Voraussetzungen

Haftung des faktischen Geschäftsführers »nach § 43 Abs. 2 (analog)« zu erkennen glaubt und sich hierfür zu Unrecht (u. a.) auf »BGHZ 150, 61, 69« (hierzu gleich nachfolgend) beruft.

212 BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, 69, »Ausfallhaftung«, unter 5.b.

213 Wiesner, in: MünchHdb GesR IV, § 26 Rn. 3.

214 S. die Darstellung bei Fleischer, AG 2004, 517 ff.

215 Z. B. Hüffer, AktG, § 93 Rn. 12; Mertens/Cahn, in: KK-AktG, § 93 Rn. 42 f.; Wiesner, in: MünchHdb GesR IV, § 26 Rn. 3; offen lassend Landwehrmann, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 93 AktG Rn. 4; Diekmann/Marsch-Barner, in: MünchHdb GesR III, § 46 Rn. 5.

216 Hüffer, AktG, § 93 Rn. 12.

217 Z. B. Spindler, in: MünchKommAktG, § 93 Rn. 17; Schneider, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, § 43 Rn. 26 (zur GmbH); vermittelnd Hopt, in: GK-AktG, Bd. 3, § 93 Rn. 49 ff. (Stand: 1.1.1999), der die Billigung des Aufsichtsrates mit der faktischen Wahrnehmung der Geschäftsführertätigkeit verlangt.

218 Spindler, in: MünchKommAktG, § 93 Rn. 17; ebenso Fleischer, AG 2004, 517, 523 f.

219 S. dazu Reiner, 1995, S. 160 f.; so wohl auch Schneider, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, § 43 Rn. 22; Diekmann/Marsch-Barner, in: MünchHdb GesR III, § 46 Rn. 5; Haftung des als »Strohmann« vorgeschobenen Geschäftsführers.

220 So aber z. B. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 3: »Wenigstens Gläubigerschutzzweck« rechtfertige die Haftung desjenigen, »der, ohne bestellt zu sein, de facto aber Geschäftsführerkompetenzen« wahrnehme, »grds.«; Weimar, GmbHR 1997, 473, 478. Ähnlich schon mit der Gefährdung des Schutzzwecks des § 43 GmbHG argumentierend OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.1993 – 6 U 245/92, DB 1994, 371, 372.

schädigende Eingriffe Dritter in die Geschäftsführung einer AG ebenfalls sanktionieren. Schließlich scheint auch die Annahme, dass Personen, die mit Duldung des satzungsgemäßen Geschäftsführers Geschäfte der GmbH erledigen, mit der Gesellschaft zumindest konkludent in einem Auftragsverhältnis (§ 662 BGB) stehen und daraus für die Folgen fahrlässiger oder vorsätzlicher Schlechterfüllung haften (§ 280 Abs. 1 BGB), keineswegs völlig abwegig.²²¹

Gegen die Erstreckung der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung auf den »faktischen« Geschäftsleiter sprechen aber auch noch grundsätzliche Erwägungen.²²² Der Gedanke der Organhaftung des »faktischen Geschäftsleiters« vermengt nämlich zwei unterschiedliche Aspekte, die auf der Zweideutigkeit des Begriffes der »Geschäftsführung« beruhen. Einerseits bezeichnet »Geschäftsführung« die Besorgung der Geschäfte anderer, die immer einer Pflichtbindung unterliegt (vgl. § 678 BGB) und in die sich auch die allgemeine Haftung des satzungsmäßigen Geschäftsleiters einordnen lässt. Andererseits aber bedeutet »Geschäftsführung« auch »Führung« einer Gesellschaft im Sinne von Willensbildung und Willensdurchsetzung (»Steuerung«). Diese letztere Bedeutung des Begriffes der »Geschäftsführung« ist es, die der Idee einer allgemeinen Organhaftung wegen »Inanspruchnahme von Organmacht«²²³ zugrunde liegt. Sie kommt insoweit im herrschenden Begriffsverständnis des »faktischen« Geschäftsleiters zum Ausdruck, als es verlangt, dass die Geschäftsführungsaufgaben in »maßgeblichem Umfang« übernommen bzw. »die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand« genommen werden (s. weiter oben **Rdn. 117 ff.**).²²⁴

Wenn es bei der Haftung des faktischen Geschäftsleiters aber tatsächlich um den Schutz der gesellschaftlichen Willensbildung auf der Ebene der Geschäftsleitung vor einer gesellschaftsschädigenden Einflussnahme durch Unbefugte geht, ist nicht verständlich, warum dieser Schutz mit einem Rückgriff auf die in den §§ 93 AktG, 43 GmbHG zum Ausdruck kommende Pflichtbindung bei der Besorgung fremder Geschäfte erreicht werden sollte, die den besonderen Unrechtsgehalt einer solchen Einflussnahme gar nicht erfasst und z. B. versagt, wenn der Einfluss Nehmende nicht selbst tätig wird, sondern sich damit begnügt, Druck auf den satzungsmäßigen Geschäftsführer auszuüben.²²⁵

Hinzu kommt, dass es im Aktienrecht zum Schutz der Willensbildung des Leitungsorgans in Gestalt des § 117 AktG einen eigenen, auf vorsätzliche Schädigung beschränkten Haftungstatbestand gibt, der durch die Figur der faktischen Geschäftsführung nicht unterlaufen werden sollte. Sollte aber der

221 Vgl. aber BGH, Urt. v. 28.09.1992 – II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, unter II.2. Dort lehnt das Gericht zwar einen Schadensersatzanspruch der (nicht führungswirksamen) GmbH gegen ihren (beklagten) wirtschaftlichen Alleingesellschafter wegen eines nachteiligen Eingriffs in die Geschäftsführung unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) ab, weil die Gesellschaft als Strohmangründung keinen vom Willen des wirtschaftlichen Alleingeschafters abweichenden Willen haben könne; das Gericht kommt aber nicht auf den Gedanken, den angesichts dieser Konstellation näher liegenden Schadensersatzanspruch aus verletztem Auftrag zu prüfen, sondern wendet sich sofort der Frage einer Analogie zu § 43 Abs. 2 GmbHG zu (unter II.2.), die es im konkreten Fall mit Blick auf die (bei wirtschaftlicher Betrachtung) bestehende Möglichkeit des Beklagten zur Erteilung von Weisungen an den satzungsmäßigen Geschäftsführer verneint.

222 Hierzu – aus rechtsvergleichender Sicht – auch schon *Reiner*, 1995, S. 176 f.

223 So ausdrücklich *Wilhelm*, 1981, S. 337; ähnlich *ders.*, NJW 2003, 175, 179, im Kontext der Gesellschafterhaftung. »Jede Machtausübung über die juristische Person« begründe »ein Sonderrechtsverhältnis«, es sei »Geschmacksache«, ob man dann »von einer Haftung aus mitgliedschaftlichem Sonderrechtsverhältnis, Treuepflicht oder *negotiorum gestio*« spreche.

224 Vgl. auch *Stein*, 1984, S. 200, die die Einbeziehung von Nichtorganen in die Organhaftung auf einen Gedanken stützen will, »den man als Organverdrängungsprinzip beschreiben« könne. Deutlicher kommt der Gedanke der Beherrschung bei *Fleischer*, AG 2004, 517, 527, zum Ausdruck, wenn er in Anlehnung an § 17 AktG ein Eindringen in die gesetzliche Organisationsstruktur der Gesellschaft verlangt (hierzu schon oben **Rdn. 126**).

225 S. hierzu BGH, Urt. v. 25.02.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, unter 5.b., wo es für die Annahme »faktischer« Geschäftsführung mangels eines eigenen Auftretens der betreffenden Person als »Geschäftsführer« nach außen nicht ausreichte, dass die satzungsmäßigen Geschäftsführer nur noch »reine Befehlsempfänger« waren (s. weiter oben im Text).

Rechtsgrund einer Haftung des faktischen Geschäftsleiter doch wie bei den §§ 93 AktG, 43 GmbHG in der Besorgung fremder Geschäfte liegen,²²⁶ ist nicht nachvollziehbar, warum nicht bereits jede Usurpation einzelner Geschäftsführeraufgaben durch Dritte eine Sorgfaltshaftung für die schädlichen Folgen dieses Vorgehens nach sich ziehen soll, sondern nur dann, wenn diese Personen regelmäßig und in einem bestimmten Umfang Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen.

- 136 137 Ungeachtet dieser Bedenken sollte die Praxis die Möglichkeit einer Haftung von Kreditgebern ggü. der Gesellschaft als »faktische Geschäftsleiter« jedenfalls einkalkulieren.

138-151 **4. Aktienrechtliche Grenzen partiarischer Darlehen**

138 a) *Wesen partiarischer Darlehen*

- 137 138 Partiarische Darlehen (häufig auch: Beteiligungsdarlehen) sind eine Sonderform des Darlehens, bei der der Darlehensgeber als Gegenleistung für die Kapitalüberlassung keinen festen oder kapitalmarktabhängigen Zinssatz, sondern einen Anteil an dem vom Darlehensnehmer erwirtschafteten Umsatz oder Gewinn erhält.²²⁷ Wie gewöhnliche Darlehen können partiarische Darlehen mit Kontrollrechten zugunsten des Darlehensgebers kombiniert werden (hierzu oben **Rdn. 90 ff.**). Gelegentlich benutzt man partiarische Darlehen i. R. d. Akquisitionsfinanzierung als Verkäufer-Darlehen, bei denen der Verkäufer noch eine gewisse Zeit an den unternehmerischen Chancen und Risiken beteiligt bleibt.²²⁸

139-145 b) *Abgrenzung der partiarischen Darlehen zu anderen Finanzierungsformen*

139-141 aa) *Gewinnschuldverschreibungen (§ 221 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 AktG)*

- 138 139 Gewinnschuldverschreibungen i. S. d. § 221 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 AktG (hierzu auch **Kap. 1 Rdn. 211 bis 214 [Parmentier]**, und **Kap. 10 Rdn. 56 [Fischer]**) sind Anleihen, bei denen die »Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Aktionären in Verbindung gebracht werden«. Darunter fallen nicht nur Anleihen, deren Zins sich variabel in Abhängigkeit von den Gewinnen (Dividenden, Bilanzgewinn, Jahresüberschuss²²⁹) bzw. vom Liquidationserlös errechnet (sog. »gewinnorientierte« Zinsabreden), sondern auch Anleihen (z. B. mit festem oder zinsmarktabhängigem Zins), bei denen zwar nicht die Höhe der Zinszahlungen vom Geschäftsergebnis des Emittenten abhängt, wohl aber das »Ob« der Verzinsung (sog. »gewinnabhängige« Zinsabreden); so kann die Verzinsung z. B. ausfallen, wenn ein Bilanzverlust besteht oder durch Zinszahlung entstehen würde.²³⁰ Mit diesen Ei-

226 So auch *Wilhelm*, NJW 2003, 175, 179, mit dem Gedanken der *negotiorum gestio* als Haftungsgrund, den er aber wohl nicht etwa in Konkurrenz zum Gesichtspunkt der »Organmacht« sieht, sondern mit diesem – insoweit wenig überzeugend – dergestalt kombinieren will, dass er die Machtausübung zum Ursprung eines Sonderverhältnisses (Auftragsverhältnisses?) erklärt.

227 Ähnlich *Ulmer*, in: MünchKommBGB, Vor §§ 705 bis 740 **Rn. 107**: Die Gegenleistung bestehe beim partiarischen Darlehen nicht in »einem festen periodischen Betrag, sondern in einem Anteil an dem vom anderen Teil erwirtschafteten Umsatz oder Gewinn«.

228 *Jäger*, 1. Aufl. 2004, § 15 **Rn. 65**.

229 *S. Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 8**: Hauptfall des § 221 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 AktG sei die Verzinsung entsprechend der »Höhe des Dividendensatzes«, die Vorschrift sei aber »entsprechend anwendbar«, wenn die Höhe der Verzinsung an Bilanzgewinn oder Jahresüberschuss anknüpfe.

230 *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 221 **Rn. 57**: Die Gewinnschuldverschreibung sei eine Schuldverschreibung »mit der einzigen Besonderheit einer ganz oder teilweise ergebnisorientierten oder ergebnisabhängigen Verzinsung sowie ggf. einer Beteiligung an den stillen Reserven«; a. A. *Stadler*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 221 **Rn. 4 f.**: § 221 AktG erfasse nur die »gewinnorientierte« Verzinsung, nicht anwendbar sei § 221 AktG auf Darlehen mit fester Verzinsung, deren Zahlung jedoch von der Erzielung eines bestimmten Jahresüberschusses oder dem Vorliegen eines Bilanzgewinns abhängig sei. In einem solchen Fall handle es sich um eine besondere Ausgestaltung einer Fremdkapitalverzinsung, ohne dass das Gewinnbeteiligungsrecht der Aktionäre materiell beeinträchtigt wäre.

genschaften begründen Gewinnschuldverschreibungen ein partiarisches Rechtsverhältnis²³¹ zwischen der Gesellschaft und dem (jeweiligen) Gläubiger, wobei der entscheidende Unterschied zur Position des Gläubigers eines partiarischen Darlehens (nach Valutierung) in der Verbriefung und der damit verbundenen Abstrahierung der Grundforderung liegt.²³²

Daraus ergibt sich die Frage, ob und in welchem Umfang § 221 Abs. 1, 2 und 4 AktG auf partiarische Darlehen zumindest analog, anwendbar ist. Tatsächlich können partiarische Darlehen die Gewinnbezugsrechte der Aktionäre in ähnlicher Weise beeinträchtigen wie Gewinnschuldverschreibungen, sodass das in § 221 Abs. 1 und 2 geregelte Mitspracherecht der Hauptversammlung auch bei partiarischen Darlehen durchaus sachgerecht erscheint. Das Bezugsrecht nach § 221 Abs. 4 AktG passt allerdings nur auf Finanzierungsinstrumente, die in größerer, im Grundsatz für alle Aktionäre ausreichender Stückzahl ausgegeben werden sollen und bei denen die Position des/der Kapitalgeber/s aus Sicht der Gesellschaft in dem Sinne ohne Weiteres vertretbar ist, dass es ihr egal ist, wer ihr Vertragspartner ist. Ein einzelner Darlehensvertrag, regelmäßig größeren Umfangs, erfüllt weder das eine noch das andere Kriterium.²³³ 140 139

Im Normalfall einer AG mit mehreren Aktionären oder gar einer Publikumsgesellschaft ergibt es keinen Sinn, jedem Aktionär eine Option auf Hingabe eines Darlehens an die AG zu gewähren, wenn die Gesellschaft nur ein einziges Darlehen des gewünschten Umfangs benötigt. Die Gesellschaft in diesen Fällen darauf zu verweisen, das (Groß-) Darlehen in einem für alle Aktionäre ausreichendem Umfang zu stückeln, wäre schon wegen des damit verbundenen Verwaltungsaufwands in den meisten Fällen wirtschaftlich unsinnig, einmal abgesehen davon, dass bei kleineren Tranchen die Konditionen zum Nachteil der Gesellschaft angepasst werden müssten, um auf dem Kredit- bzw. Kapitalmarkt überhaupt wettbewerbsfähig zu sein. Hinzu kommt, dass die AG, anders als bei einer ohnehin am anonymen Kapitalmarkt platzierten Anleihe, ein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Person des Darlehensgebers, nicht zuletzt im Hinblick auf ihre Fähigkeit, die Valuta auch tatsächlich auszuführen, auch selbst auszuwählen. Oder anders herum argumentiert: Wenn es tatsächlich bei einzelnen partiarischen Darlehen ein Bezugsrecht analog § 221 Abs. 4 AktG gäbe, müsste man *gleichzeitig* regelmäßig davon ausgehen, dass die Voraussetzungen für seinen Ausschluss nach den §§ 221 Abs. 4 Satz 2, 186 Abs. 3 und 4 i. V. m. mit den von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit erfüllt sind.²³⁴ Von daher erscheint es sachgerechter, das erwähnte Schutzinteresse der Aktionäre nicht bei § 221 AktG, sondern bei den §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 293 AktG (Teilgewinnabführungsvertrag) unter den dort genannten Voraussetzungen zu verorten (hierzu unten Rdn. 146 ff.).²³⁵ 141 140

231 Hüffer, AktG, § 221 Rn. 8; ähnlich Habersack, in: MünchKommAktG, § 221 Rn. 57: »Das kausale Rechtsverhältnis« sei »als partiarisches Darlehen zu qualifizieren«.

232 So sinngemäß auch Habersack, in: MünchKommAktG, § 221 Rn. 57 i. V. m. Rn. 93.

233 Anders Habersack, in: MünchKommAktG, § 221 Rn. 66 f., im vergleichbaren, von § 221 Abs. 1 ohnehin schwer abgrenzbaren (unten Rdn. 142 f.) Kontext des § 221 Abs. 3 (Genussrechte): Von § 221 Abs. 3 erfasst sei die Begründung eines nicht in einer Schuldverschreibung verbrieften Rechts auf Gewinnpartizipation. Der Anwendungsbereich des § 221 Abs. 3 sei keineswegs auf Massenemissionen oder gar auf Vorgänge unter Inanspruchnahme des organisierten Kapitalmarktes beschränkt, daher unterliege im Grundsatz jeder Vertrag, durch den die Gesellschaft eine Teilhabe am Gewinn verspreche, dem Zustimmungserfordernis des § 221 Abs. 1, Abs. 2 und dem Bezugsrecht des § 221 Abs. 4.

234 Grundlegend BGH, Urt. v. 13.03.1978 – II ZR 142/76, BGHZ 71, 40, »Kali+Salz«, unter I.; speziell zu § 221 AktG (Genussrechte) BGH, Urt. v. 09.11.1992 – II ZR 230/91, BGHZ 120, 141, unter 3.a.; aus dem Schrifttum s. z. B. Hüffer, AktG, § 186 Rn. 25 ff.

235 So auch BGH, Urt. v. 21.07.2003 – II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, unter II., für den vergleichbaren Fall der typischen stillen Beteiligung an einer AG; sich diese Auffassung (im Einklang mit dem FG Hamburg, Urt. v. 26.10.2010 – 2 K 312/09, in der Vorinstanz) wohl zu eigen machend BFH, Urt. v. 31.03.2011 – I B 177/10, BFH/NV 2011, 1397–1399, unter II.2.b., juris-Rn. 11.

142-143 *bb) Genussrechte (§ 221 Abs. 3 und Abs. 4 AktG)*

141 142 (Verbriefte oder unverbrieft) Genussrechte i. S. d. § 221 Abs. 3 bzw. Abs. 4 sowie i. S. d. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG dienen ebenso wie Gewinnschuldverschreibungen in erster Linie der Fremdkapitalbeschaffung.²³⁶ Im Gegensatz zu Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen hat der (Aktien-) Gesetzgeber (bereits beim AktG 1937) für Genussrechte auf jede Begriffsbestimmung verzichtet. Damit wollte er die noch in der Entwicklung befindliche Ausbildung verschiedener Genussrechtstypen in der Praxis nicht hemmen und dies der Vertragsfreiheit überlassen.²³⁷ Jedenfalls liegen Genussrechte i. S. d. § 221 AktG mit der Folge, dass sie nur mit Zustimmung der Hauptversammlung ausgegeben werden dürfen und Bezugsrechte der Aktionäre begründen, vor, wenn der Berechtigte vermögensrechtliche Ansprüche gegen die AG hat, die nach ihrem Inhalt typische Gesellschafterrechte sind.²³⁸ Dazu können z. B. (nachrangige) festverzinsliche Schuldverschreibungen (ohne Beteiligung am Liquidationserlös) gehören, wenn der Rückzahlungsanspruch der Anleger durch Teilnahme an einem Jahresfehlbetrag gemindert, jedoch aus Jahresüberschüssen in den Folgejahren wieder aufgefüllt wird,²³⁹ insb. aber Rechte auf eine Beteiligung am Gewinn und/oder am Liquidationserlös,²⁴⁰ wobei speziell die »gewinnabhängige« und die »gewinnorientierte« Verzinsung genannt werden.²⁴¹ Solche Genussrechte sind, soweit sie verbrieft sind (Genussscheine), gleichzeitig Gewinnschuldverschreibungen (**Rdn. 139 ff.**).²⁴²

142 143 Auch Zins- und Rückzahlungsansprüche aus (valutierten) individuell ausgehandelten partiarischen Darlehen lassen sich als *nicht verbrieft Genussrechte* i. S. d. § 221 AktG begreifen²⁴³ mit der Folge, dass partiarische Darlehensverträge nur aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses i. S. d. § 221 Abs. 1 AktG abgeschlossen werden dürfen und die Aktionäre ein Bezugsrecht nach § 221 Abs. 4 AktG erhalten. Wie oben bereits ausgeführt wurde, sind partiarische Darlehen tatsächlich in der Lage, die Gewinnbezugsrechte der Aktionäre in ähnlicher Weise zu beeinträchtigen wie Ge-

236 S. auch die vertiefende Darstellung von *Fischer* zur Emission von Genussrechten oben bei Kap. 10.

237 *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 23**, m. w. N.: »um auf Praxis nicht hemmend zu wirken«.

238 *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 25**: »unstr.«.

239 So die in BGH, Urt. v. 09.11.1992 – II ZR 230/91, BGHZ 120, 141, streitgegenständlichen, vom Gericht ohne Weiteres als Genussrechte i. S. d. § 221 Abs. 4 AktG qualifizierten Schuldverschreibungen (s. unter 3.b. der Entscheidungsgründe).

240 *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 25**; s. a. *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 221 **Rn. 68**, der differenziert zwischen Genussrechten, die dem Genussrechtsinhaber eine Beteiligung am Gewinn geben und von solchen, die andere aktionärstypische Vermögensrechte gewähren, wie z. B. ein Bezugsrecht auf Aktien oder ein Recht zur Benutzung von Betriebseinrichtungen.

241 *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 25a** und **25b**, im Anschluss an BGH, Urt. v. 09.11.1992 – II ZR 230/91 (Fn. 239) und m. Nachw. zur Gegenmeinung, die § 221 AktG auf »gewinnorientierte« Rechte beschränken will: »Genussrechte« i. S. d. § 221 Abs. 3 AktG könnten auch Rechte mit »bloß gewinnabhängiger Verzinsung« sein (zum Begriff oben **Rdn. 139**); ebenso *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 221 **Rn. 99 f.**, ebenfalls m. w. N.

242 So auch *Habersack*, in: MünchKommAktG, § 221 **Rn. 68, 77**, zu Genussrechten mit »ausschließlich am Gewinn orientiertem Zins«, »Mindest-Festzins mit zusätzlicher Gewinnbeteiligung« oder »festem, allerdings »gewinnabhängigem« Zins«; ähnlich bereits *Karollus*, in: Gefßler/Hefermehl, AktG, Bd. 4, 1994, § 221 **Rn. 248**: Genussrechte, die sich auf eine »Gewinnbeteiligung für das eingesetzte Kapital« beschränken »und nach Ende der Laufzeit einen festen Rückzahlungsanspruch (u. U. auch mit einer darüber hinausgehenden Substanzwertbeteiligung)« aufwiesen, seien »zugleich eine Gewinnschuldverschreibung«, die Gewinnschuldverschreibung erweise sich damit als »Unterfall des Genussrechts«. Diesen Genussrechten i. w. S. stellt der *Autor* Genussrechte i. e. S. ggü. die im Unterschied zu Gewinnschuldverschreibungen eine »Verlustteilnahme (Reduktion des Genussrechts-Nennwerts oder zumindest Nachrangabrede)« vor; vgl. auch *Lutter*, in: KK-AktG, Bd. 5/1, 2. Aufl. 1995, § 221 **Rn. 234**, der die Gewinnschuldverschreibungen ebenfalls als Teilmenge der Genussrechte (»besonders geregelte Unterart des Genussrechts«) sieht; dazu scheinbar im Widerspruch stehend *ders.*, ebenda, **Rn. 21**: Gewinnschuldverschreibungen seien »keine Genussrechte«, da sie »keinen Anteil am Gewinn« verbrieften, »sondern nur Ansprüche, die sich daran orientieren«.

243 Zur Abgrenzung von Genussrechten zu partiarischen Rechtsverhältnissen s. a. oben **Kap. 10 Rdn. 44 f.**

nusscheine, sodass die Anwendung des § 221 Abs. 1 AktG durchaus berechtigt erscheint, doch das Bezugsrecht nach § 221 Abs. 4 AktG ist nur auf Finanzierungsinstrumente zugeschnitten, die massenweise begeben werden und eben nicht auf einzelne Darlehensverträge. Daher erscheint es sachgerechter, das Schutzinteresse der Aktionäre i. R. d. §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 293 AktG (Teilgewinnabführungsvertrag) zu berücksichtigen (s. bereits unter **Rdn. 140 f.**). Nimmt man aber eine tatbestandliche Überschneidung der genannten Finanzierungsinstrumente an, so kommt eine Anwendung des § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG (zusätzliche Anhangangaben für »Genussrechte [...] und ähnliche Rechte«) in Betracht.

cc) Stille Beteiligungen

144-145

Die Abgrenzung einer stillen Beteiligung vom partiarischen Darlehen bereitet große Schwierigkeiten.²⁴⁴ Äußerlich gesehen ähneln sich bereits das »einfache« Darlehen und die stille Gesellschaft. In beiden Fällen wird eine Leistung (Einlage bzw. Darlehenssumme) an die Gesellschaft erbracht, und der Leistende erhält eine Forderung gegen die Gesellschaft. Indiz für ein Darlehen ist der zwischen den Parteien vereinbarte feste oder marktabhängige Zins, denn der stille Gesellschafter ist typischerweise am Geschäftsergebnis, Gewinn und Verlust beteiligt. Dies ist aber nicht zwingend. Auch beim Darlehen ist die Vereinbarung, dass das Darlehen in Form einer Gewinnbeteiligung vergütet wird, möglich, und bei einer stillen Gesellschaft lässt sich die Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters ausschließen. Die Abgrenzung zwischen partiarischem Darlehen und der stillen Gesellschaft kann dann nur über das Merkmal des gemeinsamen Zwecks erfolgen.²⁴⁵ Es ist danach zu fragen, ob das Rechtsverhältnis bei Berücksichtigung aller Einzelheiten in seiner Gesamtheit eine Zweckgemeinschaft begründet oder ob die Beteiligten »lediglich ihre eigenen Interessen wahrnehmen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer eigenen Interessen bestimmt werden.«²⁴⁶ Diese Aussage ist aber wegen des subjektiven Charakters der zu ermittelnden Interessen nicht viel mehr als eine Leerformel, die anhand objektiver Kriterien, u. a. der Bezeichnung des Vertrags und der Frage, inwieweit die einzelnen Vertragsklauseln eher bei Darlehen oder bei stillen Beteiligungen anzutreffen sind, zu konkretisieren ist.

Mehr für eine stille Beteiligung und weniger für einen partiarischen Darlehensvertrag sprechen etwa die Einräumung der in § 233 HGB vorgesehenen Informations- und Kontrollrechte, die Verpflichtung, dem Vertragspartner (Finanzierenden) den Jahresabschluss binnen sechs Monaten nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres schriftlich zu übermitteln, das Fehlen jeder Kreditsicherung, die lange Dauer einer festen vertraglichen Bindung, die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit bei Fortsetzung des Vertrages nach Ablauf der Bindungsfrist, die Beschränkung der Abtretbarkeit der Position des Vertragspartners und vor allem eine Klausel, die die Zustimmung des Vertragspartners zu Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Veräußerung oder Verpachtung des Unterneh-

²⁴⁴ Vgl. *Florstedt*, 2007, S. 7: »auch heute noch eine unbefriedigend gelöste Frage«; ähnlich *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, § 230, **Rn. 54**: Das rechtsdogmatische Abgrenzungsmerkmal des gemeinsamen Zwecks werfe »erhebliche Zweifelsfragen« auf. Im Verhältnis zu den partiarischen Darlehensverhältnissen sei die Abgrenzung »wirklich kompliziert«.

²⁴⁵ BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 92/94, BGHZ 127, 176, unter 1., m. w. N.; *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, § 230, **Rn. 54**; *Kropff/Semler*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2005, Vor § 182 **Rn. 31**. Kritisch ggü. jeder Unterscheidung *Schön*, ZGR 1993, 210, der partiarische Darlehen und stille Teilhabeformen sowie z. T. auch Genussrechte für identisch erklärt; ebenso *ders.*, JZ 1993, 925 ff. (zu Genussrechten). In diese Richtung a. *Fischer* (oben **Kap. 10 Rdn. 23**, zur Abgrenzung der stillen Beteiligung zwar nicht zum partiarischem Darlehen, aber zum *Genussrecht*: Daran, »ob das Genussrecht neben der stillen Gesellschaft einen Typus mit eigenständigem Charakter« bilde, lasse »sich vor allem mit Blick auf die vergleichbare vermögensrechtliche Seite der Gewinn- und Verlustbeteiligung mit gutem Grund zweifeln«.

²⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 92/94, BGHZ 127, 176, unter 1. Für die entsprechende steuerrechtliche Abgrenzung in Zusammenhang mit der gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung nach § 8 Nr. 3 GewStG (»Gewinnanteile des stillen Gesellschafters ...«) s. ähnlich z. B. BFH, Urt. v. 08.03.1984 – I R 31/80, BStBl. II 1984, S. 623, unter 2.

mens oder eines Teiles davon und zur vollständigen oder teilweisen Einstellung ihres Gewerbebetriebes verlangt.²⁴⁷

146-149 c) *Vorgaben für Teilgewinnabführungsverträge (§§ 292 ff. AktG)*

- 145 146 Während heute nach herrschender Meinung die stille Beteiligung an einer AG als Teilgewinnabführungsvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG angesehen wird²⁴⁸ mit der Folge, dass der Gesellschaftsvertrag erst mit Zustimmung der Hauptversammlung und Eintragung in das Handelsregister wirksam wird (§§ 293 Abs. 1, 294 Abs. 2 AktG), ist die Einordnung des partiarischen Darlehens nach wie vor strittig.

147-148 aa) *Qualifikation als Teilgewinnabführungsvertrag*

- 146 147 § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG definiert den Teilgewinnabführungsvertrag als einen »Vertrag, durch den eine AG oder KGaA sich verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen«. Gem. § 292 Abs. 2 AktG ausdrücklich *keine* Teilgewinnabführungsverträge sind neben Gewinnbeteiligungsverträgen mit Organmitgliedern oder Arbeitnehmern (Abs. 2 Fall 1), Abreden »über eine Gewinnbeteiligung im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs« sind Teilgewinnabführungsverträge (Abs. 2 Fall 2). Man könnte zunächst annehmen, dass die Gewinnbeteiligungsabrede im Rahmen eines partiarischen Darlehensvertrags eine solche »Gewinnbeteiligungsabrede« im Rahmen eines Vertrags »des laufenden Geschäftsverkehrs« darstellt. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Beschränkungen für Teilgewinnabführungsverträge, nämlich des Schutzes der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung über die Gewinnverwendung (§§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 AktG), darf die gesetzliche Ausnahme allerdings nicht zu weit ausgelegt werden. Austauschverträge mit erfolgsbezogener Vergütung sollen nur dann nicht von den §§ 293 ff. AktG erfasst werden, wenn sich Vergütung nicht nach dem (periodenabhängigen) Gesamtgewinn des Unternehmens richtet, sondern nach dem Gewinn, den die AG aus dem Vertrag selbst erzielt.²⁴⁹ In solchen Fällen verteilt der Vertrag nämlich nicht etwa einen bei der AG aufgrund anderweitiger Tätigkeit entstehenden Gewinn, sondern sichert lediglich das Äquivalenzinteresse der Gesellschaft; die Gegenleistungsabrede betrifft die Sphäre der Gewinnerzielung, nicht diejenige der Gewinnverwendung.

- 147 148 Beim typischen partiarischen Darlehen geht es aber gerade um die Beteiligung am Gesamtgewinn und nicht speziell am Gewinn, der durch das Darlehen erzielt wird. Schon deshalb sollte man von einem Teilgewinnabführungsvertrag ausgehen.²⁵⁰ Zusätzlich wird gerne auf einen Vergleich zur stillen Beteiligung verwiesen, bei der unzweifelhaft von einem Teilgewinnabführungsvertrag auszugehen werde, selbst wenn weder eine Verlustbeteiligung noch Mitwirkungsrechte für den stillen Gesellschafter vereinbart würden. In diesen Fällen aber hätten partiarisches Darlehen und stille Beteiligung die gleiche Wirkung; das Darlehen sei »letztlich die Minimalform der stillen Gesellschaft«.²⁵¹

247 BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 92/94, BGHZ 127, 176, unter 1., teilweise m. w. N.; aus dem Schrifttum s. z. B. *Horn*, GmbHR 2000, 711; *Lienau/Lotz*, DStR 1991, 618; *Sturmann*, in: Blümich, EStG, 116. Aufl. (August 2012), § 20 Rn. 203, 250 bis 254.

248 OLG Stuttgart, Urt. v. 16.06.1999 – 20 U 5/99, NZG 2000, 93, 94; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.07.1996 – 17 U 201/95, DB 1996, 1862, 1863, »Citicorp Deutschland AG«. Aus dem Schrifttum z. B., *Hüffer*, AktG, § 292 Rn. 15 (»ganz h. M.«); *Schulze-Osterloh*, ZGR 1974, 427, 440 ff.; *K. Schmidt*, ZGR 1984, 295, 299, 311; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, Bd. 6, § 292 Rn. 61; *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, § 292 Rn. 65; *Krieger*, in: MünchHdb GesR IV, § 72 Rn. 14, 18.

249 *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, § 292 Rn. 63 f., mit dem Bsp. eines Pachtvertrags (AG als Pächterin) mit erfolgsabhängigem Pachtzins.

250 A. A. *Schenk*, in: Bürgers/Körper, AktG, § 292 Rn. 17: Partiarische Darlehen seien ein Beispiel für gegenstandsbezogene Ausnahmen nach § 292 Abs. 2 Fall 2 AktG (ohne Begründung).

251 *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, § 292 Rn. 69, unter Berufung auf *Schön*, ZGR 1993, 210 ff.; *Krieger*, in: MünchHdb GesR IV, § 72 Rn. 18; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, Bd. 6, § 292 Rn. 61.

bb) Rechtsfolgen (§§ 293 ff. AktG)

149

Partiarische Darlehen, die als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizieren sind, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 293 Abs. 3 AktG, § 125 BGB), der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 293 Abs. 1 AktG) sowie der Eintragung im Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG). Zur Vorbereitung der Hauptversammlungsentscheidung hat der Vorstand gem. § 293a AktG einen »ausführlichen schriftlichen Bericht« zu erstatten, »in dem der Abschluss des Unternehmensvertrags, der Vertrag im einzelnen und insbesondere Art und Höhe des Ausgleichs nach § 304 AktG und der Abfindung nach § 305 AktG rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden«. Ferner ist der Vertrag nach den §§ 293b bis § 293f AktG durch unabhängige Vertragsprüfer zu prüfen. Schließlich wirkt sich die Qualifizierung eines partiarischen Darlehens als Teilgewinnabführungsvertrag auch auf die Bilanzierung der AG aus. Gem. § 300 Nr. 2 AktG ist dann der Betrag, der nach § 150 Abs. 2 AktG in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, aus dem (erhöhten) ohne die Teilgewinnabführung entstehenden, um einen Verlustvortrag verminderten Jahresüberschuss zu berechnen.

d) Vorgaben für Vorzugsaktien (§§ 139 ff. AktG)

150-151

Bei Aufnahme eines partiarischen Darlehens durch eine AG stellt sich die Frage, ob die Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers möglicherweise einen Verstoß gegen die Vorschriften für Vorzugsaktien (§§ 139 ff. AktG), die gem. § 23 Abs. 5 AktG für zwingend und auch abschließend gehalten werden,²⁵² darstellen kann, oder ob solche Darlehen zumindest dann als Umgehung der §§ 139 ff. AktG zu betrachten wären, wenn eine vergleichbare Finanzierung in Gestalt von Vorzugsaktien unzulässig wäre, z. B. wenn die Kapitalgrenzen des § 139 Abs. 2 AktG überschritten werden. Die Gewinnbeteiligung vermittelt dem Darlehensgeber nämlich eine vermögensrechtliche Position ohne Stimmrecht, die auch für einen Vorzugsaktionär kennzeichnend ist. In Bezug auf Genussrechte gibt es seit den 80er Jahren eine ausgiebige Diskussion zur Vereinbarkeit mit den §§ 139 ff. AktG, allerdings nur, soweit sie »aktiengleich« (bzw. »aktienähnlich«) sind, d. h. Eigenkapitalcharakter besitzen.²⁵³

Diese Schwelle wird nicht für überschritten gehalten, wenn die Genussrechte spätestens nach dem Ablauf von 20 Jahre kündbar sind und der Rückzahlungsanspruch in der Liquidation den Ansprüchen der Aktionäre nach § 271 AktG vorgeht.²⁵⁴ Dann jedenfalls sollen die §§ 139 ff. AktG keine Sperrwirkung entfalten. Diese Abgrenzung dürfte selbst auf solche partiarische Darlehen, die nicht gleichzeitig als Genussrechte zu qualifizieren sind (oben **Rdn. 142 f.**), übertragbar sein; der Vertragspraxis ist daher zu empfehlen, partiarische Darlehen nur mit einer (Mindest-) Laufzeit von nicht länger als 20 Jahren und ohne Nachrangklausel zu vereinbaren.

252 Z. B. *Hüffer*, AktG, § 139 **Rn. 1**.

253 Offen gelassen in BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, »Klöckner«, unter I.2.: Die Frage, ob die in den Genussrechtsbedingungen vorgesehene Ausschüttung »als aktiengleiche Ausgestaltung angesehen werden« könne, brauche ebensowenig entschieden zu werden »wie die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Umgehung der §§ 139 ff. AktG« vorliege. Zum Streitstand im Einzelnen z. B. *Habersack*, in: *MünchKommAktG*, § 221 **Rn. 123**; *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 31** – 34; s. a. oben **Kap. 10 Rdn. ■D.III.**: »Unzulässigkeit »aktiengleicher« Genussrechte?».

254 So die Abgrenzung des BGH, s. Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91 (vorstehende Fn. 253): »Wegen dieser Besserstellung [...] gegenüber der Aktie« seien die Genussrechte im entschiedenen Fall »nicht aktiengleich ausgestaltet«. Zum Meinungsstand im Schrifttum, das teilweise für die Verneinung der Aktiengleichheit auch eine gewinnunabhängige Mindestverzinsung ausreichen lässt, z. B. *Hüffer*, AktG, § 221 **Rn. 33**, m. w. N.

152-158 **5. Unangemessene Aktionärsdarlehen und verbotene Einlagenrückgewähr**

152-156 *a) Tatbestand der Einlagenrückgewähr durch Darlehensaufnahme*

- 151 **152** Ist der Kreditgeber gleichzeitig Aktionär oder eine diesem nahestehende Person,²⁵⁵ ergeben sich aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) besondere Vorgaben für die Ausgestaltung der Darlehenskonditionen.²⁵⁶ Wie jeder andere Austauschvertrag zwischen AG und Aktionär darf das Darlehen nicht dazu dienen, Vermögen an den Gesellschafter zu verschieben. Maßstab hierfür ist der Drittvergleich: Die Gesellschaft darf keine schlechteren Konditionen erhalten, als sie – auch unter Berücksichtigung ihrer Kreditwürdigkeit – auf dem (Darlehens-) Markt bei Dritten erhalten könnte. Andernfalls geht man von einem »objektiven Missverhältnis« zwischen Leistung (Kapitalüberlassung) und Gegenleistung (Zins) und damit von einer verdeckten Einlagenrückgewähr oder, wie man im Anschluss an Steuerrecht auch nennt, der »verdeckten Gewinnausschüttung« aus (§§ 57, 62 AktG).²⁵⁷
- 152 **153** Im Körperschaftsteuerrecht bildet das Phänomen verschleierte Entnahmen durch die Zahlung unangemessen hoher Darlehenszinsen an Gesellschafter seit längerem eine anerkannte Fallgruppe i. R. d. »verdeckten Gewinnausschüttungen« des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG.²⁵⁸ Die diesbezügliche Kasuistik der Finanzrechtsprechung zum Drittvergleich als Maßstab zur Ermittlung steuerrechtlicher verdeckter Gewinnausschüttungen durch (unangemessene) Austauschgeschäfte²⁵⁹ lässt sich für das Gesellschaftsrecht entsprechend heranziehen,²⁶⁰ auch wenn der steuerrechtliche und der gesell-

255 Zu den Voraussetzungen, unter denen Leistungen an Personen, die einem Aktionär nahe stehen, dem Aktionär selbst zugerechnet werden können, s. z. B. *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 15.

256 Zu weiteren, nämlich insolvenzrechtlichen Vorgaben für (bestimmte) Aktionärsdarlehen, die in ihrem Anwendungsbereich die nachfolgend behandelten Rechtsfolgen in Bezug auf Zinsansprüche und Zinszahlungen überlagern, aber nicht neutralisieren, s. u. Rdn. 159 bis 378; zu den besonderen Fragen in den Fällen des Cash Pooling s. u. Rdn. 494 ff.

257 S. die allgemeine Definition z. B. bei BGH, Urt. v. 13.11.1995 – II ZR 113/94, NJW 1996, 589, 590: Danach handle es sich um ein neutrales – von der Aktionärsstellung unabhängiges – Drittgeschäft, »wenn das Rechtsgeschäft unter sonst gleichen Umständen zu den gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen worden wäre«. Grds. kritisch ggü. der Behandlung unangemessener Austauschgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft als Fall der (objektiv verstandenen) Einlagenrückgewähr zugunsten einer subjektiven Lösung über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht *Reiner*, 1995, S. 114 – 129.

258 Der BFH definiert die verdeckte Gewinnausschüttung als »eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die – durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst – sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags gem. § 4 Abs. 1 S. 1 EStG auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht« (z. B. BFH, Urt. v. 07.08.2002 – I R 2/02, BFHE 200, 197; BFH, Urt. v. 17.07.2008 – I R 83/07, GmbHR 2009, 327).

259 Der BFH geht von der gesellschaftlichen Veranlassung einer Vermögensminderung oder verhinderten Vermögensmehrung aus, »wenn eine Kapitalgesellschaft mit ihrem Gesellschafter Bedingungen vereinbart, die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten« (BFH, Urt. v. 19.03.1997 – I R 75/96, unter juris-Rn. 11; ähnlich BFH, Urt. v. 28.02.1990 – I R 83/87, BStBl. II 1990, S. 649, zu einer verdeckten Gewinnausschüttung durch zinslose Darlehensgewährung an den Gesellschafter: »... wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte«.

260 Im Grundsatz ebenfalls verwertbar ist die Rechtsprechung zu § 1 AStG a. F., soweit sie die Anwendung des dort festgelegten »Fremdvergleichsgrundsatzes« i. d. F. bis zur Ergänzung der Vorschrift durch den neuen Abs. 3 mit Inkrafttreten des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 17.08.2007 (BGBl. I 1912) betrifft, der durch die Funktionsverlagerungsverordnung (FVerlV) v. 12.08.2008 weiter konkretisiert wird. Mit ihrem Anliegen der Korrektur (nach oben) von (nicht notwendigerweise gewerblichen) Netto-Einkünften eines inländischen Steuerpflichtigen (nicht notwendigerweise in Form einer juristischen Person oder sonstigen Körperschaft) aus einem Austauschgeschäft, soweit sie wegen einer persönlichen Verbindung (im weitesten Sinn) des Steuerpflichtigen zum Vertragspartner niedriger sind als vergleichbare Geschäfte mit Dritten, ist die Vorschrift mit § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vergleichbar. In ihren personellen und

schaftsrechtliche Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung wegen unterschiedlicher Zielrichtung, die Ermittlung der steuerlichen Leistungsfähigkeit auf der einen und der Gläubigerschutz auf der anderen Seite nicht identisch sind.

Darlehen von Aktionären an die AG sind danach nur dann nicht als verdeckte Gewinnausschüttung zu bewerten, wenn die Gesellschaft für die Überlassung der Darlehenssumme im Vergleich zu dem Darlehen eines gesellschaftsfremden Dritten höchstens »angemessene«, d. h. nicht »überhöhte« Zinsen gewährt.²⁶¹ Zu den Voraussetzungen der Angemessenheit der Darlehensverzinsung hat sich der BFH, soweit überschaubar, bisher nur für den umgekehrten Fall des (zinslosen) Gesellschaftsdarlehens an den Gesellschafter geäußert. Die verhinderte Vermögensmehrung der AG berechnet sich danach, wenn die kreditgebende Gesellschaft sich selbst refinanzieren musste, nach den ihr in Rechnung gestellten Sollzinsen, »wenn und soweit davon ausgegangen werden kann, dass der dem Gesellschafter zinslos überlassene Darlehensbetrag andernfalls zur Kreditrückzahlung verwendet worden wäre.«²⁶² Über den konkret entschiedenen Fall hinaus müsste sich der Betrag der Entnahme bei einem verzinsten Gesellschaftsdarlehen konsequenterweise nach der Differenz zwischen den Sollzinsen und den dem Gesellschafter in Rechnung gestellten (niedrigen) Habenzinsen bemessen.

Hat die Gesellschaft selbst keinen Kredit aufgenommen, sollen nach Ansicht des BFH »die banküblichen *Habenzinsen* die Untergrenze und die banküblichen *Sollzinsen* die Obergrenze (Hintergedanke: Mehr als die banküblichen Sollzinsen hätte der Gesellschafter nicht bezahlt) der verhinderten Vermögensmehrung« bilden. Der im Einzelfall angemessene Betrag sei *innerhalb der genannten Marge* durch Schätzung zu ermitteln, wobei dem Kreditrisiko in der Person des Gesellschafters besondere Bedeutung zukomme. I. d. R. sei der Ansatz der Sollzinsen »jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn die Gesellschaft keine Bankgeschäfte« betreibe und »deshalb auch nicht den damit verbundenen Aufwand« habe.²⁶³ Seien »keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung erkennbar«, sei es nicht zu beanstanden, »wenn von dem Erfahrungssatz ausgegangen« werde, »dass sich private Darlehensgeber und -nehmer die bankübliche Marge zwischen Soll- und Habenzinsen teilen« (sog. Margenteilung).²⁶⁴

Übertragen auf den umgekehrten Fall der Darlehensgewährung an den Gesellschafter (Aktionär) bedeutet dies zunächst, dass sich die Vermögensminderung nach der Differenz zwischen den an den Gesellschafter zu entrichtenden Sollzinsen und den (niedrigeren) Anlagezinsen berechnet, wenn

sachlichen Anwendungsbereichen überschneiden sich beide Vorschriften, wobei der Gesetzgeber inzwischen klargestellt hat, das § 1 AStG subsidiär zur Anwendung kommt, soweit diese Vorschrift zu weiter gehenden Berichtigungen gelangt (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AStG n. F.). Auf eine eigenständige Darstellung des § 1 AStG, an den insb. zu denken ist, wenn die AG bei ausländischen Konzerngesellschaften Darlehen aufnimmt, wird an dieser Stelle verzichtet.

261 Im Kontext des § 6 Abs. 1 KStG a. F. etwa BFH, Urt. v. 28.10.1964 – I 198/62 U, BStBl. III 1965, S. 119, unter IV.1., juris-Rn. 20, zu einem partiarischen Gesellschafterdarlehen (oben Rdn. 138) an eine GmbH (die Unangemessenheit der Verzinsung im konkreten Fall verneinend); ebenfalls zum partiarischen Darlehen BFH, Urt. v. 09.06.1994 – IV R 47/92, IV R 48/92, BFH/NV 1995, 103–105, unter 4., juris-Rn. 57: Bei der Angemessenheitsprüfung sei »auf den (fiktiven) Durchschnittsgewinn abzustellen, der nach den zum Zeitpunkt der Gewinnverteilungsvereinbarung bekannten Umständen und der sich aus ihnen für die Zukunft (in der Regel die nächsten fünf Jahre) ergebenden tatsächlichen Entwicklung zu erwarten« sei.

262 BFH, Urt. v. 28.02.1990 – I R 83/87, BStBl. II 1990, S. 649, unter II.7., juris-Rn. 19, zu einer GmbH. Offen bleibt dabei der Fall, dass die Gesellschaft auf eine Refinanzierung verzichtet hat, weil sie den dafür erforderlichen Aufwand nicht aufbringen wollte oder konnte.

263 BFH, Urt. v. 28.02.1990 – I R 83/87, BStBl. II 1990, S. 649, unter II.7., juris-Rn. 19.

264 BFH, Urt. v. 28.02.1990 – I R 83/87, BStBl. II 1990, S. 649, unter II.7., juris-Rn. 19; ebenso, allerdings im Kontext des § 1 AStG, BFH, Urt. v. 19.01.1994 – I R 93/93, BStBl. II 1994, S. 725, unter II.4., juris-Rn. 17: »Im Zweifel« hätten sich Darlehensgläubiger und Darlehensschuldner »die Spanne zwischen den banküblichen Haben- und Schuldzinsen« zu teilen; bestätigend BFH, Urt. v. 22.10.2003 – I R 36/03, BStBl. II 2004, S. 307, unter II.2.b., juris-Rn. 12, zur Qualifizierung eines unverzinslichen Tantieme-Vorschusses, den eine GmbH an ihren Gesellschafter-Geschäftsführer ohne eine entsprechende klare und eindeutige Abmachung im Voraus zahlt, als verdeckte Gewinnausschüttung i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG.

die Gesellschaft die Darlehensvaluta am Kapitalmarkt angelegt hat. Wenn und soweit die Gesellschaft nicht gewinnbringend angelegt hat, müsste die angemessene Verzinsung (als Vergleichsmaßstab für die Berechnung des Werts der Entnahme) zwischen den banküblichen *Habenzinsen* (Hintergedanke: Für weniger hätte der Gesellschafter das Darlehen auf keinen Fall gewährt) als Untergrenze und den banküblichen *Sollzinsen* als Obergrenze liegen, wobei auch hier das Kreditrisiko, nun in der Person der Gesellschaft, zu berücksichtigen ist. Der Ansatz der Sollzinsen ist wiederum in entsprechender Argumentation dann nicht gerechtfertigt, wenn der Aktionär keine Bankgeschäfte betreibt. Sind keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung erkennbar, darf davon ausgegangen werden, dass sich die AG und der Aktionär, wenn er kein Kreditinstitut ist, die bankübliche Marge zwischen Soll- und Habenzinsen teilen (zur Ermittlung des marktüblichen Zinssatzes s. a. oben in Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB bei **Rdn. 16, 18 f.**).

157-158 *b) Rechtsfolgen unangemessener Aktionärsdarlehen*

- 156 **157** Rechtsgeschäfte zwischen AG und einem Aktionär, die *offen* gegen das Verbot aus § 57 verstoßen, sind gem. § 134 BGB *nichtig*. Dies betrifft sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch das dingliche Verfügungsgeschäft.²⁶⁵ Auch bei der *verdeckten* Einlagenrückgewähr in Gestalt eines unangemessenen Austauschgeschäfts ist nach gegenwärtig wohl herrschender Meinung das Kausalgeschäft nichtig,²⁶⁶ was, neben dem Ausfall etwaiger sekundärer Leistungspflichten, hauptsächlich zur Folge hat, dass die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht erzwingbar ist. Die Anwendung der §§ 812 ff. BGB kommt nicht in Betracht, weil jedenfalls *diese* Vorschriften durch § 62 AktG verdrängt werden.²⁶⁷ Das dingliche Geschäft soll nach verbreiteter Auffassung dagegen nicht vom Verbot des § 134 BGB erfasst werden.²⁶⁸ Bei Darlehen wird sich die Frage nach der Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts i. d. R. aber gar nicht stellen, da Geld nicht körperlich übergeben wird bzw. es sich nach §§ 948, 947 BGB vermischt und daher eine Herausgabe nach § 985 BGB nicht möglich ist.
- 157 **158** Nach § 62 AktG kann die AG von ihrem Aktionär die Rückerstattung desjenigen Betrags verlangen, um den die entrichteten Darlehenszinsen den angemessenen Betrag übersteigen. Darüber hinaus führt die Einlagenrückgewähr *expressis verbis* zur Haftung der verantwortlichen Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 AktG auf Ersatz des verursachten Schadens. I. d. R. wird dies mindestens die Zinsdifferenz zum angemessenen Zins sein. Weitergehende Schäden der AG, z. B. durch besondere Refinanzierungskosten sind denkbar. Gem. § 93 Abs. 5 Satz 1 und 2 AktG können die Gläubiger der AG diesen Ersatzanspruch immer dann selbst geltend machen, wenn und soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

265 Z. B. *Hüffer*, AktG, § 57 **Rn. 23**: »Nichtigkeit gem. § 134 BGB, wenn es um offene Verstöße« gehe »und zwar gleichermaßen des Verpflichtungs- wie des Vollzugsgeschäfts«; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 **Rn. 200 ff.** (Stand: 1.3.2000); s. a. *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 154**: »gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB«.

266 Z. B. *Hüffer*, AktG, § 57 **Rn. 23**, m. w. N.: »h. M.«; a. A. etwa *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57, der die dargestellte Behandlung etwas abschwächend lediglich als »verbreitete Auffassung« bezeichnet (**Rdn. 158**) und selbst mit durchaus beachtlichen Argumenten dafür plädiert, § 62 AktG ähnlich wie (nach der »ganz hM«) § 31 GmbHG als *lex specialis* zu §§ 134, 812 ff. sowie 985 BGB und weder Kausal- noch Vollzugsgeschäft als nichtig zu betrachten (**Rdn. 163 ff., 166**).

267 Für die h. M. *Hüffer*, AktG, § 57 **Rn. 25** und § 62 **Rn. 10**; *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 16 **Rn. 62**; so a. *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 164 f.**, der freilich den Vorrang des § 62 AktG auch auf § 134 BGB erstrecken will.

268 Z. B. *Drygala*, in: KK-AktG, § 57 **Rn. 132 f.**; *Gefßler*, in: FS Fischer, 1979, S. 131, 140, 143 f.; a. A. *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 16 **Rn. 59**; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 **Rn. 210 f.** (Stand: 1.3.2000); zweifelnd, aber wohl dennoch bejahend *Hüffer*, AktG, § 57 **Rn. 23**.

B. Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen

159-429

Schrifttum:

Altmeyden, Die rätselhafte Haftung von Geschäftsleitern für insolvenz begründende »Zahlungen« an Gesellschafter, Festschrift Hüffer, 2010, S. 1; *ders.*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601; *ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 11.7.1994 – II ZR 146/92, NJW 1994, 2349, NJW 1994, 2353; *Altmeyden/Wilhelm*, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673; *Balz*, Thesen der Treuhandanstalt zu Haftungsfragen; ZIP 1992, 446; *Bayer/Graff*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, 1654; *Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts: zugleich ein Beitrag zur Stärkung des insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzes, Frankfurt u. a. 2006; *T. Bezenberger*, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Recht der GmbH, Festschrift G. Bezenberger, Berlin 2000, S. 23; *Bork*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts? ZGR 2007, 250; *ders.*, Europarechtswidrige Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, FS Lutter, 2000, S. 301; *Bormann*, Kapitalerhaltung bei Aktiengesellschaft und GmbH nach dem Referententwurf zum MoMiG, DB 2006, 2617; *Boujong*, Das Trennungsprinzip des § 13 Abs 2 GmbHG und seine Grenzen in der neueren Judikatur des BGH, Festschrift Odersky, 1996, 737; *Buchna/Sombrowski*, Aufwendungen mit Eigenkapitalersatzcharakter als nicht zu berücksichtigende Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 KStG n. F., DB 2004, 1956; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, Baden-Baden 2006; *Bunnemann/Zirngibl* (Hrsg.), Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl., München 2011; *Cahn*, Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG: aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes, Der Konzern, 2009, 7; *ders.*, Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz, AG 2005, 217; *Clausen*, Die GmbH braucht eine Deregulierung des Kapitalersatzrechts, GmbHR 1996, 316; *Cranshaw*, Anmerkung zum Urt. des BGH v. 2.4.2009 – IX ZR 236/07, jurisPR-InsR 25/2009 Anm. 2; *ders.*, Konkurrenzen zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Gemeinschaftsrecht bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DZWIR 2008, 89; *Crezelius*, Aktuelle Steuerrechtsfragen in Krise und Insolvenz – Juli/August 2008, NZI 2008, 602; *Dötsch/Pung*, JStG 2008: Die Änderungen des KStG, des UmwStG und des GewStG, DB 2007, 2669; *Drukarczyk*, Gesellschafterdarlehen, Rechtsprechungsgrundsätze des BGH und § 32a GmbHG: einige kritische Anmerkungen, Festschrift Schneider, 1995, S. 171; *Ekkenga*, Eigenkapitalersatz und Risikofinanzierungen nach künftigem GmbH-Recht, WM 2006, 1986; *Fastrich*, Ketzerisches zur sogenannten Finanzierungsverantwortung, FS Zöllner, 2000, S. 143; *Felleisen*, Anm. zu BGH, Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, GmbHR 2001, 195; *Fleck*, Das kapitalersetzende Bankdarlehen in der GmbH, FS Werner, 1984, 107; *Fleischer*, Der Finanzplankredit im Gesamtgefüge der einlagegleichen Gesellschafterleistungen – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 28.06.1999, II ZR 272–98, DStR 1999, 1198 –, DStR 1999, 1774; *Fleischer*, Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, 313; *Fuhrmann/Strabl*, Änderungen im Unternehmenssteuerrecht durch das JStG 2008, DStR 2008, 125; *Gehrlein*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846; *Geißler*, Umqualifizierung von Bankkrediten in eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, WM 2002, 735; *Geuting/Michels*, Kapitalersatzrecht versus EU-Beihilferecht: ein auflösbarer Widerspruch, ZIP 2004, 12; *Goette*, Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht, ZHR 162 (1998), 223; *ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 14.2.2000 – II ZR 285/97, DStR 2000, 527, DStR 2000, 528; *Groß*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der KG, BB 1991, 2386; *Grunewald*, Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, GmbHR 1997, 7; *Haas*, Anfechten des Stehenlassens einer Gesellschafterhilfe – Anmerkung zum BGH-Urt. v. 2.4.2009 – IX ZR 236/07, DStR 2009, 1594, DStR 2009, 1592; *Habersack*, Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, ZIP 2007, 2145; *ders.*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384; *Habersack*, Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht. Überlegungen zum Anwendungsbereich der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen, ZHR 162 (1998), 201; *Heeg*, Die Finanz- und Haftungsverfassung russischer Kapitalgesellschaften, Berlin 2003, <http://www.jurawelt.com/> (letzter Abruf v. 10.1.2013); *Hein/Suchan/Geeb*, MoMiG auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht, DStR 2008, 2289; *Heinemann*, Gesetzlicher Eigenkapitalersatz und Sanierungsprivileg aus § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG, BuW 2000, 499; *Heinze*, Die (Eigenkapital ersetzende) Nutzungsüberlassung in der GmbH-Insolvenz nach dem MoMiG, ZIP 2008, 110; *Herrmann*, Gutgläubenserwerb und Gesellschafterdarlehen bei Finanzinvestitionen: vom Kapitalersatz zum Kapitalverkehrsschutz im neuen GmbH-Recht, DZWIR 2009, 265; *Hirte*, Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das »Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen« (MoMiG), WM 2008, 1429; *Hirte*, Die Rechtsentwicklung im Bereich der kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen in den Jahren 1998 – 2000, ZInsO 2000, 630; *Höreth/Ortmann-Babel*, Die Unternehmensteuerreform 2008 – Änderungen – Zweifelsfragen – Gestaltungsmöglichkeiten, Bonn 2007; *Hommelhoff*, Für eine minimalinvasive und dennoch höchst effektive Reform des Eigenkapitalersatzrechts, in: VGR (Hrsg.),

Die GmbH-Reform in der Diskussion, Bd. 11, 2006, S. 115; *ders.*, Das Gesellschafterdarlehen als Beispiel institutioneller Rechtsfortbildung, ZGR 1988, 460; *ders.*, Eigenkapital: Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, 1105; *Hommelhoff/Habighorst*, Staatsbank-Kredite und Eigenkapital-Ersatz, ZIP 1992, 979; *Hommelhoff/Kleindiek*, Flexible Finanzierungsinstrumente im GmbH-Recht. Das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zwischen Nachschusskapital und Finanzplankredit, Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 421; *Horn*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und das Risikomanagement zur globalen Finanzkrise, BKR 2008, 452; *Huber*, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, Festschrift Priester, 2007, S. 259; *Huber/Habersack*, Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Marcus Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006), 370; *dies.*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1; *Immenga*, Kapitalersetzende Aktionärsdarlehen als Haftkapital?, ZIP 1983, 1405; *Jebens/Wagner*, Die eigenkapitalersetzende Nutzungseinlage, DB 1998, 2253; *Jungmann*, Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln, ZGR 2006, 638; *Junker*, Das eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, ZHR 156 (1992), 394; *Kiethe*, Konflikte zwischen dem europäischen Beihilferecht (Art. 87, 88 EG) und dem nationalen Kapitalschutz- und Insolvenzrecht – Neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Gesetzgebung, ZIP 2007, 1248; *Knobbe-Keuk*, Die Verpachtung von Anlagevermögen und § 32a GmbHG, FS Kellermann, 1991; *Koppensteiner*, Kritik des »Eigenkapitalersatzrechts«, AG 1998, 308; *Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte: Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters zur Risikoübernahme-verantwortung des Risikokapitalgebers?, GmbHR 2009, 397; *Lutter/Hommelhoff*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, ZGR 1979, 31; *Meyer*, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Gläubigerinteressen – Veränderungen durch das MoMiG, BB 2008, 1742; *Niesert/Hobler*, Die Haftung des Geschäftsführers für die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und ähnliche Leistungen – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 64 S. 3 GmbHG, NZI 2009, 345; *Noack*, Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, 1475; *Obermüller*, Änderungen des Rechts der kapitalersetzenden Darlehen durch KontraG und KapAEG, ZInsO 1998, 51; *Paape*, Die Regeln des Eigenkapitalersatzes beim Debt-Equity-Swap, DZWIR 2009, 9; *Paul*, Patronatserklärungen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft: zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG München v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZInsO 2004, 1040 ff., ZInsO 2004, 1328; *Pelless/Jödicker/Richard*, Solvenztests als Alternative zur bilanziellen Kapitalerhaltung, DB 2005, 1393; *Pentz*, Die Änderungen und Ergänzungen der Kapitalersatzregeln im GmbH-Gesetz, GmbHR 1999, 437; *Philippi*, Die Behandlung von Abfindungsforderungen ausgeschiedener Gesellschafter einer GmbH oder GmbH & Co. KG im Insolvenzverfahren, BB 2002, 841; *Pichler*, Unternehmenssanierung auf Grundlage des geänderten § 32a GmbHG, WM 1999, 411; *Priester*, Eigenkapitalersetzende Finanzierung durch Quasigesellschafter, Festschrift Helmrich, 1994, S. 721; *Prinz*, In der Diskussion: Der Referentenentwurf eines Jahressteuergesetzes 2008, Status:Recht (SR) v. 27.07.2007, S. 276 (276); *Reich*, Die Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Dauerschuldverhältnisse nach § 32a Abs. 3 GmbHG am Beispiel der schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung und Gesellschafterdienstleistung, Tübingen 2000; *Reiner*, Geheimsache Gesellschaftssatzung am Finanzmarkt Deutschland? Rechtliche Bedeutung, Publizitätspflichten und tatsächliche Verfügbarkeit für den Aktionär, AG 2006, 93; *ders.*, Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002; *ders.*, Der deliktische Charakter der »Finanzierungsverantwortung« des Gesellschafters: Zu den Ungereimtheiten der Lehre vom Eigenkapitalersatz, Festschrift Boujong, 1996, 415; *ders.*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung: eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbrauch organschaftlicher Leitungsmacht, München 1995; *Rendels*, Entfällt der Eigenkapitalersatz einwand bei der Gebrauchsüberlassung in der Gesellschafter-Insolvenz?, ZIP 2006, 1273; *Robine*, Entreprise en difficulté – L'article L. 650-1 du code de commerce: un »cadeau empoisonné«, Recueil Dalloz 2006, 69; *Rödter/Stangl*, Wertminderungen eigenkapitalersetzender Darlehen im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft und § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, DStR 2005, 354; *Röhrich*, Insolvenzzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505; *Rühle*, Die Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in Zeiten des MoMiG, ZIP 2009, 1358; *Rümker*, Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Finanzierungsverantwortung, ZGR 1988, 494; *ders.*, Bankkredite als kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungssituation, ZIP 1982, 1385; *Schalast (Hrsg.)*, NPL Jahrbuch 2009/2010: Finanzkrise, Finanzmarktstabilisierung, Vertragsgestaltung, Verbraucherschutz, Frankfurt a. M. 2009; *Scheipers/Dauster*, Eingeschränkter Abzug von Finanzierungskosten nach § 3c Abs. 1 EStG bei steuerfreien Veräußerungsgewinnen i. S. von § 8b Abs. 2 KStG?, DStR 2003, 1597; *Schnell*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen: handelsrechtliche Bilanzierung und steuerliche Konsequenzen, Bergisch Gladbach, Köln 1992; *Schönfelder*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz: auch ohne Krise in die Krise?, WM 2009, 1401; *Schöne*, Anm. zu LG Leipzig, Urt. v. 30.11.1993 – 7 O 3363/93, EWIR 1994, 663; *Schwintowski/Dannischewski*, Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftsfergleichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG, ZIP 2005, 840; *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz: ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149;

K. Schmidt, Nutzungsüberlassung nach der GmbH-Reform, DB 2008, 1727; *ders.*, Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG) von 2006; ZIP 2006, 1925; *ders.*, Eigenkapitalersatz bei unbeschränkter Haftung: eine folgenreiche Skizze über Sinn, Zweck und Ausdehnung der Regeln über eigenkapitalersetzende Kredite, ZIP 1991, 1; *ders.*, § 32a GmbHG: ein Allheilmittel gegen unerwünschten Eigenkapitalersatz? Unzeitgemäße Betrachtungen aus Anlass des BGH-Urteils v. 16.10.1989 über kapitalersetzende Gebrauchsüberlassungen, ZIP 1990, 69; *ders.*, Kapitalersetzende Bankenkredite?, ZHR 147 (1983), 165; *K. Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.)*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Köln, 3. Aufl. 2003, und 4. Aufl. 2009; *V. Schmidt/Schwind*, Gewinnminderungen aus Gesellschafterdarlehen: Neuregelung schränkt Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters ein, NWB 2008, Fach 4, S. 5223; *Schroeder*, Vernünftige Investition oder Beihilfe? Gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen, ZHR 161 (1997), 805; *Schwark*, Anm. zu BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, JZ 1984, 1031, JZ 1984, 1036; *Seibert*, MoMiG, RWS-Dokumentation 23, Köln 2009; *Seibert*, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157; *ders.*, Der Bundestag greift in die Diskussion zum Eigenkapitalersatz ein, GmbHHR 1998, 309; *Seidl*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, 296; *Smid*, Rückführung staatlicher Beihilfen und Insolvenz, FS Uhlenbruck, 2000, S. 405; *Spoerr*, Treuhandanstalt und Treuhandunternehmen zwischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Gesellschaftsrecht, Köln 1992; *Thole*, Die US-amerikanische Neuschöpfung des ‚Tort of Deepening Insolvency‘ – ein Vorbild für den deutschen Gläubigerschutz?, ZIP 2007, 1590; *Ulmer*, Umstrittene Fragen im Recht der Gesellschafterdarlehen (§ 32a GmbHG), ZIP 1984, 1163; *ders.*, Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co. KG: Zehn Thesen, Festschrift Duden, 1977, S. 661; *Veil*, Eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, ZGR 2000, 223; *Vollmer/Smerdka*, Neuorientierung im Eigenkapitalersatzrecht: Sanierungserleichterungen für private und institutionelle Investoren, DB 2000, 757; *von der Lübel/Lösler*, Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen und Eigenkapitalersatzrecht: Zugleich Besprechung von LG Erfurt, Urt. v. 08.08.2001 – 3 HK O 400/00, ZIP 2001, 1673 ff., ZIP 2002, 1752; *von Gerkan*, Der Entwurf des »Kapitalaufnahmeleichterungsgesetzes« und das Recht des Eigenkapitalersatzes, GmbHHR 1997, 677; *ders.*, Das Recht des Eigenkapitalersatzes in der Diskussion, ZGR 1997, 173; *ders.*, Die Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung – Fragen und Zweifel. Anmerkungen zum Urt. des BGH v. 11.7.1994 – II ZR 146/92, ZHR 158 (1994), 668; *ders.*, Schwerpunkte und Entwicklungen im Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, GmbHHR 1986, 218; *von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg.)*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002; *von Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 5. Aufl., Köln 1997; *Vonnemann*, Gebrauchsüberlassung als eigenkapitalersetzende Leistung, DB 1990, 261; *Wälzholz*, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, 1918; *Westermann*, Banken als Kreditgeber und Gesellschafter. – Zur Entscheidungsfreiheit der Bank im Kreditgeschäft, ZIP 1982, 379.

Darlehensforderungen gegen die AG können aufgrund gesetzlicher Anordnung nachrangig (§§ 174 Abs. 3, 177 Abs. 2 InsO) hinter den Forderungen anderer Gläubiger zu befriedigen sein. Diese Fälle werden im vorliegenden Kapitel B. behandelt. Hiervon zu unterscheiden sind Darlehen, deren Nachrang vereinbart wurde. Dazu gehören Darlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung, Darlehen mit Beserungsschein oder Finanzplandarlehen. Ihre Darstellung folgt im Anschluss an dieses Kapitel unter Gliederungspunkt C. 159 158

Als Darlehen mit zwingendem (gesetzlichen) Nachrang kommen in erster Linie Darlehen von Gesellschaftern oder gleichgestellten Personen an ihre Gesellschaft in Betracht. Bis zum Inkrafttreten des MoMiG²⁶⁹ am 01.11.2008 betraf dies bestimmte Gesellschafterdarlehen bei Kapitalgesellschaften und solchen Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person direkt oder indirekt persönlich haftet. Die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen bei diesen Gesellschaften hatte ihren Ursprung in der Rechtsprechung des BGH, die sich auf den Charakter dieser Darlehen als »funktionelles« Eigenkapital und dementsprechend auf eine Analogie zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG a. F. und später auch der §§ 57, 62 AktG a. F. stützte (sog. Rechtsprechungsregeln). 160 159

²⁶⁹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026 (nachfolgend: MoMiG).

- 160 161 Daraus entwickelte sich – i. R. d. GmbH-Novelle von 1980,²⁷⁰ ergänzt durch den Gesetzgeber – das Recht sog. »eigenkapitalersetzender« Darlehen (§§ 32a, 32b GmbHG a. F., §§ 129a, 172a HGB a. F., §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO a. F., § 6 AnfG a. F., nachfolgend unter I.). Die Reform des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen von 2008 (nachfolgend unter II.) hält zwar im Grundsatz an den bisherigen Rechtsfolgen der GmbH-Novelle fest; im Tatbestandsbereich verzichtet sie aber »auf das Merkmal ›kapitalersetzend‹« und erfasst »jedes Gesellschafterdarlehen«.²⁷¹ Die Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die Rückzahlung (eigenkapitalersetzender) Gesellschafterdarlehen wurde verboten. Damit hat der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden die »Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens [...] aufgegeben«.²⁷²
- 161 162 Aus den Überleitungsvorschriften ergibt sich, dass das bisherige Recht der Gesellschafterdarlehen auch über den 01.11.2008 hinaus noch einige Zeit von Bedeutung bleibt.²⁷³ Das MoMiG enthält allerdings keine eigenständige Überleitungsvorschrift speziell für das (gesetzübergreifende) Eigenkapitalersatzrecht, sondern regelt das intertemporale Recht – sofern überhaupt – für das GmbHG, AktG und die InsO separat. Gem. Art. 103d Satz 1 EGIInsO n. F. sind »auf Insolvenzverfahren«, die vor dem Inkrafttreten des MoMiG (01.11.2008) eröffnet worden sind, die bis dahin geltenden »gesetzlichen Vorschriften« weiter anzuwenden.
- 162 163 Wie der BGH klargestellt hat, bezieht sich diese Regelung nicht nur auf solche Vorschriften, die – wie § 135 InsO a. F. – in der InsO geregelt waren, sondern auch auf die mit der Gesetzesnovelle von 1980 in das GmbHG eingefügten, sachlich als insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Eigenkapitalersatzvorschriften (sog. Novellenregeln, hierzu unten **Rdn. 184 ff.**)²⁷⁴ und sogar auf die sicherlich als gesellschafts- und nicht insolvenzrechtlich einzustufenden sog. Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG a. F. analog, hierzu unten **Rdn. 176 ff.**)²⁷⁵ zu denen man die von der Rechtsprechung speziell zur AG entwickelten Regeln (unten **Rdn. 236 ff.**) hinzurechnen kann. Dies ist keine Selbst-

270 S. die GmbH-Novelle v. 04.07.1980, BGBl. I 1980, S. 836, 850, in Kraft getreten am 01.01.1981 (zum Inkrafttreten s. Art. 13 § 2 der GmbH-Novelle, BGBl. I 1980, S. 836, 850).

271 So ausdrücklich – unter Hinweis auf nicht näher bezeichnete »international verbreitete Regelungsmuster« – Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 56.

272 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42. S. hierzu die deutlichen Worte von *Bork*, ZGR 2007, 250 (250): Mit diesem »revolutionären Schlachtruf« sei das BMJ mit dem RefE zum MoMiG v. 29.05.2006 (dort S. 83) »ins Feld gezogen«. Die Regelungen schienen unter dem Motto zu stehen: »Nieder mit dem Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen«.

273 S. a. *Goette* in seiner schriftlichen Stellungnahme v. 15.01.2008 für die öffentliche Anhörung zum RegE MoMiG vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23.01.2008, S. 9: »Da übrigens für Altfälle [...] das Eigenkapitalersatzrecht fortwirkt, wird sich die Praxis noch einige Zeit weiter mit diesem [...] Problembereich zu befassen haben«. S. ferner *Cahn/v. Spannenberg*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 57 **Rn. 102**: »Das frühere Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen« werde folglich »für eine gewisse Übergangszeit weiter erhebliche Bedeutung behalten«. Zudem sei »eine Reihe von Konzepten des früheren Rechts – genannt sei etwa das der einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung, § 39 Abs 1 Nr 5 InsO, früher: § 32a Abs 3 Satz 1 GmbHG – ins neue Recht übernommen worden, so dass auch die dazu entwickelten Auslegungsgrundsätze fortgelten« würden. Schließlich sei »eine Reihe von Neuerungen nur vor dem Hintergrund der Unzulänglichkeiten des früheren Rechts verständlich«.

274 BGH, Urt. v. 26.01.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249, »Gut Buschow«, unter IV.2. vor a.: Zu den »gesetzlichen Vorschriften« i. S. d. Art. 103d Satz 1 EGIInsO gehören »ersichtlich nicht nur solche, die – wie § 135 InsO a. F. – in der Insolvenzordnung geregelt« gewesen seien, »sondern selbstverständlich auch die damit konkurrierenden ›parallelen‹ Anspruchsnormen der Novellenregeln gemäß §§ 32b, 32a GmbHG a. F.«; bestätigt durch BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, »Qivive«, unter II.3. Ebenso BGH, Urt. v. 26.01.2009 – II ZR 213/07, DStR 2009, 595; BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486, 1487, unter II.1.; *Haas*, DStR 2009, 976, 979.

275 BGH, Urt. v. 26.01.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249, unter IV.2.a. und b.; BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, unter II.3.; BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486, 1487, unter II.1. Im Ergebnis ebenso *Haas*, DStR 2009, 976, 978 f.; zustimmend wohl auch *Solveen*, in: *Hölters*, AktG, § 57 **Rn. 46**, m. w. N.

verständlichkeit, denn die durch das MoMiG eingefügten Ergänzungen der gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.; § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F.), durch die ausweislich der Regierungsbegründung »die Fortgeltung der sog. Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aufgegeben werden« sollte,²⁷⁶ traten mangels spezieller Überleitungsvorschrift ohne Differenzierung zwischen Alt- und Neufällen bereits mit dem 01.11.2008 in Kraft (Art. 25 MoMiG). Die Auslegung des BGH ist jedoch vernünftig, weil sich Novellen- und Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht als Sinninheit gegenseitig ergänzen;²⁷⁷ auch im Ergebnis erscheint sie sachgerecht, soweit sie – wie in den zitierten Entscheidungen – die Fortgeltung des alten Rechts für »alte« Insolvenzverfahren ermöglicht. Nicht zulässig erscheint es dann allerdings konsequenterweise, die Rechtsprechungsregeln auf »neue« Insolvenzverfahren anzuwenden, soweit der haftungsbegründende Verstoß gegen § 57 AktG a. F. analog vor dem 01.11.2008 verwirklicht worden war, denn Art. 103d EGIInsO sieht für seit dem 01.11.2008 eröffnete Insolvenzverfahren die Anwendung des alten (Insolvenz-) Rechts in Abweichung von Art. 25 MoMiG nur für den Sonderfall des Anfechtungsrechts vor und auch hier nur aus Gründen des Vertrauensschutzes, wenn nämlich das alte Anfechtungsrecht für den Nutznießer der anfechtbaren Rechtshandlung günstiger ist (Art. 103d Satz 2 EGIInsO). Die hiergegen vorgebrachte Überlegung, es sei nicht sachgerecht, der Gesellschaft schon entstandene Erstattungsansprüche aus der Verletzung gläubigerschützender Vorschriften »ausgerechnet dann« zu nehmen, »wenn (nach dem 31.10.2008) ein Gesellschaftsinsolvenzverfahren eröffnet« werde,²⁷⁸ ist nicht von der Hand zu weisen. In der Konsequenz der Anwendung des Art. 103d Satz 2 EGIInsO erscheint eine Analogie zu Art. 103d Satz 2 EGIInsO als durchaus gangbarer Weg, wenn man diese Vorschrift als Ausprägung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots und des Schutzes wohlverworbener Recht betrachtet.

In entsprechender Weise wie die »Rechtsprechungsregeln« wird man in Anlehnung an die (zu kurz greifende) Übergangsvorschrift des Art. 103d Satz 1 EGIInsO n. F. auch noch weitere Regelungen in Sondergesetzen, die sich auf das bisherige Eigenkapitalersatzrecht beziehen und mittlerweile an die Reform angepasst wurden (z. B. § 24 UBGG, hierzu unten **Rdn. 198 ff.** und **Rdn. 284**), auf »alte« Insolvenzverfahren in ihrer jeweiligen Altfassung anwenden, selbst wenn die Änderungsgesetze, in

276 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42 (zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.). S. a. zur Aufgabe der »Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens« insgesamt oben **Rdn. 161**, bei Fn. 4.

277 So schon BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, »Nutzfahrzeug«, unter III.2.b. und c.: Die Regelung der GmbH-Novelle 1980 weise »wesentliche Lücken« auf, die eine Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze über den 01.01.1981 hinaus erforderten. Speziell im vorliegenden Kontext zumindest in diese Richtung auch BGH, Urt. v. 26.01.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249, unter IV.2.a.: Bei den §§ 30, 31 GmbHG a. F. handle es sich »ebenfalls um »bis dahin geltende gesetzliche Vorschriften« (i. S. d. Art. 103d Abs. 1 EGIInsO, »die mit solchen aus §§ 32b, 32a GmbHG a. F. und Anfechtungsansprüchen gemäß § 135 InsO a. F. konkurrierten«. Hilfsweise stützt der BGH (ebenda, unter IV.2.b.) die Anwendbarkeit der Rechtsprechungsregeln auf »allgemeine Grundsätze« des intertemporalen Schuldrechts (Art. 170, 229 § 5, 232 § 1 EGBGB analog), was aber angesichts des gesellschaftsrechtlichen Charakters der §§ 30 f. GmbHG nicht unproblematisch ist.

278 So *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. § 64 **Rn. 148**, zu §§ 30 f. GmbHG a. F., allerdings mit der Begründung, Art. 103d EGIInsO sei nicht einschlägig, weil sich jene Regelung »nur auf die gesetzlichen Vorschriften des Insolvenzrechts« beziehe, womit er der zitierten BGH-Rechtsprechung (**Rdn. 163**, Fn. 6 und 7) widerspricht. Ähnlich *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 **Rn. 102**: Die »Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln für Altfälle« sei »zwar umstritten«, entspreche »aber dem Zweck der insolvenzrechtlichen Überleitungsbestimmung, denn anderenfalls würde mangels Anwendbarkeit der durch das MoMiG eingeführten Bestimmungen mit Inkrafttreten des MoMiG für Altfälle ein unvollständiges und weniger stringentes Kapitalersatzrecht gelten als vor diesem Zeitpunkt«. Es sei »nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine derartige Rechtsänderung für laufende Verfahren bezweckt« habe, »die dazu führen könnte, dass der Gesellschaft bereits begründete Ansprüche nachträglich wieder entzogen würden«; ebenso (abgeleitet »aus allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts«) *Solveen*, in: Hölter, AktG, § 57 **Rn. 46**, m. w. N.

denen sich – unter anderem – die Regelungen zur Anpassung der Sondergesetze finden, ohne weitere Differenzierung ein sofortiges Inkrafttreten vorsehen.²⁷⁹

- 164 165 Des Weiteren sind gem. Art. 103d Satz 2 EGIInsO n. F. im Rahmen von *nach* dem Inkrafttreten des MoMiG eröffneten Insolvenzverfahren auf vor diesem Zeitpunkt »vorgenommene Rechtshandlungen« die bis dahin geltenden Vorschriften der InsO über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden, »soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind«. Außerhalb von Insolvenzverfahren (§ 1 AnfG) sind nach § 20 Abs. 3 AnfG n. F. die Vorschriften des AnfG in der ab dem Inkrafttreten des MoMiG geltenden Fassung auf *vor* diesem Zeitpunkt vorgenommene Rechtshandlungen ebenfalls nur anzuwenden, »soweit diese nicht nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind«; »andernfalls sind die bis zum Inkrafttreten des MoMiG, d. h. bis zum 1. November 2008, anwendbaren Vorschriften weiter anzuwenden«. Eine (rückwirkende) verschärfte Anwendung des neuen Rechts auf bereits vorgenommene, bislang nicht oder in geringerem Umfang anfechtbare Rechtshandlungen soll auf diese Weise verhindert werden.²⁸⁰ Grds. sind die neuen Anfechtungsvorschriften der InsO n. F. und des AnfG n. F. damit insoweit auf vor dem Inkrafttreten des MoMiG vorgenommene Rechtshandlungen anzuwenden, als einer solchen Behandlung nicht Vertrauensschutzgründe entgegenstehen. In derartigen Fällen – falls also die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der InsO a. F. und des AnfG a. F. der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind – sind die bis zum 01.11.2008 anwendbaren Vorschriften der InsO und des AnfG weiter anzuwenden (Art. 103d Satz 2 EGIInsO n. F., § 20 Abs. 3 AnfG n. F.). Dies dürfte auch mit der missverständlichen Vorschrift des § 20 Abs. 3 letzter Halbs. AnfG n. F. gemeint sein, die unseres Erachtens nicht etwa allgemein die bis zum 01.11.2008 anwendbaren (Eigenkapitalersatz-) Vorschriften für weiterhin anwendbar erklären soll.
- 165 166 Schließlich dürfte das bisherige Eigenkapitalersatzrecht künftig auch unabhängig von den dargestellten Übergangsregelungen noch mittelbar von Bedeutung für die Auslegung der S. 4 bis 7 des § 8b Abs. 3 KStG bleiben,²⁸¹ die durch das Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008)²⁸² eingefügt wurden. Dabei geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verluste aus Darlehen an Körperschaften, an denen die steuerpflichtige Körperschaft beteiligt ist und deren Gewinnausschüttungen für sie steuerfrei sind (vgl. § 8b Abs. 1 KStG), steuerlich berücksichtigungsfähig sind (hierzu noch ausführlich bei [Rdn. 379 ff.](#)).
- 166 167 Nicht nur wegen seiner wie gesehen fortbestehenden Bedeutung, sondern auch zum besseren Verständnis des auf dem bisherigen Erkenntnisstand aufbauenden neuen Rechts wird das bisherige Recht im Folgenden genauer dargestellt.

279 S. z. B. das Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.08.2008 (BGBl. I 2008, S. 1672), das in Art. 2 u. a. § 24 UBGG an das neue Recht anpasst: Nach der Übergangsvorschrift des Art. 8 Abs. 1 MoRaKG soll der größte Teil des Gesetzes – darunter der gesamte Art. 2 mit den Änderungen des UBGG »am Tag nach der Verkündung« des MoRaKG in Kraft treten.

280 So auch *Haas*, DStR 2009, 976, 979: Das Eigenkapitalersatzrecht bisheriger Prägung findet in nach dem 31.10.2008 eröffneten Insolvenzverfahren nur Anwendung, wenn die Rechtshandlung vor dem 01.11.2008 vorgenommen wurde und das bisherige Recht für den Gesellschafter »günstiger« ist.

281 So etwa *Rengers*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 116. Aufl., § 8b KStG [Rn. 200](#) i. V. m. [Rn. 296](#) (sinngemäß): Bei der Auslegung der »systematisch inkonsequent« eingeführten »Abzugsverbote für Gewinnminderungen betr. eigenkapitalersetzende Darlehen« sei, »wenngleich nicht unmittelbar anwendbar, § 32a Abs. 3 GmbHG a. F.« zu beachten (»vgl. auch«).

282 Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008) v. 20.12.2007, BGBl. I 2008, S. 3150, 3188.

I. Das alte Eigenkapitalersatzrecht der AG

168-254

1. Grundlagen des Rechts der Gesellschafterdarlehen im alten Recht

168-175

Das alte Eigenkapitalersatzrecht ist Resultat einer richterlichen Rechtsfortbildung²⁸³ mit Schwerpunkt bei der GmbH und der GmbH & Co. KG, das aber auch für die AG eine nennenswerte Rolle spielte.²⁸⁴ Danach darf eine Gesellschaft (AG, GmbH, GmbH & Co. KG²⁸⁵) Darlehen, welche die Gesellschafter ihr im Zeitpunkt der Krise anstelle eines Eigenkapitalzuschusses gewährt hatten, unter bestimmten Voraussetzungen nicht an die Gesellschafter zurückbezahlen. Auf diese Weise werden Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Finanzierungsmittel in Krisenzeiten als »eigenkapitalersetzende« Darlehen und damit rechtlich »wie haftendes Eigenkapital behandelt«.²⁸⁶

Für diese Vorgehensweise stützte sich das RG noch auf § 826 BGB.²⁸⁷ Hingegen beschränkt der BGH seit der »Lufttaxi«-Entscheidung vom 14.12.1959²⁸⁸ mit der »Umqualifizierung« von Darlehen in Eigenkapital und der daraus abgeleiteten analogen Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr (§§ 30 f. GmbHG a. F.) rechtssystematisch und methodisch einen eigenen Weg.²⁸⁹ Später wurde diese Rechtsprechung von der GmbH – unter gewissen Modifikationen – auf weitere Gesellschaftsformen, insb. die AG übertragen, bei der sich der BGH im Fall einer »unternehmerischen Beteiligung« des Aktionärs (hierzu unten **Rdn. 236 ff.**, insb. **Rdn. 240 ff.**) auf eine Analogie zu den §§ 57, 62 AktG a. F. stützte.²⁹⁰

Der Gesetzgeber griff diese Entwicklung auf und versuchte, sie in den durch die GmbH-Novelle am 04.07.1980²⁹¹ eingefügten §§ 32a, 32b GmbHG a. F., § 6 AnfG a. F., § 135 InsO a. F. (vormals: § 3b AnfG, § 32a KO), §§ 129a, 172a HGB a. F. fortzuentwickeln und ihr eine gesetzliche Grundlage zu geben.²⁹² Dies gelang aber nur unvollständig und beschränkte sich auf die GmbH und die GmbH & Co. KG. Für die AG und die KGaA wird das Eigenkapitalersatzrecht nur »sinngemäß« im Wege einer Analogie zu den §§ 57, 62 AktG a. F. angewendet, sofern der Darlehensgeber an der AG oder KGaA

283 S. hierzu die Nachweise bei *Buck*, 2006, S. 27 f., S. 66 ff.

284 Grundlegend BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«; zum Eigenkapitalersatzrecht in der AG s. den Überblick bei *Buck*, 2006, S. 124 ff., m. w. N.; *Veil*, ZGR 2000, 223 ff.

285 Gesichert aufgrund der Rechtsprechung (§§ 30, 31 GmbHG a. F. analog, §§ 57, 62 AktG a. F. analog) und Gesetzgebung (§§ 32a, 32b GmbHG a. F., §§ 129a, 172a HGB a. F.) war die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG, GmbH, GmbH & Co. KG und die praktisch bedeutungslose GmbH & Co. OHG. Hierzu *Buck*, 2006, S. 111 ff., m. w. N. (auch zur Übertragung auf weitere Organisationsformen).

286 So ausdrücklich BGH, Urt. v. 30.04.2001 – II ZR 322/99, NJW-RR 2001, 1177, unter II., juris-**Rn. 11**: Infolge der Eigenkapitalersatzfunktion würden »die vom Gesellschafter als Darlehen eingeschossenen Mittel zugunsten der Gesellschaft [hier: GmbH] und ihrer Gläubiger wie haftendes Eigenkapital behandelt«.

287 Z. B. RG, Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37, JW 1938, 862 ff.; so auch RG, Urt. v. 13.01.1941 – II 88/40, RGZ 166, 51, 57, 61, dort aber am Ende der Entscheidungsgründe mit dem Hinweis, die Darlehen könnten eventuell auch einer Bindung gem. §§ 30 f. GmbHG [a.F.] unterliegen. Damit findet sich in dieser Entscheidung des RG ein gedanklicher Ansatzpunkt für den später vom BGH entwickelten eigenkapitalersatzrechtlichen Lösungsweg.

288 BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, »Lufttaxi«, dazu *Reiner*, 1995, S. 87, 137 (dort in Fn. 29), 194 f.; s. a. denselben Fall betreffend BGH, Urt. v. 15.11.1962 – II ZR 134/61, WM 1963, 121.

289 Im Anschluss an das »Lufttaxi«-Urteil s. etwa BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 175, »Hamburger Stahlwerke« (»HSW«); BGH, Urt. v. 07.12.1998 – II ZR 382/96, BGHZ 140, 147, 150.

290 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 384 ff., »BuM ./ WestLB«; bestätigt und konkretisiert durch BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316.

291 GmbH-Novelle v. 04.07.1980, BGBl. I 1980, S. 836.

292 Durch Art. 48 EGIInsO v. 05.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 2911) wurden die §§ 32a, 32b GmbHG a. F. an die neue InsO angepasst. An die Stelle des Ausschlusses der Anmeldung als Konkursforderung trat die Regelung, dass die Gesellschafter den Anspruch auf Rückgewähr ihres Darlehens im Insolvenzverfahren nur als nachrangige Insolvenzgläubiger geltend machen konnten (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., § 199 Satz 2 InsO). Diese Änderung war aufgrund der geringen Befriedigungschancen nachrangiger Gläubiger praktisch ohne Relevanz. Durch Art. 1 Nr. 10 EGIInsOÄndG v. 19.12.1998 (BGBl. I 1998, S. 3836) wurde § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. dann erneut (geringfügig) geändert.

unternehmerisch beteiligt war. Wegen seiner Unklarheiten und Unstimmigkeiten, der immer schwerer zu durchschauenden Verästelungen und nicht zuletzt wegen der Probleme bei der rechtsdogmatischen Rechtfertigung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen geriet das so entstandene »Eigenkapitalersatzrecht« in den letzten Jahren immer stärker in die Kritik.²⁹³

- 170 171 Ein Ausgangspunkt für die *Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts* war die durchweg anerkannte unternehmerische Finanzierungsfreiheit.²⁹⁴ Dieser Grundsatz besagt, dass es den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft freisteht, nach einer erfolgreichen Gründung den weiteren Kapitalbedarf der Kapitalgesellschaft zu decken oder nicht, selbst wenn ihre Gesellschaft mangels weiterer Finanzierung in eine Krise geraten sollte (»Finanzierungs-Ob«).²⁹⁵ Entschließen sich die Gesellschafter dazu, den Kapitalbedarf ihrer Gesellschaft selbst zu decken, so können sie der Gesellschaft nach eigener Wahl Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung stellen (Freiheit des »Finanzierungs-Wie«).²⁹⁶ Kapitalgesellschaften dürfen also durchaus unter Nutzung des sog. Leverage-Effekts²⁹⁷ mit minimalem Eigenkapital und sehr hoher Fremdfinanzierung geführt werden. Dabei ist die Fremdfinanzierung nicht nur durch außenstehende Dritte, sondern auch durch die Gesellschafter selbst zulässig. Allerdings setzen sich Gesellschafter, die ihre Gesellschaft in Krisenzeiten, wenn sie auf dem Markt keinen Kredit mehr erhält, nicht mit Eigen-, sondern nur mit Fremdkapital unterstützen, dem Einwand aus, sie bewirkten damit dank ihres besseren Einblicks in die Lage des Unternehmens eine Risikoverlagerung auf die übrigen Gläubiger der Gesellschaft, auf deren Rücken sie spekulierten, und erzeugten durch ihre Finanzhilfe den (unzutreffenden) Anschein im Rechts- und Geschäftsverkehr, die Gesellschaft sei ausreichend mit Kapital ausgestattet.²⁹⁸
- 171 172 Der BGH sah sich daher veranlasst, im Laufe der Zeit nach und nach die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter²⁹⁹ mittels des Topos der sog. Finanzierungs(folgen)verantwortung zu beschränken.³⁰⁰

293 Stellvertretend für die »Fundamentalkritiker« *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415 ff.; *Buck*, 2006, passim; *Beck*, 2006, passim. Für die »Detailkritiker« s. z. B. *K. Schmidt*, ZIP 2006, S. 1925 ff.; *Ekkenga*, WM 2006, S. 1986 ff.

294 Z. B. BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337; BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 40. Aus dem Schrifttum z. B. *Fleck*, FS Werner, 1984, 107, 110 f.; *Hommelhoff/Kleindiek*, FS 100 Jahre GmbHG, S. 421, 430 f.; *Ulmer*, FS Duden, 1977, S. 661, 674.

295 Näheres bei *Buck*, 2006, S. 36 f.

296 BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, unter I.4.b.: »grundsätzliche Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter bei der Wahl der Finanzierungsmittel«.

297 Zum »Leverage-Effekt« bereits oben unter A., **Rdn. 64**); s. ferner Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 3, S. 1316, Stichwort »Leverage-Effekt«: Man bezeichne »die Erhöhung der Eigenkapitalrentabilität infolge einer über dem Fremdkapitalzins liegenden Gesamtkapitalrentabilität als Leverage-Effekt, da die zunehmende Verschuldung in diesem Fall eine »Hebelwirkung« auf die Eigenkapitalrentabilität« ausübe. Der Leverage-Effekt spielt somit zunächst einmal nur bei rentablen Gesellschaften eine Rolle. Durch das »Stehenlassen« (vgl. hierzu unten **Rdn. 180**) von Gesellschafterdarlehen bei Hineinschlitzen einstmals rentabler Gesellschaften in Krise und Insolvenz kann das Eigenkapitalersatzrecht aber auch bei solchen Gesellschaften relevant werden.

298 Z. B. BGH, Urt. v. 29.11.1971 – II ZR 121/69, WM 1972, 74, 75; BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f., »BuM ./. WestLB«; BGH, Urt. v. 19.12.1994 – II ZR 10/94, NJW 1995, S. 658. Hierzu *Buck*, 2006, S. 86, 91, 100, m. w. N.

299 Hierzu BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f.; BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 175 ff.; aus dem Schrifttum *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 32a/b **Rn. 8**; *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl., §§ 32a/b **Rn. 3 f.**; *K. Schmidt*, in: *Scholz*, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b **Rn. 4**; s. a. *Buck*, 2006, S. 101 ff. (zur Entwicklung) sowie S. 85 ff. (zu weiteren Begründungsversuchen).

300 S. z. B. BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389, »BuM ./. WestLB«: »Verantwortung des Gesellschafters für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung«; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, unter II.2.b.: »Grundsatz, dass die Eigenkapitalersatzregeln den Gesellschafter lediglich an den Folgen einer von ihm tatsächlich vollzogenen Finanzierungsentscheidung festhalten sollen«.

Danach sind die Gesellschafter zwar nicht für das »Ob« der Finanzierung verantwortlich;³⁰¹ es steht ihnen in Krisenzeiten frei, die Gesellschaft zu liquidieren oder fortzuführen. Verantwortung tragen sie dann aber für das »Wie« der Finanzierung, indem sie bei Fortführung ihrer Gesellschaft neues Kapital nur in Form von Eigenkapital zuführen dürfen.³⁰² Beschreiten sie den Weg eines fremdkapitalfinanzierten Fortsetzungsversuchs, erfährt ihre Rechtsposition als Darlehensgläubiger Einschränkungen.

Ein argumentatives Hilfsmittel hierfür ist die angebliche »Funktion« des Krisendarlehens (oder ähnlicher Leistungen mit Finanzierungseffekt) als Eigenkapital, also seine »eigenkapitalersetzende« Funktion, aus der wie selbstverständlich der Charakter des Darlehens als »funktionelles Eigenkapital«³⁰³ abgeleitet wurde. Eigenkapitalersetzende Darlehen sollten auf diese Weise i. R. d. sog. Rechtsprechungsregeln analog der §§ 30, 31 GmbHG a. F., §§ 57, 62 AktG a. F. »als das behandelt (werden), was sie in Wirklichkeit sind, nämlich Gesellschaftereinlagen«.³⁰⁴ Rückzahlungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen werden in der Krise der Gesellschaft folglich so behandelt, als würden sie nicht existieren; Rückzahlungen auf das Darlehen gelten als Einlagenrückgewähr. Der Gesetzgeber hat mit der GmbH-Novelle 1980 (§§ 32a, 32b GmbHG a. F., §§ 129a, 172a HGB a. F., §§ 39, 135 InsO a. F., § 6 AnfG a. F.) im Ausgangspunkt an den Gedanken vom »funktionellen« Eigenkapital angeknüpft. So sprach die Begründung zum RegE der GmbH-Novelle davon, die Darlehen seien so einzuordnen, wie es »ihrer Natur« entspreche.³⁰⁵ 173 172

Der Umstand, dass das Eigenkapitalersatzrecht seinen Ursprung im Recht der GmbH und der GmbH & Co. KG findet und sich auch die Novellenregelung auf diese Gesellschaftstypen beschränkte, hängt zu einem großen Teil mit der hohen Verbreitung dieser Rechtsformen, ihrer erfahrungsgemäß geringen Eigenkapitalquote und damit einhergehend mit ihrem hohen Anteil an den zu verzeichnenden Insolvenzen³⁰⁶ zusammen. Ferner besteht gerade in personalistisch strukturierten Gesellschaften wie der GmbH und der GmbH & Co. KG, in denen der Kreis der Gesellschafter übersichtlich ist und die Gesellschafter z. T. auch an der Geschäftsleitung beteiligt sind, eine besondere Verbundenheit der Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft, die sie zur Darlehensgewährung veranlasst. Bei rein kapitalanlageorientierten Beteiligungen ohne enge persönliche Bindung hingegen, die bei der AG häufiger als bei der GmbH und GmbH & Co. KG vorkommen,³⁰⁷ ist die Bereitschaft zur Eingehung weiterer Risiken durch die Vergabe von Darlehen in der Krise im Regelfall geringer. 174 173

301 S. z. B. BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, unter II.2., vor a.: »Die Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen gebieten dem Gesellschafter nicht, der in die Krise geratenen Gesellschaft neue Eigenmittel zuzuführen«.

302 BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 175 ff.; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, 29; BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a Rn. 1, 37 m. w. N.; Buck, 2006, S. 102 f., 104 f.

303 Z. B. BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 272, unter I.2.c.bb.(3): »Umqualifizierung der von dem Gesellschafter als Drittem gewährten Leistung in funktionales Eigenkapital«; ebenda unter II.1.c.bb.: »durch Stehenlassen in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Mietschulden«; BGH, Urt. v. 26.06.2000 – II ZR 370/98, ZIP 2000, 1491 f., »Lagergrundstück V«, unter I.2.a.: »eine durch Stehenlassen in funktionales Eigenkapital umqualifizierte Gesellschafterleistung«; BGH, Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 191/99, WM 2001, 316; Buck, 2006, S. 93 ff. Aus dem Schrifttum K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 Abs. 3 Satz 4b, S. 532 ff.; ders., in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b Rn. 2 und 22; Hommelhoff, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 1.1; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 42.

304 So grundlegend RG, Urt. v. 03.12.1938 – II 84/38, JW 1939, 355 f.; s. a. RG, Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37, JW 1938, 862 ff.; BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272 f., »Lufttaxi«.

305 BT-Drucks. 8/1347, S. 39.

306 So z. B. Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rn. 677 (»Die GmbH als Gefahrenquelle«): Die Insolvenzanfälligkeit der GmbH sei »überdurchschnittlich hoch«. Unabhängig vom Insolvenzverlauf scheiterten »in weit über 50 % der Fälle die Eröffnungen der Verfahren mangels Masse«.

307 Bayer, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 11.14.

- 174 **175** Nach Ansicht des BGH³⁰⁸ sollten »die Regeln über den Eigenkapitalersatz« auf die AG aber »sinngemäß« übertragbar sein, wenn der Gläubiger an ihr unternehmerisch beteiligt ist (hierzu unten 4.a., **Rdn. 236 ff.**, insb. **Rdn. 240 ff.**). Der BGH hatte bislang kaum Gelegenheit, sich zu den näheren Einzelheiten einer Übertragbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln zu äußern. Deshalb geht die nachfolgende Darstellung zunächst auf das Recht der GmbH und GmbH & Co. KG – und zwar getrennt nach den Rechtsprechungsregeln (unten 2., **Rdn. 176 ff.**) und den Novellenregeln (unten 3., **Rdn. 184 ff.**) ein, bevor sie die aus der Rechtsprechung ersichtlichen Besonderheiten bei der AG erörtert.
- 176-183 **2. »Rechtsprechungsregeln« (zur GmbH)**
- 175 **176** Nach den (inzwischen für Neufälle nicht mehr anwendbaren, hierzu unten II.2.a., **Rdn. 260 f.**) Rechtsprechungsregeln können eigenkapitalersetzende Darlehen, die unter Bildung oder Vertiefung einer sog. Unterbilanz (Unterdeckung des Stammkapitals) an die Gesellschafter ausbezahlt werden, analog §§ 30, 31 GmbHG a. F. (bzw. analog §§ 57, 62 AktG a. F.) in das Gesellschaftsvermögen zurückgefordert werden.³⁰⁹ In gleicher Weise werden Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen behandelt (s. u. **Rdn. 206 ff.**).
- 177-178 *a) Rechtsprechung des BGH zwischen 1959 und 1979*
- 176 **177** Ihren Ausgangspunkt nahm diese Rechtsprechung wie bereits erwähnt (oben **Rdn. 169**) mit der »Lufttaxi«-Entscheidung des BGH vom 14.12.1959. Ein Gesellschafter, der seiner GmbH im Bewusstsein der für ihren satzungsmäßigen Zweck völlig unzulänglichen finanziellen Ausstattung (»Unterkapitalisierung«) Darlehen zur Abwendung eines drohenden Konkurses zur Verfügung stelle, so argumentierte der BGH, dürfe diese Darlehen erst zurückfordern, wenn der damit verfolgte Zweck »nachhaltig« erreicht, der Konkurs also längerfristig abgewandt sei. Fordere der Gesellschafter-Gläubiger die Darlehen vorher zurück, setze er sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch und verstoße gegen § 242 BGB mit der Folge, dass er (in entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a. F.) die erhaltenen Beträge der Gesellschaft zu erstatten habe bzw. seine Forderung gegen die Gesellschaft nicht durchsetzen könne.³¹⁰
- 177 **178** Die noch deutlich auf das individuelle (»subjektive«) Fehlverhalten des Gesellschafters³¹¹ gestützte »Lufttaxi«-Entscheidung wurde durch die nachfolgende Rechtsprechung schrittweise hin zu einer »objektiven« Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a. F. analog und zum »objektiven« Merkmal der *Kreditunwürdigkeit* fortentwickelt. Entscheidende Zwischenstufe in dieser Rechtsprechungslinie war das Ur. v. 26.11.1979,³¹² wo sich der BGH zwar noch nicht ganz von den subjektiven Voraussetzungen löste – zumal ein Fall des »Stehenlassens« vorlag (dazu unten **Rdn. 180**). Eine Objektivierung lag aber darin, dass das Gericht nicht mehr auf die Kenntnis des Gesellschafters vom Eigenkapitalcharakter seines Darlehens abstellte, sondern die Erkenntnismöglichkeit ausreichen ließ und zudem annahm, diese Erkenntnismöglichkeit sei »bei einer normalen Gesellschaft im Allgemeinen vorauszusetzen«.³¹³

308 BGH, Ur. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 f., »BuM ./ WestLB«, Leitsatz b.

309 Z. B. BGH, Ur. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 328 f., 333 ff., 335; BGH, Ur. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315, 318, 320, »Helaba-Sonnenring«, unter 2. und 4.; weitere Nachweise bei *T. Bezenberger*, FS G. Bezenberger, 2000, S. 23, 30; ähnlich z. B. auch BGH, Ur. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 336 f., in dem die *Darlehensrückzahlung* als »Entzug der als Kapitalgrundlage benötigten Mittel« dargestellt wird.

310 BGH, Ur. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272 f., »Lufttaxi«, unter I.2.; s. zum Grundgedanken des Eigenkapitalersatzrechts auch BGH, Ur. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, 23.

311 So auch *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 468 f.: Die »Lufttaxi«-Entscheidung sei vom subjektiv-individuellen Fehlverhalten des Gesellschafters ausgegangen, nur ergänzt durch das objektive Kriterium der Notwendigkeit der Gesellschafterdarlehen zur Konkursabwendung.

312 BGH, Ur. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334.

313 BGH, Ur. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 339, unter 3.

b) Rechtsprechung ab 1980

179-183

Mit seiner Entscheidung vom 24.03.1980³¹⁴ führte der BGH den Begriff der *Kreditunwürdigkeit* der Gesellschaft und damit einen vollständig objektivierten gesellschaftsrechtlichen Ansatz in die Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz ein.³¹⁵ Die Beweggründe für die Darlehensgewährung und selbst die Möglichkeit des Gesellschafters, von der Krise Kenntnis zu nehmen, sind damit für den Grundtatbestand der Darlehensgewährung in der Krise (zum »Stehenlassen« s. gleich weiter unten **Rdn. 180**) nicht mehr Voraussetzung für die Behandlung des Darlehens als Eigenkapital.³¹⁶ Eine Gleichsetzung von Gesellschafterleistungen mit unter Umständen haftendem Eigenkapital sei, so argumentierte der BGH, »unabhängig von den Konkursvoraussetzungen [...] nur dann vertretbar, aber auch geboten, 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«.³¹⁷ Der »tragende Grund« für die eigenkapitalähnliche Bindung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen, so der BGH, liege »in der Verantwortung der Gesellschafter für die Folgen ihrer in der Krise getroffenen Entscheidung«, »die liquidationsreife Gesellschaft fortzuführen« und weiterzufinanzieren, anstatt »die aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähige Gesellschaft« entweder »unmittelbar oder mittelbar durch Verweigerung weiterer oder den Abzug bereits gewählter Gesellschafterhilfen zu liquidieren«.³¹⁸ Kreditunwürdigkeit ist demnach also gleichbedeutend mit fehlender Lebensfähigkeit.

Ebenso verhalte es sich mit einem »noch unter wirtschaftlich gesunden Verhältnissen gegebenen Darlehen, das der Gesellschafter bei Eintritt der Kreditunfähigkeit stehen« lasse, »so dass die sonst notwendige Liquidation« unterbleibe,³¹⁹ wobei das Gericht hier aber – wie es später herausstellte – auf ein subjektives Merkmal nicht verzichten wollte. Der Gesellschafter müsse in der Fallgruppe des »*Stehenlassens*« »wenigstens die Möglichkeit« haben, »die den Eintritt der Krise begründenden Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen«³²⁰ und dementsprechend »auf den Eintritt der Krise durch Abzug der Mittel oder Liquidation der Gesellschaft zu reagieren«.³²¹ Dies soll allerdings zulasten des Gesellschafters regelmäßig zu vermuten sein.³²²

314 BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326; andeutungsweise bereits BGH, Urt. v. 29.11.1971 – II ZR 121/69, WM 1972, S. 74 (Leitsätze 1 und 2), 75 f.

315 Kritisch angesichts der Relativität des Begriffs der Kreditunwürdigkeit *Reiner*, FS Boujong, 1996, 415, 434 ff.

316 BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337 f.

317 BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330, unter I.2.

318 BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344.

319 BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330 f., unter I.2; vgl. zuvor schon zum »Stehenlassen« BGH v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 336 ff.; nachfolgend z. B. BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176, unter II.1.c.aa., dort zugleich zu der Frage, ob ein solches »Stehenlassen« in der Insolvenz des (sein Darlehen stehen lassenden) Gesellschafters als Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne nach § 134 InsO anfechtbar ist (bejahend): In der Doppelinsolvenz der Gesellschaft und des Gesellschafters gebe es keine Rechtfertigung dafür, den Belangen der Gläubiger der Gesellschaft uneingeschränkten Vorrang vor den Belangen der Gläubiger des Gesellschafters zu gewähren. Kritisch *Haas*, DStR 2009, 1592, 1594: Fragwürdig sei sowohl die Annahme, dass das Stehenlassen einer Forderung in der Krise eine anfechtbare Handlung darstelle, als auch die Schlussfolgerung, dass es sich bei den durch das Stehenlassen ausgelösten eigenkapitalersatzrechtlichen Folgen um eine »unentgeltliche Leistung« i. S. d. § 134 InsO handle. Die problematische Entscheidung des BGH habe aber keine Auswirkung auf die Rechtslage nach dem MoMiG, da das MoMiG die rechtlichen Folgen von einer Finanzierungsentcheidung des Gesellschafters in der Krise losgelöst habe.

320 Z. B. BGH, Urt. v. 19.12.1994 – II ZR 10/94, NJW 1995, 658. Zuvor z. B. schon BGH, Urt. v. 06.05.1985 – II ZR 132/84, NJW 1985, 2719, 2720; nachfolgend etwa BGH, Urt. v. 15.06.1998 – II ZR 17/97, NJW 1998, 3200.

321 Z. B. BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, unter III.2.c.bb.

322 Z. B. BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, unter III.2.c.bb; BGH, Urt.

- 180 **181** Nicht in letzter Konsequenz wurde die Gleichstellung von Krisendarlehen mit Einlagen in Bezug auf die Darlehenszinsen vollzogen. Nach der Rechtsprechung³²³ und inzwischen auch ganz herrschender Ansicht im Schrifttum³²⁴ unterbricht die eigenkapitalersetzende Funktion des Gesellschafterdarlehens den Zinslauf nicht,³²⁵ weil der Darlehensrückzahlungsanspruch »in seinem Bestand« unberührt bleibt und durch den eigenkapitalersetzenden Charakter des Darlehens lediglich seine »Durchsetzbarkeit« verliert.³²⁶
- 181 **182** In Ausweitung der eben dargestellten Rechtsprechung zu nachrangigen, »eigenkapitalersetzenden« Gesellschafterdarlehen unterwarf der BGH³²⁷ seit Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts in ständiger Rechtsprechung auch Sachleistungen in Form von *Nutzungsüberlassungen* (Gebrauchsüberlassungen) dem Eigenkapitalersatzrecht (hierzu unten **Rdn. 219 ff.**). Solche Leistungen, so die Begründung, könnten einer insolvenzreifen oder ohne Unterstützung des Gesellschafters »nicht mehr lebensfähigen« Gesellschaft ebenfalls die Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs »auf Risiko der Gläubiger anstatt auf eigenes« ermöglichen.³²⁸ Es folgten zusätzliche Ausweitungen, etwa auf Quasi-Kreditlinien von Lieferanten (hierzu noch unter **Rdn. 211**).
- 182 **183** Schließlich werden die Rechtsprechungsregeln auch auf eigenkapitalersetzende Sicherheiten (hierzu unten **Rdn. 563 ff.**) auf Dreiecksverhältnisse erstreckt. Soweit die Gesellschaft den Kredit eines Dritten, den ein Gesellschafter eigenkapitalersetzend besichert hat und der noch nicht durch die Verwertung der Gesellschaftersicherheiten voll getilgt ist, nur aus dem zum Erhalt des gebundenen Kapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögen bedienen kann, soll sie einen Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter besitzen.³²⁹

184-235 **3. »Novellenregeln« (zur GmbH)**

- 183 **184** In den »Novellenregeln« der GmbH-Reform von 1980, den §§ 32a, 32b GmbHG a. F., 129a, 172a HGB a. F., 6 AnfG a. F., 135 InsO a. F. (vormals: § 3b AnfG a. F., § 32a KO a. F.),³³⁰ versuchte der Gesetzgeber, für das von der Rechtsprechung entwickelte Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen »eine eigene gesetzliche Rechtsgrundlage zu schaffen und bestehende Zweifelsfragen soweit wie möglich auszuräumen.«³³¹ Der Gesetzgeber knüpfte an die Tatbestände der Rechtsprechungs-

v. 19.12.1994 – II ZR 10/94, BB 1995, 377; BGH, Urt. v. 17.02.1992 – II ZR 154/91, NJW 1992, 1764, Leitsatz. Aus dem Schrifttum z. B. *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, 16. Aufl., §§ 32a/b **Rn. 48**; *Johlke/Schröder*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, **Rn. 5.89**; kritisch z. B. *Fastrich*, FS Zöllner, 2000, S. 143, 153 f.: Eine solche Verantwortlichkeit überfordere den Gesellschafter und erlege ihm quasi unternehmerische Verantwortlichkeiten auf, die an sich solche der Geschäftsführer seien.

323 Z. B. BGH, Urt. v. 15.02.1996 – IX ZR 245/94, ZIP 1996, 538, 540; BFH, ZIP 1992, 620, 622.

324 Z. B. *Kleindiek*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, **Rn. 7.7**; von *Gerkan*, ebenda, **Rn. 3.90 ff.**; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b **Rn. 110**. Z. T. war früher eine Zinsverpflichtung abgelehnt worden, solange und soweit das Darlehen zum Ersatz verlorenen Stammkapitals benötigt wird (so *Lutter/Hommelhoff*, 14. Aufl. 1995, §§ 32a/b **Rn. 80 f.**).

325 BGH, Urt. v. 15.02.1996 – IX ZR 245/94, ZIP 1996, 538 (Leitsatz 2). Für das Schrifttum z. B. *Kleindiek*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, **Rn. 7.7**; von *Gerkan*, ebenda, **Rn. 3.90 ff.**; *K. Schmidt*, Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/32b **Rn. 110**.

326 BGH, Urt. v. 15.02.1996 – IX ZR 245/94, ZIP 1996, 538, unter II.3.a.

327 Grundlegend BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, »Lagergrundstück I«; ferner z. B. BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1, »Lagergrundstück III«; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, »Lagergrundstück IV«.

328 BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, unter 1.b.

329 S. etwa BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 36/08, NJW-RR 2009, 1339; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, **Rn. 407**; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl., § 32a **Rn. 182**.

330 Zur späteren Änderung der §§ 32a, 32b GmbHG a. F. (Anpassung an § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., § 199 Satz 2 InsO) durch Art. 48 EGInsO v. 05.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 2911) mit Wirkung ab 01.01.1999 (Art. 110 EGInsO) und durch Art. 1 Nr. 10 EGInsOÄndG v. 19.12.1998 (BGBl. I 1998, S. 3836) s. o. Fn. 24.

331 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 39, zu § 32a GmbHG-E.

regeln an, verfeinerte sie teilweise, führte sie aber in Form des Nachrangs und der Anfechtbarkeit abweichenden, ihrer Natur nach insolvenzrechtlichen Rechtsfolgen zu.

a) Nachrang eigenkapitalersetzender Darlehen (§ 32a Abs. 1 GmbHG)

185-190

Der Tatbestand des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. setzt als sachliche Voraussetzung für die Verstrickung von Darlehen an dem schon aus der Rechtsprechung bekannten Merkmal der Kreditunwürdigkeit an, indem er darauf abstellt, ob ein Gesellschafter der GmbH³³² sein Darlehen »in einem Zeitpunkt« gewährt, »in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft)«. ³³³ Die Rechtsprechung hat das Merkmal der Krise der Gesellschaft (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) durch dasjenige der »Kreditunwürdigkeit« (oben **Rdn. 177 f.** und **Rdn. 179 ff.**) konkretisiert. ³³⁴

Der Darlehensbegriff orientiert sich im Ausgangspunkt – vorbehaltlich seiner Erweiterung auf wirtschaftlich entsprechende Tatbestände – am zivilrechtlichen Verständnis des §§ 488, 607 BGB und umfasst auch das Sachdarlehen. ³³⁵ Darauf, ob der Anspruch des Darlehensgebers verbrieft ist oder nicht, kann es nicht ankommen, sodass jedenfalls der Primärerwerb einer Schuldverschreibung ebenfalls als Darlehen i. S. d. Eigenkapitalersatzrechts zu bewerten ist. Erwirbt ein Gesellschafter eine bis dahin nicht verstrickte Anleihe seiner AG auf dem Sekundärmarkt, wird man allerdings nach dem Erwerbzweck unterscheiden müssen. Jedenfalls wenn eine Bank, die Anteile an der Emittentin hält, im Rahmen eines Finanzkommissionsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) im Kundenauftrag handelt, aber wohl auch immer dann, wenn der Gesellschafter die Anleihe nicht speziell im Hinblick auf seine Gesellschafterstellung (*causa societatis*), sondern als gewöhnlicher Investor erwirbt, erscheint die Anwendung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen unangemessen (ausführlicher zur Gesellschafterstellung bei der AG unten bei **Rdn. 236 ff.**, insb. **Rdn. 240 ff.**; zur Neuregelung nach dem MoMiG unten bei **Rdn. 269 ff.**).

Ein kurzfristiger *Überbrückungskredit*, der nur zur Deckung eines vorübergehenden Geldbedarfs dienen soll, hat wegen dieser Zweckbestimmung nach Ansicht der Rechtsprechung grds. »nicht die Bedeutung kapitalersetzender Darlehen«. ³³⁶ Dahinter steckt die Überlegung, dass Eigenkapital von Natur aus langfristig gewährt wird und dass kurzfristige Darlehen daher nicht »eigenkapitalähnlich« sein können. Sofern der Kreditbedarf in diesen Fällen auch objektiv nur kurzfristiger Natur ist, wird es dann regelmäßig auch am Merkmal der Kreditunfähigkeit fehlen, ³³⁷ sodass es in diesen Fällen gar nicht nötig ist, den herkömmlichen Darlehensbegriff für die Zwecke des Eigenkapitalersatzrechts einzuschränken. Auch dem BGH jedenfalls ist die Gefahr bewusst, dass die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts dadurch umgangen wird, dass das Darlehen als kurzfristig deklariert wird, obwohl die Gesellschaft es längerfristig benötigt. Der eigenkapitalersetzende Charakter selbst eines nur kurzfristig gewährten Kredits kann nach seiner Ansicht daher dann nicht verneint werden,

332 Nach der BGH-Rechtsprechung (Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DSr 2009, 1486, 1488, m. w. N.) findet das Eigenkapitalersatzrecht der »Novellenregeln« (§ 32a GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.) auch Anwendung auf die Vor-GmbH; es wird durch die Vorbelastungshaftung der Gründungsgesellschafter nicht verdrängt, da § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. andersartige Rechtsfolgen zeitige und kein Grund bestehe, den unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter einer Vor-GmbH von diesen Rechtsfolgen zu dispensieren.

333 Der Klammerzusatz wurde im Gesetz eingefügt durch Art. 10 Nr. 1 KonTraG bzw. Art. 1 Nr. 10 EGInsOÄndG v. 19.12.1998, BGBl. I 1998, S. 3836.

334 S. z. B. BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330 f.; BGH, Urt. v. 13.07.1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 206.

335 Hueck/*Fastricht*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a **Rn. 29**; zum (insoweit unveränderten) neuen Recht *Lüdke*, in: HambKomm., InsO, § 39 **Rn. 42**.

336 BGH, Urt. v. 27.11.1989 – II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, unter I.4., m. w. N.

337 Für Nachweise zu entsprechenden Literaturmeinungen s. BGH, Urt. v. 27.11.1989 – II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, unter I.4.

wenn ohne ihn bereits zu diesem Zeitpunkt die Insolvenz unvermeidbar wäre.³³⁸ Umgekehrt formuliert werden kurzfristige Überbrückungskredite »dann nicht von den Kapitalersatzregeln erfasst, wenn im Zeitpunkt der Einräumung des Kredits aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens objektiv damit gerechnet werden konnte, daß die Gesellschaft den Kredit in der vorgesehenen kurzen Zeitspanne werde ablösen können.«³³⁹

- 187 **188** Als Rechtsfolge der Qualifizierung eines gewährten Darlehens als eigenkapitalersetzend kann der Gesellschafter in diesen Fällen seinen Anspruch auf Darlehensrückgewähr im Insolvenzverfahren nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger³⁴⁰ geltend machen (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.; § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.). Wegen des Nachrangs des Darlehens ist auch die Aufrechnung des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung mit einer Verbindlichkeit des Gesellschafters ggü. der Gesellschaft ausgeschlossen.³⁴¹ Des Weiteren darf – ebenso wie die Darlehensforderung – der Regressanspruch des Gesellschafters ggü. der Gesellschaft, den der Gesellschafter wegen Inanspruchnahme aus einer eigenkapitalersetzenden Sicherheit (§ 32a Abs. 2 GmbHG a. F.) seitens eines Kreditgläubigers der Gesellschaft (z. B. aus den §§ 1142, 1143, 774 Abs. 1 BGB) erworben hat, nach § 32a GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. nur nachrangig geltend gemacht werden (zu den eigenkapitalersetzenden Sicherheiten näher unten E. I., bei **Rdn. 563 ff.**). Da gem. § 174 Abs. 3 Satz 1 InsO nachrangige Forderungen nur dann zur Tabelle angemeldet werden, wenn das Insolvenzgericht hierzu auffordert, sind sie praktisch ebenso verloren wie noch nach altem Konkurs- und GmbH-Recht, als eine Anmeldung ganz ausgeschlossen war.³⁴² Auch ein Insolvenzplan kann mit seinem Kreditrahmen das eigenkapitalersetzende Darlehen nicht aus seiner Bindung befreien (§ 264 Abs. 3 InsO).³⁴³
- 188 **189** Die Rechtsprechung interpretiert das Tatbestandsmerkmal der *Krise* in § 32a GmbHG a. F., das dort über das Verhalten »ordentlicher Kaufleute« definiert wird,³⁴⁴ regelmäßig im Sinne ihres bereits zu den Rechtsprechungsregeln entwickelten Merkmals der Kreditwürdigkeit, sofern sie die Krise nicht bereits unwiderleglich aus dem Vorliegen der Insolvenzvoraussetzungen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) ableitet. Ist die Gesellschaft überschuldet, schließt selbst der Umstand, dass sie noch in der Lage war, dem Gesellschafter eine vollwertige Sicherheit für seine Finanzierungsleistung zur Verfügung zu stellen, und daher auch noch von dritter Seite Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte, die Annahme einer Krise nicht aus.³⁴⁵ Diesseits

338 BGH, Urt. v. 27.11.1989 – II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, unter I.4.

339 BGH, Urt. v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, NJW 1995, 457, unter 2.a. S. vom Tonfall her einschränkend BGH, Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, Leitsatz 2: Eine Ausnahme von den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts bei sog. kurzfristigen Überbrückungskrediten sei »allenfalls dann gerechtfertigt, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft mit einer Rückzahlung nach längstens drei Wochen objektiv gerechnet werden« könne. Vgl. hierzu § 3 Abs. 1 des österreichischen Eigenkapitalersatzgesetzes: Danach liegt ein eigenkapitalersetzender Kredit nicht vor, wenn (1.) ein Geldkredit für nicht mehr als 60 Tage oder (2.) ein Waren- oder sonstiger Kredit für nicht mehr als 6 Monate zur Verfügung gestellt wird oder (3.) ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird. Die 6-Monats-Frist unter (2.) verlängert sich gem. § 3 Abs. 2, wenn der Gesellschafter nachweist, dass für seine Leistung die Einräumung längerer Zahlungsziele branchenüblich ist.

340 Vor der Änderung von § 32a GmbHG a. F. durch Art. 48 EGInsO (vgl. Fn. 24 und 62) konnte ein Gesellschafter, welcher der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährte, gem. § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. in seiner Fassung vor dem 01.01.1999 (Art. 110 EGInsO, vgl. Fn. 24 und 62) den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nicht geltend machen.

341 Z. B. *Heinemann*, BuW 2000, 499, 505; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, 8. Aufl., § 32a/b **Rn. 168**, m. w. N.

342 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 37 Abs. 4 Satz 5a, S. 1166; ebenso auch *Philippi*, BB 2002, 841.

343 Kritisch hierzu *Drukarczyk*, FS Schneider, 1995, S. 171, 195.

344 Dazu, dass die Zuführung von Eigenkapital durch die Gesellschafter mit dem Standard eines »ordentlichen Kaufmanns« nichts zu tun hat, s. bereits *Reiner*, in: FS Boujong, 1996, S. 415, 433 f.

345 BGH, Urt. v. 14.11.1988 – II ZR 115/88, NJW 1989, 1219, unter I.3.

der Insolvenztatbestände sind die Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit und damit der Krise stets eine Frage des Einzelfalls, beide Merkmale daher Ausgangspunkt einer umfangreichen Kasuistik,³⁴⁶ wobei daran gezweifelt werden darf, ob sich die »Kreditwürdigkeit« bzw. »Krise«, verstanden als fehlende Lebensfähigkeit (oben 2.b., Rdn. 179), konzeptionell überhaupt vernünftig von der Insolvenzreife und die (darlehensfinanzierte) Fortführung der Gesellschaft in der Krise von der Insolvenzverschleppung abgrenzen lässt.³⁴⁷ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Krise obliegt der Gesellschaft, welche die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens verweigert oder ein bereits getilgtes Gesellschafterdarlehen zurückfordert, bzw. dem Insolvenzverwalter.³⁴⁸

Subjektive Voraussetzungen in der Person des darlehensgebenden Gesellschafters, insb. im Hinblick auf seine Beweggründe, brauchen für das Eingreifen der »Novellenregeln« (wie auch der Rechtsprechungsregeln) nicht vorzuliegen.³⁴⁹ Insb. soll es nach umstrittener Ansicht nicht auf die Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit des kreditgebenden Gesellschafters von der Krise, der wirtschaftlichen Gesellschaftslage allgemein oder der Bedeutung des Darlehens ankommen.³⁵⁰ Etwas anderes wird (wie bei den Rechtsprechungsregeln) nur im Fall des »Stehenlassens« des Darlehens angenommen, weil in diesem Fall die Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters in der Krise andernfalls nicht zu erkennen wäre.³⁵¹ Ein Verschulden erfordern die §§ 32a, 32b GmbHG a. F. schließlich in keinem Fall.³⁵²

b) Ausnahmen

191-205

aa) Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivileg

191-197

Das KapAEG³⁵³ vom 20.04.1998 ergänzte § 32a GmbHG a. F. um ein »Kleinbeteiligungsprivileg« (auch »Kleinbeteiligtenprivileg« genannt) in § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. Ein zudem geplantes

191 190

346 S. z. B. BGH, Urt. v. 12.07.1999 – II ZR 87/98, ZIP 1999, 1524: Eine Unterbilanz diene nicht unbedingt als Beleg einer Krise.

347 Kritisch *Reimer*, FS Boujong, 2006, S. 415, 436 – 438. Vgl. auch BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 60 f., »Lagergrundstück I«, unter 1.b.: »Danach ist es u. a. Zweck der Umqualifizierung, zu verhindern, »dass eine Krise der Gesellschaft durch Gesellschafterleistungen verschleppt [...] wird«; ferner BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(3). Dort geht das Gericht – in Zusammenhang mit der Frage der Passivierung eigenkapitalersetzender Forderungen (hierzu unten Rdn. 435 ff.) – selbst davon aus, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Eigenkapitalersatzrechts, also insb. das Kriterium der »Krise«, für den Geschäftsführer nicht »rechtssicher« feststellbar sind. Weiter spricht es diesbezüglich (ebenda) von »Unwägbarkeiten«.

348 Z. B. BGH, Urt. v. 07.03.2005 – II ZR 138/03, ZIP 2005, 807 (Leitsatz 1).

349 Z. B. BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337 f.; BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 41 f.; BGH, Urt. v. 19.09.1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 304 f.

350 BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337 f. (zu den Rechtsprechungsregeln); BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 41 f. (zu §§ 32a GmbHG, 32a KO); BFH, Urt. v. 13.07.1999 – VIII R 31/98, DStZ 2000, 179, 182. Aus dem Schrifttum *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 32a/b Rn. 56; a. A. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a Rn. 49; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 32a Rn. 67, m. w. N.: Erkennbarkeit der Krise sei erforderlich, i. d. R. aber gegeben. »Fundamentalkritisch« ggü. dem Fehlen subjektiver Elemente aus Sicht seiner Deutung der Finanzierungsverantwortung als funktionell deliktische Verantwortlichkeit zum Schutze fremder Vermögensinteressen, *Reimer*, FS Boujong, 1996, S. 415, 438 ff.

351 BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 186, »HSW«; BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336; BGH, Urt. v. 11.12.1995 – II ZR 128/94, NJW 1996, 722 f.; hierzu *Buck*, 2006, S. 169 (dort in Fn. 673).

352 S. *Philippi*, BB 2002, 841, 842; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 32a aF Rn. 20, 44; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/32b Rn. 38.

353 Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG) v. 20.04.1998, BGBl. I 1998, S. 707.

- »Sanierungsprivileg« konnte nicht mehr rechtzeitig mit in das KapAEG aufgenommen werden;³⁵⁴ daher fügte man ein solches Privileg wenig später durch das »Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)«³⁵⁵ in § 32a Abs. 3 GmbHG a. F. als Satz 3 ein.
- 191 192 Das »Kleinbeteiligungsprivileg« ist für das Eigenkapitalersatzrecht der AG kaum relevant, weil die Rechtsprechung aufgrund der Eigenheiten dieser Rechtsform eine eigene, im Grundsatz höhere Beteiligungsschwelle entwickelt hat (unten 4.a., [Rdn. 240 f.](#)); es wird hier aber dennoch kurz dargestellt, weil das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen daran anknüpft, und zwar nun auch für die Rechtsform der AG (unten [Rdn. 283](#)). Gem. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. wird von den »Regeln über den Eigenkapitalersatz« derjenige nicht geschäftsführende³⁵⁶ Gesellschafter aufgenommen, der mit höchstens 10 % am Stammkapital beteiligt ist.³⁵⁷ Als »Regeln über den Eigenkapitalersatz« werden dabei neben den »Novellen-« auch die Rechtsprechungsregeln verstanden.³⁵⁸ Rechtssystematisch soll das »Kleinbeteiligtenprivileg« das Eigenkapitalersatzrecht auf die Finanzierungs(folgen)verantwortung (oben I.1., [Rdn. 172](#)) und diese wiederum auf die mitunternehmerische Verantwortung der Gesellschafter zurückführen, die bei einer Kleinbeteiligung typischerweise nicht gegeben seien.³⁵⁹ Rechtspolitisch soll die Regelung vor allem die Finanzierung mittelständischer Unternehmen erleichtern.³⁶⁰ Eine pauschale Beteiligungsschwelle wurde gewählt, weil sie leicht zu ermitteln ist.³⁶¹
- 192 193 Üben mehrere kleinbeteiligte Gesellschafter Mitverwaltungsrechte koordiniert aus (z. B. durch Treuhand- oder Stimmbindungsverträge) oder koordinieren sie zumindest im Einzelfall ihre Kreditvergabe, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen sich die Beteiligten die Kapitalanteile der jeweils anderen Gesellschafter zurechnen lassen müssen. Im Schrifttum ist die Zusammenrechnung von Kleinbeteiligungen bei koordiniertem Handeln bereits befürwortet worden.³⁶² Die bloße Zusammengehörigkeit von Familiengesellschaftern soll demgegenüber keine Zurechnung rechtfertigen.³⁶³ Der BGH hat inzwischen die Zurechnung von Beteiligungen sowohl bei koordinierter Mitverwaltung als auch bei koordinierter Kreditvergabe anerkannt. Die einschlägigen Entscheidungen betreffen zwar nicht § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F., sondern das Kriterium der unternehmerischen Beteiligung i. R. d. Eigenkapitalersatzrechts der AG, dürften aber ohne Weiteres auf das Kleinbeteiligungsprivileg übertragbar sein (Näheres unten [Rdn. 243](#)).
- 193 194 Das »Sanierungsprivileg« gem. § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F., das wiederum über die Novellenregeln hinaus auch auf die Rechtsprechungsregeln angewendet wird,³⁶⁴ soll die Sanierungsfeindlich-

354 *Seibert*, GmbHR 1998, 309, 310.

355 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.04.1998, BGBl. I 1998, S. 786.

356 Die Begründung für diese Beschränkung der Privilegierung lautet, dass Gesellschafter-Geschäftsführer anderen Gläubigern ggü. Insider-Vorteile hätten und ihnen daher nicht ohne Weiteres gleichgestellt werden könnten; so *Seibert*, GmbHR 1998, 309.

357 Vgl. demgegenüber das österreichische Eigenkapitalersatzgesetz: Gem. § 5 Abs. 1 unterliegen diesem Gesetz nur Personen, die (1.) an einer Gesellschaft kontrollierend oder (2.) mit einem Anteil von zumindest 25 % an der Gesellschaft (oder Genossenschaft) beteiligt sind, oder die (3.) wie ein Mehrheitsgesellschafter einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft (oder Genossenschaft) ausüben, selbst wenn sie an dieser nicht beteiligt sind.

358 Z. B. BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, ZIP 2006, 279; *Seibert*, GmbHR 1998, 309.

359 *Seibert*, GmbHR 1998, 309; *Philippi*, BB 2002, 841, 845.

360 *Seibert*, GmbHR 1998, 309 f.; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, [Rn. 396](#). Vor allem sollte die GmbH für Risikokapital attraktiver gemacht werden; kritisch *K. Schmidt*, ZIP 1996, 1586, 1588 f.

361 *Seibert*, GmbHR 1998, 309.

362 Z. B. *Pentz*, GmbHR 1999, 437, 444 f.; *von Gerkan*, GmbHR 1997, 677, 679; *Bayer*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, [Rn. 11.20](#).

363 *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, [Rn. 397](#).

364 Z. B. BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 (II.1.), unter Hinweis auf die »unmiss-

keit des Eigenkapitalersatzrechts³⁶⁵ verringern und den Darlehensgebern die Möglichkeit eröffnen, in der Krise ohne Risiko für ihre Altkredite Geschäftsanteile zu übernehmen, etwa durch Umwandlung eines Teils der Kredite in Eigenkapital. Danach führt der Erwerb von (bestehenden oder neu emittierten³⁶⁶) Geschäftsanteilen durch einen Darlehensgeber in der Krise »zum Zweck der Überwindung der Krise« für die bestehenden oder neu gewährten Kredite nicht zur Anwendung »der Regeln über den Eigenkapitalersatz«. U. U. kann das Sanierungsprivileg selbst dann zur Anwendung gelangen, wenn der Sanierer nicht selbst unmittelbarer Anteilserwerber ist. Dies ist eine Konsequenz des Umstands, dass das Eigenkapitalersatzrecht auch Darlehensgeber erfassen kann, die nicht selbst Gesellschafter sind, denen aber die Beteiligung eines (verbundenen) Dritten zugerechnet wird.³⁶⁷

Die Privilegierung greift nur so weit, wie der Erwerb der Sanierungsbeteiligungen zum Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts führen würde. Waren die Altkredite also bereits umqualifiziert, weil der Darlehensgeber schon zuvor über 10 % (vgl. insoweit das »Kleinbeteiligtenprivileg«, oben Rdn. 192 f.) der Anteile besaß, vermag das »Sanierungsprivileg« diese Darlehen nicht rückwirkend zu befreien.³⁶⁸ Privilegiert werden aber Darlehensgeber, die bisher nicht oder zu max. 10 % (§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.) an der GmbH beteiligt sind, und deren Altkredite durch den Anteilserwerb in der Krise aufgrund der hinzutretenden Gesellschafterposition in die Gefahr einer Umqualifizierung aufgrund des »Stehenlassens« geraten.³⁶⁹

Der Sanierungszweck ist nach der Rechtsprechung »vorrangig objektiv zu bestimmen«. Neben dem »im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen« ist erforderlich, dass »nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft (objektiv) sanierungsfähig« ist und dass »die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet« sind, »die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren«.³⁷⁰ Aus dem Gesichtspunkt der objektiven Sanierungsfähigkeit, der die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft voraussetzt, folgt, dass Darlehen nicht mehr privilegiert werden, wenn die Krise objektiv überwunden ist.³⁷¹ Hiervon zu unterscheiden ist die – nicht zuletzt aus Bankenkreisen aufgeworfene – Frage, ob ein einmal privilegiertes Darlehen für immer privilegiert bleibt, selbst wenn es der Gesellschaft wieder gut geht, mit der Folge, dass der Gesellschafter in einer nach Sanierung eingetretenen erneuten Krise nicht wegen »Stehenlassens« dieses Darlehens zur Verantwortung gezogen werden kann.³⁷² Für eine dauerhafte »Immunsierung« von Sanierungsdarlehen

verständliche Formulierung in § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG [a.F.]«. Für das Schrifttum z. B. *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 16. Aufl., §§ 32a/b Rn. 79 m. w. N.

365 Zur Sanierungsfeindlichkeit des Eigenkapitalersatzrechts s. *Buck*, 2006, S. 233 ff.; vgl. insoweit auch § 13 des österreichischen Eigenkapitalersatzgesetzes, der ein ähnliches Sanierungsprivileg beinhaltet: Erwirbt jemand an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft eine Beteiligung zum Zweck der Überwindung der Krise, so sind die im Rahmen eines Sanierungskonzepts zu diesem Zweck neu gewährten Kredite nicht Eigenkapital ersetzend.

366 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/10038 v. 04.03.1998, S. 28: Auch die Übernahme neuer Anteile aus Kapitalerhöhungen könne »zumeist verbunden mit dem Austausch des Managements, wichtiger Beitrag zur Sanierung sein«.

367 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, ZIP 2006, 279.

368 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/10038, S. 28.

369 Zur Frage, ob das Sanierungsprivileg auch Alt-Gesellschafter erfassen kann, s. *Pentz*, ZIP 2006, 1169, 1173 f.

370 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, unter II.2., m. w. N., unter Berufung auf die h. M. im Schrifttum.

371 Z. B. *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*, 4. Aufl., § 32a Rn. 126; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl., § 32a Rn. 19, m. w. N.

372 Bejahend etwa *Obermüller*, ZInsO 1998, 51, 53; s. a. *Schönfelder*, WM 2009, 1401, 1406, 1407, der argumentiert, andernfalls sei ein die Sanierung mit Krediten begleitendes Kreditinstitut gehalten, eine potenzielle Gesellschafterstellung unmittelbar mit Erreichen des Sanierungszwecks zu beenden. In der Kreditdokumentation sei daher für diesen Fall ein kurzfristiges Kündigungsrecht vorzusehen, was die beabsichtigte Sanierung konterkarieren könne.

dieser Art gibt es aber keinen Grund. Schon der Wortlaut des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. legt es nahe, die Privilegierungswirkung auf die konkrete »Krise«, um deren Sanierung es geht, zu beschränken. Der Sanierungszweck ist zudem mit vollendeter Sanierung erfüllt, die Betrachtung der Angemessenheit oder Unangemessenheit der Darlehensfinanzierung beginnt dann wieder bei »null«, und es ist nicht einzusehen, warum diese Darlehen, nur weil sie früher einmal der Sanierung dienten, quasi als »Belohnung« besser behandelt werden sollten als nach der Sanierung neu gewährte Darlehen. Der Gedanke, der Sanierungszweck werde gefährdet, wenn Darlehensgeber alsbald nach der Sanierung im Hinblick auf die nächste Krise ihre Darlehen zurückfordern müssen, um eine Umqualifizierung zu vermeiden, mag zwar zutreffen. Er ist aber nicht geeignet, die hier vertretene Ansicht zu widerlegen, denn in Fällen dieser Art dürfte die Krise bei genauer Betrachtung noch gar nicht, zumindest nicht nachhaltig,³⁷³ überwunden sein, sodass die Privilegierungswirkung schon deshalb anhält.³⁷⁴

196 197 Da die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens (aus ex-ante-Sicht) eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs darstellt und es zur Prüfung ihrer Voraussetzungen regelmäßig erst nach einer gescheiterten Sanierung kommt, sollten die Sanierer die Voraussetzungen, die Prüfung der Sanierungsfähigkeit der AG und letztlich die Gründe für ihre Bejahung gründlich dokumentieren, da es ihnen obliegt, die Sanierungsfähigkeit zu beweisen.³⁷⁵

198-204 *bb) Privileg für außerbörsliches Beteiligungskapital (§ 24 UBGG)*

197 198 Eine besondere Sanierungsförderung ergibt sich neben dem eben dargestellten Sanierungsprivileg³⁷⁶ für vor dem 01.11.2008 eröffnete Insolvenzverfahren aus § 24 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBGG)³⁷⁷ in der bis dahin geltenden Fassung.³⁷⁸ Diese Vorschrift stellt Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBG) und UBG-Gesellschafter für Darlehen, die sie den Gesellschaften gewähren, an denen die UBG beteiligt sind, von der Anwendung des Sonderrechts für Gesellschafterdarlehen frei. UBG sind eine Sonderform freier Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die in einem vorgegebenen gesetzlichen Rahmen Mittelstandsförderung durch die Investition in außer-

373 Zum Kriterium der »Nachhaltigkeit«, das der Gesetzgeber nun in das Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F. aufgenommen hat (unten [Rdn. 281](#)), s. schon BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, »Lufttaxi«, unter I.2. (allgemein im Kontext dessen, was das Gericht später »Krise« nannte; zur Entwicklung der Rechtsprechung oben I.1., [Rdn. 168 ff.](#)): Wenn der Gesellschafter »zur Abwendung der Konkursantragspflicht weitere Gelder zur Verfügung« gestellt habe, so habe er »sie nicht zur Unzeit, noch bevor der damit verfolgte Zweck nachhaltig erreicht war, zurückfordern« dürfen; ferner BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106, Leitsatz b: Der Sanierungszweck i. S. von § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG (a. F.) erfordere (u. a.), dass die zur Sanierung »konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet« seien, »die Gesellschaft in überschaubarer Zeit *durchgreifend* zu sanieren« [Hervorhebung durch Verf.]. Vgl. z. B. auch BGH, Urt. v. 30.01.2006 – II ZR 357/03, BB 2006, 62, unter II.2. (im Kontext des § 135 Nr. 2 InsO a. F.), wo das Gericht einen Zusammenhang herstellt zwischen dem Nachweis, dass sich die (später doch fallierte) Gesellschaft im Zeitpunkt der angefochtenen Leistung nicht mehr in der Krise befunden hat, und dem Nachweis »dass ihr Stammkapital zwischenzeitlich *nachhaltig* wieder hergestellt war« [Hervorhebung durch Verf.].

374 Ähnlich *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl., § 32a [Rn. 126](#), m. w. N. zum Meinungsstand: Man müsse sich die Frage stellen, ob die Krise dann »tatsächlich« überwunden sei.

375 Ähnlich *Paape*, DZWIR 2009, 9, 10, speziell in Zusammenhang mit der Sanierung im Wege eines »Debt-Equity-Swap«. Hierzu unten Teil F., [Rdn. 608 ff.](#)

376 S. den vorangehenden Abschnitt und etwa *Vollmer/Smerdka*, DB 2000, 757.

377 Gesetz v. 17.12.1986, BGBl. I 1986, S. 2488, in der Fassung der Bekanntmachung v. 09.09.1998 (BGBl. I 1998, S. 2765) mit nachfolgenden Änderungen, in letzter Zeit etwa durch Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.08.2008, BGBl. I 2008, S. 1672, und durch Art. 21 des MoMiG.

378 Zum intertemporalen Recht der Reform des Rechts der Gesellschafterdarlehen s. o. Einleitung vor I., [Rdn. 162 ff.](#)

börsliches Beteiligungskapital (»private equity«)³⁷⁹ betreiben sollen (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 UBGG).

Das Privileg für Gesellschafterdarlehen nach § 24 UBGG war bereits in der Ursprungsfassung des Gesetzes aus dem Jahr 1986 enthalten.³⁸⁰ Damit erfüllte der Gesetzgeber die zahlreichen Forderungen nach einem Sanierungsprivileg für institutionelle Investoren.³⁸¹ Seine Rechtfertigung findet dieses Privileg zum einen in dem Gedanken, dass die strengen Regeln für Gesellschafterdarlehen wegen der tendenziell »seriösen« Finanzierung durch institutionelle Investoren weniger erforderlich sind, zum anderen in dem übergeordneten Grund, die Anerkennung als UBG zur verbesserten Kapitalversorgung vor allem mittelständischer Unternehmen attraktiv zu gestalten.³⁸²

Die i. d. R. von Kreditinstituten gehaltenen UBG können aufgrund dieses Privilegs eine Beteiligung an einer sanierungsreifen Gesellschaft (in der Praxis insb. an einer GmbH oder an einer AG) eingehen, und gleichzeitig können die über die UBG mittelbar an der sanierungsreifen Gesellschaft beteiligten Kreditinstitute dieser Gesellschaft Darlehen gewähren, ohne dass die Darlehen als Eigenkapitalersatzend verstrickt würden. Durch die Privilegierung in § 24 UBGG ist somit die Gewährung von Fremd- und von Eigenkapital zur Sanierung möglich, ohne dass ein Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts droht. Diese Begünstigung von »Venture Capital« reicht über das allgemeine Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG hinaus: Die Befreiung nach dem UBGG gilt unabhängig davon, ob Anteile in der Krise erworben werden.

Rechtstechnisch wird die Privilegierung zunächst dadurch erreicht, dass gem. § 25 UBGG a. F. für das Eigenkapitalersatzrecht »Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, die mit einer UBG nach den sinngemäß anzuwendenden §§ 15 bis 19 AktG verbunden sind, die der UBG gehörenden Anteile an einem anderen Unternehmen bis zum Ablauf von vier Jahren nach der erstmaligen Beteiligung der UBG an diesem Unternehmen nicht zugerechnet« werden, wenn bei Darlehensgewährung noch keine Krise vorlag und das Darlehen später »stehengelassen« wurde. Das 2. Finanzmarktförderungsgesetz³⁸³ verlängerte 1994 diese Frist auf 10 Jahre. Das 3. Finanzmarktförderungsgesetz vom 24.03.1998 stellte dann in § 24 UBGG UBG-Gesellschafter vom Eigenkapitalersatzrecht völlig frei:³⁸⁴ Hat die UBG³⁸⁵ oder ein an der UBG beteiligter Gesellschafter einer Gesellschaft [einem Unternehmen],³⁸⁶ an der [dem] die UBG ihrerseits beteiligt ist, ein Darlehen gewährt oder eine andere der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vorgenommen, findet eine Zurechnung nach den Regeln über den Eigenkapitalersatz insoweit nicht statt (§ 24 UBGG i. d. F. vor der Änderung durch Art. 21 des MoMiG) bzw. – seit der Reform des Rechts der Gesellschafterdarlehen – ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO insoweit nicht anzuwenden (§ 24 UBGG n. F.).³⁸⁷

379 Wegen der damit für den Kapitalgeber u. U. verbundenen besonderen Risiken spricht man auch von »Wagniskapital« (»venture capital«). Zur Bedeutung von »private equity« und »venture capital« im GmbH-Recht – insb. vor dem Hintergrund des MoMiG – *Herrmann*, DZWIR 2009, 265.

380 Vgl. auch § 12 des österreichischen Eigenkapitalersatzgesetzes, der über das allgemeine Sanierungsprivileg des § 13 dieses Gesetzes hinaus weitere Privilegien vor allem für institutionelle Investoren enthält.

381 S. *Vollmer/Smerdka*, DB 2000, 757, 759; s. a. *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 319 ff.

382 Zum Argument einer Verbesserung der Kapitalversorgung vor allem mittelständischer Unternehmen durch institutionelle Investoren s. *Vollmer/Smerdka*, DB 2000, 757, 759; *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 319 ff.; zum Argument der tendenziell eher »seriösen« Finanzierung bei institutionellen Investoren, wie sie in Deutschland UBG darstellen, *Vollmer/Smerdka*, DB 2000, 757.

383 Gesetz v. 26.07.1994, BGBl. I 1994, S. 1749, 1780, 1781 f.

384 Gesetz v. 24.03.1998, BGBl. I 1998, S. 529, 560, 564.

385 Mit der Neufassung des § 24 UBGG gem. Art. 2 Nr. 7 des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.08.2008, BGBl. I 2008, S. 1672, 1677, wurde das Privileg des § 24 UBGG auf Darlehen der UBG selbst (also nicht nur von deren Gesellschaftern) ausgedehnt.

386 Der Begriff »Gesellschaft« wurde in der Neufassung des § 24 UBGG gem. Art. 2 Nr. 7 des MoRaKG (s. Fn. 117) durch den Begriff »Unternehmen« ersetzt. Damit werden sprachlich Darlehen an jede Art von Beteiligungsunternehmen – nicht nur an solche in der Rechtsform einer Gesellschaft – erfasst.

387 Das Gesetz zur Förderung von Wagniskapitalbeteiligungen (Wagniskapitalbeteiligungsgesetz – WKBG,

- 201 202 Durch Art. 2 Nr. 7 des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) vom 12.08.2008,³⁸⁸ das am 19.08.2008 in Kraft trat (Art. 8 Abs. 1), wurde das Privileg des § 24 UBGG auf Darlehen der UBG selbst (also nicht nur von deren Gesellschaftern) ausgedehnt; ferner werden sprachlich jetzt Darlehen an jede Art von Beteiligungsunternehmen erfasst, also nicht nur solche in der Rechtsform einer Gesellschaft. Mit dieser »Anpassung der Regelungen an die geänderten Verhältnisse« will der Gesetzgeber »die Rahmenbedingungen für die Finanzierung der mittelständischen Beteiligungsunternehmen« verbessern.³⁸⁹
- 202 203 Fraglich ist, ob diese Ausweitung des personellen Anwendungsbereichs des § 24 UBGG selbst auf Insolvenzverfahren anzuwenden ist, die vor dem 19.08.2008 (Tag nach der Verkündung des MoRaKG) eröffnet wurden (intertemporaler Anwendungsbereich). Dafür spricht Art. 8 Abs. 1 MoRaKG, der ohne weitere Differenzierung sämtliche Änderungen des UBGG durch Art. 2 dieses Gesetzes am Tag nach der Verkündung dieses Gesetzes in Kraft setzt. Dagegen spricht allerdings der entscheidende Gesichtspunkt, dass die Anwendung des § 24 UBGG n. F. auch auf »alte« Insolvenzverfahren auf eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen (nämlich der Entstrickung eines Gesellschafterdarlehens) oder, anders ausgedrückt, eine echte Rückwirkung zulasten der Gesellschaftsgläubiger hinauslaufen würde. Grds. ist die Rückbewirkung von Rechtsfolgen (echte Rückwirkung) verfassungsrechtlich unzulässig. Ausnahmen hiervon bestehen nur, wenn das Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts nicht schutzwürdig war, weil etwa mit der Neuregelung zu rechnen war, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Rechtssicherheitsprinzip vorgehen, eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot erfordern, wenn mit der Neuregelung gerechnet werden musste, weil ein nichtiges Gesetz durch eine Neuregelung ersetzt wird, wenn ein nur formell verfassungswidriges Gesetz formell ordnungsgemäß mit Rückwirkung neu beschlossen wird, oder wenn die bisherige Gesetzeslage unklar und verworren war, da dann kein schutzwürdiges Vertrauen möglich war.³⁹⁰ Es ist nicht ersichtlich, dass bei § 24 UBGG eine der genannten Ausnahmen greifen würde. Eine verfassungskonforme, den Wortlaut der Vorschrift einschränkende und i. Ü. auch an dem Rechtsgedanken des Art. 103d Satz 1 EGV n. F. (hierzu oben vor I., **Rdn. 162 ff.**) orientierte Auslegung des Art. 8 Abs. 1 MoRaKG muss deshalb zu dem Ergebnis führen, dass die Erstreckung der Privilegierung des § 24 UBGG auf Darlehen der UBG und jede Art von Beteiligungsunternehmen nur auf Insolvenzverfahren anwendbar ist, die nach dem 18.08.2008 eröffnet wurden.
- 203 204 Durch Art. 2 Nr. 7 des MoRaKG (in der endgültig verkündeten Fassung³⁹¹) wurde ferner die Rechtsfolge des § 24 UBGG (»ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung nicht anzuwenden«) mit sofortiger Wirkung an die erst zweieinhalb Monate später in Kraft getretene allgemeine Reform des Rechts der Gesellschafterdarlehen angepasst; dies ist offensichtlich ein Redaktionsversehen, das dem Gesetzgeber nicht einmal bewusst geworden ist – sonst hätte er diese Anpassung nicht später durch Art. 21 MoMiG erneut angeordnet.
- 205 *cc) Sanierungserleichterungen in den neuen Bundesländern (§ 56e DMBilG)*
- 204 205 Schließlich gibt es noch die Sanierungserleichterung des § 56e D-Mark-Bilanzgesetz (DMBilG).³⁹² Auf Darlehen an Treuhandunternehmen, die von der Treuhandanstalt gewährt oder besichert wur-

eingefügt durch Art. 1 MoRaKG, s. nachfolgende Fn.) enthält keine weiter gehende Sonderregelung zu Gesellschafterdarlehen. § 8 Abs. 3 WKBG, der zulässige Geschäfte einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft definiert, sieht lediglich vor, dass eine solche Gesellschaft Zielgesellschaften, an denen sie beteiligt ist, Darlehen und Bürgschaften gewähren darf.

388 BGBl. I 2008, S. 1672 v. 18.08.2008.

389 Begr. RegE MoRaKG, BT-Drucks. 16/6311, S. 16.

390 Ausführlich z. B. BVerfG, Urt. v. 23.11.1999 – 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239; BVerfG, Beschl. v. 17.01.1967 – 2 BvL 28/63, BVerfGE 21, 117; BVerfG, Urt. v. 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261, jeweils m. w. N.

391 Anders noch RegE MoRaKG, BT-Drucks. 16/6311, S. 11.

392 DMBilG i. d. F. der Bekanntmachung v. 28.07.1994, BGBl. I 1994, S. 1842, zuletzt geändert durch Art. 12 Abs. 13 des Gesetzes v. 10.11.2006, BGBl. I 2006, S. 2553. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 56e

den, sind danach die »§§ 32a und 32b des GmbHG« a. F. und damit wohl das gesamte Eigenkapitalersatzrecht der GmbH, aber auch der AG, nicht anwendbar.³⁹³ Zwar gab § 56e DMBilG von Zeit zu Zeit noch Anlass für Entscheidungen des BGH.³⁹⁴ Die praktische Bedeutung dieser Norm, die auch für die Rechtsnachfolger der Treuhandanstalt nachwirkt, ist aber nur noch sehr gering, weil sie nur Altkredite der DDR-Staatsbank³⁹⁵ und Liquiditätshilfen der Treuhandanstalt vor Feststellung der DM-Eröffnungsbilanz (§ 35 DMBilG) erfasst.³⁹⁶ Durch das MoMiG wurde das DMBilG nicht geändert, möglicherweise mangels praktischen Regelungsbedarfs (hierzu unten **Rdn. 285**).

c) Wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen

206-231

Gemäß der Generalklausel des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. gelten »diese Vorschriften« (d. h. § 32a Abs. 1 und 2 GmbHG a. F.) »sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten«³⁹⁷, die der Darlehensgewährung »wirtschaftlich entsprechen«. Von demselben Grundsatz gehen die Rechtsprechungsregeln aus, und Gleiches wird auch für die AG i. R. d. §§ 57, 62 AktG a. F. analog angenommen (hierzu unten **Rdn. 245**).³⁹⁸

aa) Begriff der wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung

207-218

Der Begriff der »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung« ist weit zu interpretieren, wobei wegen der rechtlichen Gleichstellung von Darlehen und »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen« auf die Binnenabgrenzung zwischen Darlehen und entsprechenden Rechtshandlungen keine große Mühe verwendet zu werden braucht. Maßgebend für die Beurteilung der Vergleichbarkeit von Darlehen mit »anderen Rechtshandlungen« ist der Zweck des § 32a (Abs. 1) GmbH a. F.; dieser entspricht nach Ansicht des BGH »im Wesentlichen« dem Zweck, »von dem sich der Senat bei seiner Rechtsprechung leiten lässt, mit der er Gesellschafterleistungen in die Rückzahlungssperre der §§ 30, 31 GmbHG einbezieht«. ³⁹⁹ Hilfskriterium des Gerichts ist die »Kapitalnutzung im Sinne einer Unternehmensfinanzierung«. ⁴⁰⁰ Vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst werden demnach bspw. Finanzierungshilfen (z. B. Forderungsstundungen⁴⁰¹), Fälligkeitsvereinbarungen⁴⁰² oder das »un-

vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots s. BVerfG, Beschl. 29.12.1994 – 1 BvL 52/92, ZIP 1995, 393.

393 Eingehend zu § 56e DMBilG z. B. OLG Dresden, Urt. v. 04.08.1994 – 5 U 1181/93, DB 1994, 1765 m. w. N.; aus dem Schrifttum z. B. *Spoerr*, 1992, S. 272 ff.; *von Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz, **Rn. 1.46, 7.1 ff.**; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 317.

394 Z. B. BGH, Beschl. v. 09.05.2005 – II ZR 142/03, im Internet unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (letzter Abruf v. 10.01.2013); BGH, Urt. v. 07.12.1998 – II ZR 382/96, BGHZ 140, 156 ff.; BGH, Urt. v. 11.01.1999 – II ZR 247/97, ZIP 1999, 408 ff.

395 S. *Kleindiek*, in: *von Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz, **Rn. 7.4**; *Hommelhoff/Habighorst*, ZIP 1992, 979, 984 ff.

396 S. z. B. *von Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz, **Rn. 7.6**; *Balz*, ZIP 1992, 446 f.; *Schöne*, Anm. zu LG Leipzig, Urt. v. 30.11.1993 – 7 O 3363/93, EWIR 1994, 663, 664.

397 Grundlegend zum Begriff des »gesellschaftergleichen Dritten« *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840 ff.; s. zum Begriff des (gesellschaftergleichen) »Dritten« i. S. d. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. und dem davon zu unterscheidenden Begriff des »Dritten« i. S. d. § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. auch *Buck*, 2006, S. 63 f.

398 Hierzu u. a. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 **Rn. 161**; *Johlke*, in: *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch, **Rn. 5.55 ff.**; *Haas/Dittrich*, in: *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch, **Rn. 8.13 ff.**

399 BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 60 f. (»Lagergrundstück I«), unter 1.b.

400 BGH, Urt. v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, NJW 1995, 457, unter 2.a.

401 S. z. B. BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31 (»Lagergrundstück II«), unter 5.b. Bei einer einmaligen, kurzen Stundung kann die eigenkapitalersetzende Funktion fehlen, nicht dagegen bei wiederholten Stundungen. Dann ist der durchschnittliche offene Forderungssaldo eigenkapitalersetzend (BGH, Urt. v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, NJW 1995, 457, 458 f.).

402 *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b **Rn. 116**; *Schnell*, 1992, S. 37. Voraussetzung ist hierbei, dass die Vorleistung des Gesellschafters eine eigenständige, aufgrund ihrer Langfristigkeit von den Markt-

echte Factoring«,⁴⁰³ aber auch noch weitere, nachfolgend näher dargestellte Gestaltungen (im Folgenden **Rdn. 208 ff.**). Auf den Sonderfall der Überlassung von Gegenständen zur Nutzung wird ausführlich unter **Rdn. 219 ff.**, auf die eigenkapitalersetzende Sicherheit unten bei **Rdn. 563 ff.** eingegangen.

208-210 (1) Nicht erfüllte Darlehenszusage

- 207 208 Darüber hinaus wurden durch das OLG München bereits »harte« Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen unter das Eigenkapitalersatzrecht subsumiert.⁴⁰⁴ Auch für (gewöhnliche) noch nicht erfüllte *Darlehenszusagen* mit Verzicht auf das Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB⁴⁰⁵ müsste man dies konsequenterweise für denkbar halten.⁴⁰⁶ Von der Rechtsfolge her passen solche Finanzierungszusagen gar nicht auf die Nachrangregel des § 32a Abs. 1 GmbHG, denn nachrangig können nur Forderungen des Gesellschafters, nicht aber Finanzierungszusagen sein. Bedeutung könnte die Qualifizierung einer Darlehenszusage als Eigenkapitalersatz jedoch i. R. d. Anfechtungsrechts nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (hierzu noch unten **Rdn. 232, 482 ff.**) entfalten, wenn sich der Gesellschafter in der Krise seiner Zusage durch eine (anzufechtende) Aufhebungsvereinbarung mit der Gesellschaft zu entziehen versucht.⁴⁰⁷ Die Anfechtung führt dann dazu, dass die Finanzierungszusage nach § 143 InsO trotz Aufhebung geltend gemacht werden kann und der Gesellschafter zur Zufuhr der zugesagten Mittel in die Gesellschaft verpflichtet bleibt.
- 208 209 Ob dieses Ergebnis noch mit der – ohnehin zweifelhaften – Ratio des Eigenkapitalersatzrechts vereinbar ist, lässt sich schwer beurteilen, weil diese Ratio bereits in sich nicht kohärent ist. Stellt man auf den (methodologisch zweifelhaften)⁴⁰⁸ Gedanken der Umqualifizierung und Eigenkapitalähnlichkeit ab, spricht nichts gegen eine Gleichstellung von Darlehenszusagen mit bereits valuierten Darlehen. Der BGH hat zwar im Rahmen seiner Finanzplanrechtsprechung explizit ausgeführt, die

gepflogenheiten abweichende Kapitalnutzung ermöglicht; vgl. im Einzelnen *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Anhang: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Vorschriften zum Gesellschafterdarlehen, § 39 InsO **Rn. 6**, m. w. N.: »Fälligkeitsvereinbarung [...], die den Zeitpunkt der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistung in einer nicht den marktüblichen Gepflogenheiten entsprechenden Weise hinausschiebt [...] oder umgekehrt eine nicht marktübliche Vorausleistung des Gesellschafters vorsieht«.

- 403 Beim »unechten Factoring« trägt der Zessionar – anders als beim »echten Factoring« – nicht das Ausfallrisiko (sog. Delkredererisiko), sodass das »unechte Factoring« auf Forderungseinzug unter einstweiliger Kreditierung gerichtet ist und Darlehenscharakter hat (OLG Köln, Urt. v. 25.07.1986 – 22 U 311/85, ZIP 1986, 1585 ff.: unechtes Factoring als eigenkapitalersetzendes Geschäft; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, 4. Aufl., GmbHG, § 32a **Rn. 158**). Teilweise wird daher bereits § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. für einschlägig befunden (*Ulmer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, Bd. 1, § 32a/b **Rn. 24**; *Schnell*, 1992, S. 24). Dagegen fällt »echtes Factoring« als Forderungskauf nicht unter § 32a GmbHG a. F. (*Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 32a **Rn. 158**; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b **Rn. 116**).
- 404 S. OLG München, Urt. v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZIP 2004, 2102, 2105, unter I.2.d., m. w. N. (u. a. unter zweifelhafter Berufung auf BGH, Urt. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, dort zum Finanzplankredit, hierzu unten **Rdn. 457 ff.**): Es sei weitgehend anerkannt, dass »harte« Patronatserklärungen als aufschiebend bedingte Darlehensversprechen wirtschaftlich einer Darlehensgewährung i. S. d. Eigenkapitalersatzrechts entsprechen, also auch »gleichgestellte Forderung« i. S. d. § 135 InsO a. F. sein können; ebenso OLG München, Urt. v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZIP 2004, 2102, 2105, m. w. N. (»harte Patronatserklärung«).
- 405 Gewöhnliche Darlehenszusagen können nach § 490 Abs. 1 BGB bei einer wesentlichen Erhöhung des Ausfallrisikos einseitig vom Darlehensgeber ohne Mitwirkung des Darlehensnehmers gekündigt werden, sodass sich hier die Frage einer anfechtbaren Rechtshandlung seitens der darlehensnehmenden Gesellschaft nicht stellt.
- 406 Vgl. OLG München, Urt. v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZIP 2004, 2102, 2105, unter I.2.a.bb., wo von dem »in der Patronatserklärung zu sehenden aufschiebend bedingten Darlehensversprechen« die Rede ist. Zustimmend *Paul*, ZInsO 2004, 1328, 1329. Zum Finanzplankredit s. u. **Rdn. 457 ff.**
- 407 So auch OLG München, Urt. 22.07.2004 (ebenda, vorausgehende Fn. 138), unter I.2.d.; dazu ferner ausführlich unten **Rdn. 482 ff.**
- 408 Hierzu *Reimer*, FS Boujong, 1996, S. 415, 427 ff.

Rechtsfolgen der (eigenkapitalersatzrechtlichen) Umqualifizierung beschränkten sich »auf ein Abzugsverbot, eine Pflicht zur Zuführung neuer Eigenmittel« sei »mit den Eigenkapitalersatzgrundsätzen nicht zu recht-fertigen«. ⁴⁰⁹ Im Ergebnis gelangt er aber doch zu der Aussage, eine »einlageähnlich wirkende Darlehenszusage« könne »ohne Einschränkungen nur vor Eintritt der Krise« aufgehoben werden, ⁴¹⁰ wobei er anstelle des Eigenkapitalersatzrechts das Verbot des Erlasses von Einlageverpflichtungen gem. § 19 Abs. 2 GmbHG (entspricht § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG) anwenden möchte. Das ist zwar eine durchaus konsequente Ableitung aus der Prämisse der Einlageähnlichkeit (= Eigenkapitalähnlichkeit) der Darlehenszusage, die das Gericht im konkreten Fall aus dem Willen der Vertragsparteien abgeleitet hat; ⁴¹¹ diese Argumentation ignoriert aber die Existenz eines gesetzlichen Sonderrechts der eigenkapitalähnlichen Finanzierung in der Krise – abgesehen davon, dass sich den Kapitalaufbringungsvorschriften eine Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Aufhebung der Darlehenszusage (bzw. des Ausschlusses des Kündigungsrechts nach § 490 Abs. 1 BGB) im Verhältnis zum Eintritt der Krise nicht entnehmen lässt.

Stellt man hingegen auf die dem Eigenkapitalersatzrecht ebenfalls zugrunde liegende, im »Dunstkreis« der Insolvenzverschleppung liegende (oben Rdn. 189) Ratio ab, dass eine Darlehensfinanzierung von Gesellschaften in der Krise den unzutreffenden Anschein im Rechts- und Geschäftsverkehr erwecke, die Gesellschaft sei ausreichend mit Kapital ausgestattet (s. o. Rdn. 171), und dass solche Gesellschaften daher entweder mit Eigenkapital zu stützen oder zu liquidieren seien, erscheint die Gleichstellung von Zusagen über die Zufuhr von Mitteln mit bereits valuierten Finanzhilfen keineswegs geboten. Schließlich werden die zur Verfügung stehenden Mittel und die Liquidität der Gesellschaft allein durch eine entsprechende Erklärung oder Zusage ihrer Gesellschafter noch nicht erhöht. Der Anschein einer solide finanzierten Gesellschaft aufgrund der Finanzierungszusage kann daher im Rechtsverkehr nur in besonderen Konstellationen auftreten, wenn die Zusage einzelnen Vertragspartnern oder öffentlich bekannt gemacht wird. 210 209

(2) *Quasi-Kreditlinie* 211

Von »*Quasi-Kreditlinie*« spricht man, wenn ein Gesellschafter – mit oder ohne Stundungsabrede – es zulässt, dass die Gesellschaft Forderungen, die ihm aus Warenlieferungen oder Nutzungsüberlassungen gegen sie zustehen, fortlaufend um mehrere Monate oder länger verspätet begleicht. Dadurch verschafft sich die Gesellschaft einen fortlaufend bestehenden Kredit i. H. d. Gesamtsumme des jeweiligen überfälligen Forderungsbestandes. Der BGH entschied dazu im Jahr 1995, in diesem Verhalten könne »in Höhe des durchschnittlichen offenen Forderungssaldos eine nach den Kapitalersatzregeln zu beurteilende Kreditgewährung liegen«; ⁴¹² die darlehensähnliche Leistung besteht dann in der durch die ständige Übung i. R. d. Geschäftsverbindung zumindest konkludent entstandenen Kreditlinie, wobei eine explizite Finanzierungsentscheidung nicht verlangt wird. ⁴¹³ 211 210

409 Z. B. BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.1.

410 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.2.

411 Laut Urteilstatbestand enthielt das Darlehen die folgende Klausel: »Das Darlehen hat kapitalersetzenden Charakter und kann nur nach einem Gesellschafterbeschluss aus künftigen Erträgen oder einem Liquidationsüberschuss der Gesellschaft zurückgezahlt werden.«

412 BGH, Urt. v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, NJW 1995, 457 (Leitsatz 1), zu § 32a Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 GmbHG a. F. in Zusammenhang mit Forderungen aus Warenlieferungen. Zustimmend (und gegen den höchsten Tagessaldo als alternatives Kriterium für die Bestimmung des Kreditumfangs) Haas, DStR 2000, 1484. Vgl. auch § 14 Abs. 2 des österreichischen Eigenkapitalersatzgesetzes: Hiernach besteht im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft i. H. d. Differenzbetrags zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagessaldo während der Dauer der Rückzahlungssperre, zuzüglich der geleisteten Zinsen, soweit sie in diesem Saldo nicht aufscheinen.

413 Kritisch Buck, 2006, S. 168 ff.

212-213 (3) *Stundung*

- 211 212 Über diese Rechtsprechung hinausgehend könnte man sich fragen, ob bereits *einzelne* Gegenleistungsforderungen des Gesellschafters aus Lieferung oder Leistung, die nicht sofort bei Fälligkeit beglichen, sondern in einem gewissen Umfang *gestundet* werden oder für die von vornherein eine entsprechend hinausgeschobene Fälligkeit vereinbart wird, Kreditcharakter haben. Einkommensteuerrechtlich ist immerhin anerkannt, dass der Verkäufer eines zum Privatvermögen gehörenden Wirtschaftsguts neben der auf den Kaufpreis zu verrechnenden Tilgungsleistung auch einen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (Kapitalüberlassung gegen Entgelt) zu versteuernden Zinsanteil von 5,5 % (§ 1 Abs. 1, § 12 Abs. 3 Satz 2 BewG) bezieht, wenn die Kaufpreisforderung mehr als ein Jahr (§ 1 Abs. 1, § 12 Abs. 3 Satz 1 BewG) gestundet wird, selbst wenn die Parteien eine Verzinsung ausgeschlossen haben.⁴¹⁴ Eine unmittelbare Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Gesellschaftsrecht in dem Sinne, dass jeder mehr als ein Jahr hinausgeschobenen Erfüllung einer Geldschuld Kreditcharakter beigemessen wird, würde offensichtlich den vorgenannten BGH-Grundsätzen zur Quasi-Kreditlinie widersprechen und würde die Geschäftsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft auch unnötig erschweren;⁴¹⁵ Gesellschafter müssten Forderungen gegen die Gesellschaft rigoros eintreiben.
- 212 213 Notwendig ist daher eine Betrachtung im Einzelfall:⁴¹⁶ Forderungen eines Gesellschafters aus Verkehrsgeschäften unterliegen nach der unseres Erachtens zutreffenden eigenkapitalersatzrechtlichen Rechtsprechung des BGH⁴¹⁷ selbst dann nicht dem Eigenkapitalersatzrecht oder dem neuen Recht der nachrangigen Gesellschafterdarlehen, wenn der Gesellschafter solche Forderungen unter Bedingungen stundet, zu denen sich auch ein fremder Gläubiger in gleicher Lage zu einer Stundung bereithalten würde.⁴¹⁸ Etwas Anderes gilt nach der eben genannten Rechtsprechung dann, wenn die Stundung Bestandteil eines einheitlichen Sanierungskonzepts ist, wenn es also als ausgeschlossen erscheint, dass ein fremder Lieferant der Gesellschaft rückständige Kaufpreisforderungen in gleicher Höhe und zu denselben Bedingungen gestundet hätte.⁴¹⁹ Somit ist eine gestundete Forderung aus Warenlieferung nur dann eigenkapitalersetzend, wenn sie dem Drittvergleich nicht standhält.

214 (4) *An- und Vorauszahlung*

- 213 214 Ähnlich wie die Stundung einer gegen die AG gerichteten Geldforderung durch den Gesellschafter gestaltet sich der umgekehrte Fall der verfrühten Erfüllung einer gegen den Aktionär gerichteten Geldforderung vor Erhalt der Gegenleistung (*An- und Vorauszahlung*), wenn etwa der Aktionär von seiner Gesellschaft gegen Vorkasse kauft und die Lieferung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Hier wird wiederum häufig ein Drittvergleich helfen, um zu ermitteln, ob sich die Finanzierungswirkung noch im Rahmen eines normalen Umsatzgeschäfts bewegt oder ob hier eine – grds. erforderliche – Finanzierungsentscheidung⁴²⁰ des Gesellschafters zur Darlehensfinanzierung vorliegt.⁴²¹

414 Z. B. BFH, Urt. v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, S. 160, m. w. N.; BFH, Beschl. v. 12.9.2011 – VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229, juris-Rn. 13, ebenfalls m. w. N.

415 S. *Bork*, ZGR 2007, 250, 256.

416 Zur Stundung von Kaufpreisforderungen aus Warenlieferungen BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, unter 7.

417 S. BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, unter 7.

418 Etwa da er auf diese Weise leichter zu seinem Geld zu kommen hofft (so BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, unter 7.).

419 S. BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, unter 7.

420 S. zur Finanzierungsentscheidung etwa BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 17, 29; BGH, Urt. v. 19.09.1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b Rn. 31, 38; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 32a a. F., Rn. 39, 41, 43, 149; *Buck*, 2006, S. 56.

421 S. allerdings *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 32a Rn. 157: Ein Drittvergleich sei in diesen Fällen »nur bedingt möglich«, womit er wohl auf die nach seiner Aussage in der Praxis

(5) Dienstleistungen

215-218

Bis vor Kurzem höchstrichterlich noch nicht geklärt und höchst umstritten war und ist die Frage, ob Dienstleistungen der Gesellschafter wie etwa Geschäftsführerdienste⁴²² oder Ansprüche auf solche Dienstleistungen angesichts ihrer fehlenden Einlagefähigkeit eigenkapitalersetzend sein können.⁴²³ Auf die Einzelheiten dieses Streits braucht vorliegend nicht näher eingegangen zu werden, denn inzwischen hat der BGH entschieden, dass »Dienstleistungsverpflichtungen eines Gesellschafters als solche« anders als etwa ein stehen gelassener Vergütungsanspruch »schon mangels Einlagefähigkeit nicht in Eigenkapitalersatz umqualifiziert« werden können.⁴²⁴ Ergänzend verweist das Gericht darauf, dass eine Umqualifizierung »zu dem inakzeptablen Ergebnis einer Verpflichtung des Gesellschafters zu vertragsgemäßer Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Entgeltanspruch führen würde«.⁴²⁵

An der Prämisse der fehlenden Einlagefähigkeit von Dienstleistungsansprüchen kann man im Einzelfall angesichts der immer weiter gehenden Kommerzialisierung und Standardisierung von Dienstleistungen, wie sie z. B. bei übertragbaren Mobilfunk-Prepaid-Karten mit Marktwert zu beobachten ist, durchaus zweifeln, wenn auch Konstellationen, in denen Gesellschafter in nennenswertem Umfang solche Ansprüche der Gesellschaft überlassen, in der Praxis eher selten sein dürften. Bereits entstandene Entgeltansprüche sind ebenfalls einlagefähig und können eigenkapitalersetzend werden.⁴²⁶ Im Grenzbereich liegen nicht geltend gemachte Vorauszahlungsansprüche für künftige Dienstleistungsansprüche.

Unberührt von der Rechtsprechung zum fehlenden Eigenkapitalersatzcharakter von Dienstleistungsansprüchen bleibt jedenfalls – außerhalb des Eigenkapitalersatzrechts – die Möglichkeit, dass der Gesellschafter sich freiwillig dazu verpflichtet, der Gesellschaft seine Dienste auch in der Krise zur Verfügung zu stellen, und dabei zusagt, seine *Entgeltansprüche* nur nachrangig geltend zu machen. Insoweit kann auf die Rechtsprechung zum sog. Finanzplankredit (hierzu noch eingehend unter Rdn. 457 ff.) verwiesen werden. Ferner sind die Grundsätze über die verdeckte Einlagenrückgewähr durch überhöhte Vergütungen für Dienstleistungsverträge (z. B. Beratungsverträge) mit Aktionären gem. §§ 57, 62 AktG⁴²⁷ zu beachten.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass der BGH den fehlerhaften Grundansatz des Eigenkapitalersatzrechts ungewollt bestätigt. Das Argument, eine Verpflichtung des Gesellschafters zu vertragsgemäßer Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Entgeltanspruch sei für diesen »inakzeptabel«, lässt sich nämlich durchaus auf seine Verpflichtung zur fortgesetzten (zunächst unentgeltlichen) Kapitalüberlassung beim eigenkapitalersetzenden Darlehen übertragen. Zwar mag ein zur unentgeltlichen Dienstleistung verpflichteter Gesellschafter im Einzelfall, sofern er natürliche Person ist, daran gehindert sein, zusätzlich außerhalb der Gesellschaft seinen Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit zu

häufige Konstellation anspielt, dass Gesellschafter Vorauszahlungen auf Verbindlichkeiten leisten, deren Entstehen noch vom Abschluss eines formbedürftigen Vertrages abhängt.

422 Dies gilt nur für die Dienste selbst; lässt aber bspw. der Geschäftsführer sein Gehalt stehen, so greift bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen das Eigenkapitalersatzrecht in seinem verbleibenden Anwendungsbereich unproblematisch ein.

423 Dazu z. B. *Reich*, 2000, S. 108 – 151; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 32a Rn. 169; *Knobbe-Keuk*, FS Kellermann, 1991, S. 227, 239. *K. Schmidt* (Gesellschaftsrecht, § 37, dort Fn. 217, m. w. N.) hatte die Frage einst sogar noch als »argumentum ad absurdum« aufgeworfen.

424 BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, »Qivive«, unter II.1.; bestätigt durch BGH, Urt. v. 01.02.2010 – II ZR 173/08, BGHZ 184, 158, »Eurobike«, Leitsatz 1. Die mangelnde Einlagefähigkeit von Dienstleistungsansprüchen entspricht der h. M. (s. etwa *Förschle/Taetzner*, in: BeckBilKom, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB Rn. 402) und wird bei der AG auf § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG gestützt.

425 BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, juris-Rn. 24.

426 S. BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, unter II.1.: Nicht ausgeschlossen sei, dass ein stehen gelassener Vergütungsanspruch für Dienstleistungen eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen könne.

427 Zu Umsatzgeschäften mit objektivem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung z. B. *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 8 f.

verdienen; auch der Ausschluss des darlehensgebenden Gesellschafters vom Genuss der Früchte seines Kapital könnte für diesen im Einzelfall aber existenzgefährdend sein, wenn er aus irgendwelchen Gründen keiner Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Letztlich setzt sich dieses »inakzeptable Ergebnis«⁴²⁸ auch in der Neuregelung durch das MoMiG fort (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.). Zur Bewertung der Neuregelung s. näher unten **Rdn. 353 ff.**

219-227 *bb) Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung*

218 219 Im Gegensatz zur Dienstleistung ist der Eigenkapitalersatzcharakter einer Nutzungsüberlassung seit langem anerkannt.

220-221 *(1) Vergleichbarkeit mit Darlehensgewährung*

219 220 Anstatt (Geld-) Darlehen zu gewähren, können Gesellschafter ihrer Gesellschaft Gegenstände, etwa Betriebsgrundstücke oder Anlagen, zum Gebrauch überlassen. Diese Art der Unterstützung hat in der Vergangenheit durch zunehmende Betriebsaufspaltungen, Ausgliederungen sowie Betriebsverpachtungen oder (sonstige) Betriebsüberlassungen (vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG) an Bedeutung gewonnen.

220 221 Seit dem »Lagergrundstück I«-Urteil des BGH vom 16.10.1989,⁴²⁹ das in den Urteilen vom 22.10.1990⁴³⁰ und 14.12.1992 (»Lagergrundstück II.«)⁴³¹ weitergeführt wurde, können solche »Gebrauchsüberlassungen« (auch: »Nutzungsüberlassungen«) als »wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen« (§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.) unter das Eigenkapitalersatzrecht fallen,⁴³² wobei es nicht darauf ankommt, ob die Überlassung aufgrund von Miete, Pacht, aufgrund eines dinglichen Nutzungsrechtes (z. B. Nießbrauch) oder faktisch geschieht.⁴³³ Die »verbreitetste Art, wie Gesellschafter die GmbH in der Krise – auf Risiko der Gläubiger anstatt auf eigenes – am Leben zu erhalten« suchten, sei zwar, so argumentiert der BGH, die Hergabe von Darlehen. Aber auch eine Gebrauchsüberlassung könne »es der konkursreifen oder ohne Unterstützung des Gesellschafters nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft ermöglichen, ihren Geschäftsbetrieb fortzusetzen«.⁴³⁴ Diese Argumentation ist aus der Ratio des Eigenkapitalersatzrechts heraus gedacht durchaus konsequent, zumal auch der Gedanke der *Umqualifizierung* und *Eigenkapitalähnlichkeit* auf die Überlassung von (sonstigen) Gegenständen nicht weniger (aber auch nicht mehr) passt als auf die Überlassung von Geld.

222-225 *(2) Einzelheiten zum Tatbestand der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung*

221 222 Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des eigenkapitalersetzenden Darlehens werden auf die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung sinngemäß übertragen – auch bei der AG (hierzu unten **Rdn. 236 ff.**).⁴³⁵ Im Gegensatz zum neuen Gesetzesrecht (unten **Rdn. 295 ff.**) spielt es in Rechtsprechung und Schrifttum zum (bisherigen) Eigenkapitalersatzrecht keine Rolle, ob der überlassene Gegenstand betriebsnotwendig ist oder nicht. Dass diese Frage so gut wie nicht diskutiert wird,

428 BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, unter II.1. m. w. N.

429 BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 60 f. (»Lagergrundstück«).

430 BGH, Urt. v. 22.10.1990 – II ZR 238/89, NJW 1991, 1057, 1059.

431 BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31; s. dazu und zur Folgerechtsprechung *von Gerkan*, ZHR 158 (1994), 668 ff.

432 St. Rspr., z. B. BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1. Aus dem Schrifttum zustimmend z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 **Rn. 161**; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a **Rn. 32a**; kritisch *K. Schmidt*, ZIP 1990, 69 ff.; *Altmeyden*, NJW 1994, 2353 f.

433 Z. B. *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b **Rn. 141**; *von Gerkan*, ZGR 1997, 173, 191.

434 BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, unter 1.b.

435 S. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 **Rn. 161** und **163**. Der *Autor* möchte sogar generell die §§ 32a Abs. 1 und Abs. 2, 32b GmbHG a. F. analog auf die AG anwenden (ebenda, **Rn. 203** und **209**).

dürfte schon mit den Rechtsfolgen zusammenhängen (hierzu noch unten **Rdn. 226 f.**): Der Insolvenzverwalter dürfte den Anspruch der Gesellschaft auf weitere (unentgeltliche) Überlassung des Gegenstands ohnehin nur geltend machen, wenn dieser Gegenstand betriebsnotwendig ist.

Zur Ermittlung der »Krise« stellt die Rechtsprechung wie bei Darlehen wahlweise auf die Insolvenzzureife oder auf die (angeblich) unterhalb dieser Schwelle liegende Kreditwürdigkeit ab.⁴³⁶ Im Gegensatz zu den Darlehen reicht es nicht, »ob die Gesellschaft noch allgemein kreditwürdig war, als ihr das Wirtschaftsgut zum Gebrauch überlassen wurde«; vielmehr soll es darauf ankommen, »ob die Gesellschaft [...] ohne Hilfe ihrer Gesellschafter auf dem Kapitalmarkt einen Kredit hätte beschaffen können, der es ihr ermöglicht hätte, das benötigte Wirtschaftsgut selbst zu kaufen, ohne dass ihre sonstigen Zahlungsverpflichtungen darunter litten«⁴³⁷ (»spezielle«, auf einen bestimmten Kredit bezogene *Kreditunwürdigkeit*). Die Rechtsprechung muss sich hier die Frage gefallen lassen, warum sie nicht auch bei Darlehen auf die spezielle, an der konkreten Darlehenssumme orientierten Kreditwürdigkeit abstellt; es sind ja durchaus Situationen denkbar, wo Dritte der Gesellschaft zwar grds. ein Darlehen zu marktüblichen Bedingungen gewährt hätten, nicht aber in der konkreten Höhe des betreffenden Gesellschafterdarlehens.⁴³⁸

Zusätzlich zur (speziellen) Kreditwürdigkeit verlangt die Rechtsprechung, »dass anstelle des Gesellschafters kein außenstehender Dritter zur Überlassung des Gebrauchs bereit gewesen wäre« (sog. *Überlassungsunwürdigkeit*).⁴³⁹ Bei generell für eine Vielzahl von Verwendern geeigneten »Standardwirtschaftsgütern« wird die *Überlassungswürdigkeit* bereits angenommen, wenn die Gesellschaft »bei Vertragsschluss liquide genug zu sein scheint, für eine bestimmte Nutzungsperiode zahlen und eventuelle Schäden an den überlassenen Sachen ausgleichen zu können«; sein Eigentum an dem Gegenstand und das daraus folgende Aussonderungsrecht reiche dem Überlassenden »zum Schutze seiner Interessen normalerweise«, denn er könne »den Gegenstand jederzeit anderweitig vermieten, falls die Gesellschaft wider Erwarten illiquide« werde.⁴⁴⁰ Bei (Anlage-) Gütern dagegen, die auf individuelle Besonderheiten der Gesellschaft zugeschnitten sind, soll die *Überlassungswürdigkeit* nur vorliegen, wenn ein »vernünftig handelnder Dritter« die »begründete Aussicht« habe, »insgesamt gesehen über die ganze Vertragsdauer hinweg regelmäßig einen die Investitionskosten (zuzüglich eines angemessenen Gewinns) deckenden Mietzins zu erhalten«.⁴⁴¹ Denn eine anderweitige Vermietung des Gegenstands nach Aussonderung ist in diesen Fällen i. d. R. nicht möglich.

Ebenso wie Darlehen können Nutzungsüberlassungen auch erst nachträglich durch »Stehenlassen« in der Krise eigenkapitalersetzend werden.⁴⁴² Subjektiv wird hier wiederum vorausgesetzt, dass die Gesellschafter die Krise der Gesellschaft kannten oder hätten erkennen können und es in vorwerfbarer Weise versäumten, die erbrachten Leistungen – hier: den zur Nutzung überlassenen Gegenstand – nach Kriseneintritt abzuziehen, entweder weil sie eine rechtliche Möglichkeit zur vorzeitigen

436 S. BGH, Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 207/06, DStR 2008, 1446, 1447: Insolvenzzureife und Kredit- bzw. Überlassungsunwürdigkeit seien eigenständige, in ihren Anwendungsvoraussetzungen voneinander unabhängige Tatbestände der Krise i. S. d. Eigenkapitalersatzrechts (vgl. auch BGH, Urt. v. 03.04.2006 – II ZR 332/05, DStR 2006, 1144).

437 Z. B. BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, unter 2.d.

438 S. a. *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 432 f., kritisch zur fehlenden Einheitlichkeit des Begriffs der Krise bei Darlehen und Gebrauchsüberlassungen.

439 BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, unter 2.d.; BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 38. Aus dem Schrifttum *Lutter/Hommelhoff*; in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b **Rn. 142**; kritisch *Vonmemann*, DB 1990, 261, 262.

440 Z. B. BGH, Urt. v. 16.10.1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, unter 2.d.; ein Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts beim Verbleib von Standardwirtschaftsgütern bei der GmbH nach Eintritt der Krise verneint ferner OLG Potsdam, Urt. v. 13.01.2010 – 7 U 2/08, juris. Aus dem Schrifttum *Lutter/Hommelhoff*; in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b **Rn. 142**.

441 Z. B. BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 38 f., 40 ff., unter 4.a. Stellvertretend für das Schrifttum *Lutter/Hommelhoff*; in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b **Rn. 142**.

442 Z. B. *Lutter/Hommelhoff*; in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b **Rn. 143**; *Reich*, 2000, S. 107.

Beendigung des Nutzungsüberlassungsverhältnisses hatten oder weil sie aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung dazu in der Lage gewesen wären, die Gesellschaft zu liquidieren.⁴⁴³

226-227 (3) *Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung*

- 225 226 In seinen Urteilen »Lagergrundstück III«⁴⁴⁴ und »Lagergrundstück IV«⁴⁴⁵ vom 11.07.1994 hat der BGH klargestellt, dass die eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen aus seiner Sicht nicht zu einem vollständigen Verlust der Aussonderungsrechte (§§ 47 f. InsO) führen, weil nicht der Nutzungsgegenstand, sondern nur das Nutzungsrecht oder die Nutzungsmöglichkeit eigenkapitalersetzend seien.⁴⁴⁶ Die eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung eines zur Nutzung überlassenen Gegenstands verändert demnach nicht seine dingliche Zuordnung;⁴⁴⁷ eine Substanzverwertung durch den Insolvenzverwalter ist nicht zu befürchten.⁴⁴⁸ Rechtsfolge der Verstrickung ist lediglich, dass der Insolvenzverwalter die unentgeltliche Fortsetzung der Nutzungsüberlassung verlangen kann (wobei bereits dies für den Gesellschafter bedrohlich sein kann). Dieser Anspruch ist bis zum Ablauf der vertraglichen Nutzungszeit befristet,⁴⁴⁹ soweit diese einem Drittvergleich standhält. Aus der Vereitelung dieser Nutzung kann ein Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter i. H. d. der Gesellschaft entgangenen Nutzungswertes folgen (§ 135 InsO a. F.; § 62 AktG a. F. analog).⁴⁵⁰ Ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft bzw. ihres Insolvenzverwalters besteht ferner, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft zwar den Gegenstand während der Krise (weiter) überlässt, dies aber nicht unentgeltlich, sondern entgeltlich tut.
- 226 227 Bei Konkurrenz mit dem dinglichen Verwertungsrecht (z. B. Grundpfandrecht) eines Dritten muss der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft regelmäßig zurücktreten.⁴⁵¹ Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des vermietenden *Gesellschafters* endet die Wirkung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung nach § 110 Abs. 1 InsO spätestens mit Ablauf des der Insolvenzeröffnung nachfolgenden Kalendermonats.⁴⁵² Für die Zeit danach ist die Gesellschaft zur Mietzinszahlung verpflichtet, ohne die Einrede der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entgegenhalten zu können.⁴⁵³

443 Z. B. BGH, Urt. v. 14.06.1993 – II ZR 252/92, NJW 1993, 2179, 2180; für das Schrifttum *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn. 143 sowie Rn. 48 – 50.

444 BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1.

445 BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17.

446 Sehr prägnant *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1728 f. m. w. N.: Die Folge der Rechtsprechung zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung sei die Haftungsverstrickung nur des Nutzungsrechts gewesen. Andere »abenteuerliche« Forderungen der Lit. habe der BGH überzeugend abgewehrt.

447 *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 206; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1, 7 ff.; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, 22 ff.

448 *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 201; BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1, 7 ff.; *Henze*, in: *GK-AktG*, Bd. 2, § 57 Rn. 231 (Stand: 1.3.2000).

449 BGH, Urt. v. 11.07.1994 – II ZR 146/92, BGHZ 127, 1, 10 f.; BGH, Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 103/02, DStR 2005, 705, 706 m. w. N. Aus dem Schrifttum z. B. *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 207; *Jebens/Wagner*, DB 1998, 2253, 2256 ff.

450 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1728 f. m. w. N. (zur GmbH).

451 Z. B. BGH, Urt. v. 07.12.1998 – II ZR 382/96, BGHZ 140, 147; BGH, Urt. v. 31.01.2000 – II ZR 309/98, ZIP 2000, 455, 456. Aus dem Schrifttum z. B. *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 207; *Habersack*, ZGR 1999, 427 ff.

452 Z. B. BGH, Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 207/06, ZIP 2008, 1176 (Leitsatz). Aus dem Schrifttum z. B. *Hirte*, ZInsO 2000, 630, 632; *Goette*, DStR 2000, 528; *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1729; zur abweichenden Ansicht ausführlich *Rendels*, ZIP 2006, 1273 ff., m. w. N.

453 BGH, Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 207/06, DStR 2008, 1446, 1447 f. Zur abweichenden Ansicht ausführlich *Rendels*, ZIP 2006, 1273 ff., m. w. N.

cc) Darlehen Dritter

228-231

Das von einem Nichtgesellschafter (»Dritten«) gewährte Darlehen kann gem. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. in den Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts fallen, wenn dieser Dritte einem Gesellschafter gleichgestellt ist.⁴⁵⁴ »Dritte« in diesem Sinne von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. sind klar zu unterscheiden von außenstehenden »Dritten« i. S. d. § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. Wann Dritte einem Gesellschafter gleichgestellt werden können, insb. wie es zu bewerten ist, wenn den Dritten i. R. d. Kreditabrede umfassende Möglichkeiten der Information und Einflussnahme zugesichert werden, ist im Einzelnen umstritten.⁴⁵⁵ Eine derart unklare Tatbestandsvoraussetzung für das Eigenkapitalersatzrecht war und ist naturgemäß Ausgangspunkt einer umfangreichen Kasuistik.⁴⁵⁶ Gleichgestellte Dritte sind hinter dem Gesellschafter stehende Treugeber,⁴⁵⁷ mittelbare Stellvertreter, die für Rechnung des Gesellschafters Kredit gewähren,⁴⁵⁸ oder sonstige Personen, die mit dem Gesellschafter eine »wirtschaftliche Einheit« bilden, wie es insb., aber nicht nur, bei gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen der Fall ist.⁴⁵⁹ Nicht gleichgestellt ist dagegen der typische Pfandgläubiger; erforderlich ist vielmehr eine atypische Rechtsstellung, die Einfluss auf die Unternehmenspolitik verschafft.⁴⁶⁰

Darlehensgebende Ehegatten oder minderjährige Kinder werden nur dann dem Gesellschafter gleichgestellt, wenn die Kreditmittel von dem Gesellschafter stammen.⁴⁶¹ Ein Ehe- oder Verwandtschaftsverhältnis zwischen Darlehensgeber und Gesellschafter begründet nach Ansicht des BGH für sich allein nicht einmal eine Beweiserleichterung zugunsten des für die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzdarlehens- und beweispflichtigen Insolvenzverwalters der Gesellschaft.⁴⁶² Eine solche Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises kann allenfalls in Betracht kommen, wenn es konkrete Hinweise darauf gibt, dass entweder die Mittel vom Gesellschafter (Aktionär) stammen oder dass umgekehrt dieser den Gesellschaftsanteil treuhänderisch für den Darlehensgeber hält.⁴⁶³

454 S. z. B. BGH, Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 103/02, DStR 2005, 705, m. w. N., zur GmbH; zur AG *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 191.

455 S. dazu z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 192; *Fleischer*, ZIP 1998, 313 ff.; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 393 ff.

456 Näher hierzu z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 191.

457 Z. B. BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 335 f.; BGH, Urt. v. 15.02.1996 – IX ZR 245/94, NJW 1996, 1341, 1342.

458 Z. B. BGH, Urt. v. 18.11.1996 – II ZR 207/95, NJW 1997, 740, unter 3.b.(2.), zum Komplementär einer an der GmbH beteiligten KG, der sich auf Rechnung der KG für eine Schuld der GmbH verbürgte.

459 BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 176 f., »HSW«, unter 1.b.: Eine wirtschaftliche Einheit zwischen Gesellschafter und Dritten sei nicht nur in Fällen einer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit anzunehmen; vielmehr komme es »hinsichtlich der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung nicht darauf an, wie die Verbindung rechtstechnisch ausgestaltet« sei. Eine Gebietskörperschaft könne »sich auch mittels einer von ihr abhängigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft an einer GmbH beteiligen und auf diese Weise bestimmen, ob die Gesellschaft mit Eigenkapital oder gesellschaftereigenem Fremdkapital ausgestattet werden« solle.

460 S. BGH, Urt. v. 13.07.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (Leitsatz). Hiernach fällt der Pfandgläubiger an einem Gesellschaftsanteil unter das Eigenkapitalersatzrecht »im Allgemeinen nur dann, wenn er sich zusätzliche Befugnisse einräumen läßt, die es ihm ermöglichen, die Geschicke einer GmbH ähnlich wie ein Gesellschafter mitzubestimmen«. Aus dem Schrifttum z. B. *Priester*, FS Helmrich, 1994, S. 721, 730 ff.; *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 55, 192; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, 4. Aufl. 2008, § 57 Rn. 130 (Stand: 1.3.2000).

461 S. z. B. BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486 (Leitsatz 1), 1487 f.; BGH, Urt. v. 18.02.1991 – II ZR 259/89, DStR 1991, 554; aus dem Schrifttum *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 191. A. A. *von Gerkan*, GmbHR 1986, 218, 223.

462 S. BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486, 1487: Dies gelte selbst dann, wenn der Darlehensgeber Geschäftsführer und seine Ehefrau Alleingesellschafterin der kreditnehmenden Gesellschaft sei.

463 BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486, 1487; BGH, Urt. v. 18.02.1991 – II ZR 259/89, DStR 1991, 554.

229 230 Generell, d. h. ohne im Einzelfall nachzusehen, woher die Mittel stammen, dem Gesellschafter nach § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. gleichgestellt werden nach der Rechtsprechung zudem solche darlehensgebenden (verbundenen) Unternehmen, die mit dem Gesellschafter verbunden i. S. des § 15 AktG sind.⁴⁶⁴ Vollkommene wirtschaftliche Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber ist dabei nicht erforderlich; ausreichend für eine maßgebliche Beteiligung ist vielmehr grds. eine Mehrheitsbeteiligung.⁴⁶⁵

230 231 Außerdem hat der BGH entschieden, dass das Eigenkapitalersatzrecht bei einem Konsortialkredit für alle Konsortialbanken angewandt wird, wenn auch nur ein Konsortialpartner Gesellschafter der Darlehensnehmerin ist.⁴⁶⁶ Noch weiter gehend ist der Gedanke, bereits mit der – aus der bloßen Kreditvergabe herrührenden – wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem (Groß-) Gläubiger, etwa der Hausbank, das Eingreifen des Rechts nachrangiger Gesellschafterdarlehen zu begründen.⁴⁶⁷ Damit würden marktstarke und einflussreiche Kreditgeber allein durch ihre Fremdkapitalzufuhr unter das Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen fallen. Solche Ausweitungen sind abzulehnen,⁴⁶⁸ weil sie den ohnehin schwer zu fassenden Tatbestand der einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung letztlich auflösen und maximale Rechtsunsicherheit erzeugen.

232 *d) Anfechtbarkeit eigenkapitalersetzender Rechtshandlungen*

231 232 Die Anfechtungsregelungen der §§ 135 InsO a. F., 6 AnfG a. F. komplettieren die §§ 32a, 32b GmbHG a. F. Hiernach sind Rechtshandlungen, die dem Gesellschaftsgläubiger für eine eigenkapitalersetzende Forderung i. S. d. § 32a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG a. F. Sicherheit oder Befriedigung gewähren, in einer gesetzlichen Frist anfechtbar. Die §§ 135 InsO a. F., 6 AnfG a. F. ersetzen mit der Insolvenzrechtsreform ab 01.01.1999 die früheren §§ 32a KO a. F., 3b AnfG a. F.

233-235 *e) Verhältnis zu den Rechtsprechungsregeln*

232 233 Der Novellengesetzgeber von 1980 wollte zwar für das Eigenkapitalersatzrecht eine eigene gesetzliche Rechtsgrundlage schaffen und bestehende Zweifelsfragen so weit wie möglich ausräumen. In seiner »Nutzfahrzeug«-Entscheidung vom März 1984 machte der BGH aber mit ausführlicher Begründung deutlich, die weitere Anwendung seiner Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz neben den Novellenvorschriften widerspreche nicht »der Wertung des Gesetzes«, sondern verwirkliche »im Gegenteil gerade das, was der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften« habe »erreichen« wollen, »indem sie auf einem anderen rechtlichen Weg Tatbestände« außerhalb der (damaligen) Neuregelung erfasse,

464 S. z. B. BGH, Urt. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315, »Helaba-Sonnenring«, unter 2., zur Darlehensgewährung durch die Konzerntochter des (GmbH-) Gesellschafters (unter Berufung auf den RegE von 1977 zur GmbH-Novelle, BT-Drucks. 8/1347); BGH, Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 179/99, NJW 2001, 1490, 1491, unter II.1., im Kontext des § 172a S. 1 HGB a. F. zur Darlehensgewährung eines Unternehmens, an dem der Gesellschafter der kreditnehmenden GmbH & Co. KG maßgeblich beteiligt ist; aus dem Schrifttum z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 193 ff.; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 Rn. 133 ff. (Stand: 1.3.2000); *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a Rn. 24, A. A. (einzelfallorientierte, differenzierende Zurechnung) *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., §§ 32a/b Rn. 64; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 32a a. F. Rn. 10, 146 ff.; *Fleischer*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 12.14 ff.

465 S. z. B. BGH, Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 103/02, DStR 2005, 705, m. w. N., zur GmbH: In der Rechtsprechung des Senats sei »für die Anwendung der Kapitalerhaltungs- wie auch der Kapitalersatzregeln seit Langem anerkannt, dass mit einem Gesellschafter durch eine Beteiligung von mehr als 50 % verbundene und infolgedessen von ihm beherrschte Unternehmen einem Gesellschafter« gleichstünden; BGH, Urt. v. 21.06.1999 – II ZR 70/98, NJW 1999, 2822, unter II.1.

466 BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, »Hamburger Stahlwerke«, unter 1.c.

467 S. Nachweise bei *Junker*, ZHR 156 (1992), 394, 406; *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983), 165, 183.

468 So auch z. B. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b Rn. 141.

deren Einbeziehung in den Gläubigerschutz »durchaus im Sinne dieser Regelung« liege.⁴⁶⁹ Die Rechtsprechung wendet demnach grds. ihre Regeln parallel zu den »Novellenregeln« an. Dies bleibt nicht ohne praktische Bedeutung, denn trotz ihres gemeinsamen Anliegens sind Rechtsprechungs- und Novellenregeln keineswegs deckungsgleich.

Tatbestandlich unterscheiden sich »Novellen-« und Rechtsprechungsregeln gering;⁴⁷⁰ vor allem im **234 233** Zeitpunkt der Geltendmachung der eigenkapitalersetzenden Funktion des Darlehens, in Bezug auf den Anspruchsteller und auf die Fristen bestehen gewisse Unterschiede. Die »Novellenregeln« sind auf die Fälle der Insolvenz i. S. d. InsO und des AnfG beschränkt (s. §§ 32a, 32b Satz 1 GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., §§ 129, 135, 143 InsO a. F., § 6 AnfG a. F.). Sie finden daher nur Anwendung, wenn sich die »Krise« tatsächlich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 11 ff. InsO) oder die Aussichtslosigkeit der Gläubigerbefriedigung (§§ 1, 2 AnfG) manifestiert. Dagegen ist nach den Rechtsprechungsregeln die eigenkapitalersetzende Funktion des Darlehens auch vor der Insolvenzeröffnung vom Vorstand (§ 62 AktG a. F. analog, § 78 AktG) bzw. dem Geschäftsführer (§ 31 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6 GmbHG a. F. analog, § 35 GmbHG) zu beachten.⁴⁷¹

Während die Rückforderung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens nach den Novellenregeln **235 234** ferner bis ein Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres, bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorbehaltlich der Anfechtungsregel des § 135 InsO a. F. und im Insolvenzverfahren immerhin noch als nachrangiger Gläubiger möglich ist (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.), unterliegen eigenkapitalersetzende Darlehen gemäß den Rechtsprechungsregeln ab Eintritt der Krise dem Rückzahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG analog. Demgegenüber ist die Verstrickung eigenkapitalersetzender Darlehen bei der GmbH nach den Rechtsprechungsregeln wegen ihrer Verankerung im Kapitalschutz, anders als nach den Novellenregeln, der Höhe nach auf den Betrag einer etwaigen Unterbilanz begrenzt, d. h. eigenkapitalersetzende Darlehen dürfen nur an die Gesellschafter oder Aktionäre zurückbezahlt werden, *soweit* bei der Gesellschaft trotz der Rückzahlung ein Aktivvermögen zur Deckung des gebundenen Kapitals verbleibt.⁴⁷² Bei der AG ist der Haftungsumfang noch teilweise umstritten (hierzu unten **Rdn. 249 ff.**).

4. Übertragung des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG

236-252

a) Gesellschafterstellung

236-244

Die Gesellschafterstellung ist bei der AG im Ausgangspunkt anderer Natur als bei der GmbH und **236 235** der GmbH & Co. KG, was sich in der Logik des Eigenkapitalersatzrechts auf die Finanzierungsverantwortung des Aktionärs auswirkt. Die AG ist typischerweise die Rechtsform für große Publikums-gesellschaften. Allerdings trat in den letzten Jahrzehnten neben die Publikums-AG⁴⁷³ als Gesellschaftsform für Großunternehmen mit hohem Kapitalbedarf immer mehr auch der Realtypus der

469 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, »Nutzfahrzeug«, Leitsatz 2, sowie unter III.2.c. Zustimmung (teilweise auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten) z. B. *Seidl*, ZGR 1988, 296, 311; *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 478 ff. Kritisch dagegen *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160, der vom Leiden des geltenden Rechts unter einem hochkomplexen Nebeneinander der »Novellen-« und Rechtsprechungsregeln und einem »Aufstand der Makulatur gegen das Gesetz« spricht; *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930: »Nonchalance [des II. Zivilsenats] im Umgang mit lückenfüllender Gesetzgebung«.

470 So z. B. auch *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl., § 32a **Rn. 75**; *Hommelhoff*, in: von Gerkan/Hommelhoff, *Handbuch*, **Rn. 1.16**; ähnlich *Ulmer*, in: *Hachenburg, GmbHG*, Bd. 1, § 32a/b **Rn. 162 ff.**

471 S. BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 378 f.

472 Z. B. BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 335. Für die h. M. im Schrifttum *Westermann*, in: *Scholz, GmbHG*, Bd. 1, § 30 **Rn. 7, 13** sowie § 31 **Rn. 5 ff.**

473 S. zur Bedeutung der Aktie als Finanzierungsinstrument großer Publikums-AGen etwa *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 26 Abs. 3 2.a, S. 771 f.; *Eisenhardt*, *Gesellschaftsrecht*, **Rn. 476**.

kleinen AG⁴⁷⁴ mit personalistischen Strukturen und unternehmerisch interessierten Gesellschaftern. Zahlenmäßig ist die personalistisch geprägte AG sogar bei Weitem stärker vertreten als die Publikumsgesellschaft mit einem weitgehend anonymen Aktionärskreis.⁴⁷⁵ Von den z. B. am Jahresende 2006 in Deutschland bestehenden 15.242 deutschen AGen und KGen a. A. waren nur ca. 1.100 börsennotiert.⁴⁷⁶ Die Mehrheit der nicht börsennotierten Gesellschaften dürfte personalistisch geprägt oder in eine Konzernstruktur eingebunden sein.⁴⁷⁷ Selbst von den börsennotierten Gesellschaften gelten nur wenige als reine Publikumsgesellschaften.⁴⁷⁸ Korrespondierend nahm die Bedeutung der Finanzierung der AG durch Darlehen von wesentlich beteiligten Aktionären mit großem Einfluss und Informationsmöglichkeiten über die finanzierte AG zu.

- 236 237 Vor diesem Hintergrund war die Frage der Übertragbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG ursprünglich Gegenstand heftiger Diskussionen in der Rechtsprechung und Literatur,⁴⁷⁹ zumal die Gesetzeslage diesbezüglich keine eindeutigen Signale enthielt. Zwar sind die Anfechtungsregeln gem. § 135 InsO a. F., § 6 AnfG a. F. grds. rechtsformneutral anzuwenden. Ihr Tatbestand verweist aber auf »kapitalersetzende Darlehen« oder gleichgestellte Forderungen und veranlasst schon deshalb eine (inzidente) Prüfung, unter welchen Voraussetzungen in der AG das Eigenkapitalersatzrecht eingreifen kann. Die Novellenregeln des GmbHG in Gestalt der §§ 32a, 32b GmbHG a. F. haben keine Pendanten im AktG gefunden. In Bezug auf die Rechtsprechungsregeln geht es um die Übertragbarkeit der §§ 30 f. GmbHG a. F. auf die aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften.
- 237 238 Nachdem die Rechtsprechung die Finanzierungsverantwortung der Aktionäre zunächst am Maßstab des § 826 BGB konkretisiert⁴⁸⁰ und (instanzgerichtlich) die Ansicht vertreten hatte, Eigenkapitalersatzgrundsätze seien auf die AG nicht anwendbar,⁴⁸¹ ordnete der BGH das Recht der Aktionärsdarlehen in seinem Grundsatzurteil »BuM/WestLB«⁴⁸² vom 26.03.1984 neu. Es bestehe keine Grundlage für die Ansicht, »der Gesetzgeber habe dadurch, dass er die Vorschriften über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH-Novelle [. . .] auf die Rechtsformen der GmbH und der

474 Symptomatisch diesbezüglich das Gesetz »für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts« v. 02.08.1994, BGBl. I 1994, S. 1961 f.

475 Zu verbreiteten unternehmerischen Beteiligungen von Aktionären in AGen s. *Immenga*, ZIP 1983, 1405; *Veil*, ZGR 2000, 223, 225 ff. S. a. *Geißler*, WM 2002, 735: Die Rechtsform der personalistisch strukturierten AG mit zumeist weniger als zehn Aktionären sei attraktiv für aufstrebende Technologieunternehmen. Mit dieser Form werde oft eine Gestaltung erreicht, welche sich von derjenigen der klassischen GmbH kaum mehr unterscheide.

476 *Freudenberg*, AG 2007, AG-Report 17/2007, R 375.

477 S. mangels greifbarer aktuellerer Zahlen *Veil*, ZGR 2000, 223, 227: 1996 und 1997 seien in fast 30 % der Gründungen Einmann-AGen entstanden, die wohl in Konzernverbindungen entweder Holdingfunktionen wahrnehmen oder im Besitz einer Holding stehen. Bei 60 % der 1996 und 1997 gegründeten AGen setze sich der Aktionärskreis aus nicht mehr als zehn Personen zusammen, die Aktionäre seien folglich namentlich bekannt. Bei der Mehrzahl der mit einem Grundkapital von nicht mehr als 1 Mio. DM gegründeten Gesellschaften sei mindestens ein Aktionär zugleich Vorstandsmitglied. Nur etwa 4 % aller 1996 und 1997 gegründeten AGen verfügten über einen größeren Aktionärskreis.

478 S. zu den Jahren 1990 bis 1998 *Veil*, ZGR 2000, 223, 225 ff., 227 (entgegen BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388): Nur ein geringer Teil der AGen sei einem breiten Anlegerkreis zugänglich, »nur etwa 4 % aller Gesellschaften« verfügten »über einen größeren Kreis von Anteilseignern«.

479 S. hierzu die folgenden Ausführungen und etwa BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, gegen OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.06.1983 – 6 U 120/81, NJW 1983, 2887, »BuM ./ WestLB«; für das Schrifttum z. B. *Westermann*, ZIP 1982, 379, 387 f.; *Rümker*, ZIP 1982, 1385, 1395.

480 RG, Urt. v. 12.10.1937 – II 51/37, RGZ 156, 23; RG, Urt. v. 03.12.1938 – II 84/38, JW 1939, 355 f. Im Urt. v. 03.12.1938 (RG, JW 1939, 355 f.) übertrug das RG seine zur unterkapitalisierten GmbH ergangene, auf § 826 BGB gestützte Rechtsprechung auf eine vermögenslose AG.

481 S. OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.06.1983 – 6 U 120/81, NJW 1983, 2887, »BuM ./ WestLB«; ebenso die Vorinstanz, LG Düsseldorf, Urt. v. 27.05.1981 – 12 O 318/80, ZIP 1981, 601, 602 f.

482 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 384 ff.; s. hierzu auch BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316; BFH, Urt. v. 02.04.2008 – IX R 76/06, DStR 2008, 1424, 1425; s. ferner *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 16 Rn. 44 m. w. N.; *Veil*, ZGR 2000, 223 ff., m. w. N.

handelsrechtlichen Personengesellschaften ohne voll haftende natürliche Person [...] beschränkt« habe, »den Willen zu erkennen gegeben, die Anwendung entsprechender Grundsätze auf Aktionärsdarlehen auch im Wege der Rechtsfortbildung auszuschließen«. ⁴⁸³ Vielmehr habe sich der Gesetzgeber »weder positiv noch negativ« mit der Frage befasst, wie es sich mit solchen Darlehen in einer AG verhalte. ⁴⁸⁴ Die »Novellenregeln« seien lediglich Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze, die vor dem Hintergrund der engen Kohärenz des Eigenkapitalersatzrechts mit der GmbH und der GmbH & Co. KG dort ihren Niederschlag gefunden hätten; sie hätten aber keinen Einfluss auf die Beurteilung von Aktionärsdarlehen. Daher entfalle einerseits »eine unmittelbare oder auch nur entsprechende Anwendung der §§ 32a, 32b GmbHG und des § 32a KO [Vorgängervorschrift zu § 135 InsO a. F.]«; ⁴⁸⁵ andererseits verböten diese Bestimmungen es nicht, »nach ähnlichen Rechtsgrundsätzen, wie sie die Rechtsprechung für die GmbH entwickelt« habe (d. h. nach den Rechtsprechungsregeln), »Gesellschafterdarlehen auch in der AG unter bestimmten Voraussetzungen einer Kapitalbindung zu unterwerfen«. ⁴⁸⁶ Diese Rechtsgrundsätze sollten »verhindern, dass die gesetzlichen Kapitalschutzvorschriften ihrem Zweck nach durch die Hergabe von Darlehen anstelle fehlenden Eigenkapitals unterlaufen« würden. Dieser Gedanke könne »in der AG ebenso wie in der GmbH Bedeutung erlangen«. ⁴⁸⁷

Strukturunterschiede zwischen GmbH und GmbH & Co. KG einerseits und AG andererseits stehen nach Ansicht des BGH der Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG nicht grds. entgegen. ⁴⁸⁸ Der Umstand, dass der Kapitalschutz der §§ 57, 62 AktG (a. F.) weiter gehe als der der §§ 30 f. GmbHG (a. F.), berühre nicht die Notwendigkeit eines zusätzlichen Gläubigerschutzes durch die Einbeziehung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen ⁴⁸⁹ – immerhin könnten selbst die strengen Kapitalerhaltungs- und Publizitätsvorschriften des Aktienrechts nicht immer verhindern, dass gebundenes Vermögen verbraucht und mit Gesellschafterdarlehen über eine akute Krise der AG hinweggetäuscht werde. ⁴⁹⁰ Gerade dann erweise sich ein Schutz der AG, ihrer Aktionäre und Gläubiger vor einem vorzeitigen Darlehensabzug aber als besonders dringlich. ⁴⁹¹

Zu berücksichtigen seien, so der BGH, aber die Besonderheiten der AG, »die eine schematische Übertragung der für Gesellschafterdarlehen in einer GmbH entwickelten Regeln« verböten. ⁴⁹² Ausgehend von der Erkenntnis, dass sich seine bisherige Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht »im Kern« auf die »Verantwortung des Gesellschafters für eine ordnungsmäßige Unternehmensfinanzierung« zurückführen lasse, ⁴⁹³ und der weiteren, nicht näher begründeten Aussage, dass nur eine »durch die Beteiligung vermittelte Unternehmerstellung« ⁴⁹⁴ diese Mitverantwortlichkeit des Gesell-

483 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.1.; bestätigt durch BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, unter III.1.

484 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, unter I.1.

485 A. A. Bayer, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 203 – 206; Hommelhoff, WM 1984, 1105, 1118; Veil, ZGR 2000, 223, 251 ff.; Geißler, WM 2002, 735, 742. Dem BGH folgend z. B. Schnell, 1992, S. 64 f.; Farrenkopf, »Kapitalersetzende« Gesellschafterdarlehen, S. 82.

486 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.2.

487 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 385 f. m. w. N.

488 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 386; bestätigt durch BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316.

489 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.2.

490 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 387.

491 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 386 f.; s. a. BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316 ff.

492 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.3., im Anschluss an K. Schmidt, ZHR 1983, 174; Immenga, ZIP 1983, 1405, 1407 ff.

493 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, unter I.4.

494 Die nach dem gesetzestypischen Erscheinungsbild schwächere Rechtsstellung des Aktionärs im Vergleich zur insgesamt stärkeren Stellung eines GmbH-Gesellschafters (differenzierend hierzu Immenga, ZIP 1983, 1405, 1408 f.) spricht nach Ansicht des BGH nicht grds. gegen eine Übertragung des Eigenkapitalersatzrechts auf die AG. Vielmehr trägt das Gericht ihr Rechnung, indem es eine »qualifizierte« Gesellschafter-

schafters »für die seriöse Finanzierung der Gesellschaft« begründen könnte, folgert der BGH schließlich, die Kapitalbindung von Aktionärsdarlehen setze ein »Mindestmaß an Einfluss voraus, wie ihn in der Regel nur ein größerer Aktienbesitz« vermittele.⁴⁹⁵ Eine *Kapitalbeteiligung von mehr als 25 %*, die eine »Sperrminorität« sichere (vgl. §§ 179 Abs. 2 Satz 1, 182 Abs. 1 Satz 1, 193 Abs. 1 Satz 1, 202 Abs. 2 Satz 2, 222 Abs. 1 Satz 1 AktG), vermittele einen Einfluss, der »erfahrungsmäßig auf Seiten des Aktionärs ein ihm entsprechendes Unternehmensinteresse vermuten« lasse.⁴⁹⁶

- 240 241 Als Grund für diese Differenzierung zwischen AG und GmbH muss die Rechtsstellung des Aktionärs erhalten, die sich ausgehend vom typischen Erscheinungsbild wesentlich von der eines GmbH-Gesellschafters unterscheidet. Ggü. dem Vorstand hat der typische Aktionär weder laufende Informationsrechte auch außerhalb der Hauptversammlung und der dort anstehenden Tagesordnung (vgl. § 131 AktG versus § 51a GmbHG)⁴⁹⁷ noch eine Weisungsbefugnis (§ 76 Abs. 1 AktG).⁴⁹⁸ Seine Möglichkeit, auf die Geschäftsleitung und die Entwicklung der AG, insb. auf den Schutz ihres Kapitals, Einfluss zu nehmen, sind rechtlich und tatsächlich grds. begrenzt.⁴⁹⁹
- 241 242 Die Einführung des sog. Kleinbeteiligtenprivilegs in § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. mit seiner Freistellung von Beteiligungen von bis zu 10 % vom Eigenkapitalersatzrecht hat den BGH,⁵⁰⁰ gefolgt von der herrschenden Lehre,⁵⁰¹ nicht dazu bewogen, die 25 %-Grenze abzusenken. Der BGH⁵⁰² begründet dies mit den rechtsformtypischen Unterschieden zwischen AG und GmbH,⁵⁰³ die im Einzelfall nicht einmal vorliegen müssen, und mit der notwendigen Rechtssicherheit, die eine Differenzierung je nach »personalistischer« oder »kapitalistischer« Struktur der AG und je nach Vorliegen eines unternehmerischen Beteiligungsmotivs verbiete.
- 242 243 Nur *ausnahmsweise* kann nach Ansicht der Rechtsprechung ein unterhalb der 25 %-Grenze liegender, aber »nicht unbeträchtlicher Aktienbesitz« als »Grundlage einer unternehmerischen Beteiligung« anzusehen sein, wenn er dem Gesellschafter »in Verbindung mit weiteren Umständen einen fortbestehenden Einfluss auf die Unternehmensleitung« sichere und er »ein dementsprechendes un-

stellung fordert und damit nicht jeden Aktionär in die Finanzierungs(folgen)verantwortung einbezieht (BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 ff.). Unter dieser Prämisse ist das Eigenkapitalersatzrecht nach Ansicht des BGH aber auch auf die AG anwendbar.

495 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.5.

496 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, unter I.5.; bestätigt durch BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317, unter III.1.; s. a. BFH, Urt. v. 02.04.2008 – IX R 76/06, DStR 2008, 1424, 1425, unter II.1., im Zusammenhang mit den nachträglichen Anschaffungskosten einer Beteiligung, die für den Auflösungsverlust nach § 17 Abs. 4, Abs. 1, Abs. 2 EStG von Bedeutung sind.

497 Gem. § 131 AktG hat der Aktionär nur ein Auskunftsrecht als Teilnehmer der Hauptversammlung (s. *Hüffer*, AktG, § 131 Rn. 1, 8), damit er sich die ihm für die Ausübung seiner (Stimm-) Rechte in der Hauptversammlung zustehenden Informationen beschaffen kann. Dabei muss der Aktionär seine Fragen nach allgemeiner Ansicht in der Hauptversammlung stellen, weil sie dort zu beantworten sind (s. z. B. *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 AktG Rn. 480). Außerhalb der Hauptversammlung kann er keine Auskunft verlangen, auch nicht unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten, wie sich aus § 131 Abs. 4 AktG ergibt, den man als Ausprägung des § 53a AktG verstehen kann (*Hüffer*, AktG, § 131 Rn. 42, m. w. N.: »spezielle Ausformung des § 53a«).

498 Z. B. BGH, Urt. v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, DStR 2008, 1448, unter II.2.b., m. w. N.

499 Vgl. zur unterschiedlichen rechtlichen Ausgangslage – speziell im Hinblick auf Informationszugang – auch *Veil*, ZGR 2000, 223, 239 ff.

500 BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317; zustimmend BFH, Urt. v. 02.04.2008 – IX R 76/06, DStR 2008, 1424, 1425.

501 S. z. B. die Nachweise bei *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 165; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn. 18; *Veil*, ZGR 2000, 223, 224.

502 BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317.

503 Hierzu *Veil*, ZGR 2000, 223, 239 ff.

ternehmerisches Interesse« bekunde.⁵⁰⁴ Notwendig ist eine »Würdigung aller Umstände des Einzelfalls«. ⁵⁰⁵ Für eine unternehmerische Beteiligung dieser Art soll ein Vorstands- oder Aufsichtsratsamt in Kombination mit einer Kapitalbeteiligung von weniger als 25 % für sich genommen nicht genügen.⁵⁰⁶ Ebenso wenig reicht ein in der Gesellschaftssatzung niedergelegtes Recht zur Entsendung einzelner Mitglieder in den Aufsichtsrat (§ 101 Abs. 2 AktG), solange sich hierdurch keine faktische Möglichkeit zur Bestimmung der Geschäftspolitik eröffnet und dieser gesellschaftsrechtlich fundierte Einfluss nicht mit einer nicht nur unwesentlichen Beteiligung verbunden ist.⁵⁰⁷ Demgegenüber soll etwa »bei einem Konsortialvertrag zwischen mehreren Aktionären mit insgesamt 25 % übersteigender Beteiligung« ein ausreichender Einfluss vorliegen.⁵⁰⁸ Gleiches hat der BGH inzwischen für eine bloße »koordinierte Kreditvergabe« unterhalb der Schwelle eines Konsortiums festgestellt.⁵⁰⁹ Zur entsprechenden Frage der wechselseitigen Zurechnung von Beteiligungen verschiedener Gesellschafter beim Kleinbeteiligungsprivileg s. o. **Rdn. 193**.

Umgekehrt unterliegen Darlehensgeber trotz einer Beteiligung von *über 25 %* dann nicht dem Eigenkapitalersatzrecht, wenn sie die Aktien der unterstützten AG ohne unternehmerisches Interesse mehr oder minder zufällig im Depot halten.⁵¹⁰ Dies gilt insb. bei darlehensgebenden Kreditinstituten, wenn sie Aktien nur treuhänderisch für Depotkunden verwalten⁵¹¹ oder für die Gesellschaft Aktien emittieren (vgl. § 186 Abs. 5 AktG).⁵¹² Etwas anderes mag nur ausnahmsweise gelten, wenn das Emissionsinstitut die neuen Aktien nicht am Markt platzieren kann; dann kommt es darauf an, ob die Anteile im Eigen- oder im Handelsbestand gehalten werden, und ob das Emissionsinstitut die Rechte aus den Aktien wahrnimmt.⁵¹³ Die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts trotz unter 25 % liegender Kapitalbeteiligung kommt ferner für Darlehensgeber in Betracht, die sich Mitspracherechte oder Entscheidungskompetenzen innerhalb der Unternehmensleitung einräumen lassen.⁵¹⁴ Selbst die einflussreichste Stellung als (Nur-) Darlehensgeber reicht aber nicht aus, das Erfordernis einer Beteiligung als Aktionär ganz zu ersetzen.⁵¹⁵

504 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.7.; BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, unter III.2.

505 BGH, Urt. v. 26.04.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, unter I., juris-Rn. 1.

506 Z. B. BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317; ferner BGH, Urt. v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, DStR 2008, 1448; zustimmend *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 **Rn. 184**; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 **Rn. 124** (Stand: 1.3.2000). A. A., nämlich in diesen Fällen automatisch von einem unter das Eigenkapitalersatzrecht fallenden »Unternehmer-Aktionär« ausgehend, *Habersack*, ZHR 162 (1998), 201, 220; *Veil*, ZGR 2000, 223, 244 f., 256. Differenzierend *Junker*, ZHR 156 (1992), 394, 404, 412.

507 S. BGH, Urt. v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, DStR 2008, 1448, 1449 f.

508 S. BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317, m. w. N. Offen ließ der BGH damals noch, ob auch eine »koordinierte Kreditvergabe« oder »koordiniertes Stehenlassen« durch mehrere Aktionäre (unterhalb der Schwelle des Konsortiums) ausreicht. In diesem Sinne z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 57 **Rn. 185**; *ders.*, in: von Gerkan/Hornmelhoff, Handbuch, **Rn. 11.20**.

509 BGH, Urt. v. 26.04.2010 – II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443, juris-Rn. 5 und 7 (unter schlichter Berufung auf das Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03, vorausgehende Fn. 240): Wenn das Berufungsgericht angesichts der massiven mit dem Mitaktionär (14,44 % der Aktien) koordinierten Hilfe »zur Beseitigung oder Vermeidung einer Insolvenzreife ein unternehmerisches Interesse des Klägers [15,46 % der Aktien] in seiner Eigenschaft als Aktionär an dem Schicksal der Schuldnerin« angenommen habe, sei das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

510 S. BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389 f.; *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 182**.

511 *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 188**.

512 *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 191**; *Veil*, ZGR 2000, 223, 245 f.; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 **Rn. 125** (Stand: 1.3.2000).

513 *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 **Rn. 125** (Stand: 1.3.2000); *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 191**.

514 S. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 **Rn. 183**; ebenso wohl BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 392 f.

515 BGH, Urt. v. 06.04.2009 – II ZR 277/07, DStR 2009, 1486, 1488, m. w. N.

245-246 *b) Weitere Anwendungsvoraussetzungen*

- 244 245 Mit Ausnahme der eben dargestellten zusätzlichen Anforderungen an die Gesellschafterstellung bei der AG gelten die für die GmbH entwickelten, oben (Rdn. 168 ff., 176 ff., 184 ff.) dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen für das Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts bei der AG sinngemäß.⁵¹⁶ Dies gilt für das Merkmal der Krise,⁵¹⁷ ferner für die Grundsätze über das »Stehenlassen« eigenkapitalersetzender Leistungen nach Eintritt der Krise.⁵¹⁸ War also bei der AG die Krise nach der Gewährung eines Darlehens eingetreten und konnte oder musste der kreditgebende Aktionär dies erkennen, musste er innerhalb einer angemessenen Frist⁵¹⁹ das Darlehen (soweit zulässig) kündigen bzw. Befreiung von Sicherheiten verlangen oder soweit möglich mittels seiner Stellung in der AG ihre Liquidation herbeiführen. Wie bei der GmbH umfasst das Eigenkapitalersatzrecht der AG neben der Darlehensgewährung auch sonstige Finanzierungshilfen, insb. die Gebrauchsüberlassung von beweglichen und unbeweglichen Sachen und die Bestellung von Bürgschaften und anderen Sicherheiten durch die Aktionäre für von dritter Seite gewährte Darlehen.⁵²⁰
- 245 246 Das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. findet im verbleibenden Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts auf den Erwerb einer Aktienbeteiligung in der Krise analoge Anwendung.⁵²¹ Auch die Privilegierungsvorschriften des § 24 UBGG (oben Rdn. 198 ff.)⁵²² und des § 56e DMBilG (oben Rdn. 205) sind auf die AG unmittelbar anwendbar. Nur das Kleinbeteiligtenprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F., das auf einflussarme Beteiligte gemünzt ist,⁵²³ spielt bei der AG wegen des dort spezielleren Merkmals der »unternehmerischen Beteiligung« (oben Rdn. 236 ff.) keine Rolle.

247-252 *c) Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts bei der AG*

- 246 247 Die Qualifizierung eines Aktionärsdarlehens als eigenkapitalersetzend führt ähnlich wie bei der GmbH zu zweierlei Arten von *Rechtsfolgen*: Zum einen gelangen wie bei der GmbH die rechtsformneutralen⁵²⁴ Anfechtungsmöglichkeiten des § 135 (i. V. m. § 11 Abs. 1) InsO a. F. und des 6 AnfG a. F. zur Anwendung,⁵²⁵ zum anderen gelten bei der AG – entsprechend den zur GmbH entwickelten »Rechtsprechungsregeln« (oben Rn. 175 ff.) – die §§ 57, 62 AktG a. F. analog.⁵²⁶

516 *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 162.

517 Z. B. *BGH*, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 390; *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 177; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn. 17 (jeweils m. w. N.): Die Rechtsprechung zur Maßgeblichkeit der Kreditwürdigkeit sei »nicht GmbH-spezifisch und deshalb übertragbar«.

518 *Wiesner*, in: MünchHdb GesR IV, § 16 Rn. 45; *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 163, m. w. N.; allgemein zum »Stehenlassen« *Buck*, 2006, S. 169 (dort Fn. 673).

519 Für die GmbH hat sich die Rechtsprechung an der Drei-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. (entsprechend § 92 Abs. 2 AktG a. F.) orientiert. S. etwa *BGH*, Urt. v. 19.12.1994 – II ZR 10/94, NJW 1995, 658, 659; *BGH*, Urt. v. 11.12.1995 – II ZR 128/94, NJW 1996, 722, 723; *BGH*, Urt. v. 15.06.1998 – II ZR 17/97, NJW 1998, 3200.

520 S. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 161, m. w. N. Zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung s. o. Rdn. 219 ff.; zu eigenkapitalersetzenden Sicherheiten s. Rdn. 563 ff.

521 Z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 188; *Pichler*, WM 1999, 411, 419.

522 *Bayer*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 189; *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, 4. Aufl., § 57 Rn. 125 (Stand: 1.3.2000); *Veil*, ZGR 2000, 223, 235.

523 S. hierzu z. B. *Philippi*, BB 2002, 841, 845; s. a. oben Rdn. 192 f.

524 S. Begr. RegE InsO v. 15.04.1992, BT-Drucks. 12/2443, 123, 161; *Bayer*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 11.34. Demgegenüber hatten die §§ 32a KO a. F., 3b AnfG a. F. nur Forderungen im Sinne von § 32a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG a. F. erfasst.

525 S. z. B. *K. Schmidt*, ZIP 1991, 1, 4; zuvor schon *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 490.

526 S. *Schnell*, 1992, S. 64 f.

aa) Nachrang eigenkapitalersetzender Forderungen und Anfechtbarkeit entsprechender Leistungen nach InsO und AnFG

248

Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. nimmt der Aktionär mit seinem Anspruch auf Rückgewähr seines eigenkapitalersetzenden Darlehens am Insolvenzverfahren als nachrangiger Insolvenzgläubiger teil.⁵²⁷ Voraussetzung hierfür ist, dass er seine Forderung gem. § 174 Abs. 1, Abs. 3 InsO auf die besondere Aufforderung des Insolvenzgerichts (§§ 2, 3 InsO) hin schriftlich angemeldet hat.⁵²⁸ Zu diesem Nachrang der eigenkapitalersetzenden Aktionärsforderung tritt gem. §§ 135, 129 Abs. 1 InsO a. F. die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, Sicherungs- und Befriedigungsleistungen der AG auf eigenkapitalersetzende Darlehen, die frühestens in den letzten 10 Jahren bzw. im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden, anzufechten und ausbezahlte Mittel gem. § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Insolvenzmasse einzufordern. Für den anfechtungsrelevanten Zeitpunkt der Leistung wird der eigenkapitalersetzende Charakter des Darlehens zugunsten des empfangenden Gesellschafters »unwiderleglich vermutet«, wenn das Darlehen bereits »zuvor nachweisbar eigenkapitalersetzend« war.⁵²⁹

bb) Haftung des Aktionärs nach §§ 57, 62 AktG a. F. analog

249-252

Die praktische Bedeutung der Anfechtungsvorschriften bleibt bei der AG wegen des dort strengeren Kapitalschutzes noch deutlicher hinter derjenigen der Rechtsprechungsregeln zurück als bei der GmbH.⁵³⁰ Das Rückzahlungsverbot des § 57 AktG a. F. analog gilt auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens fort; der Rückzahlungsanspruch des § 62 AktG a. F. analog ist vom Insolvenzverwalter geltend zu machen (vgl. § 62 Abs. 2 Satz 2 AktG).⁵³¹ Streitig ist der Umfang der Umqualifizierung von Gesellschafterleistungen in Eigenkapitalersatz auf der Basis der §§ 57, 62 AktG a. F. analog.⁵³² Der BGH hat diese Frage offen gelassen.⁵³³ Vertreten wird teilweise wie bei der GmbH eine Bindung nur des satzungsmäßigen Gesellschaftskapitals.⁵³⁴

Dagegen spricht aber § 150 AktG. Die zwingend zu bildende gesetzliche Rücklage (§ 150 Abs. 1 und 2 AktG), die zusammen mit den Kapitalrücklagen gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 – 3 HGB den zehnten oder einen satzungsgemäß höheren Teil des Grundkapitals erreichen muss, darf nur zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, eines Verlustvortrags oder – unter weiteren Voraussetzungen – zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden (§ 150 Abs. 3, Abs. 4 AktG). Am anderen Ende des Meinungsspektrums stehen diejenigen, die aus § 57 Abs. 3 AktG i. R. d. Eigenkapitalersatzrechts eine Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens bis auf den festgestellten Bilanzgewinn annehmen.⁵³⁵ Hiergegen ist einzuwenden, dass § 57 AktG nicht nur dem Gläubigerschutz

527 S. Bayer, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 57 Rn. 206; Henze, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 Rn. 232 (Stand: 1.3.2000).

528 Meldet ein Gläubiger seine nachrangige Forderung bereits vor der Aufforderung durch das Insolvenzgericht gem. § 174 Abs. 3 Satz 1 InsO an, hat der Insolvenzverwalter sie ausnahmsweise trotzdem in die Tabelle aufzunehmen, wenn der Gläubiger den Nachrang nicht kennzeichnet. Zur Zurückweisung einer solchen Anmeldung ist er nicht berechtigt (Specovius, in: Braun, InsO, Rn. 34). Wird dann im Prüfungstermin durch den Insolvenzverwalter oder durch die Insolvenzgläubiger nicht widersprochen, nimmt diese Forderung an der Verteilung teil (s. Nowak, in: MünchKommInsO, § 174 Rn. 32; Irschlinger, in: HK-InsO, 5. Aufl. 2008, § 174 Rn. 16).

529 S. zur GmbH BGH, Urt. v. 30.01.2006 – II ZR 357/03, BB 2006, 62, Ls. 1 sowie unter II. (zu §§ 32a, 32b GmbHG a. F., § 135 Nr. 2 InsO a. F.); zuvor schon (ebenfalls zur GmbH) BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, »Nutzfahrzeug«, unter III.2.c.

530 Hierzu näher Schnell, 1992, S. 64 f.

531 S. Bayer, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. § 57 Rn. 202, m. w. N., zum GmbH-Recht.

532 Zum Streit s. z. B. Geißler, WM 2002, 735, 742; Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn. 19; Wiesner, in: MünchHdb GesR IV, § 16 Rn. 44.

533 BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 387.

534 Z. B. Immenga, ZIP 1983, 1405, 1411 f.

535 Z. B. Westermann, ZIP 1982, 379, 387.

dient, sondern auch einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG) durch eine Einlagenrückgewähr oder durch eine verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten eines einzelnen Aktionärs vorbeugen soll. Überdies soll § 57 AktG die organschaftliche Kompetenz der Hauptversammlung hinsichtlich der Gewinnverwendung vor einer Verlagerung auf den Vorstand bewahren.⁵³⁶

250 251 Letztlich ist damit der »mittleren Linie«⁵³⁷ zu folgen, wonach in der AG gem. §§ 57, 62 AktG a. F. analog das Grundkapital, die gesetzliche Rücklage (§§ 150, 300 AktG) und die Kapitalrücklagen (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 – 3 HGB), also diejenigen Vermögensposten gebunden sind, die nicht in einen Bilanzgewinn umgewandelt und an die Aktionäre ausgeschüttet werden könnten (§ 57 Abs. 3 AktG).⁵³⁸ Solange die Einlagen als »von den Gesellschaftern für die Entlassung aus der persönlichen Haftung geleisteter Preis«,⁵³⁹ die gesetzliche Rücklage (§§ 150 Abs. 1, 300 AktG) und die Kapitalrücklagen (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 – 3 HGB) der AG uneingeschränkt zur Verfügung stehen, kann der ausschüttbare Bilanzgewinn (§ 57 Abs. 3 AktG) auch durch eine Auflösung freier Rücklagen oder stiller Reserven gebildet werden. Auf Dauer gebunden sind im Hinblick auf die §§ 150 Abs. 3, Abs. 4, 300 AktG somit nach zutreffender Ansicht⁵⁴⁰ nur die gesetzliche Rücklage, die Kapitalrücklagen und das Grundkapital. Das übrige Vermögen ist nur i. R. d. Bilanzrechts gebunden; es unterliegt dabei der Ermessensentscheidung des Vorstandes, welchen Bilanzgewinn er ausweist und woher er ihn nimmt. Maßgeblich ist, dass die Mittel tatsächlich vorhanden sind; ob dann aufgrund der Geschäftspolitik der AG eine Gewinnausschüttung, §§ 174, 57 Abs. 3 AktG, oder eine Einstellung in die Gewinnrücklagen oder in den Gewinnvortrag (§§ 174 AktG, 266 Abs. 3 Buchst. A) Abs. 3, 4 HGB) erfolgen würde, ist irrelevant. Für die Beurteilung der Frage, ob das geschützte Gesellschaftsvermögen durch die Rückzahlung des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens verletzt wurde bzw. würde, soll das Darlehen nicht als Passivposten abzuziehen sein, was aber einigen Bedenken begegnet.⁵⁴¹

251 252 Der Anspruch auf Rückführung eines zu Unrecht zurückbezahlten Gesellschafterdarlehens in das Gesellschaftsvermögen nach § 62 AktG fällt nach den allgemeinen Grundsätzen der Kapitalerhaltung selbst dann nicht automatisch weg, wenn die Gesellschaft nachfolgend wieder einen Gewinn erwirtschaftet, der eine Darlehensrückgewähr zu diesem Zeitpunkt nach den oben genannten Grundsätzen ermöglichen würde.⁵⁴² Gem. § 62 Abs. 2 Satz 1 AktG a. F. analog können neben der Geschäftsleitung (s. § 62 Abs. 1 AktG a. F. analog, § 78 AktG, s. a. § 93 Abs. 1, Abs. 3 AktG a. F.) auch die (übrigen) Gesellschaftsgläubiger den Erstattungsanspruch geltend machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

253-254 **5. Übertragbarkeit auf die KGaA**

252 253 Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend kurz auf die sachliche Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts (zur zeitlichen Anwendbarkeit s. o. **Rdn. 162 ff.**) auf die KGaA eingegangen werden. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist denkbar gering. Von den bei Inkrafttreten des MoMiG existierenden KGaA – höchstens eine geringe dreistellige Anzahl⁵⁴³ – waren wohl nur wenige Gesell-

536 S. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 1.

537 Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 57 AktG Rn. 19.

538 So z. B. Hüffer, 8. Aufl., § 57 AktG Rn. 19; Lutter, in: KK-AktG, 2. Aufl., § 57 AktG Rn. 94; Schwark, JZ 1984, 1036.

539 S. Immenga, ZIP 1983, 1405, 1411 f.

540 S. Schwark, JZ 1984, 1036; Lutter, in: KK-AktG, 2. Aufl., § 57 AktG Rn. 94; Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn. 19.

541 Kritisch bezüglich dieser speziell eigenkapitalersatzrechtlichen Bilanzierungsweise Buck, 2006, S. 245 ff., S. 259 ff. und insb. S. 264 ff., m. w. N.

542 S. grundlegend BGH, Urt. v. 29.05.2000 – II ZR 118/98, BGHZ 144, 336 (»Balsam/Procedo«), zur GmbH.

543 Für 1990 belief sich die Zahl an KGaA in Deutschland auf 27, für 1995 auf 30 (Semler/Perlitt, in: Münch-KommAktG, 2. Aufl., Vor § 278 Rn. 1). Mit der Anerkennung der Zulässigkeit einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA (also einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafterin einer KGaA) durch den

schaften zu diesem Zeitpunkt insolvent,⁵⁴⁴ ganz abgesehen davon, ob sie in der Krise durch Gesellschafterdarlehen finanziert wurden. Der BGH hat sich zum Eigenkapitalersatzrecht in der KGaA bislang soweit ersichtlich nicht geäußert, auch die Literatur ignorierte dieses Thema lange.⁵⁴⁵ Dabei scheint die grundsätzliche Übertragbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die KGaA überwiegend anerkannt zu werden.⁵⁴⁶ Das ist im Hinblick auf den mit der AG vergleichbaren Kapitalerhaltungsschutz bei der KGaA (§§ 278 Abs. 2, Abs. 3, 288 AktG i. V. m. §§ 57, 62 AktG [a.F.]) und ihre gesetzestypisch kapitalgesellschaftsrechtliche Finanzverfassung⁵⁴⁷ auch durchaus konsequent, denn das Eigenkapitalersatzrecht basiert(e) gerade auf dem Gedanken der Kapitalerhaltung.⁵⁴⁸ Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die KGaA wird deshalb auch nicht durch die *persönliche Haftung des Komplementärs* in der KGaA infrage gestellt. Insb. kommt es nicht darauf an, ob der Komplementär eine unbeschränkt haftende natürliche Person ist.⁵⁴⁹

Angesichts der Besonderheiten der gesellschaftsinternen Organisationsverfassung der KGaA im Vergleich zur AG, die durch die Verweisung in § 278 Abs. 2 AktG von der personengesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit der §§ 109, 163 HGB und nicht vom Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) geprägt ist,⁵⁵⁰ wird man bei der KGaA in der Praxis häufiger als bei der AG annehmen können, dass darlehensgebende Aktionäre mit einer Beteiligung unterhalb der 25 %-Grenze eine (die Verstrickung des Darlehens auslösende) »unternehmerische Beteiligung« besitzen. Kommanditaktionäre haben im Vergleich zu Aktionären einer AG eine stärkere Stellung inne, die zudem durch die Einräumung weitreichender Mitwirkungsrechte in der Satzung noch verstärkt werden kann.⁵⁵¹ Die Beteiligung als Kommanditaktionär ist also schon per se »unternehmerischer« als die eines Aktionärs. So wird der Jahresabschluss immer und nicht nur ausnahmsweise (vgl. § 173 AktG) von der Hauptversammlung festgestellt (§ 286 Abs. 1 Satz 1 AktG), woraus sich über §§ 278 Abs. 3, 131 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 f. AktG auch ein stärkeres Auskunftsrecht der Aktionäre ergibt. Außergewöhnliche Geschäfte bedürfen generell der Zustimmung der Kommanditaktionäre (§ 278 Abs. 2 AktG i. V. m. § 164 Satz 1 Halbs. 2 HGB).⁵⁵² Hinzu kommt, dass Komplementäre nur bei gleichzeitiger Beteiligung als Kommanditaktionär ein Stimmrecht in der Hauptversammlung (§ 285

BGH (Urt. v. 24.02.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392) hat die KGaA zwischenzeitlich einen gewissen Bedeutungszuwachs erzielt. Die Zahl stieg auf 93 umsatzsteuerpflichtige KGaA im Jahr 2002 (vgl. Umsatzsteuerstatistik 2002, erschienen in: Finanzen und Steuern – USt, Fachserie 14/Reihe 8, Statistisches Bundesamt Wiesbaden 2004, S. 58); für März 2009 wird die Zahl der KGaA auf etwa 225 geschätzt (Perlit, in: MünchKommAktG, Vor § 278 Rn. 1, m. w. N.).

544 Z. B. die Göttinger Gruppe Vermögens- und Finanzholding GmbH & Co. KG aA (HRB 2103, AG Göttingen), über deren Vermögen am 20.06.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

545 Vgl. z. B. das Schweigen von Hüffer, AktG, 8. Aufl., §§ 278 ff. Seine Kommentierung (ebenda) zu § 57 (dort Rn. 16 ff.) behandelt explizit nur die AG, während auf die GmbH & Co. KGaA in Rn. 18 nur ein »Hinweis« erfolgt.

546 In der Lit. gibt es dazu nur wenige Stimmen; s. aber Bayer, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 11.39 f.; Semler/Perlit, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., § 278 Rn. 344; Schnell, 1992, S. 65 f.; K. Schmidt, ZIP 2006, 1925, 1928, unter Verweis auf Buck, 2006, S. 137 ff.

547 Vgl. Perlit, in: MünchKommAktG, Vor § 278 Rn. 29: Die KGaA sei eine Mischform. Ihre Führungsstruktur werde insb. durch die für das Recht der Personhandelsgesellschaften geltenden Grundsätze bestimmt, ihre Kapitalstruktur vor allem durch das Recht der AG.

548 S. Schnell, 1992, S. 65 ff.

549 So aber Semler/Perlit, in: MünchKommAktG, 2. Aufl., Vor § 278 Rn. 74; demgegenüber wie hier Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 278 Rn. 8 bis 9a; vgl. auch Bayer, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 11.39: Das Fehlen natürlicher Personen sei keine Voraussetzung des Eigenkapitalersatzrechts, dies lasse sich auch nicht einem Umkehrschluss zu §§ 129a, 172a HGB entnehmen. Ebenso K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b Rn. 205; ders., Gesellschaftsrecht, S. 532.

550 Hierzu Hüffer, AktG, § 278 Rn. 6, 18.

551 S. Bayer, in: von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch, Rn. 11.40.

552 S. Mertens/Cahn, in: KK-AktG, 2. Aufl., § 278 Rn. 61, m. w. N.: § 164 Satz 1 Halbs. 2 HGB i. V. m. § 278 Abs. 2 AktG statuiere bei außergewöhnlichen Geschäften nicht nur ein Widerspruchs-, sondern ein Zustimmungrecht der Hauptversammlung.

Abs. 1 Satz 1 AktG) besitzen und dass selbst dann ihr Stimmrecht in Fällen des § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Vermeidung von Interessenkollisionen ausgeschlossen ist.⁵⁵³

255-396

II. Das neue Sonderrecht nach dem MoMiG

- 254 255 Das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG)⁵⁵⁴ führt zu einer grundlegenden Änderung des bisherigen Rechts der Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen, und zwar – anders als der Titel des MoMiG vermuten lassen könnte – auch bei der AG. Das neue Sonderrecht gilt nämlich rechtsformneutral (§ 39 Abs. 4 Satz 1 InsO n. F.⁵⁵⁵) für alle Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, und damit insb. auch für alle Gesellschaften ohne persönlich haftenden Gesellschafter. Die AG und die Vor-AG⁵⁵⁶ unterliegen damit der Neuregelung, ebenso die SE mit Sitz in Deutschland, die KGaA und weitere Organisationsformen des deutschen Rechts.⁵⁵⁷ Des Weiteren erstreckt sich die Neuregelung, insoweit über das bisherige Recht hinausgehend, auf entsprechende Auslandsgesellschaften (z. B. die englische Limited oder die Auslands-SE mit Zweigniederlassung in Deutschland), soweit über ihr Vermögen ein inländisches Insolvenzverfahren eröffnet wird (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1346/2000⁵⁵⁸) oder soweit für sie die Regelungen des AnfG gelten.⁵⁵⁹

256

1. Hintergrund

- 255 256 Die Neugestaltung des Rechts der Gesellschafterdarlehen war entgegen dem ersten Anschein⁵⁶⁰ – leider – nicht Ausdruck der in den letzten Jahren stetig zunehmenden Fundamentalkritik am Eigenkapitalersatzrecht.⁵⁶¹ Maßgebend für den Gesetzgeber waren vielmehr pragmatische Gründe, nämlich »der durch einen Blick auf den unablässigen Strom der Judikatur leicht zu erhärtende Einwand der Rechtsunsicherheit«⁵⁶² verbunden mit dem Wunsch nach einer »erheblichen Vereinfachung des Rechts der GmbH, das sich an die mittelständische Wirtschaft« richte und »folglich vor allem einfach und leicht handhabbar sein« solle.⁵⁶³ Hinzu kam das Bestreben des Gesetzgebers, durch eine

553 Darauf verweist *Schnell*, 1992, S. 67.

554 BGBl. I 2008, S. 2026.

555 Eingefügt durch Art. 9 Nr. 5 Buchst. b) des MoMiG v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026, 2038.

556 Vgl. *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Anhang: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Vorschriften zum Gesellschafterdarlehen, Vorbemerkung: Das Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG, Rn. 2, m. w. N. (zur Vor-GmbH).

557 Etwa die Genossenschaft (s. *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1928, m. w. N.) und (vergleichbare) ausländische Gesellschaften (z. B. die englische »Private Limited Company by shares«) mit deutscher Zweigniederlassung, für die ein inländisches (Sekundär-) Insolvenzverfahren eröffnet wird (*T. Fleischer*, ebenda [vorausgehende Fn. 289] Rn. 2), nicht aber der Verein (hierzu und zur Begründung – Neuregelung des Eigenkapitalersatzrechts als Haftungs-, nicht als Finanzierungsregel – *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1928).

558 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.05.2000 über Insolvenzverfahren, ABIEG v. 30.06.2000, Nr. L 160/1 – 18.

559 Die Neuregelung insofern begrüßend *Bork*, ZGR 2007, 250, 253.

560 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 25: Mit der »Kapitalaufbringung einschließlich der Sacheinlage und der verdeckten Sacheinlage«, der »Kapitalerhaltung einschließlich des cash-pooling« und dem »Eigenkapitalersatzrecht« nehme der Gesetzentwurf »zu den in den letzten Jahren in der Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft am meisten umstrittenen Themen des GmbH-Rechts Stellung«.

561 S. z. B. *Reiner*, in: FS Boujong, 1996, S. 415, 420 ff.; *Grunewald*, GmbHR 1997, 7; *Buck*, 2006, S. 85–307; *Beck*, 2006, S. 97–; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 310 ff.; *Fastrich*, FS Zöllner, 2000, S. 143 ff.

562 So die treffende Formulierung von *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1926.

563 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, zur Aufhebung der §§ 32a und 32b GmbHG, in der es ferner heißt, »Grundgedanke der Regelung« sei es, »dass die Organe und Gesellschafter der gesunden

rechtsformneutrale Verlagerung des Sonderrechts in die InsO auch die Gläubiger von Auslandsgesellschaften (»z. B. die englische Limited mit Zweigniederlassung in Deutschland«) sowie diejenigen einer Europäischen (Aktien-) Gesellschaft (SE) zu schützen, wenn und soweit deren Insolvenz gem. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO in Deutschland und damit nach deutschem Recht abgewickelt wird.⁵⁶⁴

2. Inhalt der Neuregelung

257-313

Die wesentlichen Änderungen durch das MoMiG werden im Folgenden näher erläutert. Dabei geschieht dies – mangels weitgehend gefestigter Ansichten in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu den Neuregelungen – vor allem im Hinblick auf die Auslegungsmethoden des Wortlauts, der Systematik, der Teleologie und der Entstehungsgeschichte. Neben der eben dargestellten *Beendigung* der »Rechtsprechungsregeln« brachte das MoMiG die inhaltliche *Ausweitung* und eine – freilich beschränkt auf den Kreis von Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person als unmittelbarer oder mittelbarer Haftungsträger zur Verfügung steht – rechtsformneutrale Verlagerung der bisherigen »Novellenregeln« (§§ 32a, 32b GmbHG a. F., §§ 129a, 172a HGB a. F.) in die InsO und in das AnfG (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und Abs. 5 InsO n. F., §§ 44a, 135, 143 Abs. 3 InsO n. F., §§ 6, 6a AnfG n. F.).

Vorbehaltlich der Privilegien in § 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO n. F. für Kleinbeteiligungen und bestimmte Sanierungsfälle werden nunmehr *alle* Forderungen von Gesellschaftern (oder ihnen gleichgestellten Dritten) gegen die Gesellschaft (hier: AG) aus Darlehen und gleichgestellten Rechtshandlungen im Insolvenzverfahren mit Nachrang versehen, ohne dass es auf eine weiter gehende Qualifikation als »eigenkapitalersetzend« noch ankäme. Ferner gelten für *alle* Erfüllungs- und Sicherungsleistungen auf Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen grds. die insolvenz- bzw. anfechtungsrechtlichen Anfechtungsregelungen (§ 135 InsO n. F., §§ 6, 6a AnfG n. F.).

Die mitunter schwierige nachträgliche Ermittlung des Eintritts der Krise und insb. der Kreditunwürdigkeit entfällt, weil es auf den Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung nicht mehr ankommt. Als Folge der Rechtsformneutralität spielt auch die Frage nach dem Vorliegen einer unternehmerischen Beteiligung bei der AG keine Rolle mehr.

a) Entkoppelung der Finanzierungs(folgen)verantwortung vom Kapitalschutz (Beendigung der Rechtsprechungsregeln)

260-261

Die Neuregelung des § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F. (gleichlautend § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.) unterbindet die Anwendung der bisherigen Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht (s. o. [Rdn. 176 ff.](#), [Rdn. 247, 249 ff.](#)) auf die AG und damit die Zurechnung von Gesellschafterdarlehen, die in der Krise gewährt oder zumindest stehen gelassen wurden, zum Eigenkapital. Mit der Formulierung, das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Satz 1 sei »nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Aktionärsdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen«, soll ausweislich der Regierungsbegründung die »Fortgeltung der sog. Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aufgegeben werden.«⁵⁶⁵ Die »verwirrende Doppelspurigkeit« der Rechtsprechungs- und Novellen-

GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen« vorfinden. Selbst der BGH (Urt. v. 30.01.2006 – II ZR 357/03, ZIP 2006, 466, 467), der das Eigenkapitalersatzrecht maßgeblich mitgestaltet hatte, sah mittlerweile einen Bedarf nach »größerer Rechtssicherheit und einfacherer Handhabbarkeit der Eigenkapitalgrundsätze«.

⁵⁶⁴ S. ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 56 f.

⁵⁶⁵ S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E; s. auch *dies.*, ebenda, S. 42 und 56 f.: »Aufgabe der Rechtsprechungsregeln« (zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. bzw. § 39 Abs. 1 InsO n. F.); ferner *dies.*, ebenda, S. 52, zu § 57 Abs. 1 AktG-E: Die Änderung des § 57 stelle »den Gleichlauf zur Änderung des § 30 GmbHG her«.

regeln findet damit ihr Ende.⁵⁶⁶ Speziell zu § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F. verweist die Gesetzesbegründung darauf, dass die »in das Insolvenzrecht verlagerten Regelungen der §§ 32a und b GmbHG« künftig auch AGen erfassen, sodass »auch für den Bereich des Aktienrechts auf die sog. Rechtsprechungsregeln zu kapitalersetzenden Aktionärsdarlehen verzichtet werden« könne.⁵⁶⁷

- 260 261 Mit dem Wegfall der Qualifikation von Darlehensrückzahlungen als Einlagenrückgewähr entfällt auch die Anwendbarkeit des § 62 AktG a. F. analog, sodass Aktionäre zurückbezahlte Darlehen nach neuem Recht – vorbehaltlich der insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Sonderregeln (s. sogleich unter **Rdn. 262 ff.**) – behalten können. Das Gleiche gilt für Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer solchen Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen. Die Beseitigung des durch die Rechtsprechungsregeln bewirkten Kapitalschutzes begrenzt Rückforderungsklagen somit auf die Anfechtungstatbestände der §§ 135, 44a Abs. 2 InsO n. F., §§ 6, 6a AnfG n. F. und auf die darin enthaltenen Fristen.⁵⁶⁸

262-294 *b) Neue Nachrang- und Anfechtungsregeln*

262-268 *aa) Überblick*

- 261 262 Wesentlicher Inhalt der Neuregelung ist der grundsätzliche Nachrang von Gesellschafterforderungen (hier: Aktionärsforderungen) in der Insolvenz der Gesellschaft (**Rdn. 263 f.**). Im Fall der Rückzahlung greift die Insolvenzanfechtung oder – in Fällen der Masselosigkeit – die Gläubigeranfechtung (unten **Rdn. 265 ff.**). Wurden Gesellschafter Sicherheiten oder -bürgschaften bestellt, müssen Gläubiger zuerst auf die ihnen eingeräumten Sicherheiten oder Bürgschaften zugreifen, bevor sie die Gesellschaft (AG) auf Forderungsrückgewähr in Anspruch nehmen können. Einzelheiten hierzu werden separat im Teil E. (»Sicherheiten«) unter **Rdn. 563 ff.** erörtert.

263-264 *(1) Nachrang in der Insolvenz*

- 262 263 Mit der Aufgabe des Unterschieds zwischen »eigenkapitalersetzenden« und »normalen« Gesellschafterdarlehen und des Merkmals der »Krise« (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) ist § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, Abs. 5 InsO n. F. Kernstück der Neuregelung. Forderungen auf Rückgewähr von Darlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen der Gesellschafter und gleichgestellter Dritter treten (wie bislang eigenkapitalersetzende Forderungen) in der Insolvenz grds. hinter alle anderen Insolvenzforderungen zurück. Aus den genannten Normen resultiert ein Nachrang derjenigen Darlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen, die
- binnen eines Jahres vor Eintritt der Insolvenz solchen Gesellschaften gewährt wurden,
 - bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist *und*
 - zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.
- 263 264 Dabei erfasst der Nachrang unter anderem auch Zinsforderungen (§ 39 Abs. 3 InsO). Ausnahmen vom Nachrang bestehen ähnlich wie bislang, falls das Sanierungs- (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F.) oder das Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO n. F.) eingreifen.

566 So ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 26; ferner ebenda, S. 42, zu § 30 Abs. 1 GmbHG n. F.: Durch den Verzicht auf die Rechtsprechungsregelungen und den »gleichzeitigen Ausbau der sog. Novellenregelungen« werde »die Rechtslage erheblich einfacher und übersichtlicher gestaltet«. Hierzu *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930: Die Regelung sei so konsequent wie weittragend. Unverkennbar habe der Gesetzgeber nicht noch einmal erleben wollen, was der II. Zivilsenat den »Novellenregeln« von 1980 angetan habe, als er in dem Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370 (oben **Rdn. 163**, Fn. 9, und **Rdn. 233**, Fn. 201) ausgesprochen habe, dass die Rechtsprechungsgrundsätze über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen neben den Vorschriften der GmbH-Novelle von 1980 weiterhin auch auf solche Darlehen anzuwenden seien, die nach dem 01.01.1981 gewährt worden sind. Kritisch zur Abschaffung der Rechtsprechungsregeln *Bork*, ZGR 2007, 250, 262 ff.

567 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 52, zu § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F.

568 S. *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930.

(2) *Anfechtbarkeit nach InsO und AnFG*

265-268

Für den Fall der Besicherung oder Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens gelten, sollte später ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt werden, strenge Anfechtungsregeln (§ 135 InsO n. F.; §§ 6, 6a AnFG n. F.; jeweils i. V. m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.). Die Anfechtungsmöglichkeit erfasst dabei auch ausbezahlte Zinsen. § 135 Abs. 1 InsO n. F. spricht zwar nur von der Besicherung und Befriedigung von Forderungen auf die »Rückgewähr« von Darlehen und gleichgestellten Forderungen und verweist nur auf § 39 Abs. 1 Nr. 5, nicht aber auf § 39 Abs. 3 InsO. Da aber die Anfechtungsregelung des § 135 InsO lediglich als Ergänzung der Nachrangregelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO für den Fall, dass die nachrangigen Forderungen bereits erfüllt wurden, ohne eigenen Wertungsgehalt zu verstehen ist, ist der Tatbestand des § 135 InsO auch auf die Erfüllung von Zinsforderungen auf nachrangige Darlehen zu beziehen, denn diese haben nach § 39 Abs. 3 InsO (wie generell alle »Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger«) »den gleichen Rang« wie die Hauptforderung.⁵⁶⁹ 265 264

Im Einzelnen sind *im Rahmen eines Insolvenzverfahrens* die für die Darlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen i. S. von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. gewährten *Sicherungen* (wie bislang) anfechtbar, wenn die (Besicherungs-) Handlungen in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden sind (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO n. F.). Die seitens der Gesellschaft gewährten *Befriedigungen* von Darlehensforderungen oder gleichgestellten Forderungen sind (wie bislang) anfechtbar, wenn die (Befriedigungs-) Handlungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden sind (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F.).⁵⁷⁰ Die entsprechenden Mittel sind nach entsprechender Anfechtung durch den Insolvenzverwalter (§§ 129 ff. InsO, § 135 InsO n. F.) zur Insolvenzmasse zurück zu gewähren (§ 143 InsO). 266 265

Gem. Art. 103d S. 2 EGIInsO n. F. gelangen im Rahmen von *nach* dem 01.11.2008 eröffneten Insolvenzverfahren auf *vor* diesem Datum vorgenommene Rechtshandlungen ausnahmsweise nicht die neuen, sondern noch die *alten* Anfechtungsregeln zur Anwendung, soweit sie »nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind« (zum Übergangsrecht schon oben [Rdn. 162 ff.](#)). Das alte Anfechtungsrecht (§ 135 Abs. 1 InsO a. F.) kann im vorliegenden Bereich des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen im Einzelfall für den Anfechtungsgegner (Gesellschafter, gleichgestellter Dritter) tatsächlich günstiger sein als das neue Recht, weil es das Vorliegen eines »kapitalersetzenden« Darlehens voraussetzt. Zwar werden Gesellschaften sich im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag regelmäßig bereits in der »Krise« (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) befinden haben, sodass sich für anfechtbare Befriedigungsleistungen (§ 135 Abs. 1 Nr. 3 InsO a. F. und n. F.) kein Unterschied ergibt, weil sie auch nach altem Recht anfechtbar sind. Anders sieht es aber bei Sicherungsleistungen aus, die (nach altem wie neuem Recht) bis zu 10 Jahre vor dem Eröffnungsantrag angefochten werden können. Hier werden Fälle, wo die Gesellschaft die Sicherheit innerhalb der Anfechtungsfrist und trotzdem noch vor der »Krise« gewährt hat, nicht selten sein. Der Umstand, dass die Krise erst nach der anzufechtenden Rechtshandlung eingetreten ist, schließt die Anfechtung nach altem Recht zwar nicht aus, wenn das Darlehen wenigstens nachträglich durch das »Stehenlassen« in der Krise eigenkapitalersetzend geworden ist (oben [Rdn. 180, 190](#)).⁵⁷¹ Scheidet 267 266

569 S. im Ergebnis auch *Bormann*, DB 2006, 2617; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150; *J.-S. Schröder*, in: *HambKomm, InsO*, § 135 [Rn. 18](#); a. A. *Seibert*, RWS-Dok. 23, S. 43. Zur parallelen Behandlung von Forderung und Zinsen s. auch [Rdn. 264](#).

570 S. *Huber*, FS *Priester*, 2007, S. 259, 260.

571 S. BGH, Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, »Hamburger Stahlwerke«, unter 4. (GmbH): Würden »ursprünglich neutrale Gesellschafterleistungen mit Beginn der Krise zu haftendem Kapital«, unterlägen »ab diesem Zeitpunkt die sie sichernden Rechtshandlungen der Gläubiger- oder Konkursanfechtung«; ebenso OLG München, Urt. v. 23.11.2001 – 23 U 2639/01, ZIP 2002, 1210, [juris-Rn. 48](#), zu § 135 Nr. 1 InsO a. F. (GmbH & Co. KG, Abtretung einer Eigentümergrundschuld); für das Schrifttum *J.-S. Schröder*, in: *HambKomm, InsO*, § 135 [Rn. 176](#), m. w. N.

diese Möglichkeit der nachträglichen Verstrickung der besicherten Darlehensforderung während der Krise aber aus, etwa weil dem Gesellschafter die Möglichkeit fehlte, das Darlehen rechtzeitig zu beenden oder die Gesellschaft zu liquidieren, erweist sich das alte Recht als günstiger.

- 267 268** *Außerhalb des Insolvenzverfahrens* gilt nach wie vor das AnfG (s. § 1 AnfG). Gem. §§ 6 und 7 AnfG n. F.⁵⁷² sind Erfüllungs- und Sicherungsleistungen für Gesellschafterdarlehen oder wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen anfechtbar, wenn sie im letzten Jahr (Erfüllungsleistungen) bzw. in den letzten 10 Jahren (Sicherungsleistungen) vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder danach vorgenommen worden sind (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 AnfG n. F.). Abgesehen davon, dass die Gesellschafterdarlehen nicht mehr (ausdrücklich) »kapitalersetzend« zu sein brauchen, unterscheidet sich die neue Regelung von der bisherigen Rechtslage durch den veränderten Beginn des Laufs der *Anfechtungsfrist* außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AnfG n. F.). Durch die Vorverlegung des Zeitpunkts, von dem an die Anfechtungsfristen zurückgerechnet werden, von der Anfechtung auf den Zeitpunkt des Erwerbs des vollstreckbaren Schuldtitels soll ausweislich der Regierungsbegründung »dem Gläubiger in seinem Dilemma geholfen werden, dass er zunächst viel Zeit verliert, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen, und sodann erst nach vergeblichem Vollstreckungsversuch bei dem Schuldner die Anfechtung ausspricht und dadurch die Befriedigungshandlung aus dem Anfechtungszeitraum heraus fällt.«⁵⁷³ Die (anfechtungsrechtliche) Anfechtungsfrist beginnt jedoch spätestens mit dem Insolvenzantrag, wenn dieser Antrag mangels Masse nach § 26 Abs. 1 InsO abgewiesen wurde, bevor der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AnfG n. F.). Damit hat sich der Gesetzgeber an § 135 Abs. 1 InsO angelehnt, um zu vermeiden, dass die Anfechtbarkeit »bei einem grundsätzlich begründeten Insolvenzantrag für die Fälle des Fehlens und des Vorhandenseins ausreichender Masse« divergiert.⁵⁷⁴ Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn nach dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, drei Jahre verstrichen sind (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AnfG n. F.). Wurde die (Sicherungs- oder Befriedigungs-) Handlung später vorgenommen, ist die Anfechtung drei Jahre nach dem Schluss des Jahres ausgeschlossen, in dem die Handlung vorgenommen worden ist (§ 6 Abs. 2 Satz 2 AnfG n. F.).

269-273 *bb) Gesellschafterstellung*

269 *(1) Grds. keine subjektiven Anforderungen*

- 268 269** Nach neuem Recht haften grds. *alle* Gesellschafter, sofern sie keine Kleinbeteiligten sind oder die Gesellschaft sanieren wollen (hierzu sowie zu weiteren Ausnahmen s. u. **Rdn. 279 ff.**). Der Zweck der Darlehensgewährung spielt außerhalb des Sanierungsprivilegs normalerweise keine Rolle, d. h. eine *causa societatis* ist nicht erforderlich. »Jedes Gesellschafterdarlehen ist bei Eintritt der Insolvenz nachrangig«,⁵⁷⁵ es sei denn, der Gesellschafter würde eher zufällig – als Erwerber einer Anleihe – zum Kreditgeber (oben **Rdn. 186**) oder der Kreditgeber (in der Krise) würde erst nachträglich zum Gesellschafter und das subjektive Element würde dazu gebraucht, um eine Verbindung zwischen Kreditver-

572 Bei der Änderung von § 7 AnfG n. F. durch das MoMiG handelt es sich laut der Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 58, lediglich um eine Folgeänderung zur Umgestaltung der Anfechtungsfristen in § 6 Abs. 1 AnfG n. F., nach der künftig nicht mehr der Zeitpunkt der Anfechtung Fristbeginn sein wird. Hierzu nachstehend im Text.

573 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 58.

574 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 58.

575 So ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 56, zu § 39 Abs. 1 InsO n. F. S. a. ebenda, S. 56, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F.: Es solle »in § 39 Abs. 1 Nr. 5 auf das Merkmal »kapitalersetzend« verzichtet und damit jedes Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nachrangig gestellt werden (. . .). Die Entscheidung, ob die Forderung dem gesetzlich angeordneten Rangrücktritt nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterfällt, wird damit künftig wesentlich einfacher und rechtssicherer zu treffen sein«. S. auch *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Anhang: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Vorschriften zum Gesellschafterdarlehen, § 39 InsO **Rn. 10**: »Auf die Zwecke, die der Gesellschafter mit seiner Beteiligung« verfolge, komme es – von der Sanierungsbeteiligung abgesehen – nicht an«.

gabe und Gesellschafterstellung herzustellen (unten **Rdn. 272 f.**). Demgegenüber konnte man nach früherem Recht die »bloße Koinzidenz von Gesellschafter- und Kreditberei­genschaft« zumindest *vom theoretischen Ansatz her* nicht als ausreichend betrachten.⁵⁷⁶ *De facto* machte man dies jedoch ausschließlich indirekt an dem objektiven, das Merkmal der »Krise« (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) ausfüllenden Kriterium fest, dass Dritte der Gesellschaft in derselben Situation keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen gegeben hätten;⁵⁷⁷ der Gesellschafter konnte nach herrschender Meinung ggü. der Qualifizierung seines Darlehens als eigenkapitalersetzend nicht einwenden, er habe den Kredit nicht mit Rücksicht auf diese Eigenschaft gewährt.⁵⁷⁸ I. E. hat sich bzgl. der (Un-)Beachtlichkeit des Zwecks der Darlehensgewährung also nichts geändert.

(2) Gleichgestellte Nichtgesellschafter

270

Ähnlich wie das alte (§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.) erstreckt sich auch das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen auf »Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen« (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F., näher unten **Rdn. 276 ff.**). Dazu können wie bisher auch Rechtshandlungen eines Nichtgesellschafters (*Dritten*) gehören, wenn er in einem bestimmten (insb. persönlich oder gesellschaftsrechtlich bedingten) Näheverhältnis zum Gesellschafter steht.⁵⁷⁹ Der Reformgesetzgeber hat zwar darauf verzichtet, die ausdrückliche Erwähnung »Dritter« in § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. (»Rechtshandlungen [...] eines Dritten«⁵⁸⁰) in den § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. zu übernehmen. In den Gesetzesmaterialien wird aber ausdrücklich klargestellt, dass durch die Formulierung »Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen« der »bisherige § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG *in personeller (Dritte)* und sachlicher Hinsicht übernommen« werden soll.⁵⁸¹ Damit kann für die Frage, welche Dritten den Gesellschaftern gleichgestellt werden und § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. unterliegen, grds. auf die bisherige Auslegung zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. zurückgegriffen werden.⁵⁸² Für die Einzelheiten wird daher auf oben **Rdn. 228 ff.** verwiesen.

576 So die Formulierung von *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1932: »Jahrzehntelang« sei »die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen auf eigenverantwortliche Finanzierungsentscheidungen der Kreditgeber gestützt« worden. »Die bloße Koinzidenz von Gesellschafter- und Kreditberei­genschaft« habe »nicht als ausreichend gegolten«; s. auch etwa *Haas*, DStR 2009, 1592, 1594: Der Gesellschafter, der der Gesellschaft einen Kredit gebe, tue »dies – zumindest wenn es sich dabei nicht um einen Kleingesellschafter« handle [...] »um seiner Mitgliedschaft bzw. seines Geschäftsanteils willen« (»in derartigen Fällen grundsätzlich *causa societatis*«).

577 In diesem Sinne dürfte die Verweisung von *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1932, auf »BGHZ 76, 326, 330« (BGH, Urt. v. 24.03.1980 – II ZR 213/77, unter I.2.) zu deuten sein.

578 S. etwa *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983), 165, 184 ff.; *Ulmer*, ZIP 1984, 1163, 1164 ff.; ferner BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 41 f., unter 4.a.: Es sei »missverständlich«, die Einordnung als Eigenkapitalersatz von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass es sich »um eine Finanzierungsleistung »*causa societatis*« handle.

579 Zu »Dritten« gem. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. zählen neben den Angehörigen der Gesellschafter mittelbar am Unternehmen Beteiligte (Nießbraucher; Pfandgläubiger) und sonstige Dritte (verbundene Unternehmen; die Besitzgesellschaft und ihre Gesellschafter bei einer Betriebsaufspaltung); allein die wirtschaftliche Machtposition als Kreditgeber soll dagegen nicht genügen.

580 Von »Dritten« gem. § 32a Abs. 3 GmbHG a. F. zu unterscheiden sind die außenstehenden rückgriffsberechtigten »Dritten« gem. § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. (hierzu *Buck*, 2006, S. 63 f., m. w. N.) bzw. § 135 Abs. 2 Halbs. 1 InsO n. F.

581 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 56, zu § 39 Abs. 1 InsO n. F. [Hervorhebung durch *Verf.*].

582 Zurückhaltender offenbar *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 404, zur GmbH: »Die Neukonzeption des MoMiG« lege »nahe, sich auch hier weniger am Rechtskleid als an der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zu orientieren«. »Maßgeblich« sei (anstelle »gesellschaftsähnlicher Einflussrechte«) »nunmehr primär, ob beim Risikokapitalgeber die Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken, denen eines GmbH-Gesellschafters angenähert« seien. Dies sei »bei hybriden Finanzierungsinstrumenten [...] häufig der Fall«. Zust. *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 **Rn. 123**.

271 (3) *Rechtsnachfolger des darlehensgebenden Gesellschafters*

270 271 (Verstrickte) Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen bleiben ggü. Rechtsnachfolgern verstrickt, auch wenn diese keine Gesellschafter der Darlehensnehmerin sind.⁵⁸³ Das ergibt sich für die Einzelrechtsnachfolge aus der allgemeinen Vorschrift des § 404 BGB⁵⁸⁴ (ggf. i. V. m. § 412 BGB) und galt daher schon für das Eigenkapitalersatzrecht⁵⁸⁵. Der Neugläubiger muss sich den Nachrang der Forderung bzw. die Anfechtbarkeit von Erfüllungs- und Sicherheitsleistungen entgegenhalten lassen, falls die abgetretene Darlehensforderung zu diesem Zeitpunkt bereits eigenkapitalersetzend war. Für das neue Recht ist zu berücksichtigen, dass Gesellschafterdarlehen mit dem Wegfall der Krise als tatbestandsmäßigem Auslöser der Verstrickung von Anfang an *potentiell* verstrickt sind, so dass konsequenterweise der Zeitpunkt der Abtretung keine Rolle mehr spielen sollte.⁵⁸⁶ Diese Rechtsfolge wird allerdings, offensichtlich noch unter dem Eindruck des bisherigen, auf die Insolvenznahe der Finanzierungsentscheidung abstellenden Begründungsmodells für die Verstrickung von Gesellschafterdarlehen, als unangemessen empfunden, weshalb im Schrifttum vorgeschlagen wurde, die Rechtsnachfolge des Zessionars in die Verstrickung auf solche Forderungsübergänge zu beschränken, die innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgen.⁵⁸⁷ *De lege ferenda* erscheint dieser Vorschlag durchaus vernünftig, *de lege lata* ist er aber kaum zu rechtfertigen, denn im Gegensatz zu den anfechtbaren Sicherungs- oder Befriedigungshandlungen verlangt der Gesetzgeber für die Begründung der (nachrangigen) Darlehensforderung eben keine Insolvenznahe mehr (§ 39 Abs. 1 Nr. 5). Wenn diese Ausweitung pauschal mit den Besonderheiten *jeglicher* Gesellschafterdarlehen gerechtfertigt wird (kritisch unten **Rdn. 366 ff.**), ist nicht einzusehen, warum diese der Forderung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger anhaftenden Besonderheiten durch eine einfache Abtretung verschwinden sollen, solange sie nur rechtzeitig vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wird. Die hierzu vorgetragene Begründung, nämlich eine »analoge« Anwendung zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO,⁵⁸⁸ die man wohl gleichzeitig als Tatbestands- und Rechtsfolgenanalogie bezeichnen müsste, ist vor diesem Hintergrund ausgesprochen gewagt, denn der in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO geregelte Fall, die Befriedigung einer Forderung aus dem Gesellschafterdarlehen, ist mit der Begründung dieser Forderung nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht vergleichbar. Es ist nicht einzusehen, warum die abgeleitete Begründung dieser Forderung in der Person des Zessionars anders zu behandeln wäre als ihre ursprüngliche Begründung in der Hand des Gesellschafters durch Abschluss des Darlehensvertrags. Dennoch dürfte die hier kritisierte Auffassung bis auf Weiteres für die Praxis die maßgebende sein, denn der BGH hat sich trotz dieser Bedenken die »entsprechende« Anwen-

583 Vgl. die zum Ausgleich dieser Rechtsfolge bestimmte Garantieklausel Nr. 9.1 (f) (»Keine Beteiligung«) des Mustervertrags für Forderungsverkäufe der Bundesvereinigung Kreditkauf und Servicing e. V. (BKS, <http://www.bks-ev.de>): »Keine Beteiligung. Die Verkäuferin war zu keinem Zeitpunkt seit Vergabe des jeweiligen zum Kaufgegenstand gehörenden Darlehens bei einem Schuldner einer gekauften Forderung mit 10 % oder mehr am Stammkapital beteiligt« (abgedruckt bei Schalast (Hrsg.), 2009, S. 129, 146).

584 Z. B. *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 **Rn. 46**, m. w. N. (ohne Belege für etwaige Gegenstimmen): »nach überwiegender Auffassung«.

585 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 43, **juris-Rn. 11**, allerdings zum Sonderfall einer GmbH & Co KG mit »gesplitteter« Einlage, bei der der »Eigenkapitalcharakter« auf gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung beruhte. Für das Schrifttum *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a/b **Rn. 140**.

586 So i. E. auch *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149: Die Darlehensforderung eines nicht privilegierten Gesellschafters behalte »das Nachrangrisiko des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO« nach §§ 404, 412 BGB auch in der Hand eines jeden Rechtsnachfolgers bei, möge »es sich bei diesem um einen Gesellschafter handeln oder nicht«.

587 Erstmalig wohl *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149.

588 *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149: »die – wohl zu befürwortende – analoge Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO [a.F.]«; sich anschließend etwa *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850: Es sei »eine analoge Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO zugunsten solcher Zessionare zu erwägen, die ihre Forderung länger als ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag erworben« hätten; ebenso *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 **Rn. 46** (»erwägenswert«).

derung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO inzwischen offenbar zu Eigen gemacht.⁵⁸⁹ In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es zwar nicht um die Übertragung der Darlehensforderung, sondern um die Übertragung der Beteiligung an der Gesellschaft (hierzu nachfolgend **Rdn. 272**); beide Konstellationen sind aber vergleichbar und werden im Schrifttum auch in Zusammenhang mit der Analogie zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 auch in einem Atemzug genannt. In jedem Falle eine Ausnahme von der Rechtsnachfolge in die Verstrickung macht § 18 Abs. 3 des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes i. R. d. von den Abs. 1 und 2 dieser Vorschrift gewährten Privilegierung (s. u. **Rdn. 286**).

(4) Früherer oder künftiger Gesellschafter

272-273

Das zeitliche Auseinanderfallen von Darlehensgewährung und Gesellschafterstellung vermag die Verstrickung des Darlehens in der Insolvenz grds. nicht zu verhindern, wenn ein enger Zusammenhang zwischen Mitgliedschaft und Leistungszufuhr besteht.⁵⁹⁰ So sollte es grds. beim Nachrang der Finanzierungsleistung bleiben, wenn der Gesellschafter nach der Darlehensgewährung aus der Gesellschaft ausscheidet. Ebenso wie für den Fall, dass der Gesellschafter seine Darlehensforderung an Dritte überträgt (oben **Rdn. 271**), wird indes das Fortbestehen der Verstrickung auch dann, wenn der Darlehensgeber aus der Gesellschaft ausscheidet, unter Berufung auf eine »analoge« Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO davon abhängig gemacht, dass die Trennung von Gesellschafter- und Gläubigerstellung spätestens innerhalb eines Jahres vor dem Eröffnungsantrag stattgefunden hat.⁵⁹¹ Die oben (**Rdn. 271**) hiergegen vorgebrachten Bedenken gelten hier gleichermaßen, haben den BGH aber (zumindest vorerst) nicht davon abgehalten, dieser Ansicht zu folgen.⁵⁹² Die Begründung des Gerichts, *da* »dem Beginn und dem Ende der Krise keine begrenzende Funktion mehr« zukomme »und das MoMiG *statt dessen* in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf ein zeitliches Konzept umgestellt« habe, sei »dies auch auf die persönlichen Voraussetzungen für die Nachrangigkeit zu übertragen«,⁵⁹³ ist geradezu Schulbeispiel einer Scheinargumentation, denn zum Einen ist die Prämisse, dass die Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Ersatz (»statt dessen«) für das Merkmal der Krise sei, höchst zweifelhaft (vgl. § 135 Nr. 1 InsO a. F., der die Jahresfrist bereits für das alte Eigenkapitalersatzrecht enthält), und zum Anderen bleibt der BGH die Antwort auf die Frage schuldig, warum das zeitliche Konzept des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 auszudehnen sein soll.

Umgekehrt begründet es den Nachrang, wenn der Darlehensgeber nach der Darlehensgewährung der Gesellschaft beitrifft, sofern er sein Darlehen schon im Hinblick auf diesen Beitritt (*causa societatis*) gewährt hat.⁵⁹⁴ Hat der Gesellschafter demgegenüber die (nicht verstrickte) Darlehensforde-

589 BGH, Beschl. v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86, juris-**Rn. 15** (Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren für eine Nichtzulassungsbeschwerde bzgl. Verurteilung des Insolvenzverwalters einer insolventen GmbH zur Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens).

590 So bereits *Buck*, 2006, S. 55, zum Eigenkapitalersatzrecht; zum neuen Recht s. *Paape*, DZWIR 2009, 9, 12.

591 *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850: »Nach diesem Raster« sei »auch zu verfahren, wenn ein Gesellschafter seine Beteiligung« abgebe, »aber seine Stellung als Darlehensgeber« behalte; wohl folgend (wenn auch mit einer gewissen Distanz) *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 **Rn. 46** (zur Anwendung der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO): »Das soll auch für den Fall gelten, dass ein Gesellschafter seine Beteiligung abtrifft, aber seine Stellung als Darlehensgeber behält«.

592 BGH, Beschl. v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86, juris-**Rn. 15**, m. w. N.: § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO sei auf den Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters »entsprechend anzuwenden«, »entweder weil der Wechsel in der Gesellschafterstellung insoweit einer Befriedigung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO« gleichstehe »oder weil ein zeitlich unbegrenzter Nachrang gegenüber einer Person, die die persönlichen Voraussetzungen nicht mehr« erfülle, »nicht zu rechtfertigen« sei. »Nachrangig ist die Forderung [...] nur, wenn der Gläubiger innerhalb der Anfechtungsfrist Gesellschafter war«.

593 BGH, Beschl. v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86, juris-**Rn. 15**, Hervorhebungen hinzugefügt.

594 S. zum Eigenkapitalersatzrecht BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 258 f., unter 3., im Kontext der §§ 30 f. GmbHG analog (Rechtsprechungsregeln) zur eigenkapitalersetzenden Bürgschaft: Der Tatbestand, »aus dem sich für den Fall einer Inanspruchnahme des Bürgen dessen Rückgriffsanspruch (oder ein Anspruch gemäß § 774 BGB) ergeben könnte«, müsse »im Zusammenhang mit einer Gesellschaf-

rung von einem Nicht-Gesellschafter erworben, besteht – von Umgehungsfällen abgesehen – kein Anlass, den anderen Gläubigern durch eine nachträgliche Verstrickung der Forderung einen Vorteil zu verschaffen, den sie ohne die Abtretung der Forderung nicht erzielt hätten – immerhin ist die aus der früheren Haftung für das »Stehenlassen« von Darlehen resultierende Obliegenheit des Gesellschafters zur Kündigung von Darlehen in der Krise mit der Reform entfallen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zessionar bei Erwerb der Forderung bereits Gesellschafter war oder es erst später wird. Anders ist der Vorgang nur dann zu bewerten, wenn ein (subjektiver) Zusammenhang zwischen dem Erwerb der Forderung und dem Erwerb der Mitgliedschaft zu erkennen ist. Sollte die Rechtsprechung dies allerdings anders sehen, hätte es gravierende Konsequenzen für den kommerziellen Kreditkauf, etwa wenn der Investor im Rahmen eines Debt-Equity-Swap nach Erwerb der Forderung Gesellschafter des Kreditnehmers wird (hierzu noch unten **Rdn. 618 ff.**; dort auch **Rdn. 622** zur eingeschränkten Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs).

274-275 *cc) Darlehen*

- 272 **274** Sachlich erfasst § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. »Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen«. Die Vorschrift unterscheidet sich im Wesentlichen von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. nur durch den Verzicht auf das Adjektiv »eigenkapitalersetzend« vor dem Tatbestandsmerkmal »Darlehen eines Gesellschafters« (bzw. Gesellschafterdarlehen), und von der Parallelnorm des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. durch den Verzicht auf das Merkmal der »Krise der Gesellschaft«. Beide Änderungen sollen das Recht »einfacher und übersichtlicher« machen.⁵⁹⁵ Der Zeitpunkt, zu dem das Darlehen gewährt oder stehen gelassen wurde, spielt somit keine Rolle mehr. Die praktischen Konsequenzen des damit verbundenen Ausbaus des sachlichen Anwendungsbereichs der Novellenregeln sind dennoch begrenzt, denn bereits nach altem Recht fand die Rechtsprechung in den meisten Fällen ausreichende Anhaltspunkte, um dem Gesellschafter zumindest das »Stehenlassen« des Darlehens im zeitlichen Umfeld der Insolvenz (»Krise«) vorwerfen zu können.⁵⁹⁶
- 273 **275** Die Arten von Rechtshandlungen, die als »Darlehen« zu qualifizieren sind, dürften sich mit der Reform im Wesentlichen nicht gewandelt haben, wie es ja auch dem Willen des Gesetzgebers zur Beibehaltung des sachlichen (und personellen) Anwendungsbereichs entspricht (**Rdn. 270, 274, 276**). Nur beim *Überbrückungskredit* liegen die Dinge allerdings etwas anders: Die Rechtsprechung dürfte ihre bisherige Begründung für den Ausschluss kurzfristiger Kredite vom Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen, diese seien nicht dazu bestimmt, dauerhaft eine Kapitallücke zu schließen und daher nicht eigenkapitalähnlich (oben **Rdn. 187**), kaum auf die neue Rechtslage übertragen können, die ja gerade nicht mehr den »kapitalersetzenden« Charakter des Darlehens verlangt. Zu demselben Ergebnis werden diejenigen gelangen, die Überbrückungskredite gar nicht mittels einer engen Auslegung des Darlehensbegriffs, sondern im Hinblick auf die bei dieser Fallgruppe regelmäßig noch vorhandene Kreditwürdigkeit der Gesellschaft aus dem Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatz-

terstellung« des Bürgen begründet worden sein; KG, Beschl. v. 19.09.1989 – 7 W 5491/89, GmbHR 1990, 259 f. Aus dem Schrifttum *Buck*, 2006, S. 55 f. (zusätzlich verlangend, dass das Darlehen zur Überwindung der Krise bestimmt ist); *Schnell*, 1992, S. 31; *Habersack*, in: GK-GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b **Rn. 53**; § 32a GmbHG a. F. sei anwendbar bei »Gewährung oder Belassung des Darlehens causa societatis, d. h. in engem sachlichen Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung«; ebenda, **Rn. 54**: »Finanzierungsleistung im Vorgriff auf die beabsichtigte – und sodann auch vollzogene – Beteiligung an der Gesellschaft [...] und dazu bestimmt, zur Überwindung der Krise beizutragen«.

595 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42 (oben Fn. 300 zu **Rdn. 260**).

596 Ähnlich *Bork*, ZGR 2007, 250, 255: Zu anderen Ergebnissen als bisher führe das neue Recht wohl nicht: Der Begriff der »Krise« habe Rechtsprechung und Literatur aufgrund der »Nebelkerzen« zwar viel Arbeit gemacht, sei in der Praxis meistens aber offensichtlich erfüllt gewesen.

rechts herausnehmen wollen. Das neue Recht dürfte somit Gesellschafterkredite jeder Art ungeachtet ihrer Dauer erfassen.⁵⁹⁷

dd) *Rechtshandlungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen*

276-278

Der Neuregelung durch das MoMiG in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. unterliegen wie im alten Recht (§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.) neben Gesellschafterdarlehen auch »Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen«. Wie bereits in Zusammenhang mit dem personellen Anwendungsbereich ausgeführt, kann dieser Tatbestand wie bisher u. a. Darlehen eines *Dritten* erfassen (oben **Rdn. 270**). Auch für den Kreis der sachlich einschlägigen »Rechtshandlungen« kann im Wesentlichen auf die bisherige Rechtslage mit all ihren Abgrenzungsproblemen (oben **Rdn. 206 ff.**) zurückgegriffen werden.⁵⁹⁸ Daran zeigt sich, dass das Ziel des Reformgesetzgebers, Rechtssicherheit im Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen herzustellen, trotz des Wegfalls des Merkmals der »Krise« nur z. T. gelungen ist. Den im Laufe des Reformprozesses von namhafter Seite vorgebrachten Vorschlag, die Rückstufung *de lege ferenda* nicht auf Forderungen aus Darlehensgewährung und aus Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen, zu beschränken, sondern »unterschiedslos auf alle Insolvenzforderungen des Gesellschafters« zu erstrecken,⁵⁹⁹ hat der Gesetzgeber (zu **Recht**⁶⁰⁰) nicht aufgenommen.

276 274

Gewisse Anpassungen an die neue Rechtslage sind bei der Handhabung des im Ausgangspunkt unveränderten Auffangtatbestands der »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen« indes nicht zu vermeiden. So wird zu berücksichtigen sein, dass der Binnenabgrenzung zu den (echten) Darlehen zumindest im Hinblick auf die Bilanzierungsfrage gem. § 19 Abs. 2 InsO n. F. inzwischen eine gewisse Bedeutung zukommt. In der Überschuldungsbilanz sollen nämlich speziell *Darlehen*, die von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. erfasst werden, nun auch ohne Rangrücktrittserklärung generell nicht als Passiva zu erfassen sein. Dagegen darf auf die Passivierung von Gesellschafterforderungen aus »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen«, wie die Gesetzesmaterialien mit rein pragmatischer, rechtssystematisch keineswegs überzeugender Begründung zum Ausdruck bringen,⁶⁰¹ nach wie vor nur dann verzichtet werden, wenn der Gesellschafter eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung i. S. d. bisherigen Rechtsprechung (unten **Rdn. 435 ff.**) abgegeben hat.

277 275

Dienstleistungsverhältnisse zwischen dem Gesellschafter und der AG werden entsprechend der »Qivive«-Rechtsprechung zum alten Recht (oben **Rdn. 215 ff.**) voraussichtlich auch in Zukunft nicht von den Rechtsfolgen des Nachrangs und der Anfechtbarkeit berührt werden. Zwar wird man mit der offiziellen Verabschiedung des Kapitalersatzgedankens (kritisch unten **Rdn. 357 ff.**, **361 ff.**) kaum noch mit der fehlenden Einlagefähigkeit von Dienstleistungsverpflichtungen argumentieren können; es verbleibt aber zumindest der ergebnisbezogene Gesichtspunkt, dass es für den Gesell-

278 276

597 So auch *Lüdike*, in: HambKomm, InsO, § 39 **Rn. 42**: »Auch für kurzfristige Überbrückungskredite keine Ausnahmen«.

598 S. etwa *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 **Rn. 121**; *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2290; *Habersack*, ZIP 2007, 2148, 2150; a. A. *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1918.

599 *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2: Zum Ausgleich für die Haftungsbeschränkung solle das Vermögen der Gesellschaft in vollem Umfang zur Befriedigung der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger dienen, ehe die Gesellschafter befriedigt würden. Kritisch *Bork*, ZGR 2007, 250, 256: Das gehe »sicher zu weit«.

600 Zum Fehlen eines überzeugenden inneren Grundes für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen s. unten **Rdn. 361 ff.** Die Erstreckung des Sonderrechts auf sämtliche Gesellschafterforderungen hätte zwar die Rechtssicherheit erhöht, das bestehende Legitimationsdefizit aber nicht beseitigt, sondern noch verschärft.

601 So Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 56, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F.: Hinsichtlich der Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen »wirtschaftlich entsprechen«, bleibe es bei der bisherigen Rechtslage, »da eine entsprechende Qualifizierung trotz der von der Rechtsprechung bereits herausgebildeten Fallgruppen im Einzelfall noch mit Unsicherheiten verbunden sein« könne.

schafter unzumutbar wäre, ihn zu vertragsgemäßer Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Entgeltanspruch zu verpflichten.

279-294 *ee) Ausnahmen von Nachrang und Anfechtbarkeit*

279-282 (1) *Sanierungsprivileg*

277 279 In Gestalt des § 39 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 InsO n. F. – zudem in Bezug genommen in der Anfechtungsvorschrift des § 135 Abs. 4 InsO – kennt auch das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen ein Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivileg, die beide nach ihrem Wortlaut und Inhalt § 32a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG a. F. weitgehend entsprechen (hierzu oben [Rdn. 191 ff.](#)).⁶⁰² Vom *Sanierungsprivileg* des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F. profitieren wie bei § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. Personen, die vor dem Anteilserwerb aus dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO herausfielen, also entweder keine Gesellschafter (oder ihnen gleichgestellt waren) oder noch Kleinbeteiligte i. S. d. § 39 Abs. 5 InsO n. F. waren.⁶⁰³

278 280 Terminologisch musste das Sanierungsprivileg an das Verschwinden des Begriffs der »Krise«, auf den die Vorgängervorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. zur Umschreibung der Sanierungsbedürftigkeit noch abstellen konnte, angepasst werden. Maßgebend ist insoweit jetzt die »drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit« der Gesellschaft oder die »Überschuldung«. Ob das Sanierungsprivileg damit entgegen der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers⁶⁰⁴ später eingreift als nach früherem Recht, wird sich noch erweisen. Die Eigenkapitalersatz-Rechtsprechung stellt für die Konkretisierung des Begriffs der Krise neben den Insolvenztatbeständen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung auf die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft und ergänzend auf ihre fehlende Lebensfähigkeit ab. Eine überzeugende konzeptionelle Abgrenzung zur Insolvenzreife ist dabei nicht gelungen (oben [Rdn. 189](#)), aber immerhin erspart das Merkmal der Krise die Darlegung und den Beweis der »harten« Insolvenzvoraussetzungen. Im Vergleich dazu mag die »drohende Zahlungsunfähigkeit« zwar aufgrund ihrer Funktion als Insolvenzeröffnungsgrund (§ 18 InsO) auf den ersten Blick insolvenznäher als die »Krise« wirken;⁶⁰⁵ es sollte aber nicht übersehen werden, dass das Kriterium in dieser Eigenschaft dem gleichen Zweck, die künstliche Fortführung nicht mehr lebensfähiger Gesellschaften zu verhindern,⁶⁰⁶ dient wie das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen. Trotz im Ausgangspunkt unterschiedlicher Herangehensweisen – Betrachtung der zukünftigen Zahlungsströme aus der Perspektive der Gesellschaft (»von innen«) auf der einen und des Ausfallrisikos aus Gläubigerperspektive (»von außen«) auf der anderen Seite – sollten sich daher die Fallgestaltungen, die bislang als »Krise« qualifiziert wurden und noch diesseits der Insolvenzgrenze lagen, ohne größere Probleme unter die »drohende Zahlungsunfähigkeit« subsumieren lassen. Beide Merkmale gewähren dank des ihnen immanenten Prognoseelements einen vergleichbaren Auslegungsspielraum, den man

602 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 57: »Die Bestimmungen der § 32a Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG werden übernommen«. S. z. B. auch *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 57 [Rn. 32](#): Beide Ausnahmen seien »in der Sache erhalten geblieben«.

603 So ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57. Ebenso *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 57 [Rn. 32](#), m. w. N.

604 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57: »Die Bestimmungen der § 32a Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG werden übernommen«.

605 S. z. B. K. *Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1928, zum MoMiG-Entwurf: Der »mit dem Sanierungsprivileg verbundene Anreiz« solle »jetzt erst bei »drohender Zahlungsunfähigkeit« zum Zuge kommen«. Das möge »vielleicht angehen«, »wenn man den § 18 Abs. 2 InsO – immerhin ein Insolvenztatbestand! – künftig weit« interpretiere. Dennoch sei »der »Krisen«-Begriff hier von Vorteil« gewesen, »denn die frühe Sanierung, nicht das Zuwarten«, gehöre »privilegiert« [Hervorhebung durch Verf.]. In diese Richtung auch *Lüdke*, in: HambKomm, InsO, § 39 [Rn. 50](#): »Frühester Zeitpunkt für den Anteilserwerb« sei »nun erst die materielle Insolvenz (§§ 17, 19 InsO) einschließlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)«.

606 S. etwa *Drukarczyk*, in: MünchKommInsO, § 18 [Rn. 3](#): Das Antragsrecht des Schuldners sei »ein Element in dem breiter angelegten Versuch der neuen Rechtskonstruktion der InsO, eine zeitlich frühere Auslösung von Insolvenzverfahren [...] zu bewirken [...]«.

unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit durchaus als problematisch empfinden kann (s. auch **Rdn. 622** im Zusammenhang mit Debt-Equity-Swaps).⁶⁰⁷

Der Austausch des Merkmals »zum Zweck der Überwindung der Krise« durch »zum Zweck ihrer Sanierung« hängt ebenfalls mit der Streichung der »Krise« als Anwendungsvoraussetzung für das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen zusammen und markiert für sich genommen keine inhaltliche Abweichung vom alten Recht. Bei Gelegenheit dieser Anpassung hat der Gesetzgeber nun den Endpunkt der Privilegierung mit dem Satzteil »bis zur nachhaltigen Sanierung« ausdrücklich bestimmt. Bislang hatte man dazu auf das (erfolgreiche) »Überwinden« der Krise abgestellt.⁶⁰⁸ Ein sachlicher Unterschied dürfte auch damit nicht verbunden sein. Praktische Bedeutung entfaltet das Merkmal der »nachhaltigen Sanierung« immer dann, wenn der Sanierungsversuch (nachhaltig) erfolgreich war und die Gesellschaft später doch insolvent wird. Der Gesetzgeber stellt somit klar, dass Sanierungsdarlehen durch das Sanierungsprivileg nicht dauerhaft (sozusagen »überschießend«) gegen das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen »immunisiert« werden (hierzu oben **Rdn. 196**).⁶⁰⁹ Auf der anderen Seite führt eine bloß kurzfristige, also nicht »nachhaltige« Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit noch nicht zur Beendigung der Privilegierung.⁶¹⁰

Auch i. Ü. werden für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F. die bisherigen Grundsätze voraussichtlich weiter Bestand haben.⁶¹¹ Auf die Darstellung oben unter **Rdn. 194 ff.** wird verwiesen.

(2) *Kleinbeteiligtenprivileg*

In Anlehnung an das Kleinbeteiligungsprivileg des bisherigen § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. (oben **Rdn. 192 f.**) befreit § 39 Abs. 5 InsO n. F. mit fast identischer Formulierung solche Gesellschafter von der Nachrangregelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. und – aufgrund der Verweisung in § 135 Abs. 4 InsO n. F. – vom Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 bis Abs. 3 InsO n. F., die nicht »geschäftsführend« sind und »mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt« sind. Es kommt allein auf die Kapitalbeteiligung an, eine besondere, der Kapitalbeteiligung (mindestens) entsprechende Stimmkraft oder sonstige besondere Rechte des Gesellschafters sollen unerheblich sein.⁶¹² Neu ist die Schaffung der einheitlichen Grenze i. H. v. 10 % für alle Rechtsformen einschließlich der AG.⁶¹³ Dies modifiziert die bisherige Grenze für eine »unternehmerische Beteiligung«, die der BGH bei der AG grds. erst bei einer 25 %-Beteiligung angesetzt hatte (oben **Rdn. 240 ff.**) und die dazu führte, dass das Kleinbeteiligungsprivileg bei der AG praktisch keine Rolle spielte. Rechtssystematisch sollte und soll die 10 %-Beteiligung ähnlich wie die bisherige

607 Kritisch etwa *Lüdke*, HambKomm, InsO, § 39 **Rn. 50**: Ob damit »ein Mehr an Rechtssicherheit erreicht« sei, sei »in Anbetracht der Unschärfen bei der Bestimmung der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu bezweifeln«.

608 Z. B. *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 32a **Rn. 126**; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a **Rn. 19**, m. w. N.

609 Wohl zu Unrecht kritisch mit der Begrenzung der Privilegierung bis zur »nachhaltigen Sanierung« *Altmepfen*, NJW 2008, 3601, 3605, der sich offenbar nicht erklären kann, wie § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der ja die Insolvenz voraussetzt, auf eine nachhaltig sanierte Gesellschaft Anwendung finden kann. Dieser Kritik folgend *Bäuerle*, in: Braun, InsO, 5. Aufl. 2012, § 39 **Rn. 17**.

610 In diesem Sinne zu Recht *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 57 **Rn. 32**.

611 So z. B. auch *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654, 1658; ähnlich *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1161: Die Rechtsprechung des BGH zum Sanierungszweck (hierzu oben **Rdn. 196**) könne nach dem MoMiG weiter gelten.

612 *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2290, m. w. N.; *T. Fleischer*, in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Anhang: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Vorschriften zum Gesellschafterdarlehen, § 39 InsO **Rn. 22**, m. w. N., unter Berufung auf den »eindeutigen Gesetzeswortlaut«.

613 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57: Das Kleinbeteiligtenprivileg orientiere »sich bei der AG [...] nicht an der Rechtsprechung ([BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83] BGHZ 90, 381)«, sondern übernehme »hier ebenfalls die 10-Prozent-Grenze«. Für eine »generelle Differenzierung zwischen GmbH und AG« sei »ein Grund nicht ersichtlich«.

25 %-Beteiligung bei der AG die Grenze darstellen, unterhalb der – bei fehlender Geschäftsführerstellung – keine mitunternehmerische Verantwortung der Gesellschafter anzunehmen ist.⁶¹⁴ Der Wert von 10 % erscheint dabei nicht minder willkürlich als derjenige von 25 %. Im Unterschied zur bisherigen 25 %-Schwelle ist die 10 %-Schwelle aber starr in dem Sinne, dass der Gegenbeweis einer unternehmerischen Beteiligung trotz Kleinbeteiligung nicht möglich ist.⁶¹⁵

284 (3) § 24 UBGG

282 284 Durch Art. 21 des MoMiG und seltsamerweise zwei Monate davor schon durch Art. 2 Nr. 7 MoRaKG⁶¹⁶ wurde § 24 UBGG (hierzu oben **Rdn. 198 ff.**) an die Abschaffung des (alten) Eigenkapitalersatzrechts und an die Einführung eines generellen Darlehensnachrangs angepasst. Dementsprechend wurden die Wörter »so findet eine Zurechnung nach den Regeln über den Eigenkapitalersatz insoweit nicht statt« durch die Wörter »ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung insoweit nicht anzuwenden« ersetzt. Inhaltlich dürfte sich durch diese Anpassung für die Darlehen einer UBG oder eines UBG-Gesellschafters an Gesellschaften, an denen die UBG beteiligt ist, nichts ändern.⁶¹⁷

285 (4) § 56e DMBilG

283 285 Die Vorschrift des § 56e DMBilG (hierzu oben **Rdn. 205**) wurde – unbewusst oder bewusst im Hinblick auf die scheinbar fehlende praktische Relevanz – nicht an das neue Recht der Gesellschafterdarlehen angepasst. Dies ist nicht unproblematisch, denn es wirft die Frage auf, ob bei Unternehmen, die Kredite vor dem 30.06.1990 aufgenommen (Kredite i. S. v. Art. 25 Abs. 7 des Einigungsvertrages⁶¹⁸) oder Liquiditätshilfen der Treuhandanstalt vor Feststellung der DM-Eröffnungsbilanz (§ 35 DMBilG) bezogen haben und über die *nach* dem 01.11.2008 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder wird, zwar nicht die §§ 32a und 32b GmbHG a. F., aber die neuen Vorschriften über Gesellschafterdarlehen anwendbar sind mit der Folge, dass diese Kredite nun doch nachrangig sind. Solche Fälle dürften zwar äußerst selten sein, denn sie setzen voraus, dass die Kredite an (frühere) Treuhandunternehmen noch nicht zwischenzeitlich abgelöst wurden, und zudem, dass es die entsprechenden Unternehmen bzw. ihre Rechtsnachfolger überhaupt noch gibt; gleichwohl sind sie nicht völlig ausgeschlossen. Eine Rechtsfolgenanalogie i. S. einer Befreiung von Krediten, die durch die Treuhandanstalt gewährt oder besichert wurden, auch vom neuen Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen bietet sich dann an.

286 (5) Finanzmarktstabilisierungsgesetzgebung

284 286 Eine weitere Ausnahme ist i. R. d. Gesetzgebungsmaßnahmen zur Finanzkrise hinzugekommen: Nach § 18 Abs. 1 bis 3 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (FMStBG) vom 17.10.2008 i. d. F. des Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetzes (FMStErgG) vom 07.04.2009 gelten die »Vorschriften über Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Forderungen, insbesondere § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO« nicht »zu Lasten des Fonds, des Bundes und der von ihnen errichteten Körperschaften, Anstalten und Sondervermögen sowie der ihnen nahe stehenden Personen oder sonstigen von ihnen mittelbar oder unmittelbar abhängigen Unternehmen« oder von

614 *Seibert*, GmbHR 1998, 309; *Philippi*, BB 2002, 841, 845, jeweils zum Eigenkapitalersatzrecht.

615 Kritisch *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1928: Er sieht »konzeptionelle Einwände gegen das rein quantitative Kriterium, dessen Objektivität in Anbetracht unvermeidlicher Zurechnungsprobleme Augenwischerei sein dürfte, z. B. bei einer zwölfköpfigen Familiengesellschaft mit Fremdgeschäftsführer«. Zu den Zurechnungsfragen s. o. **Rdn. 193**.

616 Anders noch der RegE MoRaKG zu § 24 UBGG, der – entsprechend der zu diesem Zeitpunkt noch geltenden Rechtslage – auf das (alte) Eigenkapitalersatzrecht Bezug nimmt (BT-Drucks. 16/6311, S. 11).

617 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 60, zu Art. 21 des MoMiG: Das bisher in § 24 enthaltene Privileg werde »auch nach der [...] Reform des Rechts der eigenkapitalersetzenden Darlehen konsequent weitergeführt«.

618 Betroffen sind Altkredite der DDR-Staatsbank, s. *von Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz, **Rn. 7.4**; *Hommelhoff/Habighorst*, ZIP 1992, 979, 984 ff.

Rechtsnachfolgern dieser Personen. Dies schließt die Anfechtung nach § 135 InsO und § 6 AnfG ein, wie sich aus der generellen Befreiung von »Rechtshandlungen, die im Zusammenhang mit Stabilisierungsmaßnahmen stehen« zulasten der genannten Personen in § 18 Abs. 1 ergibt.

(6) *Eigene Insolvenz des Aktionärs (Doppelinsolvenz)*

287-294

Wenn neben der darlehensnehmenden AG zugleich der darlehensgebende Aktionär insolvent ist (»Doppelinsolvenz«), belastet der Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (n. F.) nicht nur den Aktionär, sondern zugleich *dessen* Gläubiger. Es stellt sich dann die Frage, ob es wirklich sachgerecht ist, die Gläubiger der Gesellschaft ggü. den Gläubigern des Aktionärs zu bevorzugen, oder ob man dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des Aktionärs (bzw. i. R. d. AnfG dessen Gläubigern direkt) das Recht zugestehen muss, den Nachrang des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung anzugreifen. Als rechtstechnisches Mittel hierfür kommt eine insolvenzrechtliche Anfechtung derjenigen Rechtshandlung in Betracht, die den Nachrang bewirkt hat.

Noch für das alte Eigenkapitalersatzrecht hat der BGH diesen Weg in einem Urt. v. 02.04.2009 anerkannt,⁶¹⁹ das zu einer GmbH ergangen, aber ohne Weiteres auf die AG übertragbar ist. In dem dort entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer KG darauf geklagt, einen Darlehensrückzahlungsanspruch (einschließlich Zinsen) gegen eine ebenfalls insolvente GmbH im dortigen Insolvenzverfahren als gewöhnliche Insolvenzforderung zur Tabelle festzustellen. Die KG wurde zu 100 % von einer Person beherrscht, die ihrerseits über 99 % der Anteile an einer ebenfalls insolventen GmbH hielt. Der Insolvenzverwalter der GmbH und verschiedene Mitgläubiger der KG widersprachen der begehrten Feststellung zur Tabelle mit dem Einwand, die Darlehensforderung sei wegen »Stehenlassens« in der Krise (hierzu oben Rdn. 180) eigenkapitalersetzend und damit nachrangig nach § 32a Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG a. F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., worauf sich der Insolvenzverwalter der KG auf die Anfechtbarkeit des Stehenlassens der Forderungen der KG gegen die GmbH berief.

Der BGH gab dem Insolvenzverwalter der Gesellschafterin Recht und bejahte eine Anfechtbarkeit des Stehenlassens nach § 134 Abs. 1 InsO, sofern es nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft geschehen ist,⁶²⁰ wobei das Gericht ganz offensichtlich übersehen hat, dass leistender »Schuldner« i. S. des § 134 Abs. 1 InsO hier die KG war, so dass sich die Vierjahresfrist nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG, also der *Gesellschafterin* und nicht der Gesellschaft i. S. des § 39 Abs. 4 InsO richtet. Auf die Besonderheit, dass das Gericht hier das wissentliche und willentliche Stehenlassen als »Rechtshandlung« im anfechtungsrechtlichen Sinne qualifiziert,⁶²¹ braucht im Kontext des neuen Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen nicht weiter eingegangen zu werden, soweit der Gesellschafter das Darlehen nicht mehr als vier Jahre vor seiner eigenen Insolvenz an die ebenfalls insolvente Gesellschaft ausgegeben hat. Denn ein einmal gewährtes Gesellschafterdarlehen ist nun bei Insolvenz der Gesellschaft generell und unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der Gesellschaft im vorausgegangenen Zeitpunkt der Valutierung oder eines späteren Stehenlassens verstrickt i. S. des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, so dass als »unentgeltliche Leistung« i. S. des § 134

619 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176. Zust. etwa *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 32a a. F. Rn. 42.

620 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07 (vorausgehende Fn.), unter II.1.c.dd., juris-Rn. 27: »Eine Leistung des Schuldners« liege vor. »Das hier anfechtbare Stehenlassen« sei »nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der [...] GmbH geschehen«. Zu der von der Anfechtungsfrist des § 134 InsO zu unterscheidenden Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen s. BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, unter II.2.b., juris-Rn. 32 ff.; Anwendbar auf die Anfechtung der eigenkapitalersetzenden Rechtshandlung i. R. d. Geltendmachung vertraglicher Ansprüche (aus Darlehen) sei § 146 Abs. 2 InsO, nicht § 146 Abs. 1, denn Abs. 1 betreffe »nur die Verjährung von hier nicht geltend gemachten Ansprüchen aus einer Anfechtung«.

621 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176, unter II.1.a., juris-Rn. 17 ff.

Abs. 1 InsO die Darlehensvaluierung erhalten kann, jedenfalls sofern der gesetzliche Nachrang nicht in die Darlehensbedingungen eingepreist wurde (falls dies im Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr überhaupt zulässig sein sollte). Nur in den Fällen, wo die Darlehensvaluierung zeitlich schon weiter zurück liegt und daher für die »Schenkungsanfechtung« des § 134 InsO auf eine andere Leistung bzw. »Rechtshandlung« (§ 129 InsO) abzustellen ist, stellt sich die Frage, ob das »Stehenlassen« des Darlehens hier ausnahmsweise doch Bedeutung erlangt. In der Konsequenz des zitierten BGH-Urteils ist dies zu bejahen, wobei darin aber keineswegs ein Überbleibsel des Eigenkapitalersatzrechts gesehen werden sollte, denn Bedeutung erlangt das Stehenlassen nicht im Kontext der Gesellschaftsinsolvenz für die Verstrickung der Darlehensforderungen, sondern allein in demjenigen der Gesellschafterinsolvenz für die Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals der »Leistung« i. S. des § 134 InsO, die gem. § 129 Abs. 2 InsO auch in einer Unterlassung bestehen kann.⁶²² Es ist daher nicht entscheidend, ob sich die Gesellschaft im Zeitpunkt des Stehenlassens in der »Krise« befand, wichtig ist entsprechend dem Erfordernis eines bewussten und gewollten Verhaltens⁶²³ allein, dass der Gesellschafter innerhalb der Vierjahresfrist tatsächlich und rechtlich die Möglichkeit gehabt hätte, die Rückzahlung des Darlehens zu bewirken.⁶²⁴

- 288 290 Die *Übertragbarkeit* des Urteils auf das neue Recht ergibt sich aus der Aussage, »[b]ei einer Leistung, die der Gesellschafter an die Gesellschaft« erbringe »und die sofort nach Eingang bei der Gesellschaft eigenkapitalersetzend« werde, könne »die Anfechtbarkeit nach § 134 InsO nicht zweifelhaft sein«, wenn man das Wort »eigenkapitalersetzend« gegen das neutralere Wort »verstrickt« austauscht. Dies gilt auch für die weitere Argumentation, Unentgeltlichkeit i. S. d. § 134 InsO sei gegeben, »wenn der Anfechtungsgegner als Empfänger der Leistung für sie vereinbarungsgemäß keine ausgleichende Gegenleistung – sei es an den Schuldner, sei es an einen Dritten – zu erbringen« habe. Der »durch die Überlassung eigenkapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz in aller Regel dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge« habe, werde »ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt«. Hierdurch würden »die Gläubiger des Gesellschafters objektiv zumindest mittelbar benachteiligt«.⁶²⁵
- 289 291 Der Sache nach ist die Argumentation des Gerichts allerdings angreifbar. Sie ist schon deshalb nicht ausreichend, weil die Benachteiligung der Gläubiger des Gesellschafters durch den Nachrang – anders als etwa bei einem vereinbarten Rangrücktritt – auf einer entsprechenden gesetzgeberischen Anordnung beruht, die im Ausgangspunkt der gesetzlichen Missbilligung der Benachteiligung der Gesellschaftergläubiger gleichberechtigt gegenübersteht. Dementsprechend scheint auch die Rechtsfolge der Anfechtung, nämlich die Rückgewähr des aus dem Vermögen des »Schuldners« (hier: Gesellschafters) Veräußerten, Weggegebenen oder Aufgegebenen (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO) nicht wirklich zu passen; der Rang einer gewöhnlichen Insolvenzforderung wird nämlich nicht vom Gesellschafter »weggegeben« (zugunsten eines Nachrangs), sondern das Gesetz ordnet diesen Nachrang

622 So auch *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, Anh §§ 32a, b GmbHG a. F., Recht der Gesellschafterdarlehen, Rn. 51: »Im Falle der Doppelin solvenz von Gesellschaft und Gesellschafter« sei »das ›Stehenlassen‹ durch den Gesellschafter auch nach neuem Recht nach Maßgabe der §§ 129 Abs. 2, 134 InsO anfechtbar«.

623 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, juris-Rn. 21: »Die Vornahme der dem Gesellschafter (hier der ... KG) möglichen und von ihm bewusst vermiedenen Rechtshandlung (hier das Beitreiben der Forderung gegen die ... GmbH)« müsse »dazu geführt haben, dass die Gesellschaft die Leistung behalten« dürfe. Allg. zum Merkmal der Willensbetätigung bei § 129 Abs. 2 z. B. *de Bra*, in: Braun, InsO, Rn. 13, m. w. N.

624 Diesen Gedanken andeutend *Haas*, DStR 2009, 1592, 1594: Nach neuem Recht könne man »allenfalls [...] – im Lichte der BGH-Rechtsprechung – daran denken, eine konkludente oder ausdrückliche Stundungsvereinbarung oder aber die Nichtausübung eines Kündigungsrechts als anfechtbare Rechtshandlung anzusehen«. Inkonsequent wirkt aber die weitergehende Ansicht des *Autors*, der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft könne »einem evtl. hieraus erwachsenden Rückgewähranspruch« aber »die Nachrangigkeit der Forderung bzw. die Anfechtbarkeit einer Rückgewähr im Vorfeld der Insolvenzeröffnung entgegenhalten«.

625 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176, unter II.1.b., juris-Rn. 16.

selbst für den Fall an, dass der Gesellschafter ihn gar nicht wünscht. Der Rang lässt sich in diesem Sinne auch nicht »zurück« geben.

Lässt man die Anfechtung nach § 134 InsO nämlich ohne Weiteres zu, schränkt man gleichzeitig den sachlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (a. F. bzw. n. F.) ein. Die Anfechtbarkeit der Darlehensgewährung zu bejahen und damit dem Insolvenzverwalter des Gesellschafters ggü. dem Insolvenzverwalter der Gesellschaft den »Einwand der Anfechtbarkeit« zuzugestehen,⁶²⁶ impliziert daher eine Aussage über das Konkurrenzverhältnis der §§ 129 ff. InsO zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die separat begründungsbedürftig ist. Dazu führt der BGH – zur Begründung der »Gleichsetzung« des Unterlassens (Stehenlassens) mit der »aktiven Zuführung eigenkapitalersetzender Mittel«, aber mit Bedeutung darüber hinaus – aus,⁶²⁷ bei der »Doppelinsolvenz der Gesellschaft und des Gesellschafters« seien »die Belange der Gläubiger sowohl der Gesellschaft als auch des Gesellschafters zu berücksichtigen«. »Würde man der Durchsetzungssperre des Eigenkapitalersatzrechtes auch hier den Vorrang einräumen, würde dies die uneingeschränkte Bevorzugung der Gläubiger der Gesellschaft vor den Gläubigern des Gesellschafters bedeuten«. Hierfür gebe es »keine Rechtfertigung«. Die Gesellschaft müsse »das Risiko tragen«, dass der Gesellschafter insolvent werde und kein (weiteres) Eigenkapital für die Gesellschaft mehr aufbringen könne. Die Behauptung, die Gesellschaft (bzw. deren Gläubiger) hätten das Risiko zu tragen, dass ihr darlehensgebender Gesellschafter insolvent werde (und daher die Vergabe des Nachrangdarlehens anfechte), ist nicht mehr als eine *petitio principii* ohne eigenen Erkenntniswert. Überzeugender erscheint da schon die Überlegung, die Interessen der Gläubiger auf beiden Seiten gleich zu gewichten.

Die Anwendung des § 134 InsO setzt sich, zumindest wenn man sie auf das neue Recht der Gesellschafterdarlehen überträgt, aber noch einem weiteren Kritikpunkt aus, der das Tatbestandsmerkmal der *Unentgeltlichkeit* betrifft: Die Darlehensvergabe an eine Gesellschaft, an welcher der Darlehensgeber beteiligt ist, ist nicht dasselbe wie die Darlehensvergabe an einen beliebigen Dritten. Während der Darlehensgeber bei Drittgeschäften seinen Vorteil i. d. R. allein aus den ihm zustehenden Zinsen bezieht und es für die Frage der (teilweisen) Unentgeltlichkeit ausreicht, die Höhe dieser Zinsen in Relation zu Laufzeit und Ausfallrisiko (einschließlich des Nachrangs) zu setzen,⁶²⁸ sind bei Gesellschafterdarlehen die nicht im Einzelnen quantifizierbaren indirekten Vorteile, die der Darlehensgeber dank seiner finanziellen Unterstützung aus der Beteiligung bezieht, mit in die Waagschale zu legen.⁶²⁹ Bestand für den Gesellschafter bspw. eine realistische Aussicht, die Gesellschaft und damit auch den Wert des Gesellschaftsanteils durch das Darlehen zu retten, wird man aus *ex-ante*-Sicht eine Gläubigerbenachteiligung kaum annehmen dürfen. Möglicherweise wird man eine solche positive Prognose bei einer Darlehensgewährung im Zeitpunkt einer »Krise« i. S. d. Eigenkapitalersatzrechts durchweg verneinen müssen.⁶³⁰ Auf jeden Fall unter Geltung des *neuen* Sonderrechts der

626 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176, unter II.2.c., juris-Rn. 37; ebenda juris-Rn. 36 (in Bezug auf den Einwand des Eigenkapitalersatzes): »Gegeneinwand der Anfechtbarkeit«; vgl. auch *Cranshaw*, jurisPR-InsR 25/2009 Anm. 2, unter D.: Die Rückgewähr nach § 143 InsO führe hier »zum Wegfall des Nachrangs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO«.

627 BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, DB 2009, 1176, unter II.1.c.cc., juris-Rn. 24.

628 Zum objektiven Vergleich der ausgetauschten Werte zur Ermittlung der Unentgeltlichkeit s. z. B. *Rogge*, in: *HambKomm*, InsO, § 134 Rn. 17.

629 Nur ansatzweise in Richtung dieser wirtschaftlichen Betrachtung gehend, aber dann mit einer eher diffusen Treuepflicht *normativ* argumentierend *Haas*, DStR 2009, 1592, 1594 (u. a. mit pauschaler Verweisung auf BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, »Lufttaxi«): Der Gesellschafter, der der Gesellschaft einen Kredit gebe, gewähre »die Hilfe um seiner Mitgliedschaft bzw. seines Geschäftsanteils willen«. Weil er aber »in derartigen Fällen grundsätzlich *causa societatis*« handle, solle »er seine Gesellschafterverantwortung nicht abschütteln und sich als normaler Darlehensgeber aufspielen können. Daher wäre es treuwidrig, wollte man den Gesellschafter auf diese (außergesellschaftsrechtliche) Kreditgeberrolle reduzieren«.

630 Dagegen spricht der Gedanke, dass die Gesellschafter in der Krise definitionsgemäß (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) »als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten«, dass die Gesellschaft also wohl durch die Zufuhr von Eigenkapital hätte gerettet werden können.

Gesellschafterdarlehen lässt sich nicht mehr in derselben (pauschalen) Weise argumentieren; entsprechend der nun größeren Bandbreite an Fallkonstellationen ist eine differenziertere Betrachtungsweise erforderlich. Stellt man sich im Extremfall eine Darlehensvergabe zu marktgerechten Zinsen an eine wirtschaftlich noch gesunde Gesellschaft mit positiver Prognose vor, bei der gar nicht damit zu rechnen war, dass sie vor Ende der Laufzeit des Darlehens insolvent werden und dass daher § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO jemals zur Anwendung kommen könnte, erscheint der Gedanke an eine »unentgeltliche Leistung« i. S. d. § 134 InsO weit entfernt.⁶³¹

- 292 294 In dem Maße, wie man gegen den Einwand des Nachranges nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (a. F. oder n. F.) den Gegeneinwand der Anfechtbarkeit der zugrunde liegenden Gesellschafterleistung nach § 134 InsO zulässt, muss man dies konsequenterweise auch tun, wenn der Insolvenzverwalter über das Vermögen der AG versucht, gem. §§ 135, 143 InsO (a. F. oder n. F.) Erfüllungs- oder Sicherheitsleistungen, welche die AG innerhalb der dort genannten Fristen an den ebenfalls insolventen Gesellschafter erbracht hat, zurückzufordern. Die Abwägung zwischen den Interessen der Insolvenzgläubiger auf beiden Seiten kann hier nicht anders ausfallen.

295-313 c) *Nutzungsüberlassungen*

295-299 aa) *Grundlagen des § 135 Abs. 3 InsO*

- 293 295 Seit Ende der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts hat die Rechtsprechung den Eigenkapitalersatzgedanken unter dem Gesichtspunkt der »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung« auf Sachleistungen in Form von Nutzungsüberlassungen übertragen und daraus geschlossen, dass ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft in der Krise einen Gegenstand überlässt, hierfür bis zum Ablauf der vertraglichen Nutzungszeit kein Entgelt verlangen kann (ausführlich oben **Rdn. 219 ff.**). Dies hat – selbst außerhalb derjenigen, die das Eigenkapitalersatzrecht von Grund auf in Zweifel gezogen haben – deutliche Kritik aus dem Schrifttum nach sich gezogen.⁶³² I. R. d. MoMiG-Reform vertrat die Bundesregierung, möglicherweise auch unter dem Eindruck dieser Kritik, die Auffassung, die bisherige Rechtsprechung, die auf eine »von den Grundregeln der §§ 103 ff. InsO abweichende Rechtsfolge« hinauslaufe, finde »in den Neuregelungen keine Grundlage«, »da diese nach ihrer Systematik durchgängig nicht mehr an einen »eigenkapitalersetzenden« Charakter der Leistung« anknüpften. Eine »ausdrückliche gesetzliche Klarstellung [. . .], dass im Falle einer Nutzungsüberlassung die »Kreditgewährung nur das Entgelt betreffen«, nicht aber in der Nutzungsüberlassung selbst liegen könne«, sei »vor diesem Hintergrund nicht geboten«.⁶³³

- 294 296 Überraschend vollzog der Rechtsausschuss dann aber eine Kehrtwende, indem er in § 135 InsO den Abs. 3 (und Abs. 4) einfügte. Nach § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO n. F. kann der Gesellschafter (u. a.) einer inzwischen insolventen AG (vgl. § 135 Abs. 4 i. V. m. § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO n. F.), der seiner Gesellschaft einen Gegenstand »zum Gebrauch oder zur Ausübung« überlassen hat, »während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens« seinen Aussonderungsanspruch nicht mehr geltend machen, »wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens« der Gesellschaft »von erheblicher Bedeutung« ist. Der Gesellschafter besitzt einen Anspruch auf Ausgleich »für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstand-

631 Ähnlich *Cranshaw*, jurisPR-InsR 25/2009 Anm. 2, unter D.: Begründe ein Gesellschafter »in der ökonomischen Krise der Gesellschaft« neue Forderungen, deren Befriedigung er nicht erwarten dürfe, stünde er fällige, setze er die Tilgung aus oder gewähre er ähnliche Finanzierungshilfen, dürfte (vorbehaltlich des Sanierungsprivilegs) »auch unter dem MoMiG noch § 134 InsO anwendbar sein«; »in allen anderen Fällen« sei das »zweifelhaft«.

632 Z. B. K. *Schmidt*, ZIP 1990, 69 ff.; *Altmeyen*, NJW 1994, 2353 f.; *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 317 ff.; *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 427 ff.; *Grunevald*, GmbHR 1997, 7, 9; *Buck*, 2006, S. 161 ff., m. w. N.; s. a. das deutliche Votum der Abteilung Wirtschaftsrecht auf dem 66. Deutschen Juristentag 2006 gegen eine Erstreckung der Gesellschafterhaftung auf Nutzungsüberlassungen, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. II/1, 2006, S. P 144 (unter Nr. 22).

633 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

des« (§ 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 InsO n. F.), für dessen Berechnung »der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung« bzw., bei kürzerer Dauer der Überlassung, »der Durchschnitt während dieses Zeitraums« in »Ansatz zu bringen« ist (§ 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 InsO n. F.). Nach § 135 Abs. 4 InsO n. F. gelten das Sanierungs- und Kleinbeteiligtenprivileg gem. § 39 Abs. 4 und Abs. 5 InsO n. F. bei der Nutzungsüberlassung entsprechend.

Diese Pflicht zur Überlassung gegen Entgelt, die der Rechtsausschuss unscharf mit der »Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens sowie der Treuepflicht der Gesellschafter« begründete,⁶³⁴ unterscheidet sich vom alten Recht insb. durch den gesetzlichen Ausgleichsanspruch und die Höchstdauer der Aussonderungssperre von einem Jahr. Der Konstruktion eines Anspruchs auf unentgeltliche Überlassung in der Krise analog §§ 30 f. GmbHG ist schon durch die »Aufgabe« der Rechtsprechungsregeln (oben **Rdn. 260 f.**) gem. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F., der sich ausdrücklich auch auf Forderungen aus Rechtshandlungen bezieht, »die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen«, der Boden entzogen;⁶³⁵ sie würde auch der klaren gesetzlichen Anordnung in § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO widersprechen.⁶³⁶ Damit sind die Gesellschafter auch nicht mehr analog § 30 GmbHG a. F. daran gehindert, rückständige Entgeltforderungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.⁶³⁷ Nachrangig gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. (und bei Erfüllung i. R. d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. zur Anfechtung berechtigt) sind solche offenen Miet-, Pacht- und Leasingraten oder Lizenzgebühren *nur* dann, wenn die Gesellschafter sie, wie in der Praxis wohl häufig der Fall, kreditähnlich stehen lassen, z. B. stunden.⁶³⁸ Einem Darlehen »wirtschaftlich entsprechend« ist in diesen Fällen nicht die Nutzungsüberlassung, sondern der gewährte Zahlungsaufschub.

»Gegenstand« i. S. d. Vorschrift sind nach den Gesetzesmaterialien »bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Rechte.«⁶³⁹ Dies entspricht der bisherigen Begriffsverwendung der InsO z. B. in den §§ 36, 47 ff., 108 ff., 151 ff., 165 f., 168 ff. InsO).⁶⁴⁰ Das Merkmal der »erheblichen Bedeutung für die Fortführung des Unternehmens« entspricht demjenigen des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO in Zusammenhang mit der Anordnung eines (vorläufigen) Verwertungs- oder Einziehungsverbots zur Sicherung der Masse bis zur Entscheidung über den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzver-

634 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59.

635 Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59: »Als Folge des Wegfalls des Merkmals »kapitalersetzend« als Anknüpfungspunkt für die Regelungen zu Gesellschafterdarlehen und gleichgestellten Forderungen« sei »die dogmatische Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entfallen«.

636 S. a. *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732: Die neue Gesetzesregel habe »buchstäblich nichts mit der bisherigen Rechtsprechung zu den Nutzungsüberlassungen zu tun«, lasse also »auch deren modifizierte Fortsetzung« nicht zu.

637 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1733.

638 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732; *Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1360. A. A. z. B. *de Bra*, in: Braun, InsO, § 135 **Rn. 23**: Zahlungen von Nutzungsentgelt vor Verfahrenseröffnung könnten – vorbehaltlich des Einwands des Bargeschäfts nach § 142 InsO – nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO »wie bisher grundsätzlich bis zu einem Jahr vor Insolvenzantrag angefochten werden, da Nutzungsentgeltansprüche gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 einem Darlehensrückzahlungsanspruch gleichgestellt und daher in der Insolvenz nachrangig« seien; *ders.*, ebenda, **Rn. 22**: Die Nutzungsüberlassung könne als eine der Darlehensgewährung entsprechende Rechtshandlung i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 angesehen werden; *Heinze*, ZIP 2008, 110, 111, der »rückständige Mietzinsen« jeder Art für nachrangig hält; *Hirte*, WM 2008, 1429, 1432.

639 Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 59. S. auch *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Anhang: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Vorschriften zum Gesellschafterdarlehen, § 135 InsO **Rn. 9**: »etwa ein Immaterialgüterrecht oder ein vergleichbares Schutzrecht«.

640 Vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, BT-Drucks. 13/4699 v. 22.05.1996, S. 6, zu § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO: Der insolvenzrechtliche Begriff des »Gegenstandes« sei »weit zu verstehen«, er umfasse »sowohl Sachen als auch Rechte und Forderungen« und decke somit »alle denkbaren Bestandteile der Insolvenzmasse« ab.

fahrens.⁶⁴¹ Es wird dahingehend verstanden, dass »der Betriebsablauf ohne den Zugriff auf die fraglichen Gegenstände nicht unerheblich gestört würde.«⁶⁴² Dem Insolvenzverwalter ist bei der Bestimmung der *Art* der Fortführung des Unternehmens, für die der Gegenstand von erheblicher Bedeutung ist, ein unternehmerischer Ermessensspielraum zuzuerkennen. Es steht ihm auch frei, seine unternehmerische Strategie zu ändern mit der Folge, dass der Gegenstand schon vor Ablauf der Jahresfrist für die Fortführung nicht mehr gebraucht wird; dann kann er den Gegenstand vorzeitig zurückgeben.⁶⁴³

- 297 299 Der gesetzliche Ausgleichsanspruch des Gesellschafters nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ist Masseverbindlichkeit i. S. v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.⁶⁴⁴ Seine Höhe richtet sich ausdrücklich nach dem (gemeint sein kann nur: Monats-) »Durchschnitt« der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung tatsächlich »geleisteten« Vergütung (§ 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 InsO), die – insb. in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft – nicht zwangsläufig mit dem vereinbarten Leistungsentgelt identisch sein muss.⁶⁴⁵ Der Gesellschafter soll durch den gesetzlichen Ausgleich nicht besser gestellt werden, als er bei Fortlaufen des bisherigen Nutzungsverhältnisses ohne Eingreifen des Insolvenzrechts stünde. Zahlungen (des letzten Jahres vor Verfahrenseröffnung), die der Insolvenzverwalter nach § 143 InsO aufgrund eines Anfechtungsrechts zurückfordern kann (und wird), bleiben entsprechend der gebotenen tatsächlichen Betrachtung bei der Ermittlung der durchschnittlichen Zahlungshöhe unberücksichtigt.⁶⁴⁶

300-305 bb) *Verhältnis zu §§ 103, 108 ff. InsO*

- 298 300 Regelmäßig wird die AG den Gegenstand des Aktionärs vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf der Basis einer schuldrechtlichen Vereinbarung (insb. Miet-, Pacht-, Leasing- oder Lizenzvertrag) genutzt haben. Davon geht indirekt auch das Gesetz aus, wenn es für den Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 InsO auf die bisher geleistete »Vergütung« abstellt.⁶⁴⁷ In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie sich die gesetzliche Regelung des § 135 Abs. 3 InsO zu den vertraglichen

641 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59: Die Neuregelung sei »– abgesehen von dem [...] Begriff des ›Gegenstandes‹ – auch im Hinblick auf die ›erhebliche Bedeutung‹ für die Fortführung des Betriebes an die Terminologie der InsO angeglichen (vgl. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5)«.

642 Z. B. *Vallender*, in: Uhlenbruck, InsO, § 21 Rn. 38↓, m. w. N.

643 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734 (»ohne Kündigungserklärung«).

644 S. z. B. *K. Schmidt*, DB 2008, S. 1727, 1732 (ohne Angabe einer Rechtsgrundlage); *J.-S. Schröder*, in: HambKomm, InsO, § 135 Rn. 69; *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 57 Rn. 42, m. w. N.: »Vergütungsanspruch als Masseverbindlichkeit«. So wohl auch der Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59: Sei »für die Überlassung der Gegenstände ein Entgelt vereinbart« gewesen, stelle »dieses nach Verfahrenseröffnung eine Masseverbindlichkeit dar«. Dies gelte *auch dann*, wenn der Insolvenzverwalter, der die Weiternutzung des Vermögensgegenstandes beanspruche, »an dem Vertragsverhältnis nicht mehr festhalten« wolle und »von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch« mache, »beispielsweise wenn dessen Laufzeit über den Jahreszeitraum hinaus« gehe. Der Gesellschafter solle »damit dieselbe Vergütung erhalten, die ihm bis zur Verfahrenseröffnung tatsächlich zugeflossen« sei.

645 Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59: Sei für eine Gebrauchsüberlassung eine bestimmte Vergütung vereinbart gewesen, sei diese jedoch nicht entrichtet worden, bestimme »sich die Höhe des Ausgleichs nach dem im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung tatsächlich vom Schuldner Geleisteten«; ferner das Wortlautzitat aus dem Bericht in der vorausgehenden Fn.

646 So zu Recht z. B. *de Bra*, in: Braun, InsO, § 135 Rn. 24, m. w. N., speziell zur Anfechtung: »Da die Gesetzesbegründung nur auf ›tatsächlich‹ dem Gesellschafter zugeflossene Zahlungen« abstelle, werde man Zahlungen, die nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar seien, »nicht in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs einstellen können«; ferner *Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1362; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 157: Die Einbeziehung anfechtbarer Zahlungen »hieße, einen insolvenzzweckwidrigen – da anfechtbaren – Zustand aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung für die Zeit danach gesetzlich abzusegnen«.

647 Noch deutlicher der Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59, der den Fall einer »vereinbarten« Vergütung erwähnt (oben Fn. 379).

Vereinbarungen sowie zu den allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorschriften für laufende Verträge gem. §§ 103, 108 ff. InsO verhält, insb. ob Letztere verdrängt werden oder anwendbar bleiben.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Feststellung, dass § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO (verbreitet »Aussonderungssperre« genannt) einen »Aussonderungsanspruch« des überlassenden Gesellschafters unterstellt. Ein solcher Anspruch setzt den Fortfall des vertraglichen Besitzrechts voraus (vgl. § 47 InsO).⁶⁴⁸ Dies spricht dafür, § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO nur anzuwenden, wenn das der Nutzungsüberlassung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zuvor beendet wurde.⁶⁴⁹ Da § 135 Abs. 3 InsO selbst keinen Beendigungsgrund vorsieht, liegt es nahe, hierfür auf die allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorschriften für laufende Verträge (§§ 103, 108 ff. InsO) abzustellen.⁶⁵⁰ Würden diese Vorschriften durch § 135 Abs. 3 InsO verdrängt, bliebe außerdem das Schicksal vor Verfahrenseröffnung abgeschlossener vertraglicher Vereinbarungen über die Nutzung des Gegenstands gänzlich ungeregt. Betroffen wäre nicht nur das Verhältnis zwischen vertraglichem Vergütungsanspruch und gesetzlichem Ausgleichsanspruch, sondern z. B. auch die Bedeutung etwaiger vertraglicher Nebenabreden. Dies wäre eine atypische Abweichung vom geltenden System des Insolvenzrechts, das bislang von einer sorgfältigen Verschränkung mit dem Schuldrecht geprägt ist – ein unwahrscheinliches Szenario angesichts des Umstands, dass dem Gesetzgeber ausweislich des Ausschussberichts⁶⁵¹ genau bewusst war, dass die Nutzung des Gegenstands vertraglich geregelt sein kann.

Damit regelt § 135 Abs. 3 InsO »die Konditionen der Nutzung im Nicht-Fortsetzungsfall«, setzt also ein gesetzliches Schuldverhältnis an die Stelle des beendeten Vertrags und gibt dem Verwalter nun die »Option, das Nutzungsverhältnis auch in der Absicht zu kündigen, den Nutzungsgegenstand unter den Bedingungen dieser Bestimmung weiter zu nutzen.«⁶⁵² Die Frage,⁶⁵³ ob das Berufen auf § 135 Abs. 3 InsO nach einer Kündigungs- oder Nichterfüllungserklärung als widersprüchliches Verhalten unzulässig wäre, stellt sich gar nicht erst, wenn das Gesetz die Beendigung des Vertrags sogar voraussetzt.

648 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732: Der Gesetzeswortlaut »schiebe« das Aussonderungsrecht des Gesellschafters »hinaus«, setze also »das Vorhandensein dieses Rechts und damit den Fortfall des vertraglichen Besitzrechts« voraus; sich anschließend z. B. *Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1362.

649 Ähnlich *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732: § 135 Abs. 3 InsO sei »ausschließlich dann anzuwenden, wenn der Insolvenzverwalter an dem Vertragsverhältnis mit dem Gesellschafter nicht mehr festhalten und den Nutzungsgegenstand gleichwohl nutzen« wolle; unentschieden wohl *de Bra*, in: Braun, InsO, § 135 Rn. 24; »Zweifelhaft« sei »das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs des Gesellschafters in den Fällen, in denen das Nutzungsverhältnis schon gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 [InsO] im Insolvenzverfahren« fortbestehe, denn »in diesem Fall« bleibe »der Masse die Nutzung des Gegenstands auch ohne die »Aussonderungssperre« des Abs. 3 S. 1 ohnehin erhalten und der Gesellschafter behalte »seinen vertraglichen Vergütungsanspruch«.

650 *S. K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1733: Die Beendigung der »Lagergrundstück«-Rechtsprechung setze »die Gesetzesregeln der §§ 108 ff. InsO wieder in den ihnen gebührenden Stand ein« (zu Immobilien); *ders.*, ebenda: Überlassungsverträge über bewegliche Sachen und Rechte einschließlich Lizenzverträgen unterlägen »nicht den Sonderregeln des § 108 InsO, sondern der allgemeinen Regel des § 103 InsO«; *J.-S. Schröder*, in: HambKomm, InsO, § 135 Rn. 56: Bei einem entgeltlichen Nutzungsverhältnis würden »neben Abs. 3 die §§ 103, 108 ff. [InsO]« gelten; unklar *Hirte*, WM 2008, 1429, 1432, der einerseits bekundet, die »§§ 103 ff. InsO« seien »nach neuem Recht grundsätzlich auch auf die Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter« anwendbar, andererseits aber deren Tatbestandsvoraussetzung des »gegenseitigen Vertrags« (vgl. § 103 Abs. 1 InsO) i. S. einer »echten synallagmatischen Leistungsbeziehung« mit der Begründung in Zweifel zieht, die Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter werde »– jedenfalls auch – um der Mitgliedschaft willen, also *causa societatis*, vereinbart«.

651 BT-Drucks. 16/9737, S. 59 (»Sonderkündigungsrecht«), s. o. *Rdn. 299*, Fn. 379.

652 So treffend *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732 f.; sich anschließend z. B. *J.-S. Schröder*, in: HambKomm, InsO, § 135 Rn. 56: Der Insolvenzverwalter habe »ein Wahlrecht, ob er das vertragliche Nutzungsverhältnis« fortsetze »oder nach §§ 103, 108 ff.« beende »und nach Abs. 3« vorgehe; *ders.*, ebenda, *Rn. 57*: »gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und dem Gesellschafter«.

653 Aufgeworfen und bis zur Grenze der Verwirkung verneint von *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734.

- 301 303 Da die allgemeinen Vorschriften über laufende Verträge bei einem Nutzungsvertrag mit einem Gesellschafter anwendbar bleiben, muss sich der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft entscheiden, ob er den Vertrag fortführen oder beenden will. Namentlich kann er bei »unbeweglichen Gegenständen« (§ 49 InsO i. V. m. §§ 864 ff. ZPO) und »Räumen« den *eo ipso* fortbestehenden (§ 108 Abs. 1)⁶⁵⁴ Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO)⁶⁵⁵ und bei beweglichen Sachen und Rechten⁶⁵⁶ kann er die Fortführung des Vertrages verlangen oder die weitere Erfüllung ablehnen (§ 103 InsO).⁶⁵⁷ Die Forderung wegen Nichterfüllung, die der Vertragspartner des Insolvenzschuldners bei Erfüllungsablehnung nach § 103 Abs. 2 InsO als einfacher Insolvenzgläubiger geltend machen kann, wird allerdings durch den als Masseforderung privilegierten (Rdn. 299) Ausgleichsanspruch des Gesellschafters nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO verdrängt. Ein Nebeneinander beider Vorschriften ist nicht – auch nicht im Rahmen einer Vorteilsanrechnung – denkbar, weil es dem Privilegierungszweck des § 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 InsO widersprechen würde. Entsprechende Überlegungen dürften in Bezug auf den Schadensersatzanspruch des Gesellschafters nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO bei der Kündigung von Nutzungsverträgen über Immobilien anzustellen sein.
- 302 304 Führt der Insolvenzverwalter den Nutzungsvertrag fort, hat er das vereinbarte Entgelt weiterhin (als Masseverbindlichkeit, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu entrichten.⁶⁵⁸ Von § 135 Abs. 3 InsO n. F. wird er trotz bestehender Verträge etwa dann Gebrauch machen, wenn er den Gegenstand weaternutzen, aber die vertraglich vereinbarte Dauer⁶⁵⁹ abkürzen möchte. Ebenfalls von Interesse könnte dieser Weg für den Insolvenzverwalter wegen § 135 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 InsO sein, wenn die Gesellschaft das vertragliche Entgelt vor der Insolvenz nicht mehr voll bezahlt hat und er diesen verringerten Betrag für die Zeit ab Verfahrenseröffnung legitimieren will. Will der Insolvenzverwalter jedoch den überlassenen Gegenstand länger als ein Jahr nutzen, muss er den Vertrag fortsetzen und die vertraglich vereinbarte Gegenleistung (ebenso, wie dies bei der Ausgleichsverpflichtung nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO der Fall wäre) vor den einfachen Insolvenzforderungen vorweg aus der Masse begleichen (§§ 103 Abs. 1, 108 Abs. 1 Satz 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO).⁶⁶⁰
- 303 305 Die Aussonderungssperre und der Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 InsO lassen sich nicht im Voraus durch Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft abbedingen. Dies ergibt sich aus dem gläubigerschützenden Zweck dieser Vorschrift, der schon in ihrer systematischen Stellung innerhalb des Abschnitts über die Insolvenzanfechtung zum Ausdruck kommt und nicht zur Disposition der Gesellschaft stehen darf. Zum gleichen Ergebnis gelangt man über eine Analogie zu

654 Dass der Vertrag bereits durch eine vorausgehende Kündigung des Gesellschafters beendet wurde, ist nach § 109 Abs. 2 InsO ausgeschlossen, wenn er – wie in den Fällen des § 135 Abs. 3 InsO – der Gesellschaft die Immobilie bereits überlassen hat.

655 Von Fall zu Fall wird auch eine fristlose Kündigung in Betracht kommen, aber nicht schon wegen der Insolvenzsituation: Sie ist für die Kündigung durch den Insolvenzverwalter in § 109 InsO geregelt. Für die Kündigung durch den Gesellschafter als Vermieter, Verpächter, Leasing- oder Lizenzgeber bestimmt § 112 Nr. 2 InsO, dass sie – während des Eröffnungsverfahrens und nach h. M. erst recht nach der Verfahrenseröffnung – nicht »wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners« vorgenommen werden darf.

656 Dazu, dass Verträge über die Überlassung beweglicher Sachen und Rechte nicht § 108 InsO, sondern allgemein § 103 InsO unterliegen, z. B. *Abrendt*, in: HambKomm, InsO, § 108 Rn. 4.

657 Eine Kündigung durch den Gesellschafter kommt auch hier wegen der Kündigungssperre des § 112 InsO nur in Ausnahmefällen in Betracht.

658 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732.

659 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59: »beispielsweise wenn dessen Laufzeit über den Jahreszeitraum hinausgeht«.

660 Darauf weist auch *Rühle* (ZIP 2009, 1358, 1362) hin. Es bleibe dem Insolvenzverwalter verwehrt, »sich einerseits für die Fortsetzung des Vertrags zu entscheiden und andererseits (für das erste Jahr nach der Verfahrenseröffnung) nur den ermäßigten Ausgleich nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO zu zahlen«.

§ 119 InsO, die sich gut mit der funktionellen Verwandtschaft des § 135 Abs. 3 zu den §§ 103 bis 118 InsO begründen lässt.⁶⁶¹

cc) Rückgabe des Gegenstands vor Verfahrenseröffnung

306-313

§ 135 Abs. 3 InsO geht nach dem eindeutigen Wortlaut des S. 1 von einem »Aussonderungsanspruch« des Gesellschafters aus. Dies setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter den dem Schuldner überlassenen Gegenstand noch im Besitz hat (vgl. §§ 47, 148 Abs. 1 InsO). Nicht geregelt, zumindest nicht ausdrücklich, ist damit der Fall, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter den Gegenstand schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder sogar vor Stellen des Insolvenzantrags zurückgegeben hat – ggf. in Zusammenhang mit einer (vorzeitigen) Beendigung des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Nutzungsverhältnisses. 306 304

Im Schrifttum ist daher die Frage aufgeworfen worden, ob eine vor der Verfahrenseröffnung erfolgte Beendigung des Nutzungsverhältnisses und Rückgabe des Nutzungsgegenstands der Insolvenzanfechtung unterliegt.⁶⁶² Dabei wurde offenbar vor allem an den Fall einer Beendigung und Rückgabe im Hinblick auf die drohende Eröffnung des Insolvenzverfahrens gedacht.⁶⁶³ Als Lösungsmöglichkeit wird – offenbar in loser Analogie zu § 135 Abs. 3 InsO – der Rückgriff auf einen »allgemeinen Grundsatz« vorgeschlagen, »dass der Gesellschafter maximal ein Jahr über die Beendigung des Nutzungsverhältnisses hinaus die entgeltliche Nutzung eines betriebsnotwendigen Gegenstandes durch einen Insolvenzverwalter hinnehmen« müsse.⁶⁶⁴ Die Einzelheiten eines solchen Grundsatzes, insb. die Frage, ob und wenn ja in welcher Form ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Beendigung/Rückgabe und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich ist, bleiben dabei allerdings im Unklaren. Abgesehen hiervon ist eine Gesetzeslücke, die eine Rechtsfortbildung in einem entsprechenden Ausmaß rechtfertigen könnte, nicht ersichtlich. 307 305

In den meisten Fällen wird der Gebrauchsüberlassung ein Nutzungsvertrag zugrunde liegen. U. U. enthält dieser Vertrag eine Klausel, nach der er bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. beim Eintritt von Umständen, die mit der Verfahrenseröffnung in Zusammenhang stehen (z. B. Stellen eines Insolvenzantrags, Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft), beendet wird oder von der nicht insolventen Seite beendet werden kann (Lösungsklausel); ebenso denkbar ist, dass die Parteien in Insolvenznähe *ad hoc* einen Aufhebungsvertrag abschließen. Falls dann nicht ohnehin die spezielle Kündigungssperre für Miet- und Pachtverhältnisse gem. § 112 InsO eingreift, lässt sich in allen diesen Fällen die umfassende allgemeine, i. R. d. § 119 InsO geführte Diskussion zur Frage der (Un-) Wirksamkeit solcher Gestaltungen vor dem Hintergrund des Wahlrechts des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO) bzw. seines Kündigungsrechts nach den §§ 109 Abs. 1, 108 Abs. 1 InsO⁶⁶⁵ zunutze machen. In gleicher Weise kann auf entsprechende Erkenntnisse zur Frage der An- 308 306

661 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734 (zu § 119 InsO): Es liege »auf der Hand«, dass für § 135 Abs. 3 InsO n. F. nichts anderes gelten könne als für die §§ 103 bis 118 InsO.

662 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734.

663 *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734, mit dem Beispiel eines von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer-Gesellschafters, der das Nutzungsverhältnis unmittelbar vor der Insolvenzantragstellung beendet.

664 So (unter Berufung auf die systematische Stellung des § 135 Abs. 3 InsO im Anfechtungsrecht und seine Rechtfertigung durch den Gesetzgeber mit der »Treuepflicht des Gesellschafters«, oben [Rdn. 297](#)) *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734, der diese Lösung (mit dem Vorbehalt einer genaueren »Prüfung«, ebenda Fn. 79) ggü. § 131 InsO (»inkongruente Deckung«) wohl zu favorisieren scheint und hinzufügt, der Gesellschafter habe »Wertersatz für die der Gesellschaft entzogene entgeltliche (!) Nutzung« zu leisten (»vgl. § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO«).

665 Einzelheiten hierzu z. B. bei *Kroth*, in: Braun, InsO, § 119 [Rn. 9](#) – 13; *Ahrendt*, in: HambKomm, InsO, § 119 [Rn. 4](#) – 11, jeweils m. w. N.; *Marotzke*, in: HK-InsO, 5. Aufl. 2008, § 119 [Rn. 2](#) – 4 (*Autor* selbst für die Unwirksamkeit einer Vereinbarung, die Vertragsauflösung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorsieht); ausführlich *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 119 [Rn. 10](#) – 22, insb. [Rn. 12](#) (Beendigungsklauseln, die an »insolvenzunabhängige Tatbestände in der Sphäre des Schuldners« anknüpfen, seien »nach einhel-

fechtbarkeit derartiger Klauseln bzw. Vereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung⁶⁶⁶ zurückgegriffen werden.

- ³⁰⁷ **309** Ist die Beendigung des Nutzungsvertrags unwirksam, kann der Insolvenzverwalter den Gegenstand auf der Grundlage dieses Vertrags zurückfordern und auf diese Weise den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 135 Abs. 3 InsO eröffnen. Folgt man allerdings der angeblich herrschenden Meinung, die solche Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung für mit § 119 InsO (grds.) vereinbar erachtet,⁶⁶⁷ muss man bei der Beurteilung der Frage, ob die gewählte vertragliche Gestaltung dem Zweck des § 119 InsO in der gleichen Weise widerspricht wie eine ausdrückliche Abbedingung der §§ 103 bis 118 InsO, neben den §§ 103, 108 f. InsO auch und gerade die Ausstrahlwirkung des § 135 Abs. 3 InsO noch zusätzlich berücksichtigen.⁶⁶⁸
- ³⁰⁸ **310** Die neue Vorschrift beruht ausweislich der Gesetzesmaterialien auf dem Gedanken, dass es der »Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens sowie der Treuepflicht der Gesellschafter« widersprechen würde, »wenn zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassene Gegenstände nach Insolvenzeröffnung jederzeit zurückverlangt werden könnten, obwohl diese zur Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung sind.«⁶⁶⁹ Diese Treuepflicht, auf die der Gesetzgeber seine gesetzliche Pflicht zur Nutzungsüberlassung *während* des Insolvenzverfahrens stützt, entspringt dem Gesellschaftsverhältnis; sie entsteht daher nicht erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern auch schon *davor*, insb. in dem Augenblick, in dem sich der Gesellschafter entscheidet, das Nutzungsverhältnis (z. B. durch Kündigung oder Vereinbarung eines Aufhebungsvertrags) zu beenden, und beeinflusst den Gestaltungsspielraum des Gesellschafters. Jedenfalls dann, wenn er das Nutzungsverhältnis beendet, um der Rechtsfolge des § 135 Abs. 3 InsO zu entgehen, wird man also analog § 119 InsO von der Unwirksamkeit der Kündigung oder des Aufhebungsvertrags ausgehen können – egal wie man grds. zur Frage der Wirksamkeit von Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall steht. Der unmittelbare zeitliche Zusammenhang der Vertragsbeendigung (und Rückgabe des Gegenstands) mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet ein starkes Indiz für die Umgehungsabsicht.
- ³⁰⁹ **311** Sollte der Gebrauchüberlassung ausnahmsweise kein Nutzungsvertrag zugrunde liegen, ist die Rückgabe des Gegenstands unmittelbar – ohne »Umweg« über § 11 InsO – am »Verbot der Gesetzesumgehung durch Missbrauch rechtlicher Formen und Gestaltungsmöglichkeiten« zu messen, der als »allgemeiner Rechtsgrundsatz« betrachtet wird.⁶⁷⁰ Die Qualifizierung eines Verhaltens als (»verbot-

liger Auffassung wirksam«) und Rn. 13 (umstritten seien »nur Klauseln, die auf einen materiellen (Zahlungseinstellung) oder formellen Eröffnungsgrund (Insolvenzantrag) oder die Insolvenzeröffnung selbst als Lösungsgrund« abstellten, ferner ebenda Rn. 14 (die Beendigungsklausel sei nur unwirksam, wenn sie »darauf gerichtet« sei, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters zu unterlaufen); *Huber*, in: MünchKommInsO, § 119 Rn. 18 – 45 (*Autor* selbst für Wirksamkeit von Lösungsklauseln bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs, ebenda Rn. 28 ff.).

⁶⁶⁶ S. dazu BGH, Urt. v. 11.11.1993 – IX ZR 257/92, BGHZ 124, 76, »Breitbandverteilanlage«, unter B., zur Absichtsanfechtung (§ 31 Nr. 1 KO) einer Klausel in einem Vertrag zwischen einem (insolventen) Unternehmen und einer Stadt über die Nutzung öffentlicher Verkehrsflächen, die der Stadt ein Recht zur entschädigungslosen Kündigung des Vertrags schon allein wegen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmens zugestand. Der BGH sah die Gläubigerbenachteiligung dabei aber nicht etwa in der Kündigungsmöglichkeit als solcher (oder in der Beschränkung des Konkursverwalterwahlrechts), sondern in dem Umstand, dass die von dem Unternehmen betriebene Anlage nach der Kündigung *entschädigungslos* in das Eigentum der Stadt übergehen sollte. Aus dem Schrifttum sich anschließend z. B. *Huber*, in: MünchKommInsO, § 119 Rn. 53: Die Insolvenzanfechtung richte sich »nicht gegen die insolvenzabhängige Lösungsklausel selbst, sondern gegen den gesamten Vertrag«; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 119 Rn. 26.

⁶⁶⁷ *Abrencht*, in: HambKomm, InsO, § 119 Rn. 7 (»h. M.«), m. w. N.

⁶⁶⁸ Zur analogen Anwendbarkeit des § 119 InsO auf Vereinbarungen, die gegen § 135 Abs. 3 InsO verstoßen, s. o. Rdn. 305 a. E.

⁶⁶⁹ Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 59.

⁶⁷⁰ Allgemein (außerhalb des vorliegenden Kontextes) z. B. BGH, Urt. v. 14.03.1994 – II ZR 99/93, NJW 1994, 2610, unter 3.a.bb.

ne«) Gesetzesumgehung führt zur Anwendung der als umgangen betrachteten Gesetzesbestimmung, obwohl deren Tatbestandsvoraussetzungen nach ihrem Wortlaut nicht erfüllt sind. Damit ist die Gesetzesumgehung »eine Frage der Rechtsanwendung, die an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsinhaltes einer Norm aus eigener Kraft anknüpft«. ⁶⁷¹ Sie bewegt sich innerhalb der anerkannten methodologischen Grenzen der Auslegung, Analogie und teleologischen Reduktion. ⁶⁷²

Jedenfalls wiederum dann, wenn der Gegenstand *im Hinblick* auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 135 Abs. 3 InsO zurückgegeben wurde, dürfte man – entsprechend den obigen Überlegungen zur Unwirksamkeit der Vertragsbeendigung – von einer Umgehung dieser Norm ausgehen können mit der Folge, dass sie analog anzuwenden ist. Deren Rechtsfolge der Aussonderungssperre passt zwar nicht unmittelbar auf den Fall der vorzeitigen Rückgabe an den Gesellschafter, weil sie voraussetzt, dass der Insolvenzverwalter den Gegenstand noch besitzt. Ihr liegt aber der vorliegend durchaus analogiefähige Gedanke eines (zeitlich beschränkten) *gesetzlichen* Besitzrechts des Insolvenzverwalters als Grundlage der Aussonderungssperre zugrunde, weshalb die systematische Verortung des § 135 Abs. 3 InsO im Anfechtungsrecht (vgl. den Herausgabeanspruch gem. § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO) auch gar nicht so verkehrt ist, wie es im Schrifttum bisweilen geäußert wird. ⁶⁷³ Nach dieser Lösung lässt also die Umgehung des § 135 Abs. 3 InsO durch vorzeitige Rückgabe des Gegenstands einen Herausgabeanspruch des Insolvenzverwalters analog §§ 135 Abs. 3 Satz 1, 143 Abs. 1 Satz 1 InsO (sowie nach erfolgter Herausgabe einen Ausgleichsanspruch des Gesellschafters analog § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO) entstehen, ohne dass § 135 Abs. 3 dadurch zu einem allgemeinen Grundsatz in dem im Schrifttum vorgeschlagenen Umfang aufgebläht würde.

Darüber hinaus können in Einzelfällen die Voraussetzungen einer Insolvenzanfechtung nach den allgemeinen Regeln der §§ 130 bis 134 InsO erfüllt sein. ⁶⁷⁴

3. Verhältnis zum Verbot Insolvenz verursachender Zahlungen

314-335

a) Regelungsinhalt des Insolvenzverursachungsverbots

314-316

Nach § 92 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. Satz 1 und 2 AktG i. d. F. des MoMiG ist es dem Vorstand verboten, »Zahlungen an Aktionäre« zu leisten, »soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssten«. Gem. § 93 Abs. 3 Nr. 6 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 AktG (a. F. und n. F.) haften die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft auf »Ersatz des daraus entstehenden Schadens«, wenn »Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 [AktG] geleistet werden«. Schlagwortartig wird diese neue »Insolvenzverursachungshaftung« nachfolgend von der bereits bislang existierenden, aber im Allgemeinen nicht so bezeichneten »Insolvenzvertiefungshaftung« nach § 92 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 i. V. m. § 93 Abs. 2

671 BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, unter A.III.1., zur (inzwischen in Bezug auf die Rechtsfolgen *de lege lata* veralteten) Lehre von der verdeckten Sacheinlage (m. w. N.).

672 Z. B. (im Kontext der Finanzarbitrage) *Reiner*, 2002, S. 82 f., m. w. N.

673 Z. B. *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1732: Die Vorschrift des § 135 Abs. 3 InsO sei »schon in systematischer Hinsicht verwunderlich«. Sie sei »in den für Gesellschafterdarlehen geltenden Anfechtungsparagrafen eingefügt, ohne doch von einer Insolvenzanfechtung zu handeln«. Im Bereich der §§ 103 ff. sowie §§ 108 bis 112 InsO »wäre der angemessene Platz im Gesetz gewesen«. Diese Feststellung hindert den *Autor* aber nicht daran, zwei Seiten weiter (ebenda, S. 1734) über die Anwendung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO nachzudenken. Vgl. auch *J.-S. Schröder*, in: *HambKomm, InsO*, § 135 Rn. 53, m. w. N.: In der Sache gehe es bei § 135 Abs. 3 »nicht um die Insolvenzanfechtung, sondern um eine Modifikation der §§ 103 ff. bei Nutzungsverhältnissen mit dem Gesellschafter«.

674 Z. B. *J.-S. Schröder*, in: *HambKomm, InsO*, § 135 Rn. 55: Die vorzeitige Nutzungsbeendigung vor Verfahrenseröffnung könne gem. §§ 130 ff. InsO anfechtbar sein; *K. Schmidt*, DB 2008, 1727, 1734 f. (»§ 131 InsO«). Anders (in der Konsequenz seiner Auffassung vom fortbestehenden – jetzt aber von einer wirtschaftlichen Krise unabhängigen – »eigenkapitalersetzenden Charakter« jeder Nutzungsüberlassung) *de Bra*, in: *Braun, InsO*, § 135 Rn. 22, 23: Auch eine vor Verfahrenseröffnung erfolgte Rückgewähr der Nutzungsmöglichkeit selbst sei »grundsätzlich wie bislang gemäß Abs. 1 Nr. 2 anfechtbar«.

Nr. 6 AktG abgegrenzt.⁶⁷⁵ Die neue Vorschrift lehnt sich in Bezug auf die entscheidenden Verbotsmerkmale (»Zahlungen« an Gesellschafter, die »zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war [...] nicht erkennbar«) wortgleich an die – ebenfalls durch das MoMiG eingeführte – Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Satz 3 GmbHG an.

- 313 315 Die Reform soll das bereits zuvor bestehende Verbot für Geschäftsleiter *nach* Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung (§§ 92 Abs. 2 Satz 1 und 2, 93 Abs. 2 Nr. 6 AktG bzw. § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.) ergänzen und entsprechend dem gesetzgeberischen Willen »ausdrücklich und zielgenau Ausplünderungen« der Gesellschaft »durch Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz« verhindern.⁶⁷⁶ Der Gesetzgeber sieht das neue Zahlungsverbot im Wirkungsbereich der seit dem »Trihotel«-Urteil des BGH⁶⁷⁷ auf § 826 BGB gestützten (Gesellschafter-) Haftung wegen »existenzvernichtenden Eingriffs« angesiedelt, möchte aber auch »Parallelen zum sog. solvency test« erkennen,⁶⁷⁸ der insb. in angelsächsischen Rechtssystemen praktiziert wird.⁶⁷⁹ Zugleich hat er der Insolvenzverursachungshaftung ausdrücklich – neben den »flankierenden Regelungen im Anfechtungsrecht« (oben 2.b., Rdn. 265 ff.) – die Rolle zgedacht, die »Aufgabe der Rechtsprechungsregeln« (§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F. bzw. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.), als deren Konsequenz »künftig die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht mehr unter Berufung auf eine analoge Anwendung des § 30 [GmbHG a. F.] verweigert werden« könne (hierzu oben 2.a., Rdn. 260 f.), so zu kompensieren, dass keine »ernstzunehmenden Schutzlücken« entstünden.⁶⁸⁰ Anstelle der »Krise« stellt das Merkmal der Insolvenzverursachung dabei eine gewisse, i. d. R. auch zeitliche Insolvenznähe sicher.
- 314 316 Verwertbare Erfahrungen dazu, wie sich dieses »Insolvenzverursachungsverbot« in das System des deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrechts einfügt und – im vorliegenden Kontext – ob und inwieweit es insb. Zahlungen auf *Gesellschafterdarlehen* (Zinsen, Rückzahlung der Valuta) erfasst, existieren.

675 Der Begriff »Insolvenzvertiefungshaftung« wird im Anschluss an das Urt. des BGH v. 20.09.2004 – II ZR 302/02, NJW 2005, 145, »Rheumaklinik«, auch für die deliktische Gesellschafterhaftung wegen schädigender Handlungen, die eine bereits bestehende Überschuldung vertiefen, nach § 826 BGB in Anlehnung an die Existenzvernichtungshaftung verwendet (s. *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 514: »Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs [...] als Insolvenzverursachungs- bzw. Insolvenzvertiefungshaftung«. Zu den Anforderungen an den Entlastungsbeweis des Geschäftsleiters hinsichtlich seines fehlenden Verschuldens s. BGH, Urt. v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NJW-RR 2012, 1122, juris-Rn. 12 ff. (zur GmbH). Zu einer (dort noch nicht konsolidierten) Insolvenzvertiefungshaftung (»Tort of Deepening Insolvency«) in der US-amerikanischen Rechtsprechung s. *Thole*, ZIP 2007, 1590 ff.

676 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41, zu § 64 Abs. 2 GmbHG-E (entspricht § 64 Satz 3 GmbHG n. F.). S. a. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167, zu Ausplünderungsfällen, in denen die Zahlung des Geschäftsführers an den Gesellschafter zur Zahlungsunfähigkeit führt, der Geschäftsführer vor der Insolvenzantragstellung sein Amt niederlegt und anschließend abtaucht.

677 BGH, Urt. v. 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, »Trihotel« = WuB II.C. § 13 GmbHG 1.08, S. 201 – 204 (*Reiner*).

678 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46 (zu § 64 Abs. 2 GmbHG-E). S. a. *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1932 f.: Die Insolvenzverursachungshaftung lasse »den möglichen Einstieg in ein neues Konzept« erahnen: Der Gesetzgeber »kokettiere« mit dem Solvency Test.

679 So etwa in den meisten Bundesstaaten der USA und in Neuseeland, vgl. *Jungmann*, ZGR 2006, 638, 649 ff.; *Pellens/Jödicke/Richard*, DB 2005, 1393, 1395 ff. Zu ergänzen ist freilich, dass der Solvenztest als einheitliches Rechtsinstitut gar nicht existiert; die Solvenzttests in den verschiedenen Rechtsordnungen sind jeweils unterschiedlich ausgeprägt.

680 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E; speziell zu §§ 92 ff. AktG-E, *ebenda*, S. 52: »Die Ergänzung des bisherigen § 92 Abs. 3 sowie die Folgeänderung in § 93« dienen »ebenso wie die vorgesehene Ergänzung des bisherigen § 64 Abs. 2 GmbHG [a.F.] der Schließung von Lücken im Bereich des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger vor Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Aktionären, die trotz des allgemeinen Verbots der Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 S. 1 [AktG]) auch im Aktienrecht bestehen können«. »Darüber hinaus« wahre »die Regelung den weitgehenden Gleichlauf zwischen dem Recht der AG und der GmbH«.

tieren noch nicht. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, ohne dabei aber umfassend auf die Einzelheiten des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG eingehen zu wollen. Diesbezüglich wird auf die einschlägigen Kommentierungen sowie auf diejenigen zu § 64 Satz 3 GmbHG verwiesen.

b) Konkurrenzverhältnis zum Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen

317

Zunächst ist das abstrakte Verhältnis zu klären, in dem die Insolvenzverursachungshaftung gem. § 92 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zum Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO i. V. m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; § 6 AnfG) steht. Gewichtige Argumente sprechen für eine echte Konkurrenz beider Regelungsbereiche; Argumente für eine unechte Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) i. S. einer Verdrängung des Insolvenzverursachungsverbots, ob man sie nun Spezialität oder – in Anlehnung an das Strafrecht – Konsumtion oder Subsidiarität nennt, sind nicht erkennbar. Auf eine gegenseitige Ergänzung⁶⁸¹ deutet bereits der Umstand, dass die Regelungen jeweils ihrer Natur nach unterschiedliche Verhaltensweisen, hier eine Finanzierung der eigenen (insolventen) Gesellschaft mit Darlehen, die nicht zulasten der außenstehenden Gläubiger gehen soll, und dort das Manövrieren der Gesellschaft in die Zahlungsunfähigkeit, sanktionieren, sowie – damit verbunden – unterschiedliche Rechtsverhältnisse betreffen: § 135 InsO i. V. m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und § 6 AnfG adressieren das Verhältnis zwischen Gesellschaft (Insolvenzverwalter) und Gesellschafter, § 92 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG n. F. dasjenige zwischen Gesellschaft/Insolvenzverwalter und Geschäftsleitung (Vorstand). Darüber hinaus erfasst das Insolvenzverursachungsverbot zeitlich einen weiteren Aktionsbereich als § 135 InsO und § 6 AnfG, denn für § 92 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG (n. F.) spielt allenfalls mittelbar (über das Kriterium der Kausalität) eine Rolle, wie viel Zeit zwischen der Zahlung und dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergangen ist. Und nicht zuletzt geht der Gesetzgeber, wie bereits gesehen (oben **Rdn. 315**), selbst davon aus, dass die Insolvenzverursachungshaftung zusammen mit den neu gefassten Anfechtungsregeln die Abschaffung der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht (hierzu bereits oben **Rdn. 260 f.**) angemessen kompensiert.⁶⁸² Damit ist aber noch nicht gesagt, in welchem Umfang Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen tatsächlich die Tatbestandsmerkmale des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG zu erfüllen vermögen.

c) Liquiditätsbezogenheit des Begriffs »Zahlung«

318-322

aa) Abgrenzung zum Zahlungsbegriff des Insolvenzvertiefungsverbots

318-320

Die räumliche Nähe des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG zu Satz 1 dieser Vorschrift (entspricht § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F.) und der Umstand, dass Satz 3 bezüglich der Rechtsfolge (Verbot) auf Satz 1 (und wohl auch Satz 2) verweist, legen es zunächst nahe, den Begriff »Zahlung« beim Insolvenzverursachungsverbot in der gleichen Weise auszulegen wie beim Insolvenzvertiefungsverbot. Nach der Begründung des MoMiG-RegE war mit der Verwendung des dem Satz 1 entlehnten Begriffs »Zahlungen« »jedenfalls keine Einschränkung des bisherigen Begriffsverständnisses [...] bezweckt«.⁶⁸³

681 So auch (ohne Begründung) *Cahn*, Der Konzern, 2009, 7, 8: Die Vorschrift des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG stelle »eine Ergänzung des ebenfalls durch das MoMiG geänderten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar«; implizit, ohne die Frage der Konkurrenz überhaupt aufzuwerfen, z. B. auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 64 **Rn. 102**, zur GmbH: Einem fälligen Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens könne der Geschäftsführer »nunmehr allein dann begegnen, wenn die Rückzahlung zur Zahlungsunfähigkeit führen« müsse »und deshalb gegen das »Ausplünderungs-Verbot« nach § 64 Satz 3 [GmbHG]« verstoße.

682 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42: »Ernstzunehmende Schutzlücken« entstünden »durch die Aufgabe der Rechtsprechungsregeln« nicht oder würden »durch flankierende Regelungen im Anfechtungsrecht geschlossen«. Zudem sei »auf die geplante Neuregelung in § 64 Satz 3 [GmbHG] hinzuweisen«. S. auch schon **Rdn. 315** a. E.

683 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46, zu § 64 Satz 3 GmbHG n. F.

- 317 319 Ob das weite⁶⁸⁴ Begriffsverständnis des Satzes 1 allerdings wirklich immer dem, im Vergleich zum Insolvenzvertiefungsverbot abweichenden, Zweck der Neuregelung gerecht wird, darf man bezweifeln. Während es beim Insolvenzverursachungsverbot um Liquiditätsschutz geht,⁶⁸⁵ sind die §§ 64 Satz 1 GmbHG n. F., 92 Abs. 2 Satz 1 AktG n. F. auf die Erhaltung der Masse (des verwertbaren Aktivvermögens) zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger gerichtet.⁶⁸⁶ Somit gilt beim Insolvenzvertiefungsverbot auch der Abgang nicht liquider Aktiva, z. B. eines Grundstücks, als »Zahlung«, wohingegen das Insolvenzverursachungsverbot in diesen Fällen schon wegen des Kausalitätserfordernisses nicht einschlägig sein kann.⁶⁸⁷ Es erschiene gekünstelt, eine Leistung auf Kosten des illiquiden Vermögens (insb. Anlagevermögens) zunächst als tatbestandsmäßige »Zahlung« zu qualifizieren, wenn die Anwendbarkeit des Verbots dann doch wegen der Natur der Leistung zwangsläufig an der fehlenden Kausalität der Leistung für die nachfolgende Zahlungsunfähigkeit scheitert.⁶⁸⁸
- 318 320 Umgekehrt kann die Leistung von (liquiden) Vermögenswerten u. U. auch dann liquiditätsmindernd und damit nach dem Maßstab des Gesetzes verbotswürdig sein, wenn sie mit dem Zufluss einer gleichwertigen Gegenleistung verbunden ist und aus *diesem* Grunde nach herrschender Meinung mangels Gläubigerbenachteiligung aus dem Anwendungsbereich des Insolvenzvertiefungsverbots ausscheidet,⁶⁸⁹ nämlich dann, wenn diese Gegenleistung die Liquidität der Gesellschaft nicht

684 S. z. B. *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 92 Rn. 22: »mit der überwiegenden Auffassung von einem weiten Verständnis des Zahlungsbegriffs auszugehen«; *Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 28: »erweiternde (objektivierend-teleologische) Interpretation«, »jedweder Vermögenstransfer, der das Gesellschaftsvermögen [...] mindert«; ähnlich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/1640, S. 46, zu § 64 Satz 3 GmbHG: Der Begriff der Zahlungen in S. 3 sei »wie in Satz 1 nicht auf reine Geldleistungen beschränkt«, sondern erfasse »auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen« würde [Hervorhebung durch Verf].

685 So auch zu Recht die Begr. RegE MoMiG, s. vorausgehende Fn. 419.

686 Z. B. BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, Ls. 2: Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG (a. F.) sei es, »Masseverkürzungen der insolvenzreifen Gesellschaft und eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gesellschaftsgläubiger zu verhindern«; aus dem Schrifttum z. B. *Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 16, zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG n. F.: Es solle »die bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindert und die Erhaltung der Masse im Interesse der Gläubigermehrheit gesichert« werden. Abweichend etwa *Sandhaus*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 Rn. 3: § 64 Satz 1 bezwecke »unmittelbar den Gläubigerschutz«, dabei sei die Anspruchsberechtigung der Gesellschaft »nur technisches Vehikel«, die Gleichbehandlung der Gläubiger sei »kein selbständiger Schutzzweck«.

687 S. hierzu Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1640, S. 46, zu § 64 Satz 3 GmbHG n. F.: »Eine Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach dem neuen Satz 3« setze »eine Kausalität für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit voraus«. Dies sei »z. B. dann nicht der Fall, wenn der Gesellschaft durch eine Gegenleistung des Gesellschafters im Ergebnis in gleichem Maße wieder liquide Vermögenswerte zugeführt« würden.

688 So im Ergebnis auch *Haas*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 64 Rn. 98: »Anders als im Anwendungsbereich des § 64 Satz 1« schieden »von vornherein alle solchen Leistungen als ›Zahlung‹ (z. B. Sachleistungen) aus, die die Fähigkeit nicht« beeinträchtigten, »fällige Zahlungspflichten der Gesellschaft [...] zu begleichen«. S. (insofern der eigenen Einschätzung, der Zahlungsbegriff des Satz 3 sei »jedenfalls« ebenso weit wie derjenige des Satzes 1, widersprechend) auch die Begr. RegE MoMiG (oben bei Fn. 419), wenn sie – in Zusammenhang mit anderen »Zahlungen« als Geldleistungen – darauf abstellt, dass »der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen« werde.

689 So zu § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F. BGH, Urt. v. 18.03.1974 – II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089: Der Geschäftsführer könne sich, »abgesehen von dem Sorgfaltsbeweis nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG [a.F.], auch durch den Nachweis entlasten, dass ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort voll erhalten geblieben« sei; offen gelassen in BGH, Urt. v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, NJW 2003, 2316, unter I.3. (Verneinung der Masseverkürzung bei Erlangen eines Gegenwertes könne »erwogen werden«). Aus dem Schrifttum zu § 64 Satz 1 GmbHG n. F. s. z. B. *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 36, m. w. N.: »Gesamtschau miteinander zusammenhängender Rechtshandlungen«; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 70c; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 64 Rn. 7: »Mit der Zahlung zusammenhängende, in das Gesellschaftsvermögen gelangte

erhöht.⁶⁹⁰ Auch in Bezug auf die berücksichtigungsfähigen Gegenleistungen ist also durchaus eine Anpassung des bisherigen Zahlungsbegriffs an die Besonderheiten des Insolvenzverursachungsverbots angesagt.

bb) Abfluss von Zahlungsmitteln bei Darlehen

321-322

Der Abfluss von Zahlungsmitteln bei der *Rückzahlung* eines Darlehens ist für sich genommen (zum Erlöschen der Rückzahlungsverbindlichkeit unten **Rdn. 323 ff.**) ebenso liquiditätswirksam wie Masse schmälern und erfordert daher insoweit aus dem Blickwinkel des Zahlungsbegriffs gemäß Satz 3 des § 92 Abs. 2 AktG (§ 64 GmbHG) keine andere Beurteilung als bei der Subsumtion unter § 92 Abs. 2 Satz 1 (§ 64 Satz 1 GmbHG). Darauf, wie der Umstand zu bewerten ist, dass die Rückzahlung den Rückzahlungsanspruch zum Erlöschen bringt (§ 362 Abs. 1 BGB), wird später (unten **Rdn. 323 ff.**) noch einzugehen sein. Bei der Insolvenzvertiefungshaftung, wo allein die Aktivseite des Vermögens betrachtet wird, stellt sich diese Frage gar nicht.⁶⁹¹

Zinszahlungen (§ 488 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB) stehen beim entgeltlichen Darlehen, anders als der Anspruch auf Rückzahlung,⁶⁹² in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Kapitalüberlassung. Insoweit könnte man nach den o. g. Grundsätzen an die Anrechnung dieser Gegenleistung auf den Liquiditätsabgang denken, soweit die Gesellschaft sie schon erhalten hat, d. h. soweit der betreffende Zinszeitraum bereits abgelaufen ist und das Darlehen der Gesellschaft dabei tatsächlich zur Verfügung stand.⁶⁹³ Bereits für das Insolvenzvertiefungsverbot führt diese Überlegung in eine Sackgasse. Die fortdauernde Überlassung der Darlehensvaluta kann nämlich nicht als (die Zinszahlung ausgleichender) *Zufluss* von Vermögen zur Masse gewertet werden, der den Abgang von Aktiva in Gestalt der Zinsen kompensieren würde, weil die Valuta sich ja schon vor der Zinszahlung im Gesellschaftsver-

und dort wertmäßig erhalten gebliebene Gegenleistungen« seien »schon auf der Ebene des objektiven Tatbestandes in Ansatz zu bringen, nicht erst im Rahmen der Pflichtmäßigkeitprüfung nach § 64 S. 2«. Auf die Berücksichtigung von Gegenleistungen nach dem »bisherigen« Verständnis des Zahlungsbegriffs verweisend auch Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/1640, S. 46 (oben **Rdn. 318**). Für die Gegenmeinung *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 64 **Rn. 79** (zu § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F.): Der Gegenwert sei »nur« bei Sorgfaltsprüfung des § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a. F. zu berücksichtigen; *Hüffer*, AktG, § 92 **Rn. 14b**: (Gemeint dürfte sein: »Erst«) durch die »objektive Verbotsausnahme« des § 92 Abs. 3 Satz 2 AktG a. F. erlaubt seien Zahlungen, die »masseneutral« seien (»wertdeckende Gegenleistung«).

690 Vgl. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 64 **Rn. 24**, m. w. N., zu § 64 Satz 3 GmbHG n. F.: Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers bestehe »nur in dem Umfang, wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen« würden; deshalb seien »etwaig erbrachte Gegenleistungen des Zahlungsempfängers, soweit sie liquiditätswirksam« seien, »anzurechnen«; ebenso *K. Schmidt*, in: Scholz, Bd. 3, § 64 **Rn. 85**, der für die Anrechnung »liquiditätswirksame Gegenleistungen« verlangt; anders *Casper*, in: GK-GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 64 **Rn. 113**, der zwar eine Anrechnung von Gegenleistungen befürwortet, die Liquiditätswirksamkeit der Zahlung (und wohl auch der Gegenleistung) aber erst i. R. d. Merkmals der Kausalität prüfen will; ähnlich *Sandhaus*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 **Rn. 61**: »[B]egründete Sanierungsmaßnahmen oder z. B. Gegenleistungen in Form von Dienstleistungen, die betriebsnotwendig« seien »und die Insolvenz abwenden« könnten, müssten »auch dann möglich sein, wenn sie nicht unmittelbar liquiditätswirksam« seien; in Bezug auf die Liquidität der Gegenleistung undeutlich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57: Die Ersatzpflicht besteht »nur in dem Umfang (»soweit«), wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen und nicht z. B. durch eine Gegenleistung des Gesellschafters ausgeglichen worden« seien.

691 Zur Passivierung von Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz und damit zusammenhängend zur insolvenzrechtlichen Relevanz solcher Forderungen s. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO sowie unten **Rdn. 434 ff.**

692 Z. B. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 488 **Rn. 2**.

693 In diese Richtung argumentierend *Noack*, DB 2006, 1475, 1479 f., zum Zahlungsverbot nach § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG i. d. F. des RefE MoMiG: »Zinszahlungen für Gesellschafterdarlehen oder Pachtzahlungen für überlassene Grundstücke« seien »Leistungen der Gesellschaft, für die ihr ein Gegenwert (Kapital- und Sachüberlassung)« zufließe.

mögen befand. Der mit der Zinszahlung im Synallagma stehende Anspruch auf (weitere) Überlassung des Geldes ist inzwischen durch Erfüllung erloschen. Und der Einwand, ohne die Zinszahlung wäre das Darlehen gekündigt worden und hätte die Valuta zurückbezahlt werden müssen, greift ins Leere: Diese Vermutung ist nicht nur im Hinblick auf das Verhalten des Darlehensgebers spekulativ und unterstellt obendrein ein Vorliegen der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsvoraussetzungen; sie ignoriert auch, dass dem Geschäftsleiter der darlehensnehmenden Gesellschaft die Rückzahlung des Darlehens wegen ihrer Masse verkürzenden Wirkung angesichts des Insolvenzvertiefungsverbots ja gar nicht möglich wäre. Auf das Insolvenzverursachungsverbot und den es prägenden Gedanken der Liquiditätsverminderung lässt sich diese Argumentation übertragen. Die (weitere) Überlassung der Valuta in der betreffenden Zinsperiode führt nicht zu einem (weiteren) Liquiditätsgewinn, der den Liquiditätsabgang infolge der Zinszahlungen ausgleichen würde, wenn dem Darlehensgeber die Möglichkeit, das Darlehen zurückzufordern, wegen des aufseiten des Darlehensnehmers wirkenden Insolvenzverursachungsverbots verbaut ist.

323-332 d) *Liquiditätswirksamkeit von Erfüllungsleistungen (auf Darlehen)?*

321 323 Mit den vorstehenden Überlegungen allein steht noch nicht fest, dass Zahlungen auf Verbindlichkeiten aus (Gesellschafter-) Darlehen tatsächlich als Zahlungen i. S. d. § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG zu qualifizieren sind. Verbotswidrig sind nur Zahlungen des Vorstands an Aktionäre, die zur *Zahlungsunfähigkeit* (Illiquidität) der Gesellschaft »führen mussten« (Kausalität); Leistungen, die bereits ihrer Natur nach nicht dazu geeignet sind, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, weil sie den Grad der Zahlungsfähigkeit nicht verändern können, sollten sinnvollerweise von vornherein aus dem Zahlungsbegriff ausgeschlossen werden (s. o. **Rdn. 319 f.**). Im Schrifttum wurden dementsprechend Zweifel daran laut, ob Zahlungen auf Verbindlichkeiten, wie sie auch die Zins- und Rückzahlungsverpflichtung aus Darlehen darstellen, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überhaupt beeinflussen können, da sie gleichzeitig die Höhe der Verbindlichkeiten reduzieren.

324-326 aa) *Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit*

322 324 Naheliegender erscheint es, dem Zahlungsverbot aus § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG den insolvenzrechtlichen Begriff der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 InsO zugrunde zu legen. Dafür spricht der systematische Zusammenhang mit § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, der mit den Merkmalen »Zahlungsunfähigkeit« und »Überschuldung« erkennbar auf die Insolvenztatbestände des § 15a Abs. 1, §§ 17 und 19 InsO (n. F.) abstellt, zumal die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO bis zum MoMiG im Grundsatz wortgleich noch in § 92 Abs. 3 AktG a. F. geregelt war, bevor sie rechtsformneutral in die InsO verlagert wurde.

323 325 Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, »wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen«, wobei die Zahlungsunfähigkeit vermutet wird, »wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat«. Diese Legaldefinition hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 24.05.2005⁶⁹⁴ konkretisiert. In Abgrenzung zur bloß vorübergehenden »Zahlungsstockung« sei eine (andauernde) »Zahlungsunfähigkeit« erst anzunehmen, wenn die Gesellschaft über einen längeren Zeitraum als drei Wochen nicht in der Lage sei, »ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen«. ⁶⁹⁵

324 326 Auch Liquiditätslücken, die sich (voraussichtlich) nicht in drei Wochen beheben lassen, will der BGH aber nicht zwingend als Zahlungsunfähigkeit qualifizieren, solange sie »mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit [...] in überschaubarer Zeit beseitigt werden«, ⁶⁹⁶ wofür die Geschäftslei-

694 BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134.

695 BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, unter II.2.a. und b.; s. a. BGH, *ebenda*, unter II.2.a.: »Als Zeitraum für die Kreditbeschaffung sind zwei bis drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend«.

696 BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, unter II.4.b.

tung die Darlegungs- und Beweislast trägt. Liegt eine »Unterdeckung von weniger als 10 %« der Gesamtverbindlichkeiten vor, soll selbst bei einer voraussichtlichen Dauer von länger als drei Wochen nur bei Vorliegen »besonderer Umstände« von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen sein. Ein solcher Umstand soll namentlich die Erwartung sein, »dass sich der Niedergang des Schuldner-Unternehmens fortsetzen« werde⁶⁹⁷ – ein Kriterium, das an die negative Fortführungsprognose bei der Überschuldungsprüfung (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO) erinnert. Eine Unterdeckung von 10 % oder mehr soll eine »widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit« begründen.⁶⁹⁸ Für § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG bedeutet dies, dass die Zahlung eine Liquiditätslücke von länger als 3 Wochen und in einem Umfang erzeugen muss, der im Normalfall mindestens 10 % beträgt.

bb) Anwendung auf Gesellschafterdarlehen

327-332

(1) Meinungsstand

327-328

327 325
Während einige ohne weitere Begründung, aber möglicherweise in Anlehnung an die in der Regierungsbegründung angesprochene Kompensationsfunktion der Regelung in Zusammenhang mit der Aufhebung der Rechtsprechungsregeln (oben **Rdn. 315** Fn. 407, **Rdn. 317** Fn. 409), davon ausgehen, dass die §§ 64 Satz 3 GmbHG und 92 Abs. 2 Satz 3 AktG eine Auszahlungssperre für Gesellschafterdarlehen darstellen,⁶⁹⁹ wird teilweise angenommen, die Zahlung auf eine fällige⁷⁰⁰ (und auch sonst einwendungsfreie) Verbindlichkeit sei grds. nicht dazu geeignet, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, weil sich mit der Rückzahlung eines Darlehens gleichzeitig die korrespondierende Verbindlichkeit verringere, die i. R. d. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit anzusetzen sei.⁷⁰¹ Diese Aussage, die sich auf Zinszahlungen übertragen lässt, wird z. T. noch dahin gehend präzisiert, »Zahlungsunfähigkeit« verursachen könne eine solche Zahlung nur dann, wenn bereits eine unwesentliche Liquiditätslücke (oben **Rdn. 326**) bestanden habe, die infolge der Zahlung trotz gleichbleibenden Betrags in ihrem Verhältnis zu den durch die Zahlung reduzierten Gesamtverbindlichkeiten an Bedeutung gewonnen und insb. die 10 %-Schwelle überschritten habe.⁷⁰² Von solchen Ausnahmekonstellationen abgesehen, könnten nur überobligatorische Erfüllungsleistungen (auf Darlehensschul-

697 BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, unter II.4.b.; s. a. BGH, *ebenda*, unter II.3.b.bb.: »Je kleiner die Liquiditätslücke« sei, »desto begründeter« sei die Erwartung, dass es dem Schuldner gelingen werde, »das Defizit in absehbarer Zeit zu beseitigen« und »desto eher« sei »den Gläubigern zumutbar, einstweilen zuzuwarten, ob es dem Schuldner gelingen« werde, »die volle Liquidität wieder zu erlangen«.

698 BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, unter II.4.a. und b.

699 Z. B. *Huber*, FS Priester, 2007, S. 259, 260 f.: Von § 64 Abs. 2 GmbHG-E (RefE MoMiG) abgesehen sollten künftig für Forderungen aus Gesellschafterdarlehen ausschließlich die »insolvenzrechtlichen Regeln gelten«; *Meyer*, BB 2008, 1742, 1747: Erfülle der Geschäftsführer den Darlehensrückzahlungsanspruch, setze er sich der »Gefahr einer Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG« aus; wohl auch *Noack*, DB 2006, 1475, 1479 (zu § 64 Abs. 2 GmbHG-E und § 92 Abs. 3 AktG-E i. d. F. des RefE MoMiG): Die Sperre des Zahlungsverbots könne im Einzelfall »über das hinausgehen, was heute noch mit der entsprechenden Anwendung des § 30 GmbHG erreicht« werde.

700 Zum spezifischen insolvenzrechtlichen Fälligkeitsbegriff, der über § 271 BGB hinaus ein »ernsthaftes Einfordern« der Schuld seitens des Gläubigers verlangt, s. z. B. BGH, Urt. v. 19.07.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286, juris-**Rn. 17**.

701 So im Hinblick auf § 64 Satz 3 GmbHG *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, § 8 **Rn. 86**: Die »Rückzahlung eines fälligen und durchsetzbaren Gesellschafterdarlehens« könne »folglichsch denklöglisch nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen«; *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 350 (»leider«); *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 159 f.; ausführlich *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 **Rn. 99**; ebenfalls ausführlich *Altmeyen*, FS Hüffer, 2010, S. 1, 5 f.; so wohl auch OLG München, Urt. v. 06.05.2010 – 23 U 1564/10, ZIP 2010, 1236, juris-**Rn. 20** (unter Berufung auf *Altmeyen*): § 64 Satz 3 könne sich »nicht auf Fälle beziehen, in denen der Gesellschafter einen fälligen Anspruch gegen die GmbH« habe.

702 So sinngemäß *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 **Rn. 99**: »Unstreitig« zu bejahen sei die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit, wenn durch die Zahlung »aus einer unwesentlichen eine wesentliche Deckungslücke« werde.

den oder sonstige Verbindlichkeiten), etwa die Zahlung auf eine noch nicht fällige oder eine nachrangige Forderung, die Zahlungsunfähigkeit verursachen.⁷⁰³

- 326 **328** Angesichts dieses Befunds wird z. T. befürchtet, dass das Insolvenzverursachungsverbot ohne korrigierende Auslegung leer läuft.⁷⁰⁴ Zur Abhilfe werden verschiedene Wege vorgeschlagen. Die *einen* wollen den Zahlungsbegriff dahin gehend (teleologisch) ausweiten auf »Einwirkungen auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, die nicht in der Weggabe von Aktiva an Gesellschafter bestehen«, um damit insb. die Begründung von Gesellschafterforderungen zu erfassen.⁷⁰⁵ *Andere* wollen für das Merkmal der »Zahlungsunfähigkeit« gem. § 64 Satz 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in Abweichung vom herkömmlichen insolvenzrechtlichen Begriff der Zahlungsunfähigkeit Verbindlichkeiten ggü. Gesellschaftern außer Betracht lassen. Das Insolvenzverursachungsverbot soll danach nur greifen, wenn »infolge von Zahlungen an die Gesellschafter die Forderungen außenstehender Gläubiger nicht mehr bedient werden können«.⁷⁰⁶ Schließlich gibt es diejenigen, die einen Korrekturbedarf ausdrücklich verneinen und auf der Basis des herkömmlichen Verständnisses von Zahlung und Zahlungsunfähigkeit akzeptieren wollen, dass §§ 64 Satz 3 GmbHG, 92 Abs. 2 Satz 3 AktG grds. nicht auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen anwendbar sind.⁷⁰⁷ »Auch und gerade der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit« habe dasselbe Ziel wie die Rechtsfigur des Kapitalsatzes, »den ›Todeskampf der Kapitalgesellschaft‹ nicht künstlich zu verlängern«. Dann ergebe es »nicht nur keinen Sinn, sondern es wäre absurd, die Zahlungsunfähigkeit der Kapitalgesellschaft zu leugnen, weil ein Teil der fälligen und nicht fristgemäß zu begleichenden Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft gegenüber einem Gesellschafter« bestünden.⁷⁰⁸

329-332 (2) *Stellungnahme*

- 327 **329** Dem zuletzt dargestellten Einwand *gegen* eine korrigierende Einschränkung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit in den §§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG, 64 S. 3 GmbHG auf die Erfüllung von Drittforderungen könnte man bereits entgegen, dass es zwar naheliegend (oben **Rdn. 324**), aber »im Ernst-

703 In diesem Sinne wohl *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, § 8 **Rn. 87**, mit den Beispielen von Zahlungen auf einrede- oder einwendungsbehaftete, noch nicht fällige oder rangrücktrittsbehaftete (Darlehens-)Forderungen.

704 *S. Haas*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 64 **Rn. 99**: Solle § 64 Satz 3 GmbHG »einen Sinn machen«, müsse die Vorschrift »korrigierend ausgelegt werden«.

705 *Haas*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 64 **Rn. 99**, zu § 64 Satz 3 GmbHG, in Anlehnung an den Begriff der »Auszahlung« nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG; ablehnend wohl *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 159, wenn er ausdrücklich darauf hinweist, der Gesetzgeber habe die Haftung an »Auszahlungen« und nicht »an die Begründung von Verbindlichkeiten« geknüpft.

706 *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 159 f.; s. a. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 64 **Rn. 99**, der die Möglichkeit, »die ordnungsgemäß begründete Gesellschafterforderung bei der Prüfung auszublenden«, ob die Gesellschaft aufgrund der Zahlung zahlungsunfähig werde, für »denkbar«, die zuerst genannte Lösung (s. vorausgehende Fn. 440) aber wohl für vorzugswürdig hält.

707 *Altmeppen*, FS Hüffer, 2010, S. 1, 5 f.: Die §§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG, 64 Satz 3 GmbHG seien »auf Gesellschafterdarlehen gar nicht zu beziehen« (mit Blick auf die Folgewirkungen eines auf Drittforderungen beschränkten Zahlungsunfähigkeitsbegriffs für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit); *ders.*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 64 **Rn. 72 ff., 77**: Einmal abgesehen davon, dass § 65 Satz 3 »unmöglich den Zweck haben« könne, »die unerwünschte Krisenfinanzierung aus Gesellschafterhand zu perpetuieren«, führe »der fällige Rückzahlungsanspruch des Gesellschafter-Kreditgebers die Zahlungsunfähigkeit bereits« herbei, »weil er bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigt werden« müsse; scheinbar resignierend *Niesert/Hohler*, NZI 2009, 345, 350: Die Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne könne »wohl nicht durch die Zahlung auf eine fällige Verbindlichkeit hervorgerufen werden«, »da sich in diesem Fall die Liquiditätslücke *leider* gerade nicht« erhöhe, »sondern lediglich das zur Befriedigung der anderen Gläubiger stehende Aktivvermögen« verringere [Hervorhebung durch *Verf.*]; ebenfalls keinen Korrekturbedarf erkennend *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, § 8 **Rn. 89**, der um die »einheitliche Auslegung des § 64 GmbHG« fürchtet.

708 *Altmeppen*, FS Hüffer, 2010, S. 1, 6.

fall«, falls sachwidrige Ergebnisse drohen, keineswegs zwingend ist, das Begriffsverständnis des Insolvenzverursachungsverbots dann auch auf den Insolvenzgrund der »Zahlungsunfähigkeit« (§§ 15a, 17 InsO) zu übertragen. Die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach Gesellschafterdarlehen bei der Bestimmung der »Insolvenzreife« immer zu berücksichtigen sind, widerspricht der vorgeschlagenen Beschränkung des Zahlungsbegriffs auch deshalb nicht,⁷⁰⁹ weil sie sich ausschließlich auf die Überschuldungsbilanz, also den Insolvenzgrund der Überschuldung, und nicht auf die Zahlungsunfähigkeit bezieht.⁷¹⁰ Auch das Argument, der »Nichtanwendungsbefehl« (§§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG, 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) des neuen Rechts hinsichtlich der »Rückzahlungssperre«, welche die Rechtsprechung zum kapitaleretzenden Darlehen entwickelt habe, wolle »dem Gesellschafter heute ungeachtet einer Krise die Durchsetzung seines Rückzahlungsanspruchs ermöglichen«,⁷¹¹ vermag nicht zu überzeugen und erweckt den Eindruck einer *petitio principii*, denn entscheidender Grund für die Abschaffung der Rechtsprechungsregeln war der Wunsch des Gesetzgebers, die Rechtssicherheit durch den Verzicht auf das schwer zu fassende Tatbestandsmerkmal der »Krise« zu fördern, nicht aber etwa sein Bestreben, das Recht der Gesellschafterdarlehen möglichst weit zu liberalisieren. Dementsprechend hatte sich der Gesetzgeber der Insolvenzverursachungshaftung ja auch u. a. die Rolle zugedacht, die Aufgabe der Rechtsprechungsregeln zu kompensieren (oben **Rdn. 315** Fn. 407, **Rdn. 317** Fn. 409). Außerdem bliebe dann ja noch der alternative Korrekturvorschlag, den Zahlungsbegriff auf die Begründung von Verbindlichkeiten auszudehnen.⁷¹²

Dennoch vermag im Ergebnis keine der beiden vorgeschlagenen Korrekturen des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG (und § 64 Satz 3 GmbHG) zu überzeugen. Die Aussage, das Insolvenzverursachungsverbot erbege »keinen Sinn«, wenn es nicht die Begründung oder zumindest Erfüllung von Verbindlichkeiten ggü. Gesellschaftern erfasse,⁷¹³ ist nicht nachvollziehbar, denn diesem Verbot verbleibt trotzdem – bei überobligatorischen Erfüllungsleistungen (oben) – ein gewisser Anwendungsspielraum bei den Gesellschafterdarlehen und vor allem auch außerhalb dieses Bereichs (sowie allgemein außerhalb der Abwicklung marktüblicher Austauschgeschäfte) bei Leistungen *causa societatis*, soweit sie gesellschaftsrechtlich erlaubt sind. Bei der AG betrifft dies zwar wegen § 57 Abs. 3 AktG nur Zahlungen auf den Bilanzgewinn, bei der GmbH aber Entnahmen jeder Art, soweit sie nicht auf Kosten des Stammkapitals gehen (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Auch wenn es vorliegend zwar nur um die AG geht, ist bei der Auslegung des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG trotzdem zu berücksichtigen, dass diese Vorschrift aus Sicht des Gesetzgebers demselben Zweck dient wie § 64 Satz 3 GmbHG – Schließung von Lücken im Bereich des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger vor Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern – und »den weitgehenden Gleichlauf zwischen dem Recht der AG und der GmbH« wahren soll.⁷¹⁴ Es ist zudem nicht einzusehen, warum ein Verhalten sanktioniert

709 So aber *Altmeyen*, FS Hüffer, 2010, S. 1, 6, unter Hinweis auf »BGHZ 146, 264«.

710 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, Ls. 1: »Forderungen eines Gesellschafters aus der Gewährung eigenkapitaleretzender Leistungen sind, soweit für sie keine Rangrücktrittserklärung abgegeben worden ist, in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren«. Hierzu auch unten **Rdn. 435 ff.**

711 *Altmeyen*, FS Hüffer, 2010, S. 1, 6.

712 Warum ausgerechnet *Altmeyen* (FS Hüffer, 2010, S. 1, 6) diesen Vorschlag nicht einmal in Erwägung zieht, ist umso weniger nachvollziehbar, als er sich in Zusammenhang mit § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. und § 92 Abs. 2 AktG a. F. sogar selbst dafür ausgesprochen hatte, das Zahlungsverbot auf die »Verpflichtung der Gesellschaft« auszudehnen (*Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678).

713 So sinngemäß *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 64 **Rn. 99**.

714 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 52 (oben **Rdn. 315** Fn. 415). Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass ein völliger Gleichlauf schon daran scheitert, dass die Insolvenzverursachungshaftung ebenso wie die Insolvenzvertiefungshaftung im AktG gesetzestechnisch anders ausgestaltet ist als im GmbHG, denn die Worte »die gleiche Verpflichtung trifft« in § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG beziehen sich dort – anders als in § 64 Satz 3 GmbHG – nicht auf die Sanktion (vgl. § 64 Satz 1 GmbHG), sondern auf das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG (a. F. und n. F.). Während § 64 Satz 1 GmbHG der Höhe nach auf den Betrag der »Zahlung« beschränkt ist und als »Ersatzanspruch eigener Art« qualifiziert wird (BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter III.1.), ist das Verbot des § 92

werden sollte, das wie die Erfüllung von (fälligen, einredefreien) Verbindlichkeiten nachweislich nicht die Insolvenz verursacht. Auch die Begründung von Verbindlichkeiten ist, selbst bei einer Gesamtbetrachtung einschließlich ihrer späteren Erfüllung, keineswegs zwangsläufig mit einem Abgang an Liquidität verbunden. Gerade das Beispiel von (Gesellschafter-) Darlehen, die zunächst mit einer Zufuhr an Liquidität verbunden sind, belegt dies.

- 329 331 Eine Gesetzeslücke, die die Korrekturen rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber hat zwar seine Absicht zum Ausdruck gebracht, »ernstzunehmende Schutzlücken« für Gläubiger, die durch die Aufhebung der Rechtsprechungsregeln entstehen könnten, »durch flankierende Regelungen im Anfechtungsrecht« sowie – für die GmbH – durch § 64 Satz 3 GmbHG zu schließen.⁷¹⁵ An einem Nachweis, dass der Gläubigerschutz ohne eine korrigierende Auslegung der §§ 64 Satz 3 GmbHG, 92 Abs. 2 Satz 3 AktG in einer Weise unvollkommen wäre, wie sie vom Gesetzgeber nicht in Kauf genommen worden sein könnte, fehlt es aber gerade. Wer die Begründung von Verbindlichkeiten noch unter den Zahlungsbegriff subsumiert, strapaziert nicht nur den noch möglichen Wortlaut auf das Äußerste, sondern weitet den Tatbestand so erheblich aus, dass er sich die Frage gefallen lassen muss, warum der Gesetzgeber dann nicht gleich den Geschäftsleitern, in Anlehnung an die Existenzvernichtungshaftung, die Verursachung der Zahlungsunfähigkeit durch jede Art von Maßnahmen zugunsten von Gesellschaftern verboten, sondern sich bewusst für das zusätzliche Tatbestandsmerkmal »Zahlung« entschieden hat. Die vorgeschlagene Sonderbehandlung speziell der Erfüllung oder Begründung von *Gesellschafterforderungen* hängt somit methodisch in der Luft. Abgesehen von den dadurch aufgeworfenen Folgefragen (Anwendbarkeit des Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivilegs?) müssen sich ihre Befürworter die Frage gefallen lassen, ob sie im Grunde nicht der Wiedereinführung eines Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen *extra legem* das Wort reden, das der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit mit der Aufgabe der Rechtsprechungsregeln doch gerade unterbinden wollte.
- 330 332 Nach alledem erscheint es sachgerecht, i. R. d. Insolvenzverursachungsverbots beim herkömmlichen Verständnis der Zahlungsunfähigkeit und einem lediglich um den Gesichtspunkt der Liquiditätswirksamkeit modifizierten (oben Rdn. 318 ff.) Verständnis der Zahlung zu bleiben. Demnach riskiert der Vorstand einer AG, der noch *vor* Eintritt der Insolvenz Darlehensverbindlichkeiten ggü. Gesellschaftern erfüllt, eine Schadensersatzhaftung nach den §§ 92 Abs. 2 Satz 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG allein dann, wenn er überobligatorisch und damit liquiditätswirksam handelt, z. B. wenn die Verbindlichkeit noch nicht fällig war oder wenn ihr Einwendungen anderer Art gegenüberstanden. Der gesetzliche Nachrang der Darlehensforderung in der nachfolgenden Insolvenz (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) rechtfertigt für sich allein die Leistungsverweigerung ebenso wenig wie das Anfechtungsrecht nach den §§ 135, 143 InsO. Dies gilt selbst dann, wenn der Eintritt der Insolvenz (nicht aus Gründen der Zahlung, sondern aus anderen Gründen) innerhalb der Anfechtungsfrist für den Vorstand bei der Zahlung bereits mit einiger Sicherheit absehbar sein sollte, denn – abgesehen von den Prognoseschwierigkeiten – entsteht das Anfechtungsrecht ebenso wie der Nachrang erst mit Eintritt der Insolvenz. Ein vertraglich vereinbarter Nachrang berechtigt den Vorstand nur dann zur Leistungsverweigerung vor Eintritt der Insolvenz mit der Folge, dass eine Leistung trotz Verweigerungsrecht als liquiditätswirksam einzustufen wäre, wenn ein solches Leistungsverweigerungsrecht ausnahmsweise ausdrücklich oder konkludent Teil der Vereinbarung ist, insb. wenn der Rangrücktritt gerade auch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft vermeiden soll.⁷¹⁶

Abs. 2 (S. 1 und S. 3) AktG in die allgemeine Schadensersatzhaftung des Vorstands gem. § 93 AktG integriert, die auf Ersatz des kausalen Schadens gerichtet ist und betragsmäßig weit über die (Insolvenz verursachende) Zahlung an den Gesellschafter hinausgehen kann. Damit vermengt die Haftung nach § 92 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zwei unterschiedliche Aspekte miteinander – den Gläubigerschutz und die Treuepflicht des Vorstands ggü. der Gesellschaft.

715 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

716 So einleuchtend *Desch*, in: Bunnemann/Zirngibl, § 8 Rn. 87 i. V. m. der dortigen Fn. 121, der nachträgliche Rangrücktrittsvereinbarungen generell als *pacta de non petendo* betrachten und daher von der Zahlungsunfähigkeitsprüfung ausnehmen will.

e) Übergangsrecht

333-335

Soweit nach den vorstehenden Gesichtspunkten die sachlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 92 Abs. 2 Satz 3 (i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6) AktG erfüllt sind, stellt sich die Frage nach der zeitlichen Anwendbarkeit dieser Vorschrift. Von den speziellen Übergangsvorschriften des MoMiG kommt allein Art. 103d Satz 1 EGIInsO näher in Betracht (hierzu schon oben vor I., Rdn. 162 ff.). Dazu müsste § 92 Abs. 2 (S. 3) AktG eine gesetzliche Vorschrift sein, die »auf Insolvenzverfahren« anzuwenden ist, also in diesem Sinne insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist.⁷¹⁷ Am insolvenzrechtlichen Charakter des § 92 Abs. 2 AktG kann man allerdings zweifeln.

Zwar bescheinigt der Gesetzgeber höchstpersönlich der Erweiterung des § 64 GmbHG um Satz 3 einen »starken insolvenzrechtlichen Bezug«, der es »erleichtere«, »§ 64 als insolvenzrechtliche Norm zu qualifizieren und gemäß Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 S. 1 EuInsVO auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften anzuwenden, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland« liege.⁷¹⁸ Gem. Art. 4 EuInsVO regelt das Insolvenzrecht das »Insolvenzverfahren und seine Wirkungen« (Abs. 1) bzw. »unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist« (Abs. 2 Satz 1). Das an die Geschäftsleitung der (gesunden) Gesellschaft gerichtete Insolvenzverursachungsverbot mag hierzu nicht recht passen. Zwar macht die beispielhafte Aufzählung insolvenzrechtlicher Regelungsbereiche des Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO in Gestalt des Buchst. m) (Insolvenzanfechtung) deutlich, dass Gläubigerbenachteiligungen im Vorfeld der Insolvenz durchaus noch zum Insolvenzrecht dazugehören können. Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 AktG entsteht und wirkt aber – anders als das Insolvenzvertiefungsverbot – *nur* außerhalb der Insolvenz, auch wenn der Schadensersatzanspruch des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG dann zusätzlich i. R. d. haftungsbegründenden Kausalität den späteren Eintritt der Insolvenz voraussetzt. Die rechtliche Situation ist bei der AG insoweit ein bisschen klarer als bei der GmbH, wo das Zahlungsverbot nicht separat normiert ist, sondern in die Haftungsnorm des § 64 Satz 3 GmbHG hineingelesen werden muss.⁷¹⁹ Hinzu kommt, dass auch die Haftungsfolge bei der AG anders als bei der GmbH, wo man von einem Ersatzanspruch eigener (möglicherweise insolvenzrechtlicher) Art ausgeht, in die allgemeine, wohl unbestreitbar als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Geschäftsleiterhaftung (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) eingebettet ist (oben Rdn. 330 Fn. 449). Dies sind entscheidende Unterschiede, auch wenn die Regierungsbegründung davon ausgeht, durch die Regelung in § 92 Abs. 2 Satz 3 bzw. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG werde »der weitgehende Gleichlauf zwischen dem Recht der AG und der GmbH« gewahrt.⁷²⁰

Es versteht sich, dass der Insolvenzrechtsbegriff in Zusammenhang mit Art. 103d EGIInsO nicht notwendigerweise identisch ist mit demjenigen des Art. 4 EuInsO; die Argumente gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation erscheinen aber übertragbar. Damit ist eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechts einschließlich des rechtsstaatlichen Gebots der »Verlässlich-

717 So auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 64 Rn. 146: »Gesetzliche Vorschriften« i. S. d. Art. 103d EGIInsO seien »solche des Insolvenzrechts, auch soweit sie nicht in der InsO, sondern wie die Novellenregeln des früheren Eigenkapitalersatzrechts (zB §§ 32a, 32b [...]) andernorts kodifiziert« gewesen seien.

718 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

719 Zu der damit zusammenhängenden Frage, ob § 64 Satz 3 GmbHG dem Geschäftsführer ein Recht gewährt, die Erfüllung von Zahlungsansprüchen zu verweigern, s. z. B. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 3, § 64 Rn. 91 m. w. N. (bejahend). A. A. z. B. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 64 Rn. 107: »Entgegen teilweise geäußelter Ansicht« begründe § 64 Satz 3 GmbHG »– ebenso wie § 64 S 1 – nur einen Erstattungsanspruch, nicht auch ein Leistungsverweigerungsrecht«; ebenso OLG München, Urt. v. 06.05.2010 – 23 U 1564/10, ZIP 2010, 1236, juris-Rn. 20; § 64 Satz 1 und Satz 3 GmbHG begründen »jeweils nur einen Erstattungsanspruch, nicht auch ein Leistungsverweigerungsrecht« (unter Hinweis darauf, dass sich S. 3 gar nicht auf Fälle beziehen könne, in denen der Gesellschafter einen fälligen Anspruch gegen die GmbH habe, hierzu oben Rdn. 327).

720 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 52.

keit der Rechtsordnung⁷²¹ eröffnet mit der Folge, dass der Vorstand wegen einer Insolvenz verursachenden Zahlung nur dann sanktioniert werden kann, wenn diese Zahlung bereits bei ihrer Vornahme verboten war bzw. wenn damals zumindest der endgültige Gesetzesbeschluss (des Deutschen Bundestags) über das MoMiG vorlag.⁷²²

336-352 4. Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen und beihilferechtliches Rückforderungsgebot bei Darlehen der öffentlichen Hand

336 a) Problemstellung

334 336 Darlehen oder wirtschaftlich entsprechende Finanzierungshilfen der öffentlichen Hand an AGen können gegen europäisches Beihilferecht (Art. 107, 108 AEUV) verstoßen. Die beihilfegebenden Mitgliedstaaten sind dann unter bestimmten Voraussetzungen dazu verpflichtet, die Beihilfe zurückzufordern, wobei die Art und Weise, auf die die Rückerstattung rechtstechnisch sichergestellt wird, den nationalen Rechtsordnungen überlassen bleibt. Ist die öffentliche Hand an den AGen zu über 10 % (oben Rdn. 283) bzw. – nach altem Eigenkapitalersatzrecht – in einem »unternehmerischen« Umfang beteiligt (oben Rdn. 240 ff.), stellt sich die Frage, wie sich das beihilferechtliche Rückabwicklungsgebot zum zwingenden Nachrang von Rückerstattungsansprüchen aus Gesellschafterdarlehen, zur Anfechtbarkeit bereits erfolgter Rückzahlungen nach (altem und neuem) deutschem Insolvenzrecht sowie zum Verbot der Rückzahlung nach den gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechungsregeln zum bisherigen Eigenkapitalersatzrecht verhält. Das Problem wurde soweit ersichtlich im Jahr 2000 zum ersten Mal ausführlich im Schrifttum erörtert⁷²³ und im Jahr 2007 durch zwei Urteile des BGH vom gleichen Tage weitgehend entschieden.⁷²⁴ Ob es in Zukunft an Bedeutung gewinnt, bleibt abzuwarten. Die zahlreichen öffentlichen Finanzierungsleistungen der jüngeren Zeit i. R. d. Finanzmarktstabilisierung jedenfalls sind vom Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen generell ausgenommen (oben Rdn. 286) und – jedenfalls größtenteils – beihilferechtlich genehmigt.⁷²⁵

721 Hierzu z. B. BVerfG, Beschl. v. 03.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67, unter C. I.1.a. (m. w. N.): Vor dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes bedürfe es »besonderer Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens *nachträglich* belastend« ändere. »Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung« sei »eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen«. »Es würde den Einzelnen in seiner Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an sein Verhalten oder an ihn betreffende Umstände im Nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt seines rechtserheblichen Verhaltens galten«.

722 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67, unter C. I.1.b. (m. w. N.): Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG entfallende »das schutzwürdige Vertrauen in den Bestand der bisherigen Rechtsfolgenlage allerdings in der Regel schon im Zeitpunkt des endgültigen Gesetzesbeschlusses über die Neuregelung«. Mit dem Tag des Gesetzesbeschlusses müssten »die Betroffenen mit der Verkündung und dem Inkrafttreten der Neuregelung rechnen«. Auf die Rolle des Bundesrats geht das Gericht in diesem Zusammenhang nicht ein.

723 Bork, FS Lutter, 2000, S. 301 ff., der eine »Konkurrenz zwischen dem EU-rechtlichen Rückforderungsgebot und dem national-rechtlichen Nachranggebot« (ebenda, S. 301) erkennt; Smid, FS Uhlenbruck, 2000, S. 405 ff.; zuvor hatte schon Schroeder (ZHR 161 [1997], 805, 822 f.) die »Bedeutung des kapitalersetzenden Charakters einer Kapitalhilfe« wenigstens am Rande angesprochen. Nachfolgend z. B. von der Lühe/Lösler, ZIP 2002, 1752 ff.; Geuting/Michels, ZIP 2004, 12 ff.; Kiethe, ZIP 2007, 1248 ff.

724 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, »SKL-M«; BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, »CDA«.

725 S. Horn, BKR 2008, 452, 453: Die Kommission habe »die vom deutschen Gesetzgeber vorgesehenen Stabilisierungsmaßnahmen beihilferechtlich nach den neu geschaffenen Leitlinien für das Finanzgewerbe geprüft und am 28.10.2008 als nicht gegen das EU-Beihilferecht verstößend gebilligt«; hierzu auch die Mitteilung der Kommission, »Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise« (2009/C 16/01), ABIEU Nr. C 16/1 v. 22.01.2009; ferner Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.7.2011, IP/11/898, »Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt Umstrukturierungsplan und Beihilfen für die Hypo Real Estate«.

b) Europarechtlicher Rahmen

337-339

Die europarechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten, eine bereits gewährte Beihilfe zurückzufordern, ergibt sich aus einer entsprechenden Anordnung der EU-Kommission per Beschluss,⁷²⁶ in dem gleichzeitig festgestellt wird, dass die Beihilfe unvereinbar mit dem Binnenmarkt ist (Art. 108 Abs. 2, Art. 288 Abs. 4 AEUV i. V. m. Art. 14 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Satz 2, Art. 7 Abs. 5 VerfVO Nr. 659/1999). Solange die Kommission noch keine Entscheidung getroffen hat, besteht europarechtlich keine Pflicht, die Beihilfe endgültig zurückzufordern.⁷²⁷ Das (materielle) Beihilfeverbot gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV (Art. 87 Abs. 1 EGV, zuvor Art. 92 Abs. 1 EWGV) entfaltet selbst noch keine unmittelbare Wirkung gegen die Mitgliedstaaten, sondern setzt eine Konkretisierung durch einen Beschluss der Kommission gem. Art. 108 Abs. 2 (Art. 88 Abs. 2 EGV, zuvor Art. 93 Abs. 2 EWGV) voraus,⁷²⁸ der nach der Rechtsprechung des EuGH den Charakter einer Ermessensentscheidung besitzt.⁷²⁹ 337 335

Die Rückforderung durch den Beihilfe gebenden Staat hat »unverzüglich und nach den Verfahren« seiner eigenen Rechtsordnung zu erfolgen, »sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird« (Art. 14 Abs. 3 VerfVO).⁷³⁰ Durch die Rückzahlung soll der Empfänger den Vorteil verlieren, »den er auf dem Markt gegenüber seinen Konkurrenten besaß, und so »die Lage vor der Zahlung der Beihilfe [. . .] wiederhergestellt« werden.⁷³¹ Der Umstand, dass der Beihilfeempfänger nach Erlass der Kommissionsentscheidung in Insolvenz gefallen ist, lässt das Rückforderungsgebot unberührt.⁷³² Die Wiederherstellung der früheren Lage und die Beseitigung der aus den rechtswidrig gezahlten Beihilfen resultierenden Wettbewerbsverzerrung kann dann »grundsätzlich durch Anmeldung der Forderung nach Rückerstattung der betreffenden Beihilfen zur Konkurstabelle erfolgen«. ⁷³³ Nicht erforderlich ist, dass dem Staat im Insolvenzverfahren des Beihilfeempfängers in Bezug auf seinen Rückzahlungsanspruch ein Vorrang gegen die übrigen Gläubiger des Beihilfeempfängers eingeräumt wird.⁷³⁴ 338 336

726 VerfVO des Rates Nr. 659/1999, ABIEG Nr. L 83/1 v. 27.03.1999; aus der Zeit vor Erlass der VerfVO bereits EuGH, Urt. v. 12.07.1973 – Rs. C-70/72, Slg. 1973, 813, Tz. 21.

727 So auch BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-Rn. 28.

728 Z. B. EuGH, Urt. v. 22.03.1977 – Rs. C-78/76, EuGHE 1977, 595, Steinike und Weinlig, juris-Ls. 1 (und Tz. 10); Art. 93 EWGV (entspricht Art. 108 AEUV) gehe davon aus, dass die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt (jetzt: Binnenmarkt) in einem geeigneten Verfahren zu erfolgen habe, dessen Durchführung vorbehaltlich der Kontrolle durch den Gerichtshof Sache der Kommission sei. Dem Einzelnen sei es daher verwehrt, sich auf Art. 92 EWGV allein (ohne Konkretisierung durch eine Durchführungsverordnung nach Art. 94 EWGV [entspricht Art. 109 AEUV]) zu berufen, um die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinschaftsrecht vor einem nationalen Gericht unmittelbar oder inzidenter geltend zu machen.

729 EuGH, Urt. v. 11.07.1996 – Rs. C-39/94, EuGHE 1996, I-3547, Syndicat français de l'Express international (SFEI) u. a. ./ La Poste u. a., Tz. 36, m. w. N. (noch zu Art. 92 EGV): Das grundsätzliche Verbot von staatlichen Beihilfen sei »weder absolut noch unbeding, da insbesondere in Art. 92 Abs. 3 der Kommission ein weiter Ermessensspielraum bei der Zulassung von Beihilfen unter Abweichung von dem allgemeinen Verbot des Art. 92 Abs. 1 zugestanden« werde.

730 Aus der Zeit vor Erlass der VerfVO bereits EuGH, Urt. v. 21.03.1990 – Rs. C-142/87, EuGHE 1990, I-959, Königreich Belgien ./ Kommission, Tz. 61: Die Rückforderung einer zu Unrecht gewährten Beihilfe erfolge »grundsätzlich nach dem einschlägigen nationalen Verfahrensrecht«; »allerdings« dürfe »die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung dadurch nicht praktisch unmöglich werden«.

731 EuGH, Urt. v. 29.04.2004 – Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Deutschland ./ Kommission, Tz. 75.

732 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.09.1994 – Rs. C-278/92 u. a., EuGHE 1994, I-4103, Spanien ./ Kommission, Tz. 80: »Der Umstand, dass die Firma [. . .] nach Erlass der streitigen Entscheidung in Konkurs geraten« sei, sei »ohne Einfluss auf den vorliegenden Rechtsstreit«.

733 Z. B. EuGH, Urt. v. 29.04.2004 – Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Deutschland ./ Kommission, Tz. 85, m. w. N.

734 S. EuGH, Urt. v. 08.05.2003 – Rs. C-328/99 u. C-399/00, EuGHE 2003, I-4035, Italien./ Kommission, Tz. 69: Falls das Unternehmen zur Rückzahlung nicht in der Lage sein sollte, erlaubten die Erträge aus der Veräußerung der Aktiva dieses Unternehmens »die Befriedigung der verschiedenen Gläubiger, unter ihnen

337 339 Davon abgesehen hängt die Anwendbarkeit nationaler Vorschriften auf die Rückforderung einer mit dem Binnenmarkt (früher: Gemeinsamen Markt) für unvereinbar erklärten Beihilfe nach der Rechtsprechung des EuGH aber ausdrücklich von der »Bedingung« ab, dass sie »die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung« (entsprechend den vorgenannten Grundsätzen) ermöglichen.⁷³⁵ Dies entspricht auch der Auffassung des BVerfG, das anerkannt hat, dass Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts für den Fall des Widerspruchs zu innerstaatlichem Gesetzesrecht ggü. späterem wie früherem nationalen Gesetzesrecht »auch vor deutschen Gerichten der Anwendungsvorrang« zukommt.⁷³⁶

340-343 *c) Bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch*

338 340 Nach nationalem deutschem Recht ist ein als Beihilfe zu qualifizierender Darlehensvertrag, der bereits abgeschlossen wird und zu valutieren ist, bevor er bei der Kommission ordnungsgemäß angemeldet wurde und diese einen abschließenden (positiven) Beschluss über seine beihilferechtliche Rechtmäßigkeit getroffen hat, schon allein wegen des darin liegenden Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (sog. formelle Beihilferechtswidrigkeit) nach § 134 BGB nichtig. Dieses Durchführungsverbot ist nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar⁷³⁷ und daher bestimmt genug, um als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB qualifiziert zu werden.⁷³⁸

339 341 Nur wenn die materielle ausnahmsweise nicht von der formellen Beihilfewidrigkeit begleitet wird und die Kommission trotzdem die Rückforderung der Beihilfe anordnet, kommt es deshalb auf die Frage an, ob auch der Umstand, dass eine Beihilfe »mit dem Binnenmarkt unvereinbar« ist, weil sie i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV »den Handel zwischen Mitgliedstaaten« beeinträchtigt (sog. materielle Beihilfewidrigkeit), für sich genommen die Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB nach sich ziehen kann. Diese Situation kann etwa eintreten, wenn die Kommission es nach ordnungsgemäßer Notifizierung der beabsichtigten Beihilfe versäumt hatte, während der Vorprüfungsphase innerhalb von zwei Monaten (Art. 4 Abs. 5 Satz 1 VerfVO Nr. 659/1999) Stellung zu nehmen, so dass der Mitgliedstaat berechtigt war, das Vorhaben ohne vorherige Genehmigung durchzuführen.⁷³⁹ Die ganz überwiegende Ansicht verneint die Nichtigkeit des Vertrags in diesen Fällen mit dem über-

der Mitgliedstaat, auch wenn sich herausstellen sollte, dass sie zur Begleichung der gesamten Schulden des Unternehmens nicht ausreichend« seien, »so dass auch die Beihilfe nicht in vollem Umfang zurückgezahlt werden« könne. S. a. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-Rn. 44; Im Insolvenzfall genügte »Mitgliedstaat und Beihilfegeber ihrer Rückforderungsverpflichtung, auch wenn sie die Beihilfe nicht vollständig, sondern nur quotal« zurückerhielten.

735 EuGH, Urt. v. 05.10.2005 – Rs. C-232/05, EuGHE 2006, I-10071, Kommission ./, Französische Republik, Tz. 49, unter Berufung auf Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 659/1999.

736 Z. B. BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82 u. a., BVerfGE 85, 191, unter B. I., juris-Rn. 44 (zum Nachtarbeitsverbot): Dieser Anwendungsvorrang beruhe »auf einer ungeschriebenen Norm des primären Gemeinschaftsrechts, der durch die Zustimmungsgesetze zu den Gemeinschaftsverträgen in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 GG der innerstaatliche Rechtsanwendungsbefehl erteilt worden« sei; ebenso BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, »SKL-M«, juris-Rn. 27, zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.; insoweit fast wortgleich BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-Rn. 22, zu §§ 32a, 32b GmbHG sowie § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG analog.

737 EuGH, Urt. v. 11.12.1973 – Rs. C-120/73, Slg. 1973, 1471, Gebrüder Lorenz GmbH ./, BRD und Land Rheinland-Pfalz, Tz. 8: Das in Art. 93 Abs. 3 EWGV (entspricht Art. 88 Abs. 3 Satz 3 AEUV) enthaltene Durchführungsverbot besitze »unmittelbare Geltung und begründe Recht der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten« seien.

738 Z. B. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-Rn. 20; s. a. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-Rn. 34; Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV (entspricht Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) sei »als Verbotsgesetz zu behandeln, weil der mit ihm befolgte Zweck nicht anders zu erreichen« sei »als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung«.

739 Zur damals noch ungeschriebenen Zwei-Monats-Frist aus der Zeit vor Erlass der VerfVO s. EuGH, Urt.

zeugenden Hinweis darauf, dass das Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV mangels Bestimmtheit nicht unmittelbar anwendbar ist und der Konkretisierung durch die Ermessensentscheidung der Kommission (oben [Rdn. 337](#)) bedürfe.⁷⁴⁰ Auf die konkretisierende Kommissionsentscheidung, die die materielle Beihilfewidrigkeit verbindlich feststellt (oben [Rdn. 337](#)), lässt sich nicht abstellen, weil sie erst nach Vertragsschluss getroffen wird, aber schon bei Vertragsschluss feststehen sollte, ob er nichtig ist oder nicht. Der Versuch, diesem Dilemma dadurch aus dem Weg zu gehen, dass man versucht, diese Entscheidung gedanklich auf den Zeitraum vor Vertragsschluss vorzuverlagern, indem man sie zur bloßen »Bedingung« erklärt, die dem (offenbar aufschiebend) bedingten Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV zur Wirksamkeit verhilft,⁷⁴¹ vermag nicht zu überzeugen. Vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das Verbot i. S. d. § 134 BGB grds. vor Vertragsschluss in Kraft sein muss,⁷⁴² wirkt er konstruiert.

Bürgerlichrechtliche Rechtsfolge der Nichtigkeit des Darlehensvertrags wegen der formellen Beihilfewidrigkeit ist ein Rückzahlungsanspruch der öffentlichen Hand gegen das geförderte Unternehmen gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Dabei kann sich das Unternehmen wegen seiner Bösgläubigkeit (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 BGB) nicht auf den Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen. Der Rückforderungsanspruch scheitert auch nicht an § 814 BGB (Kenntnis der Nichtschuld), weil diese Vorschrift nur als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben widersprüchliches Verhalten des Leistenden verhindern will, aber nicht die Aufgabe hat, gesetzeswidrige Zuwendungen zu legalisieren. Die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB ist ebenfalls nicht einschlägig, weil sie auf dem Gedanken beruht, dass derjenige, der sich selbst außerhalb der Sitten- und Rechtsordnung stellt, keinen Rechtsschutz erhalten soll.⁷⁴³ Dort aber, wo – wie hier – die Rückabwicklung nicht nur im Interesse des Leistenden, sondern im öffentlichen Interesse (hier: Durchsetzung des Europarechts) liegt, passt diese Vorschrift nicht.⁷⁴⁴

Solange die Kommission noch keinen verbindlichen Negativbeschluss über die (materielle) Beihilfewidrigkeit getroffen hat, besteht keine europarechtliche Pflicht zur Rückforderung der Darlehensvaluta (oben [Rdn. 337](#)). Sollte dem Darlehen nach altem Recht eigenkapitalersetzender Charakter beizumessen sein, würde das hierauf aufbauende gesellschaftsrechtliche Rückforderungsverbot nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG a. F. analog also nicht durch entgegenstehendes Europarecht überlagert werden.⁷⁴⁵ Sollte die Gesellschaft im vorgenannten Zeitfenster insolvent werden, gilt Entsprechendes für das insolvenzrechtliche (alte und neue) Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen. Bei der dort vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtung (vgl. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.; § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.) gibt es keinen Anlass, den bereicherungsrechtlichen nicht ebenso wie den vertragsrechtlichen Rückerstattungsanspruch als »Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines (Gesellschafter-)Darlehens« i. S. d. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und 135 (Abs. 1) InsO a. F. und n. F. zu qualifizieren.⁷⁴⁶ Anders ist die Rechtslage, wenn die Kommission die Rechts-

v. 11.12.1973 – Rs. C-120/73, Slg. 1973, 1471, Gebrüder Lorenz GmbH ./ BRD und Land Rheinland-Pfalz, Tz. 4.

740 Z. B. *Bork*, in: FS Lutter, 2000, S. 301, 302 f., m. w. N.

741 So (ohne weitere Begründung) z. B. *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 805, 811 f.

742 So z. B. *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 134 [Rn. 12a](#).

743 *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 817 [Rn. 11](#); s. a. BGH, Urt. v. 06.05.1965 – II ZR 217/62, BGHZ 44, 1, 6, unter IV.3.: Mit dem Makel der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit behaftete Rechtsgeschäfte sollten »nicht vor die staatlichen Gerichte gebracht werden«.

744 Vgl. BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45, Ls., zu einem sittenwidrigen, nach dem Schneeballsystem organisierten »Schenkkreis«: Der Konditionssperre nach § 817 Satz 2 BGB könnten »ausnahmsweise der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion (§ 138 Abs. 1 BGB) [...] entgegenstehen«.

745 Offen gelassen vom BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-[Rn. 36](#): Es brauche nicht entschieden zu werden, »ob der bloße Verstoß gegen das Durchführungsverbot den auch gegenüber dem Bereicherungsanspruch möglichen Eigenkapitalersatzeinwand bereits entfallen« lasse.

746 So indirekt wohl auch der BGH, s. Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-[Rn. 21](#): Die

widrigkeit der Beihilfe festgestellt (sog. »Negativentscheidung«, Art. 7 Abs. 5 VerfO Nr. 659/1999) und die Rückforderung angeordnet hat. Hierauf ist nachfolgend unter **Rdn. 344 ff.** einzugehen.

344-352 d) *Zivilrechtliche Wirkungen der europarechtlichen Rückforderungsanordnung*

344-348 aa) *Gesetzlicher Nachrang des Rückforderungsanspruchs?*

342 344 Schon der Umstand, dass das Europarecht die Anmeldung des Rückzahlungsanspruchs zur Insolvenztabelle verlangt, zeigt, dass es mit einem bloß nachrangigen Rückzahlungsanspruch nicht getan ist. Denn nachrangige Ansprüche können nur ausnahmsweise angemeldet werden, wenn das Insolvenzgericht hierzu besonders auffordert (§ 174 Abs. 3 Satz 1 InsO).⁷⁴⁷ Dies wird das Insolvenzgericht nur tun, wenn mit einer Befriedigung der nachrangigen Forderungen zu rechnen ist. Davon ist i. d. R. nicht auszugehen, sodass der Nachrang die Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs dann *de facto* unmöglich macht.⁷⁴⁸ Auch der deutsche Gesetzgeber rechnet, wie die Erlässfiktion des § 225 Abs. 1 InsO speziell für den Insolvenzplan zeigt, damit, dass der auf die Gläubiger zu verteilende Unternehmenswert in aller Regel nicht einmal ausreichen wird, die nicht nachrangigen Gläubiger voll zu befriedigen.⁷⁴⁹

343 345 Dementsprechend verlangt der EuGH, wie gesehen, zwar keinen Vorrang des Rückzahlungsanspruchs in der Insolvenz und akzeptiert insoweit die bloß quotale Erfüllung, gibt sich aber auch mit einem Nachrang nicht zufrieden (oben **Rdn. 338 f.**). Schon eine solchermaßen eindeutige Stellungnahme des EuGH, dem das europarechtliche Auslegungsmonopol zusteht, verbietet den Einwand, die mit dem Nachrang verbundene höhere Quote der übrigen Gesellschaftsgläubiger sei im Hinblick auf die anstehende Liquidation der insolventen Gesellschaft »wettbewerbsneutral und damit gemeinschaftsrechtlich ohne Interesse«, also beihilferechtlich zulässig, die Art. 87, 88 EGV (Art. 107, 198 AEUV) zielten »nicht darauf ab, den Gläubigern ungerechtfertigte Vorteile zu entziehen, sondern ausschließlich darauf, dem Unternehmen die ungerechtfertigte Beihilfe zu entziehen und damit die Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen«.⁷⁵⁰

344 346 Auch inhaltlich trifft der Einwand nicht zu. Dies liegt *zwar* weniger daran, dass der Beihilfegeber als nachrangiger Gläubiger mangels eines Rechts zur Einberufung der Gläubigerversammlung (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 InsO) und mangels Stimmrechts in dieser Versammlung (§ 77 Abs. 1 Satz 2 InsO) nicht

Bereicherungsansprüche seien »aufgrund der europarechtlichen Vorgaben im Insolvenzverfahren als nicht nachrangige Insolvenzforderungen zu behandeln (§ 38 InsO)« [Hervorhebung durch Verf].

747 Darauf verweist auch der BGH (Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-**Rn. 33**). Ein Verstoß gegen das europarechtliche Gebot, dass der Staat »wie bei jedem Rückforderungsverfahren [...] als sorgfältiger Gläubiger handeln und dazu alle verfügbaren Instrumente seiner Rechtsordnung einsetzen« muss (EuGH, Urt. v. 08.05.2003 – Rs. C-328/99 u. C-399/00, EuGHE 2003, I-4035, Tz. 69), lässt sich in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO allerdings entgegen der Auffassung des BGH nicht erkennen, denn dieses Gebot steht ja gerade unter dem Vorbehalt der nach der nationalen Rechtsordnung (also einschließlich § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) verfügbaren Instrumente.

748 So ebenfalls BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-**Rn. 33** (»faktisch unmöglich«), der hinzufügt, die »auch nur teilweise Befriedigung nachrangiger Insolvenzforderungen« sei »regelmäßig nicht zu erwarten«. Dies verkennt z. B. *Kiethe*, ZIP 2007, 1248, 1253, der ausführt, eine Befriedigung sei »nicht in jedem Fall ausgeschlossen, zumal die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangigen Forderungen immerhin noch vor der Auskehrung eines eventuell bestehenden Überschusses an den Schuldner bzw. die Gesellschafter befriedigt« würden; *ders.*, ebenda, S. 1254: Die Rückforderung werde durch den Nachrang »gerade nicht unmöglich gemacht«.

749 So zum Grundgedanken der Regelung *Braun/Frank*, in: Braun, InsO, § 225 **Rn. 1**.

750 *Bork*, in: FS Lutter, 2000, S. 301, 314: Die Auswirkungen auf den Wettbewerb seien »schon durch die Liquidation des insolventen Unternehmens als solches beseitigt, so dass das Europarecht an der Frage, wer zu welchem Anteil am Liquidationserlös« partizipiere, »nicht mehr interessiert zu sein« brauche; ähnlich *Geuting/Michels*, ZIP 2004, 12, 15: Die Kapitalersatzvorschriften seien »wettbewerbsneutral« und stünden »folglich nicht per se im Widerspruch zu den Zwecksetzungen eines (gleich wie formulierten) Kommissionsbescheides«.

dazu in der Lage wäre, in einer Weise »Einfluss« auf das Insolvenzverfahren zu »nehmen«, »die notwendig ist, um den mit der Beihilfe erlangten Wettbewerbsvorteil vollständig abzuschöpfen und sein teilweises Weiterwirken auch im Falle einer (übertragenden) Sanierung des Schuldnerunternehmens zu verhindern«. ⁷⁵¹ Denn auch ein Status als gewöhnlicher Insolvenzgläubiger i. S. d. § 38 InsO würde angesichts des insolvenzrechtlichen Mehrheitsprinzips (z. B. §§ 57 Satz 1, 76 Abs. 2 InsO, 244 Abs. 1 Nr. 1 InsO) dem Beihilfegeber keineswegs zwingend einen bestimmenden Einfluss bescheeren, und vor allem lässt sich der Rechtsprechung des EuGH eine über die Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs hinausgehende Verantwortung des Beihilfegebers, etwa dahin gehend, dass er die Veräußerung des geförderten Unternehmens unterbinden müsste, wenn sie zu einer Perpetuierung des Wettbewerbsvorteils in der Person des Erwerbers führen würde, nicht entnehmen. ⁷⁵²

Ausschlaggebend ist *aber*, dass das Insolvenzverfahren nach der InsO gar nicht zwangsläufig zur Li- 347 345
quidation des Unternehmensträgers und vor allem seines Unternehmens führt und dass insb. die – zweifelsohne wettbewerbsrelevante – übertragende Sanierung des betriebenen Unternehmens (und der Erhalt der Arbeitsplätze) möglich ist, ⁷⁵³ auf deren Erfolg sich der Rang des Beihilferückforderungsanspruchs durchaus auswirken vermag. ⁷⁵⁴ Hinzu kommt ein generalpräventiver Aspekt: Der Umstand, dass die Gläubiger der insolventen Beihilfeempfängerin vom Nachrang des Beihilferückzahlungsanspruchs durch eine höhere Quote profitieren, verschafft zwar nicht mehr unbedingt *dieser* Gesellschaft oder dem von ihr betriebenen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil, aber den beihilfestützten Unternehmen generell, denn er führt dazu, dass die Beihilfe die Kreditwürdigkeit dieser Gesellschaften ungeachtet ihrer Europarechtswidrigkeit erhöht.

Nach alledem ist festzuhalten, dass eine (bereicherungsrechtliche) Forderung des Beihilfegebers auf Rückzahlung der Beihilfe entgegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. und n. F. bzw. § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts *nicht* als *nachrangig* anzusehen ist, wenn der Beihilfegeber aufgrund einer Kommissionsentscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV (Art. 88 Abs. 2 EGV) i. V. m. der VerfVO Nr. 659/1999 verpflichtet ist, die unerlaubte Beihilfe zurückzufordern. ⁷⁵⁵ 348 346

751 So BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, »SKL-M«, juris-Rn. 35. Nicht nachvollziehbar in diesem Zusammenhang *Smid*, FS Uhlenbruck, 2000, S. 405, 418, für den »die verfahrensrechtliche Stellung der die Beihilfe rückfordernden Gläubigerin [...] durch ihre Qualifikation als nachrangige Insolvenzforderungen nicht beeinträchtigt« wird, »da gem. § 13 Abs. 1 InsO auch nachrangige Insolvenzgläubiger antragsbefugt sind«.

752 Vielmehr zieht der EuGH hier die Einbeziehung des Unternehmenserwerbers in den Wirkungsbereich des europarechtlichen Rückforderungsgebots in Betracht. S. EuGH, Urt. v. 29.04.2004 – Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Deutschland ./i. Kommission, Tz. 86: Würden »Auffanggesellschaften gegründet, um einen Teil der Tätigkeiten des Unternehmens, das die Beihilfen erhalten« habe, »nach seinem Konkurs fortzuführen«, so könne »nicht ausgeschlossen werden, dass gegebenenfalls auch diese Gesellschaften zur Rück-erstattung der fraglichen Beihilfen verpflichtet sein« könnten, »falls erwiesen wäre, dass ihnen der tatsächliche Nutzen des mit dem Erhalt dieser Beihilfen verbundenen Wettbewerbsvorteils verblieben« sei.

753 Z. B. *Kießner*, in: Braun, InsO, § 1 Rn. 4.

754 Ähnlich BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-Rn. 36: »Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens« sei »die Gefahr weiterer Beeinträchtigungen des Wettbewerbs noch nicht gebannt«. Der Insolvenzverwalter könne »den Betrieb des Beihilfeempfängers – möglicherweise über längere Zeit – fortführen«. Damit nutze »er den auf der unerlaubten Beihilfe beruhenden Wettbewerbsvorteil aus«. Diese Gefahr bestehe »auch dann, wenn es zu einem Insolvenzplanverfahren« komme. Schließlich sei »es denkbar, dass der Betrieb des Beihilfeempfängers an eine Auffanggesellschaft veräußert« werde, »die gemäß § 138 Abs. 2 InsO als nahe stehend anzusehen« sei und dass sich die Wettbewerbsbeeinträchtigung dort fortsetze.

755 So zu Recht BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-Rn. 23; ebenso BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103, juris-Rn. 29: Die Verpflichtung zur Rückforderung werde »mit der Anmeldung im Insolvenzverfahren [...] nur dann effektiv und unverzüglich umgesetzt, wenn die Rückforderungsansprüche als nicht nachrangige Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) behandelt«

349 *bb) Rückforderungssperre nach alten Rechtsprechungsregeln?*

347 349 Entsprechende Überlegungen führen dazu, dass sich die Rückforderungsanordnung der Kommission auch ggü. der Rückzahlungssperre durchsetzen muss, die entsprechend den kapitalersatzrechtlichen Rechtsprechungsregeln aus § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG a. F. analog abgeleitet wird (oben **Rdn. 239, 247, 249 ff.**) und bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens wirkt.⁷⁵⁶ Soweit § 57 Abs. 1 AktG a. F. somit die Rückforderung der verbotenen Beihilfe verhindert, ist diese Vorschrift gem. Art. 108 Abs. 2 AEUV i. V. m. der EG-VO Nr. 659/1999 nicht anzuwenden.⁷⁵⁷ Dazu, dass die Erfüllung einer Verbindlichkeit (hier: aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) nicht unter den Tatbestand des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG n. F. fällt, s. o. **Rdn. 323, 327 ff.**

350-352 *cc) Anfechtung von Rückzahlungen im Vorfeld der Insolvenz?*

348 350 Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Leistungen, durch die für eine Darlehensrückgewährforderung Sicherung oder Befriedigung gewährt wird (§ 135 Abs. 1 InsO a. F. und n. F.; § 6 AnfG), ist eine Konsequenz der Verstrickung dieser Forderung: Sie soll verhindern, dass der gesetzliche Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. und n. F. leer läuft⁷⁵⁸ bzw. – außerhalb eines Insolvenzverfahrens – einen solchen Nachrang in gewisser Weise mit den Mitteln der Anfechtung nachbilden. Folglich kommt eine Anfechtung nach §§ 135 InsO, 6 AnfG nicht in Betracht, soweit der gesetzliche Nachrang vor dem europarechtlichen Rückforderungsgebot zurückweichen muss (Insolvenzanfechtung) bzw. zurückweichen müsste, wenn es ein Rangverhältnis gäbe (Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens).

349 351 Einer solchen Einschätzung scheint der BGH in einer seiner beiden Entscheidungen von 2007 allerdings zu widersprechen. »Sofern und soweit die Rückgewähr von Eigenkapital oder eigenkapitalersetzenden Leistungen die übrigen Gläubiger« benachteilige, könne das (»nur«) »auf dem Wege der Gläubiger- oder Insolvenzanfechtung korrigiert werden«.⁷⁵⁹ Es bestehe »kein Anlass«, die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung »nicht anzuwenden«, denn »anderes als diejenigen [ebenfalls im Vorfeld der Insolvenz anwendbaren] über die Kapitalerhaltung« (§ 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG) betreffen sie nicht das »Ob« der Rückforderung, sondern deren »Wie«.⁷⁶⁰ Mit dem »Wie« meint das Gericht, wie sich aus dem weiteren Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, den »insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz«,⁷⁶¹ den der EuGH in Gestalt der lediglich »unvollständigen« (quotalen) Erfüllung der Insolvenzforderungen bei ungenügender Masse anerkannt hat,⁷⁶² sowie das Recht der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO als folglich ebenfalls europarechtlich zulässiges Mittel zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsprinzips und der lediglich quotalen Befriedigung bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens.⁷⁶³ Seinen Gedankengang schließt

würden. Zuvor im Schrifttum z. B. bereits *von der Lühe/Lüsler*, ZIP 2002, 1752, 1757 f.: Das »deutsche Kapitalersatzrecht« könne »bei der Durchführung der Rückforderung keine Anwendung finden«.

756 S. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 24**: Aus dem Eigenkapitalersatzcharakter der unerlaubten Beihilfen resultierten »keine Einwendungen gegen Rückforderungsansprüche, und zwar insbesondere nicht nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln in entsprechender Anwendung der § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG [a.F.]«.

757 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 26**, zu den § 30 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 GmbHG a. F. (im Verhältnis zu Art. 88 Abs. 2 EGV).

758 Z. B. *de Bra*, in: Braun, InsO, § 135 **Rn. 2**.

759 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 38**.

760 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 43**.

761 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 46**.

762 S. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 44**: »Im Insolvenzfall« genügten »Mitgliedstaat und Beihilfegeber ihrer Rückforderungsverpflichtung, auch wenn sie die Beihilfe nicht vollständig, sondern nur quotale« zurückerhielten. Diese Einschränkung greife »schon ein, sobald der Beihilfempfänger zahlungsunfähig« sei, und hänge »nicht davon ab, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der Kommission bereits das Insolvenzverfahren eröffnet« worden sei.

763 BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 45** (zur Begründung der Anfecht-

das Gericht mit der Bemerkung ab, anfechtungsrechtlich sei der Rückforderungsanspruch »daher wie jede andere Forderung zu behandeln«. ⁷⁶⁴

Diese Argumentation überzeugt durchaus, soweit sie die allgemeinen, gegen eine Bevorzugung des Anfechtungsgegners ggü. den übrigen Insolvenzgläubigern gerichteten Anfechtungsgründe der §§ 130 bis 134 InsO sowie der §§ 3 bis 5 AnfG betrifft. Auf die Anfechtung nach § 135 InsO und § 6 AnfG passt sie aber gerade nicht, ⁷⁶⁵ denn diese Anfechtungsgründe sind nicht auf die Gleichbehandlung des Anfechtungsgegners mit den übrigen Gläubigern, sondern auf seine (dem gesetzlichen Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entsprechende) Benachteiligung gerichtet. In dem vom BGH entschiedenen Fall, den das Gericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung über die Anfechtungsgründe an die Vorinstanz zurückverwiesen hat, stand auch gar nicht eine Anfechtung nach § 135 InsO zur Debatte, sondern nach § 130 InsO ⁷⁶⁶ sowie nach § 133 InsO. ⁷⁶⁷

5. Bewertung der Neuregelung

353-378

a) Praktische Auswirkungen

353-356

Hinsichtlich ihres *personellen* Anwendungsbereichs führt die Neuregelung bei der AG zu einer Verschärfung ggü. dem bisherigen Recht, denn das von der Rechtsprechung entwickelte Erfordernis einer unternehmerischen Beteiligung, die typischerweise bei der Sperrminorität von 25 % angesetzt wurde, ist entfallen, sodass nur noch solche Aktionäre dem personellen Anwendungsbereich des Sonderrechts entgehen, die unter die 10 %-Grenze des Kleinbeteiligtenprivilegs fallen (oben **Rdn. 283**). 353 351

In Bezug auf den *sachlichen* Bereich der erfassten Aktionärsdarlehen (oder wirtschaftlich entsprechenden Leistungen) ändert das neue Recht im Vergleich zum alten Recht, soweit die Gesellschaft insolvent geworden ist, weniger als man auf den ersten Blick vermuten könnte. Der Verzicht der Neufassung auf das Tatbestandsmerkmal des kapitalersetzenden Charakters des Darlehens bzw. der Finanzierungsentscheidung in der »Krise« spielt praktisch keine beachtenswerte Rolle. Schon nach altem Recht nämlich gelten Darlehen, die vor der Krise gewährt wurden, in der anschließenden Insolvenz regelmäßig als verstrickt, ⁷⁶⁸ weil jede Insolvenz mit einer vorausgehenden oder zumindest gleichzeitigen ⁷⁶⁹ Krise verbunden ist, die den Ansatzpunkt für die Rechtsfigur des »Stehenlassens« bietet, und weil die für die Zurechnung des Stehenlassens geforderte Möglichkeit des Gesellschafters, »die den Eintritt der Krise begründenden Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen«, regelmäßig vermutet wird (oben **Rdn. 180**). 354 352

barkeit nach den »§§ 129 ff. InsO«, ebenda, juris-**Rn. 41 ff.**): »Auch wenn das Insolvenzverfahren bei Erlass der Kommissionsentscheidung noch nicht eröffnet, der Beihilfeempfänger aber bereits zahlungsunfähig« sei oder dies »wegen der Rückforderung« werde, könne »der Beihilfegeber nicht die vollständige Rückzahlung der wettbewerbsverzerrenden Beihilfe erreichen«, sondern müsse »sich mit einer Quote begnügen«. Zu Unrecht allerdings beruft sich *Cranshaw*, DZWIR 2008, 89, unter II.2.e., in seiner Besprechung dieses BGH-Urteils für die ausdrückliche Anerkennung der Insolvenzanfechtung ggü. dem staatlichen Rückzahlungsempfänger auf die Entscheidung EuGH, Urt. v. 08.05.2003 – Rs. C-328/99 u. C-399/00, EuGHE 2003, I-4035, Italien ./ Kommission (bezeichnenderweise ohne Angabe einer konkreten Tz.).

⁷⁶⁴ BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 46**.

⁷⁶⁵ A. A. *Cranshaw*, DZWIR 2008, 89, unter II.2.e. (in ausdrücklicher Abkehr von seiner gegenteiligen früheren Auffassung): Auch § 135 InsO dürfte herangezogen werden können, »da auch bereicherungsrechtliche Ansprüche eigenkapitalersetzend sein« könnten »und die Verneinung des Nachrangs durch den BGH nicht ohne Weiteres auch bedeuten müsse die Anfechtbarkeit nach § 135 InsO auszuschließen«.

⁷⁶⁶ BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 53 ff.**

⁷⁶⁷ BGH, Urt. v. 05.07.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129, juris-**Rn. 49 ff.**

⁷⁶⁸ Zur fehlenden *praktischen* Bedeutung des »kapitalersetzenden« Charakters der Darlehen im bisherigen Recht z. B. *Gebhard*, DB 1984, 1385, 1387; *Drukarczyk*, FS Schneider, 1995, S. 171, 177 ff., 188; *Noack*, DB 2006, 1475, 1480; *Buck*, 2006, S. 198 f.

⁷⁶⁹ Zur fehlenden Unterscheidbarkeit von Krise und Insolvenz s. *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 431–438.

- 353 355 Auch in Bezug auf die Voraussetzungen für die Anfechtung von Erfüllungs- oder Besicherungsleistungen in Zusammenhang mit Rückgewähransprüchen aus Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellten Forderungen ergeben sich folglich keine allzu großen Unterschiede. Die Anfechtungsfristen (§ 135 InsO, § 6 AnfG) sind unverändert geblieben, und schon nach altem Recht war dem empfangenden Gesellschafter der Einwand verbaut, das zuvor eigenkapitalersetzende Darlehen habe im Augenblick der Rückzahlung diese Funktion nicht mehr besessen (oben **Rdn. 248**). Allerdings hatte die einjährige Anfechtbarkeit von Befriedigungshandlungen nach § 135 Nr. 2 InsO a. F. bislang angesichts des mit § 143 InsO konkurrierenden Anspruchs aus § 57, 62 AktG a. F. analog wohl keine nennenswerte praktische Bedeutung.
- 354 356 Größere Unterschiede zwischen altem und neuem Recht verbleiben, solange die Gesellschaft (noch) nicht insolvent ist. Das betrifft die Rechtsprechungsregeln, die ggf. dazu führen können, dass der Vorstand einer AG ein bereits zurückbezahltes Darlehen vom Aktionär wieder zurückfordert. Die neue Insolvenzverursachungshaftung des Vorstands (und der GmbH-Geschäftsführer) ersetzt das Ausschüttungsverbot gem. § 93 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 57 Abs. 1 analog AktG a. F. nur in besonderen Konstellationen (oben **Rdn. 330 ff.**), abgesehen davon, dass die neue Haftung nicht die Gesellschafter selbst erfasst. Praktisch dürfte dieser Unterschied jedoch allenfalls bei einem personellen Wechsel im Vorstand Bedeutung erlangen, und auch hier angesichts der für die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts vorausgesetzten »unternehmerischen Beteiligung« und der damit verbundenen gesellschaftsinternen Machtverhältnisse nur in Ausnahmefällen.

357-360 *b) Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts?*

- 355 357 Die Selbsteinschätzung des Gesetzgebers, er habe die »Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens [...] aufgegeben«, ist in dem Kontext, in dem sie getroffen wurde, nämlich der »Aufgabe der *Rechtsprechungsregeln*«⁷⁷⁰ durch § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. bzw. § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F. (oben **Rdn. 260 f.**), zumindest vordergründig nachvollziehbar. Schließlich setzt die Anwendung der genannten Vorschriften auf die (eigentlich bilanzneutrale) Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens in der Logik der Rechtsprechung ein gedankliches Ausblenden des (gleichzeitig mit der Rückgewähr erlöschenden) Anspruchs des Gesellschafters auf Rückzahlung voraus, das seinen inneren Grund in dem Postulat findet, dass eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen »wie haftendes Eigenkapital« zu behandeln seien (oben **Rdn. 168, 173**). Mit der ausdrücklichen Herausnahme der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (und wirtschaftlich entsprechender Leistungen) aus dem Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr scheint der Gesetzgeber daher insoweit den Gleichlauf des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes mit der handelsbilanziellen Behandlung von Gesellschafterdarlehen als Fremdkapital wiederherzustellen. Zwingend wäre diese Deutung allerdings nur, wenn Gesellschafterdarlehen aus Sicht des Gesetzgebers schon *per se* nicht (mehr) »eigenkapitalersetzend« sein können und der Gesetzgeber dies, nicht zuletzt angesichts seiner Erfahrungen bei der Einführung der Novellenregeln von 1980 (oben **Rdn. 233 ff.**), mittels der genannten Ergänzungen der Kapitalerhaltungsvorschriften lediglich klarstellen wollte, um sicherzustellen, dass die Rechtsprechung es zukünftig ebenfalls so sieht. Die Anreicherung des Gesetzes mit lediglich deklaratorischen, sachlich überflüssigen Elementen würde aber dem ausdrücklichen Bestreben des Gesetzgebers nach Vereinfachung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen (s. o. **Rdn. 256**) nicht gerecht. Schon deshalb erscheint die Deutung der §§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG und 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG als konstitutive, gestaltende Regelung⁷⁷¹ i. S. eines echten Ausnahmetatbestands plausibler. Dafür spricht auch die Formulierung »*Aufgabe*« der »*Rechtsprechungsregeln*« (**Rdn. 161, 163, 260**).

770 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42 und 56 f., zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E [Hervorhebung durch *Verf.*].

771 So wohl auch *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930, wenn er von »gesetzlich verordneter Rechtsrückbildung« spricht.

Im Zusammenhang mit der Umgestaltung der *Novellenregeln* ist die verbreitete Ansicht von der Auf- 358 356
 gabe der gesamten Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens (und nicht nur
 der Rechtsprechungsregeln) insoweit richtig, als man das Adjektiv »eigenkapitalersetzend«⁷⁷² ent-
 sprechend dem bisherigen Tatbestand als zusätzliche, nämlich an das Bestehen einer Krise im Zeit-
 punkt der Darlehensgewährung (oder des Stehenlassens) anknüpfende Tatbestandsvoraussetzung
 der insolvenzrechtlichen Zurückstufung bzw. Anfechtung, also quasi als Inbegriff der Darlehens-
 gewährung in der Krise begreift.⁷⁷³ Dies ist aber nicht zwingend. Man könnte die bisherige Qualifi-
 zierung der Gesellschafterdarlehen als »eigenkapitalersetzend« auch von den Rechtsfolgen her be-
 trachten. Denn durch das Verbot der Berücksichtigung bzw. seit der Insolvenzrechtsreform
 1994/1999⁷⁷⁴ mit praktisch gleichem Ergebnis⁷⁷⁵ durch den Nachrang im Insolvenzverfahren
 und die diesen ergänzende Anfechtbarkeit bestimmter Erfüllungs- und Sicherungsleistungen ver-
 suchte der Novellen-Gesetzgeber (im Anschluss an die vorausgegangene Rechtsprechung zur »Um-
 qualifizierung«⁷⁷⁶ von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital, wenn auch mit anderen Mitteln), ge-
 rade dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Gesellschafterdarlehen »der Sache nach die Natur einer
 Einlage« gewinnen, sobald sie »eine zu schwache Kapitaldecke auffüllen« sollten.⁷⁷⁷ Die Beschrän-
 kung der Rückforderung solcher Darlehen in der Insolvenz der Gesellschaft diene dazu, »um den
 Gesellschaftern die Berufung auf ihre formelle Rechtsstellung als Gesellschaftsgläubiger abzuschnei-
 den und die von ihnen gewährten Darlehen so einzuordnen, wie sie in diesen Fällen ihrer Natur ent-
 sprechen«.⁷⁷⁸

Nicht die Darlehensgewährung in der Krise als solche, sondern erst die daraus abgeleitete Eigenkapi- 359 357
 talähnlichkeit solcher Darlehen⁷⁷⁹ war für den Novellengesetzgeber also Rechtfertigung der insol-
 venzrechtlichen Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen. Diese Rechtsfolgen haben sich mit
 der Reform aber ihrer Natur nach nicht geändert, sodass durchaus auch das neue Recht als Ausdruck
 der Eigenkapitalähnlichkeit der Gesellschafterdarlehen – jetzt sogar ohne das zusätzliche Erfordernis
 einer Krise – interpretiert werden kann, zumal überzeugendere alternative Erklärungsansätze für die
 Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen nicht zur Verfügung stehen (unten Rdn. 361 ff.). Von
 daher gibt es nach der Reform durch das MoMiG sachlich nicht weniger Anlass als zuvor, von »Eigen-
 kapitalersatzrecht« zu sprechen.⁷⁸⁰ Der Unterschied zum alten Recht liegt dann hauptsächlich in den

772 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, zur Aufhebung der §§ 32a und 32b GmbHG: Auf
 die Qualifizierung »kapitalersetzend« werde künftig verzichtet; *dies.*, ebenda, S. 57: »durchgängige Auf-
 gabe des Merkmals ›Krise«.

773 So wohl z. B. *Huber*, in: FS Priester, 2007, S. 259, 261, zum RefE MoMiG: Auf die Frage, ob das Darlehen
 oder der auf andere Weise geleistete Finanzierungsbeitrag zum Zeitpunkt seiner Gewährung »kapitalerset-
 zend« sei oder nicht, solle es in Zukunft nicht mehr ankommen.

774 Art. 49 EGInsO, BGBl. I 1994, S. 2911, 2931.

775 So schon Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 123, zu § 46 InsO-E (»Nachrangige Insolvenzgläubiger«):
 Bei der Verteilung eines im Insolvenzverfahren liquidierten Vermögens an die Gläubiger werde es »in
 den meisten Fällen ohne praktische Bedeutung sein, ob die Gläubiger der in der Vorschrift aufgeführten
 Forderung ein Recht auf nachrangige Befriedigung« hätten »oder ob sie ganz von der Verfahrensteilnahme
 ausgeschlossen« seien.

776 S. nur BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 341.

777 Begr. RegE eines »Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haf-
 tung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften«, BT-Drucks. 8/1347, S. 39, zu § 32a GmbHG-E. Die
 Umstellung von der Durchsetzungssperre zur Nachrangigkeit durch die Insolvenzrechtsreform (§ 39
 Abs. 1 Nr. 5 InsO, § 32a Abs. 1 GmbHG) beruht nicht auf einer abweichenden Betrachtung des Charak-
 ters von Gesellschafterdarlehen durch den Gesetzgeber, sondern auf insolvenztechnischen Überlegungen.
 S. Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 123, § 46 InsO-E, und Begr. RegE EGInsO, BT-
 Drucks. 12/3803, S. 86, zur Anpassung des § 32a GmbHG an die Änderung der InsO.

778 Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1347, S. 39.

779 Zur Kritik am Topos des Eigenkapitalersatzcharakters s. *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 421 ff.; *Buck*,
 2006, passim, z. B. S. 84 f.

780 So auch *Bork*, ZGR 2007, 250, 258: Davon, dass es künftig keine eigenkapitalersetzenden Darlehen mehr
 gebe, könne keine Rede sein. Vielmehr blieben Regelungsgrund und Rechtsfolgen dieselben; ähnlich *Beck*,

gesunkenen Anforderungen, die das Gesetz an die »Umqualifizierung« der Gesellschafterdarlehen stellt.⁷⁸¹ Gesellschafter tragen nunmehr *per se* und nicht mehr nur ab dem Zeitpunkt der Krise gegenüber den (übrigen) Gesellschaftsgläubigern in Höhe ihrer bisherigen Finanzierungsleistung die »Verantwortung« dafür, dass ihre Gesellschaft nicht insolvent wird (zur »Finanzierungs(folgen)verantwortung« der Gesellschafter nach altem Recht s. o. **Rdn. 172**). Die bereits festgestellte geringe *praktische* Bedeutung der Änderungen im sachlichen Anwendungsbereich des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen (oben **Rdn. 353 ff.**) steht bei dieser Sichtweise im Einklang mit der *rechtssystematischen* Bedeutung der Reform.⁷⁸²

358 **360** Nachfolgend bleibt noch in der hier gebotenen Kürze darzulegen, dass sich das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen nicht auf eine andere, überzeugendere rechtssystematische Grundlage stützen kann als den Gedanken der »Finanzierungsverantwortung«⁷⁸³ und der »Umqualifizierung«, und dass es sich daher dem Großteil der grundlegenden, bereits gegen das alte Recht vorgebrachten Einwände (»Fundamentalkritik«) aussetzt.

361-378 c) *Fehlen eines neuen, überzeugenden inneren Grundes für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen*

361-365 aa) *Gesetzesmaterialien zum MoMiG*

359 **361** Die Gesetzesmaterialien zum MoMiG beschäftigen sich nicht mit der inneren Rechtfertigung des Sonderrechts, sondern stützen sich auf pragmatische Erwägungen, nämlich die »Rechtssicherheit und einfachere Handhabbarkeit der Eigenkapitalgrundsätze«⁷⁸⁴ bzw. die »erhebliche Vereinfachung des Rechts der GmbH«⁷⁸⁵ sowie die Übereinstimmung mit »international verbreiteten Regelungsmustern«, durch welche die Regelung »für die Rechtspraxis wesentlich einfacher« werde und die GmbH »im Wettbewerb der Rechtsformen an Attraktivität« gewinne.⁷⁸⁶ Hinzu kommt noch, speziell zur Neuregelung der Nutzungsüberlassung in § 135 Abs. 3 InsO, eine flüchtige, in keiner Weise

Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, 2006, S. 397, zum RefE MoMiG: Obschon der Kapitalersatzgedanke vordergründig aufgegeben werde, bestimme er weiterhin die vorgeschlagenen Sonderregeln für Gesellschafterdarlehen; ebenso zum RefE *Ekkenga*, WM 2006, 1986 (1986): Die anfechtungs- und insolvenzrechtliche Umqualifizierung des Darlehens in haftendes Ersatzkapital bleibe erhalten.

781 Ähnlich *Bork*, ZGR 2007, 250, 255, 257 f.: Das neue Recht frage zwar nicht mehr nach dem eigenkapitalersetzenden Charakter des Gesellschafterdarlehens, dies dürfte »aber nur daran liegen, dass dieser als regelmäßig gegeben unterstellt« werde; ders., ebenda, S. 257: Es werde »unwiderleglich vermutet«, dass sich die Gesellschaft »in der ›Krise‹« befinde.

782 Ähnlich *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602 f.: Es sei »entgegen der Behauptung in der Regierungsbegründung nicht die Krise als Tatbestandsmerkmal ›abgeschafft‹ worden, sondern der Gesetzgeber ›könne‹ »nur ihre in der Praxis bisweilen aufwändige Prüfung erübrigen«. »In Wirklichkeit« werde »die Krise zwar ausschließlich binnen der kritischen Fristen (§ 135 InsO n. F.; § 6 AnfG n. F.), aber dafür unwiderlegbar vermutet«.

783 S. a. *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG-MoMiG, Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach dem MoMiG (vormals §§ 32a, b GmbHG a. F.), **Rn. 7**: Überwiegend werde das neue Recht als eine Beseitigung des Konzepts der Finanzierungsverantwortung verstanden. Man könne es »mit gleichem Recht« als eine »Verallgemeinerung des Konzepts der Finanzierungsverantwortung« bezeichnen, »weil vorbehaltlich der Privilegien nunmehr jede Gesellschafterfremdfinanzierung der Sonderbehandlung« unterliege.

784 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, unter Verweisung auf BGH, Urt. v. 30.01.2006 – II ZR 357/03. S. BGH, ebenda, ZIP 2006, 466, unter II., juris-**Rn. 8** (in Zusammenhang mit der unwiderleglichen Vermutung des Eigenkapitalersatzcharakters während der Anfechtungsfrist, oben **Rdn. 248**): Nach den »jüngst veröffentlichten Vorschlägen zur Neugestaltung des Eigenkapitalersatzrechts« sollten die Novellenregeln »auch im Interesse größerer Rechtssicherheit und einfacherer Handhabbarkeit der Eigenkapitalersatzgrundsätze [...] ausgebaut werden«.

785 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42, zur Aufhebung der §§ 32a und 32b GmbHG a. F. und dem Verzicht auf die Qualifizierung »kapitalersetzend« in § 39 InsO.

786 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 56, zu § 39 Abs. 1 InsO, speziell in Bezug auf die Aussage, »jedes Gesellschafterdarlehen« sei »bei Eintritt der Insolvenz nachrangig«.

näher begründete und damit wertlose Bezugnahme auf die »Treuepflicht der Gesellschafter«,⁷⁸⁷ Der Wille des Gesetzgebers zu einem rechtssystematischen Paradigmenwechsel ist nicht erkennbar.

Der von rein pragmatischen Erwägungen getragene Hinweis der Bundesregierung auf »international verbreitete Regelungsmuster« ist überdies, soweit sich dies angesichts seines pauschalen Charakters überhaupt beurteilen lässt, inhaltlich nicht nachvollziehbar, sofern man einmal von dem durch das deutsche Recht beeinflussten⁷⁸⁸ österreichischen Recht absieht. Im *US-Recht* etwa, um mit der wichtigsten ausländischen Insolvenzrechtsordnung zu beginnen, ist es für die Anwendung des § 510(c) US-Bankruptcy Code entsprechend den von der Rechtsprechung des Supreme Court entwickelten Grundsätzen der »equitable subordination« keine zwingende Voraussetzung, dass der durch den Konkursrichter zurückgestufte Gläubiger Mitglied der insolventen Gesellschaft ist⁷⁸⁹ oder auch nur, dass der Schuldner eine Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung ist. Gleiches gilt für die Rechtsfigur der »recharacterization« (Umqualifizierung) eines Darlehens in Eigenkapital, bei der i. Ü. die Auslegung des Willens des Geldgebers, nicht aber wie bei der »equitable subordination« die Sanktionierung unbilligen Verhaltens im Vordergrund zu stehen scheint.⁷⁹⁰

Auch das *englische* und *französische* Recht, um zwei wichtige europäische Rechtsordnungen herauszugreifen, kennen keine spezifischen Regeln über Gesellschafterdarlehen.⁷⁹¹ In die Richtung der deutschen Haftung des (satzungsmäßigen und faktischen) Geschäftsleiters wegen Insolvenzverschleppung geht § 215 Abs. 4 des englischen Insolvency Act 1986, der dem Insolvenzgericht eine Rückstufung von Ansprüchen von satzungsmäßigen und faktischen Geschäftsleitern erlaubt, gegen die der Vorwurf des »fraudulent trading« (§ 213 Insolvency Act) oder des »wrongful trading« (§ 214 Insolvency Act) begründet ist. Dies setzt jeweils ein vorwerfbares Verhalten des Geschäftsleiters voraus.⁷⁹²

Im französischen Recht wird die Rückforderung von Gesellschafterdarlehen (»comptes courants d'associés«) selbst in der (ökonomischen) Krise der Gesellschaft nur an den allgemeinen Kriterien des Rechtsmissbrauchs gemessen, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben.⁷⁹³ Auch die Vergabe von Darlehen, sei es durch Gesellschafter oder durch Dritte, an Gesellschaften oder andere Personen zum Nachteil der (übrigen) Gläubiger kann nur unter Missbrauchsgesichtspunkten (»octroi abusif de crédit«) eine (Schadensersatz-) Haftung des Darlehensgebers nach sich

787 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59, zu § 135 Abs. 3 InsO: Es würde »der Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens sowie der Treuepflicht der Gesellschafter widersprechen, wenn zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassene Gegenstände nach Insolvenzeröffnung jederzeit zurückverlangt werden könnten, obwohl diese zur Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung« seien. »Selbst wenn der Gesellschafter keinen wesentlichen Beitrag zur Sanierung der Gesellschaft leisten« wolle, ergebe »sich aus seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, dass er alles zu unterlassen« habe, »was die Interessen der Gesellschaft nachhaltig« schädige. Kritisch zur Rechtsfigur der Treuepflicht als gesellschaftsrechtlichem Universalargument *Reiner*, 1995, S. 155 f.

788 Zur österreichischen Rechtsprechung, die dem österreichischen Eigenkapitalersatzgesetz von 2003 (BGBl. I Nr. 92/2003) vorausgegangen ist, *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 309 f.

789 Z. B. *Huber/Habersack*, ZGR Sonderheft 17 (2006), 370, 381; ferner die weiteren Belege bei *Fleischer*, DSStR 1999, 1774, 1776, dort Fn. 41.

790 *Huber/Habersack*, ZGR Sonderheft 17 (2006), 370, 382 f.

791 *Huber/Habersack*, ZGR Sonderheft 17 (2006), 370, 385: »Keine spezifischen Regeln über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen«; für einen entsprechenden Befund zum russischen Recht s. *Heeg*, 2003, S. 59 – 61.

792 *Huber/Habersack*, ZGR Sonderheft 17 (2006), 370, 386. Die von den *Autoren* ebenfalls in den Vergleich mit dem Eigenkapitalersatzrecht einbezogene Anfechtungsvorschrift des § 239 Insolvency Act ähnelt, bis auf die bei Leistungen an verbundene Personen erheblich längeren Anfechtungsfristen, deutlich mehr der Deckungsanfechtung nach § 130 InsO als dem § 135 InsO.

793 *Fleischer*, DSStR 1999, 1774, 1776 f., m. w. N. aus der französischen Rechtsprechung.

ziehen (Art. 1382 f. code civil), sofern dieser im Zeitpunkt der Kreditvergabe die ausweglose Situation des Kreditnehmers kannte.⁷⁹⁴

363 365 Angesichts dieses Befunds wirkt die Regierungsbegründung mit ihrer Bezugnahme auf »international verbreitete Regelungsmuster« wie leere Rhetorik.

366-373 *bb) Ansätze zur Begründung des neuen Rechts im Schrifttum*

364 366 Die bisherigen Versuche im Schrifttum, das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen auf eine rechtssystematische Grundlage zu stellen und angesichts der Streichung des Merkmals der »Krise« nun ohne den Gedanken der »Finanzierungs(folgen)verantwortung« auszukommen, überzeugen ebenfalls nicht.⁷⁹⁵

367-368 *(1) Ausgleich für die Haftungsbeschränkung*

365 367 Teilweise wird vorgebracht, der gesetzliche Nachrang von Gesellschafterdarlehen sei ein Ausgleich für die Möglichkeit der Gesellschafter, unternehmerisch tätig zu sein, ohne mit ihrem persönlichen Vermögen für die Gesellschaftsschulden einstehen zu müssen.⁷⁹⁶ Dieses »Haftungsprivileg« lasse sich »rechtspolitisch nur rechtfertigen, wenn das Gesetz dafür Sorge« trage, »dass das Vermögen, mit dem die Gesellschafter die Gesellschaft tatsächlich ausgestattet haben, in der Insolvenz der Gesellschaft unverkürzt zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung« stehe. Es handele sich »bei dem Prinzip der insolvenzrechtlichen Rückstufung der Gesellschafterforderungen um eine notwendige Ergänzung der Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, die anderenfalls die ihnen vom Gesetz zugedachte Funktion nicht erfüllen« könnten.⁷⁹⁷

366 368 Dieser Argumentation, die ein wenig an die »nominelle Unterkapitalisierung« des Eigenkapitalersatzrechts erinnert,⁷⁹⁸ ist zu erwidern, dass die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen mit dem Preis eines besonderen Schutzes des Gesellschaftsvermögens (Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung) »erkauft« wird. Warum dieser »Preis« noch erhöht werden soll, indem Darlehensverbindlichkeiten (oder sogar sämtliche Verbindlichkeiten⁷⁹⁹) der Gesellschaft ggü. Gesellschaf-

794 Näher *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 443. Nachzutragen ist, dass Art. L. 650–1 Abs. 1 code de commerce i. d. F. des Gesetzes v. 26.07.2005 »de sauvegarde des entreprises« mit dem Ziel einer Beschränkung der durch die Rechtsprechung zum »octroi abusif de crédit« verursachten Verunsicherung der Banken eine Art »Sanierungsprivileg« geschaffen hat. Danach haften Gläubiger außer in Fällen von Bösgläubigkeit, von faktischer Geschäftsführung und von Übersicherung nicht für Schäden, die durch die Unterstützung, die sie dem Schuldner gewährt haben (»concorso consentis«), entstanden sind. Noch ungeklärt ist dabei, ob sich diese Haftungsbefreiung nur auf Leistungen bezieht, die im Rahmen eines gesetzlichen Schlichtungsverfahrens (»procédure de conciliation«) im Vorfeld der Zahlungseinstellung erbracht werden (so *Robine*, Recueil Dalloz 2006, S. 69 ff.).

795 So auch *Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, 2006, S. 395, 397 – 398 zum RefE MoMiG: S. 397: Es fehle eine »tragende Rechtfertigung« für die unterschiedslose Behandlung aller Gesellschafterdarlehen als nachrangig.

796 *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 (1), zur GmbH.

797 *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 (1); *dies.*, ebenda, S. 2: Die Rückstufung der Forderungen der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft und die Anfechtbarkeit der auf solche Forderungen im Vorfeld der Insolvenz erbrachten Leistungen sei »– neben der Pflicht zur Aufbringung des satzungsmäßigen Stammkapitals – als der Preis aufzufassen, den die Gesellschafter als Ausgleich dafür zu entrichten« hätten, »dass ihnen im Verhältnis zu den außenstehenden Gesellschaftsgläubigern das Privileg der Haftungsbeschränkung zugute« komme.

798 S. z. B. *Boujong*, FS Odersky, 1996, S. 737, 746, zur GmbH: Die nominelle (in Abgrenzung zur materiellen) Unterkapitalisierung liege vor, wenn die Gesellschafter zwar für eine »ausreichende Kapitalausstattung« sorgten, »aber nicht mit haftendem Eigenkapital, sondern als Fremdkapital, insbesondere Gesellschafterdarlehen«.

799 S. *de lege ferenda* den Ansatz von *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2: Die Rückstufung solle »auch nicht auf Forderungen aus Darlehensgewährung und aus Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung wirt-

tern in der Insolvenz der Gesellschaft zunächst unbeachtet bleiben, bis die übrigen Gläubiger befriedigt werden, und warum es sich hier um eine »notwendige« Ergänzung des Kapitalschutzes handeln soll, bleibt unklar. Es handelt sich hierbei um eine pure Behauptung. Die Aussage, das Haftungsprivileg lasse sich »rechtspolitisch nur rechtfertigen, wenn Vermögen, mit dem die Gesellschafter die Gesellschaft tatsächlich ausgestattet« hätten, »in der Insolvenz der Gesellschaft unverkürzt zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung« stehe, mag man zwar teilen. Die entscheidende Lücke in der Argumentation ist aber doch, dass sie nicht erklärt, *warum* Gesellschafter nicht auch neben ihrer Rolle als Eigenkapitalgeber Gläubiger sein dürfen.⁸⁰⁰ Hinzu kommt, dass dieser Ansatz die Privilegierung von Kleinbeteiligten nicht zu erklären vermag, obwohl diese Gesellschafter ebenfalls von der beschränkten Haftung profitieren.⁸⁰¹

(2) *Spekulieren auf Kosten der übrigen Gläubiger (dank der Nähe und des Informationsvorsprungs)*

369-373

Ein anderes Argumentationsmuster zur Rechtfertigung der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen ggü. Darlehen Außenstehender, das bereits zum alten Recht verwendet wurde,⁸⁰² aber nun mit dem angeblichen Wegfall der (für die meisten mit der Finanzentscheidung in der Krise verbundenen) Finanzierungs(folgen)verantwortung in den Vordergrund gerückt zu sein scheint, ist die »Nähe« der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft⁸⁰³ und ihr damit verbundener »Informationsvorsprung«.⁸⁰⁴ Diese aus seiner Mitgliedschaft resultierenden Vorteile dürften den Gesellschafter nicht,

schaftlich entsprechen, beschränkt werden, sondern unterschiedslos auf alle Insolvenzforderungen des Gesellschafters erstreckt werden«.

800 Ähnlich *Beck*, 2006, S. 397: Der Grundgedanke, dass zum Ausgleich für die Haftungsbeschränkung das Vermögen der Gesellschaft in vollem Umfang zur Befriedigung der »außenstehenden« Gesellschaftsgläubiger dienen solle, »negiere« die Gläubigerstellung der Gesellschafter.

801 Besonders deutlich *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3602: »Diese dogmatische Deutung des Rechts der Gesellschafterdarlehen [als Preis für die Beschränkung der persönlichen Haftung des Gesellschafter-Kreditgebers], welches angeblich mit einer Krisenfinanzierung des Gesellschafters gar nichts mehr zu tun habe«, sei »nicht haltbar«: Es sei »verfassungswidrig« (Art. 3, 14 GG), »einen Kreditgeber, der womöglich noch nicht einmal unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt« sei, »im Verhältnis zu anderen Gläubigern wesentlich schlechter zu behandeln, wenn sein marktüblich abgewickelter Darlehen mit einer Krisenfinanzierung nicht das Geringste zu tun« habe.

802 S. z. B. BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM ./ WestLB«, unter I.4.: Mit der Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen mit haftendem Eigenkapital solle »verhindert werden, dass ein Gesellschafter, der die notleidende Gesellschaft nicht durch die sonst gebotene Hergabe fehlenden Eigenkapitals, sondern durch Darlehen über Wasser zu halten« suche, »das damit verbundene Finanzierungsrisiko auf außenstehende Gläubiger abwälzen« könne.

803 S. z. B. *Noack*, DB 2006, 1475, 1480, zum RefE MoMiG: Die finanzierenden Gesellschafter seien »näher dran, weshalb sie – im zeitlichen Rahmen eines Jahres – eher als die Gläubiger an der Malaise zu beteiligen« seien, »auch dann, wenn diese auf einem externen Schock« beruhe. S. a. (kritisch) *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1934, zum RefE MoMiG: Die Sonderbehandlung von Gesellschafterkrediten werde »nur noch auf den Gedanken gestützt: »Die Gesellschafter sind näher dran!«; *ders.*, in: Scholz, 10. Aufl. 2010, GmbHG-MoMiG, Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach dem MoMiG (vormals §§ 32a, b GmbHG a. F.), Rn. 7: »Nach wie vor« sei »die Behandlung der Gesellschafterkredite Ausdruck der Finanzierungsfreiheit [. . .], jedoch nur noch verbunden mit der Annahme, der Gesellschafter als Kreditgeber sei im Verhältnis zu anderen Gläubigern »näher dran«, sodass die Gläubiger vor einer vorzeitigen Selbstbedienung der Gesellschafter geschützt werden« müssten; ablehnend *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3603.

804 *S. Cahn*, AG 2005, 217, 223: Ausgangspunkt für eine Reform des Kapitalersatzrechts müsse die Erkenntnis sein, dass die Gefahr einer Gesellschafterfremdfinanzierung in der Krise in dem »Anreiz« für den Gesellschafter bestehe, »übermäßige Risiken zu Lasten Dritter einzugehen«, der »vor allem auf einem durch die Nähe zur Gesellschaft und ihrer Geschäftsführung bedingten Informations- und Einflussvorsprung« beruhe.

so ist der Gedanke, dazu in die Lage versetzen, abgesichert auf Kosten außenstehender Gläubiger zu spekulieren.⁸⁰⁵

- 368 370 Einem solchen Begründungsansatz lässt sich bereits entgegenhalten, dass über einen »Informationsvorsprung« nicht nur Gesellschafter mit einer Beteiligung von über 10 % des Grundkapitals (vgl. § 39 Abs. 5 InsO), sondern auch Kleinbeteiligte⁸⁰⁶ und Dritte, insb. Banken, verfügen können.⁸⁰⁷ Gerade Letztere besitzen regelmäßig, nicht zuletzt aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben (insb. § 25a KWG, MaRisk BA, Abschnitt BTO 1), einen detaillierten, regelmäßig aktualisierten und Aktionären, selbst wenn sie mit über 10 % beteiligt sind (vgl. § 39 Abs. 5 InsO), häufig überhaupt nicht zugänglichen Einblick in die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft.⁸⁰⁸
- 369 371 Zudem bleibt unklar, warum die Gesellschafter wegen ihres Informationsvorsprungs ausgerechnet *in der Insolvenz* ggü. den übrigen Gläubigern benachteiligt werden sollen, wenn der »Informationsvorsprung« gar nicht mehr zum Tragen kommt,⁸⁰⁹ einmal ganz abgesehen davon, dass es nicht einzusehen ist, warum Gesellschafter, die ihre (Mit-) Gläubiger durch ihre eigene, besser informierte Gläubigerstellung benachteiligen, hierfür im Gegenzug mit ihrer eigenen Benachteiligung durch den verordneten Nachrang ihrer Forderungen sanktioniert werden sollten.⁸¹⁰
- 370 372 Des Weiteren kennt das *allgemeine* Recht der Insolvenzanfechtung (außerhalb des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen) in Gestalt des § 138 InsO bereits eine Vorschrift, welche die auf einer mehr als 25 %-igen Kapitalbeteiligung oder auf einer »vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen [. . .] Verbindung« zur insolventen Gesellschaft beruhende »Möglichkeit«, sich über deren »wirtschaftlichen Verhältnisse zu unterrichten«, erfasst (Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 1) und mit der Vermutung von Bösgläubigkeit belegt (§§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 Satz 2 oder 133 Abs. 2 InsO), aber gleichzeitig berücksichtigt, dass eine besondere Gläubigergefährdung auch aus Näheverhältnissen anderer Art resultieren kann (insb. § 138 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 InsO).⁸¹¹ Schon deshalb hätte es nahe gelegen, den als problema-

805 Zum neuen Recht in diesem Sinn wohl *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1934: »Risikokapital ist nachrangig!«. S. (zum alten Recht) bereits BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, »BuM/WestLB«, unter I.4.: »Ein Gesellschafter, der die notleidende Gesellschaft nicht durch die sonst gebotene Hergabe fehlenden Eigenkapitals, sondern durch Darlehen über Wasser zu halten« suche, solle »nicht in der Erwartung, sein Geld aufgrund besserer Informationsmöglichkeiten notfalls noch beizeiten in Sicherheit bringen zu können, auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger spekulieren dürfen«. Dazu *Goette*, ZHR 162 (1998), 223, 227: Die »Insiderstellung« des Gesellschafter-Gläubigers habe in BGHZ 90, 381, 388 f., nur »als zusätzlicher Aspekt eine Rolle« gespielt. Entscheidend sei sie »zur Begründung des Eigenkapitalersatzrechts« nicht.

806 So auch *Cahn*, AG 2005, 217, 222 f.: Ansätze, die den »tragenden Grund für die Finanzierungsfolgenverantwortung in der Mitgliedschaft und dem Missbrauch damit verbundener Informationsrechte« sähen, vermochten nicht die Privilegierung (des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.) für geringfügig beteiligte Gesellschafter zu erklären.

807 S. hierzu *Buck*, 2006, S. 91 f. (zum Eigenkapitalersatzrecht).

808 Anders *Cahn*, AG 2005, 217, 227. Er möchte Kreditgeber, die über Informations- und Einflussmöglichkeiten ggü. dem Schuldner verfügen und darauf spekulieren, diesen Vorsprung ggü. anderen Gläubigern ausnutzen zu können, anders als Gesellschafter auf »die allgemeinen Anfechtungsvorschriften der InsO und des AnfG und ergänzend die Haftung wegen Insolvenverschleppung« verweisen.

809 S. *Cahn*, AG 2005, 217, 220 f.: »Nicht stimmig« sei, »dass auch solche Darlehen in der Insolvenz der Gesellschaft subordiniert« würden, »die nicht abgezogen worden« seien »und hinsichtlich derer sich daher die Gefahr, dass der Gesellschafter seinen Informationsvorsprung und etwaigen Einfluss auf die Geschäftsführung zum Nachteil der übrigen Gläubiger ausnutzt, nicht realisiert« habe.

810 So auch *Cahn*, AG 2005, 217, 223: Darüber hinaus müsste sich die Rechtsfolge konsequenterweise darauf beschränken, »eine vorrangige Befriedigung von Gesellschafterforderungen zu verhindern, so dass deren Subordinierung zu weit ginge«.

811 Vgl. diese gesetzliche Regelung mit einer ganz entsprechenden, von der Rechtsprechung entwickelten Vermutung zum Eigenkapitalersatzrecht in der Fallgruppe des »Stehenlassens«, etwa in BGH, Urt. v. 07.11.1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, unter III.2.c.aa.: Nach der Rechtsprechung des Senats reiche es »für die Umqualifizierung jedenfalls aus, dass der Gesellschafter die wirtschaftlichen Verhältnisse

tisch erkannten Informationsvorsprung des Gesellschafters zunächst *an dieser Stelle* einer Lösung zu zuführen.⁸¹² Für die Anfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in Insolvenznähe kommt aus dem Kreis der allgemeinen Anfechtungsregeln insb. § 130 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 InsO in Betracht. Soweit die allgemeinen Anfechtungsfristen nicht für ausreichend empfunden werden,⁸¹³ mag dies Anlass zu einer entsprechenden Korrektur sein. Es kann aber eine Verantwortlichkeit, die abgehoben vom eigentlichen Anfechtungsgrund der Gläubigerbenachteiligung (vgl. § 129 Abs. 1 InsO) nur noch am Informationsvorsprung anknüpft, nicht rechtfertigen.

Schließlich wohnt dem Gedanken des Spekulierens auf Kosten der übrigen Gläubiger das Unwerturteil »missbräuchlichen unternehmerischen Verhaltens« inne,⁸¹⁴ dem mit der Tatbestandsvoraussetzung der Finanzierungsentscheidung in der »Krise« ein tauglicher Anknüpfungspunkt verloren gegangen ist.⁸¹⁵

cc) Weitere Erklärungsansätze

374-378

Für die übrigen, durchgängig bereits zum Eigenkapitalersatzrecht vorgetragenen Begründungsansätze⁸¹⁶ wird, soweit sie überhaupt noch auf das neue Recht passen, auf die hierzu vorgetragenen rechtssystematischen und praktischen (z. B. Sanierungsfeindlichkeit) Kritikpunkte verwiesen.⁸¹⁷ Die zum alten Recht entwickelte Erkenntnis hat nach wie vor Bestand: Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft benachteiligen die übrigen Gesellschaftsgläubiger nur dann in einer sanktionswürdigen Weise, wenn sie dazu beitragen, das Leben der Gesellschaft künstlich zu verlängern.⁸¹⁸ Sofern dies den darlehensgebenden Gesellschaftern bewusst ist (was häufig aufgrund ihrer Nähe zur Gesellschaft der Fall sein wird, aber eben nicht zwingend ist), ist es sachgerecht, sie hierfür zur Verantwortung zu ziehen. Im Merkmal der »Krise« des alten Rechts, beschrieben als Zustand der Kreditunwürdigkeit (oben Rdn. 178 f., 185, 189),⁸¹⁹ kam der Gedanke im Kern zum Ausdruck, was aus damaliger Sicht und auf Basis der (auch heute noch) herrschenden Meinung zum Charakter der Insolvenzantragspflicht (§§ 64 Abs. 1 GmbHG a. F., 92 Abs. 2 AktG a. F. bzw. § 15a InsO n. F.) als Schutzgesetz zugunsten der – mit jeweils unterschiedlichen Ausprägungen – Alt- und Neugläubiger⁸²⁰ den Einwand

»seiner« Gesellschaft, die den Eintritt der Krise« begründeten, »kennen« könne und müsse, »wovon im Normalfall auszugehen« sei.

812 Vgl. Beck, 2006, S. 381: Es sei Aufgabe des Insolvenzanfechtungsrechts, diejenigen Nachteile für die Gläubiger Gesamtheit auszugleichen, die dadurch entstehen, dass im Vorfeld der Insolvenz einzelne Gläubiger bevorzugt würden. »Die besondere Situation, dass ein Gläubiger in einem Näheverhältnis zum Insolvenzschuldner« stehe, habe »das Gesetz in § 138 InsO berücksichtigt«.

813 So Cahn, AG 2005, 217, 223, zu einer Reform des Kapitalersatzrechts: Die allgemeinen Vorschriften über die Insolvenzanfechtung und die Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens würden »vor allem wegen der kurzen Anfechtungsfristen, der hohen Anforderungen an subjektive Merkmale auf Seiten der Beteiligten und der verständlichen Zurückhaltung der Gerichte gegenüber der Annahme vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nicht ausreichen, um solchen eigennützigen Spekulationen von Gesellschaftern hinreichend zu begegnen«.

814 So Huber, in: FS Priester, 2007, S. 259, 277, zum RefE MoMiG: Die Neuregelung habe rechtspolitisch dieselbe Funktion wie auch die Eigenkapitalersatzvorschriften, nämlich »die Bestimmungen über das Eigenkapital zu ergänzen und gewisse institutionelle Schwächen dieser Bestimmungen auszugleichen«. Sie wolle »den Gefahren missbräuchlichen unternehmerischen Verhaltens zum Nachteil der Gläubiger, die durch die allseitige Haftungsbeschränkung geschaffen« würden, »dadurch entgegenwirken«, »dass sie auch von den Gesellschaftern zur Verfügung gestelltes Fremdkapital als Risikokapital« handle.

815 Insofern ähnlich Altmeyden, NJW 2008, 3601, 3603, zur »Unschlüssigkeit der Abschaffung des Krisenmerkmals«: »Ein Gesellschafterkredit, der mit einer Krise der Gesellschaft nichts mehr zu tun haben« solle, könne »nicht mit dem Odium »missbräuchlichen unternehmerischen Verhaltens« belastet sein«.

816 S. die Übersicht bei Buck, 2006, S. 86 – 106.

817 S. die Nachweise oben in Fn. 295.

818 Z. B. Reiner, FS Boujong, 1996, S. 415, 416, 454.

819 Zur fehlenden Abgrenzbarkeit von Krise und Insolvenz Reiner, FS Boujong, 2006, S. 415, 431- 438.

820 In jüngerer Zeit wieder bestätigt z. B. durch BGH, Urt. v. 27.04.2009 – II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220, zu

rechtfertigte, dogmatisch richtiger Ansatzpunkt für die Sanktionierung von Gesellschafterdarlehen sei die Haftung für Insolvenzverschleppung bzw. die Teilnahme an ihr (§§ 823 Abs. 2, 830 BGB).⁸²¹

- 373 375 Für die Mm., die den Schutzgesetzcharakter der Insolvenzantragspflicht ablehnt und stattdessen eine weite Auslegung der Insolvenzvertiefungshaftung gem. § 92 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Nr. 6 AktG a. F. (§ 64 Abs. 2 GmbHG a. F.) i. S. einer Verlustausgleichspflicht favorisiert,⁸²² stellt sich eben dieses Insolvenzvertiefungsverbot als *sedes materiae* des dem Eigenkapitalersatzrecht zugrunde liegenden Anliegens dar.⁸²³ Dies bringt allerdings ggü. der Insolvenzverschleppungshaftung der herrschenden Meinung den Nachteil mit sich, dass eine Haftung des Gesellschafters nur unter dem Gesichtspunkt der »faktischen« Geschäftsleitung (hierzu oben **Rdn. 111 ff.**), konstruierbar ist. Denn soweit ersichtlich behaupten auch die Anhänger der Mm. nicht, § 64 Abs. 2 GmbHG sei Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.
- 374 376 Welcher Ansicht man diesbezüglich auch folgen mag: Die Streichung des Tatbestandsmerkmals der »Krise« aus rein pragmatischen Gründen, ohne das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen gleichzeitig systematisch neu einzuordnen, ändert an dem jeweiligen Befund letztlich nichts. Gleiches gilt für die rechtsformneutrale Verlagerung des Insolvenzverschleppungsverbots vom AktG (bzw. GmbHG und HGB) in die InsO durch das MoMiG und auch für die zwischenzeitliche »Aufweichung« des Überschuldungsbegriffs (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO) mit der Aufwertung der positiven Fortführungsprognose im Zuge der Finanzmarktkrise (unten **Rdn. 434**). Denn in den hier interessierenden Sachverhalten, in denen es am Ende schließlich zu einem Insolvenzverfahren kommt bzw. die Verfahrensöffnung mangels Masse abgelehnt wird, wird der Geschäftsleitung bzw. dem Gesellschafter der Nachweis einer positiven Prognose selbst aus ex-ante-Sicht regelmäßig sehr schwer fallen.
- 375 377 Ergänzend ist auf die Kongruenzanfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 i. V. m. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu verweisen, die für die Fälle der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in Insolvenznähe den geltenden § 135 InsO funktionell durchaus zu ersetzen vermag (s. bereits oben **Rdn. 372**) und ggü. der Insolvenzverschleppungs- bzw. -vertiefungshaftung aus Sicht der Gläubiger bzw. des

§ 64 Abs. 1 GmbHG a. F., m. w. N.; zur Kritik am gläubigerschützenden Charakter der Insolvenzantragspflicht und an der u. U. schwierigen Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern mit durchaus beachtlichen Argumenten s. ausführlich *Beck*, 2006, S. 316 – 330.

821 S. *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 445 ff.; ausführlich *Buck*, 2006, S. 331 f., 341 – 353, mit Vorschlägen zu Beweiserleichterungen im subjektiven (S. 341 – 347) und objektiven (S. 348 – 352) Bereich; ferner *Fastrich*, FS Zöllner, 2000, S. 143, 152. S. bereits BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 273, »Lufttaxi«, wo der Gedanke der Insolvenzverschleppung (in Zusammenhang mit der Begründung der analogen Heranziehung der §§ 30, 31 GmbHG a. F.) immerhin deutlich anklingt: Da der Gesellschafter die Konkursantragspflicht von der Gesellschaft nur habe abwenden können, »wenn seine als Darlehen gegebenen Gelder wie haftendes Kapital behandelt« worden seien, »und er sich hierzu nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise in Widerspruch« habe setzen dürfen, müsse »er sich gefallen lassen, dass auf die Darlehensrückzahlungen § 31 Abs. 1 GmbHG angewendet« werde.

822 *Beck*, 2006, S. 330 – 346, m. w. N.

823 Vgl. die Folgerung von *Beck* (, 2006, S. 395), das gesamte Eigenkapitalersatzrecht sei »verzichtbar«. Ergänzend schlägt er (ebenda, S. 273 – 284, insb. S. 281 ff., m. w. N.) i. R. d. Insolvenzvertiefungshaftung eine »Objektivierung des Überschuldungsbegriffs« dahin gehend vor, dass die bilanzielle Überschuldung die insolvenzrechtliche Überschuldung vermuten lassen soll; in diese Richtung gehend auch BGH, Urt. 27.04.2009 – II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220, Ls. 1 sowie *juris-Rn. 9*: Berufe sich der für den objektiven Tatbestand der Insolvenzverschleppung darlegungs- und beweispflichtige Gläubiger für die behauptete insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft auf eine Handelsbilanz, die einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag ausweise, und trage er »außerdem vor, ob und in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden« seien, sei »es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstige für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet« seien.

Insolvenzverwalters den Vorteil bietet, dass hier die materiellen Insolvenzvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Zahlung nicht vorliegen müssen.⁸²⁴

Zusammenfassend ist festzustellen: Hauptirrtum des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen ist, dass es auf die Art (Darlehen oder Einlage), nicht aber auf den Effekt einer vorgenommenen Finanzierung abstellt.⁸²⁵ Hieran hat sich leider auch mit der Neuregelung nichts geändert.

6. Wertungswiderspruch zu § 8b Abs. 3 Satz 4 – 7 KStG?

379-396

a) Regelungsgegenstand des § 8b Abs. 3 KStG

379-382

In der Steuerbilanz der AG werden gesetzlich nachrangige Rückzahlungspflichten aus Aktionärsdarlehen grds. wie in der Handelsbilanz und wie bei Fremddarlehen als Verbindlichkeiten zum Nennbetrag (und nicht als Eigenkapital) ausgewiesen.⁸²⁶ Hieran hat sich durch das MoMiG nichts geändert.⁸²⁷ Aufseiten des darlehensgebenden Gesellschafters⁸²⁸ werden Gesellschafterdarlehen, wenn sie dort zum bilanzierungspflichtigen Betriebsvermögen gehören, zum Teilwert gezeigt. Dabei führen Wertminderungen der Darlehensforderung, namentlich wegen einer verschlechterten Bonität der Schuldnergesellschaft, anders als bei Beteiligungen, die im Privatvermögen gehalten und nach § 17 EStG besteuert werden,⁸²⁹ nicht gleichzeitig zu nachträglichen Kosten für die Anschaffung

824 Die im Schrifttum vereinzelt, aber von prominenter Seite vertretene (*K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, Anh. § 236, Insolvenzanfechtung nach § 136 InsO, Rn. 33) analoge Anwendung des § 136 InsO (einjährige Anfechtbarkeit von Leistungen an den stillen Gesellschafter) auf sonstige Arten der »langfristigen Fremdfinanzierung von Unternehmen«, ist, abgesehen von der Frage der Analogiefähigkeit, in dem vom Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen anvisierten Fallgestaltungen kaum hilfreich. Die Vorschrift, ein Sonderfall bzw. eine Ausweitung der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO (*Stodolkowitz/Bergmann*, in: MünchKommInsO, 2. Aufl. 2008, § 136 Rn. 1, 2; *K. Schmidt*, in: MünchKommHGB, Anh. § 236 Rn. 18), die – typisierend – an den »Wissensvorsprung« des stillen Gesellschafters »aufgrund seiner Informationsrechte« nach § 233 HGB anknüpft (*Riggert*, in: Braun, InsO, § 136 Rn. 2, m. w. N.), setzt nämlich eine der Leistung »zugrundeliegende« besondere, über die Finanzierungsentscheidung (Gründung der stillen Gesellschaft) hinausgehende »Vereinbarung« des Gesellschafters mit dem Geschäftsinhaber voraus, sodass im Rahmen einer Analogie die gewöhnliche, auf ein entsprechendes vertragliches oder gesetzliches (§ 490 Abs. 1 BGB) Recht gestützte Kündigung des Darlehens in Insolvenznähe gar nicht erfasst würde.

825 So schon *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 454.

826 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Buck*, 2006, S. 283 ff.; umfassend zur Besteuerung ferner unten Rdn. 397 ff., 401 ff. (*Kröner/Bolik*). Umstritten ist nur, ob und auf welche Weise Gesellschafterdarlehen in der Steuerbilanz gem. § 42 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG *gesondert* auszuweisen sind (s. *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2290, m. w. N.).

827 *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2290, unter ausführlicher Diskussion von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. und von § 5 Abs. 2a EStG.

828 Kritisch zur Unterscheidung von Gesellschafts- und Gesellschafterebene *Brenner*, DSz 1995, 97, 99, 103: Die steuerrechtliche Behandlung beim Gesellschafter entspreche nicht der Behandlung bei der Gesellschaft, was zu unbefriedigender Inkongruenz führe. Letztlich werde das eigenkapitalersetzende Darlehen zugleich als Verbindlichkeit (auf Gesellschaftsebene) und als Eigenkapital (auf Gesellschafterebene) betrachtet.

829 Zu den Auswirkungen des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG auf nachträgliche Anschaffungskosten nach § 17 Abs. 2 EStG s. BMF, Schreiben v. 21.10.2010 – IV C 6 – S 2244/08/10001, DStR 2010, 2191 ff., m. w. N.; zur Rechtslage vor dem MoMiG s. BMF, Schreiben v. 08.06.1999 – IV C 2 – S 2244 – 12/99, BStBl. I 1999, S. 545 ff.; zur Rechtsprechung des BFH, die sich hierzu (zugunsten des Steuerpflichtigen) auf den »normspezifischen Anschaffungskostenbegriff« in § 17 EStG und das einkommensteuerliche Nettoprinzip beruft, s. z. B. BFH, Urt. v. 19.08.2008 – IX R 63/05, BStBl. II 2009, S. 5; s. auch BFH, Urt. v. 18.04.2012 – X R 7/10, BFHE 237, 119, juris-Rn. 51 (Streitjahre 2004 und 2005): Bei Beteiligungen im Privatvermögen i. S. des § 17 EStG könnten »Wertminderungen eigenkapitalersetzender Darlehen sowie der Verzicht auf eine Forderung aus einem eigenkapitalersetzenden Darlehen zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung führen«, »die nach § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG [a.F.] nur hälftig zu berücksichtigen« seien.

der Beteiligung, sodass der bilanzielle Wertansatz der Beteiligung nicht synchron zur Teilwertabschreibung der Darlehensforderung erhöht wird und Letztere auf diese Weise neutralisiert.⁸³⁰

- 378 **380** Gemäß dem Verbot des § 8b Abs. 3 Satz 4 Fall 1, Satz 5 Fall 1 KStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2008 (JStG 2008)⁸³¹ sind allerdings ab dem Veranlagungszeitraum 2008 (§ 34 Abs. 1 KStG)⁸³² bilanzwirksame »Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung« eines körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschafters gegen eine andere Körperschaft, an welcher der Gesellschafter oder eine ihm nahe stehende Person (i. S. d. § 1 Abs. 2 AStG)⁸³³ zu mehr als 25 % direkt oder indirekt beteiligt ist, »bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen«, d. h. sie sind dem steuerpflichtigen Gewinn außerbilanziell hinzuzuzählen. Gleiches gilt für Gewinnminderungen »aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten, die für ein Darlehen hingegeben wurden«, wenn die Sicherheit von einem zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafter gewährt wurde (§ 8b Abs. 3 Satz 4 Fall 2 KStG), ferner für Gewinnminderungen aus dem Rückgriff eines Dritten auf einen wesentlich beteiligten Gesellschafter oder auf eine Letzterem nahe stehende Person aufgrund eines der Gesellschaft gewährten Darlehens (§ 8b Abs. 3 Satz 5 Fall 2 KStG) und für Gewinnminderungen in Zusammenhang mit »Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind« (§ 8b Abs. 3 Satz 7 KStG).⁸³⁴ Steuerlich berücksichtigungsfähig sind die genannten Gewinnminderungen nur dann, wenn nachgewiesen wird, »dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte« (§ 8b Abs. 3 Satz 6 KStG, von manchen »Escape-Klausel« genannt). Laut Regierungsbegründung ist Fremdüblichkeit »insb.« zu verneinen bei Unverzinslichkeit des Darlehens, bei Fehlen von vereinbarten Sicherheiten trotz Verzinslichkeit des Darlehens oder bei Stehenlassen des Darlehens trotz Verzinslichkeit und trotz Sicherheiten.⁸³⁵
- 379 **381** Zu den Gewinnminderungen gehören »insb.« Verluste »aus der Teilwertabschreibung auf Gesellschafterdarlehen, dem Ausfall eines Gesellschafterdarlehens oder dem Verzicht auf Forderungen aus einem Gesellschafterdarlehen«, zudem Aufwendungen des Gesellschafters aus der Inanspruchnahme aus Sicherheiten oder Bürgschaften.⁸³⁶ Damit behandelt das Gesetz Gewinnminderungen aus den genannten Gesellschafterdarlehen (und Sicherheiten) nun ausdrücklich gleich wie »Gewinnminderungen«, die »im Zusammenhang« mit Anteilen des Körperschaftsteuerpflichtigen an Körperschaften stehen (§ 8b Abs. 3 Satz 3 KStG) und zu denen neben Verlusten aus der Anteilsveräußerung ebenfalls Teilwertabschreibungen gehören.⁸³⁷

830 S. BFH, Urt. v. 18.12.2001 – VIII R 27/00, BStBl. II 2002, S. 733, unter II.3.a.a., juris-Rn. 29: »Auch auf der Ebene des Gesellschafters« führten »außerhalb des Geltungsbereichs des § 17 EStG – im betrieblichen Bereich – grundsätzlich nur solche Aufwendungen des Gesellschafters zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung, die (offene oder verdeckte) Einlagen in das Gesellschaftsvermögen« darstellten. »Der Ausfall kapitalersetzender Darlehen und der Ausfall der Regressforderung aus kapitalersetzenden Bürgschaften« fielen nicht darunter.

831 Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008) v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3150 – 3188; BStBl. I 2008, S. 218.

832 Bei vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahren ist die Änderung damit bereits für Wirtschaftsjahre zu beachten, die im Jahr 2008 enden (*Höreth/Franke*, in: Höreth/Ortmann-Babel, 2007, S. 390; *Schmidt/Schwind*, NWB 2008, Fach 4, S. 5223, 5230).

833 Zur Gesetzeskonkurrenz zwischen § 8a KStG, § 8b Abs. 3 Satz 2 und 5 KStG sowie den Regelungen über die verdeckte Einlage und die verdeckte Gewinnausschüttung in diesen Fällen s. *Schmidt/Schwind*, NWB 2008, Fach 4, 5223, 5226.

834 Hierzu *Rengers*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 116. Aufl., § 8b KStG Rn. 296: Insoweit soll, wenn gleich nicht unmittelbar anwendbar, § 32a Abs. 3 GmbHG a. F. herangezogen werden können. S. bereits Rdn. 166 Fn. 13.

835 Begr. RegE JStG 2008, BT-Drucks. 16/6290, S. 74.

836 Begr. RegE JStG 2008 v. 04.09.2007, BT-Drucks. 16/6290, S. 73. S. a. *dies.*, ebenda: Nicht erfasst würden »laufende Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Darlehen, wie z. B. Refinanzierungskosten«.

837 Zu § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG z. B. BMF, Schreiben v. 28.04.2003 – IVA 2 – S 2750a – 7/03, BStBl. I 2003, S. 292, Rn. 26; *Rengers*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 116. Aufl., § 8b KStG, Rn. 282 (»der Ansatz eines niedrigeren Teilwerts«).

Ausweislich des RegE zum JStG 2008 wird der »Gewinnminderungsausschluss für Gesellschaftsbeteiligungen einer Körperschaft auf Eigenkapital ersetzende Darlehen und Sicherheiten, § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG«, ausgedehnt.⁸³⁸ 382 380

b) Vergleich mit dem Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen 383-387

Im Schrifttum ist daher im Hinblick auf die Reform des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG mit der Aufhebung des § 32a GmbHG und der Abschaffung der Rechtsprechungsregeln vorgebracht worden, die für die Reforminitiativen verantwortlichen Ressorts, Bundesfinanzministerium und Bundesjustizministerium, schienen »hier in unterschiedliche Richtungen« zu laufen, man reibe sich insoweit verwundert die Augen.⁸³⁹ In dieser Aussage klingt der Vorwurf wertungswidersprüchlicher Gesetzgebung und fehlender Folgerichtigkeit an.⁸⁴⁰ 383 381

Tatsächlich weisen der sachliche und der personelle Anwendungsbereich der Sätze 4 bis 7 des § 8b Abs. 3 KStG deutliche Gemeinsamkeiten mit dem Eigenkapitalersatzrecht in seiner Fassung vor dem MoMiG (oben Rdn. 168 ff.) auf: *Personell* verlangt § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG, dass der Gesellschafter zu mehr als 25 % unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft beteiligt »ist oder war«, wobei es in Anlehnung an das Eigenkapitalersatzrecht (und das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen) auch genügen sollte, wenn das Darlehen schon vor Erwerb der Beteiligung, aber im Hinblick darauf gewährt wird.⁸⁴¹ Die eben genannten 25 % entsprechen der Beteiligungsquote (Sperrminorität), bei der die Rechtsprechung eine den personellen Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts bei der AG eröffnende unternehmerische Beteiligung des Gesellschafters (widerleglich) vermutete, wobei im Unterschied zu § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG dort im Einzelfall auch geringere Beteiligungen genügen konnten (oben Rdn. 240 ff.). Bei der GmbH, für die § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ebenfalls Geltung beansprucht, begann gem. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. die eigenkapitalersatzrechtliche Verantwortung des Gesellschafters schon ab einer Kapitalbeteiligung von über 10 %. Eine rechtsformneutrale Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts, etwa auf Personengesellschaften mit unbeschränkter Gesellschafterhaftung, wurde lange diskutiert, von der herrschenden Meinung aber abgelehnt,⁸⁴² und insofern ganz ähnlich wurde eine rechtsformneutrale Erweiterung des in § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG vorgesehenen Abzugsverbotes auf Personengesellschaften zwischen Bundestag und Bundesrat erörtert, aber am Ende fallen gelassen.⁸⁴³ Parallelen lassen sich auch in Bezug auf die Gleichbehandlung von Gesellschaftern und diesen nahe stehenden Dritten (§ 8b Abs. 3 Satz 5 KStG) feststellen, die im Eigenkapitalersatzrecht über § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. erfasst waren. 384 382

838 Begr. RegE JStG 2008, BT-Drucks. 16/6290 v. 04.09.2007, S. 1 und S. 40: »Ausdehnung des Gewinnminderungsausschlusses für Gesellschaftsbeteiligungen einer Körperschaft auf Eigenkapital ersetzende Darlehen und Sicherheiten, § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG«, ähnlich S. 48; s. a. S. 73: Durch die Änderung werde »klargestellt, dass die Gesellschafterfinanzierung durch Eigenkapital oder durch nicht fremdübliche Gesellschafterdarlehen hinsichtlich eventueller Gewinnminderungen gleich behandelt« werde; s. ferner Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/6739 v. 18.10.2007, S. 4 f., der diese Ausdrucksweise übernimmt (»das für Gewinnminderungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen in § 8b Abs. 3 KStG vorgesehene Abzugsverbot«).

839 *Prinz*, SR v. 27.07.2007, Heft 08–09, S. 276 (276).

840 Zum verfassungsrechtlichen Gebot der Folgerichtigkeit s. z. B. BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DSStR 2010, 2393, juris-Rn. 51 f., speziell im Kontext des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG.

841 S. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 2669, 2670: Nach dem Gesetzeswortlaut reiche »wohl das Bestehen einer »wesentlichen« Beteiligung zu irgendeinem Zeitpunkt« aus; *Fuhrmann/Strahl*, DSStR 2008, 125, 126 f.; *Schmidt/Schwind*, NWB 2008, Fach 4, 5223, 5225.

842 Vgl. nur *Habersack*, ZHR 162 (1998), 201, 213 f.; *Rümker*, ZGR 1988, 494, 512 ff.; *Groß*, BB 1991, 2386 ff.; weitere Nachweise bei *Buck*, 2006, S. 112, 153, 155, 161.

843 S. den Vorschlag des Bundesrats für eine entsprechende Ergänzung des § 3c Abs. 2 Satz 2 EStG, BR-Drucks. 544/1/07, S. 6, sowie BT-Drucks. 16/6739, S. 4 f.; der Bundestag folgte diesem Vorschlag nicht.

- 383 **385** *Sachlich* erfasst § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG ebenso wie das Eigenkapitalersatzrecht Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten für Drittdarlehen (vgl. § 32a Abs. 1 und Abs. 2, § 32b Satz 1 bis 3 GmbHG a. F. einerseits und § 8b Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 Fall 2 KStG⁸⁴⁴ andererseits) sowie Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen bzw. vergleichbar sind (vgl. § 32b Satz 4 GmbHG a. F. einerseits und § 8b Abs. 3 Satz 7 KStG andererseits).⁸⁴⁵
- 384 **386** Im Gegensatz zum Eigenkapitalersatzrecht (vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) ist die »Krise« der darlehensnehmenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung in § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG zwar keine Tatbestandsvoraussetzung; gem. § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG ist das Verbot der Berücksichtigung von Gewinnminderungen in Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen aber dann nicht anwendbar, wenn auch ein Dritter das Darlehen »bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert«, also stehen gelassen hätte. Damit knüpft das Steuerrecht jedenfalls materiell, ungeachtet der Beweislast,⁸⁴⁶ an das gleiche Kriterium des Drittvergleichs an, auf das auch die Rechtsprechung zur Konkretisierung des eigenkapitalersatzrechtlichen Merkmals der »Krise« zurückgriff: Setzen doch solche eigenkapitalersetzende Darlehen voraus, dass die Gesellschafter die Darlehen in einem Zeitpunkt gewährten oder stehen ließen, in dem Dritte kein Fremdkapital zugeführt hätten (oben **Rdn. 179** und **189**).
- 385 **387** Somit lässt sich feststellen: Aktionärsdarlehen, die nach den Kriterien des alten Gesellschaftsrechts als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren sind, unterliegen regelmäßig, aber nicht zwingend, der steuerlichen Restriktion in § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG n. F., genauso wie im Einzelfall auch nicht eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen vom Berücksichtigungsverbot erfasst werden können. In diesem Sinne dürfte das nicht weiter begründete Wort von der »Ausdehnung des Gewinnminderungsausschlusses für Gesellschaftsbeteiligungen einer Körperschaft auf Eigenkapital ersetzende Darlehen und Sicherheiten, § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG« in der Regierungsbegründung zum JStG 2008 (oben **Rdn. 382**) zu verstehen sein.

388-396 *c) Bewertung*

- 386 **388** Darin einen Wertungswiderspruch zwischen Steuerrecht und Gesellschafts- bzw. Insolvenzrecht zu sehen, wie der Vorwurf, der Gesetzgeber laufe »in unterschiedliche Richtungen« suggeriert, erscheint etwas vorschnell. Schon rein formal ist zu berücksichtigen, dass das JStG 2008 einige Monate vor dem MoMiG, also noch unter der alleinigen Geltung des Eigenkapitalersatzrechts, in Kraft getreten ist, auch wenn der RegE zum MoMiG ca. sechs Wochen *vor* dem RegE zum JStG 2008 vorgelegt worden war. Man könnte dem Steuergesetzgeber insofern also allenfalls vorwerfen, die Regelung später nicht an das neue Recht der Gesellschafterdarlehen angepasst zu haben.

844 Zum Verhältnis von § 8b Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 KStG zueinander s. *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125, 127: Der Anwendungsbereich von § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG könne sich mit dem Anwendungsbereich von § 8b Abs. 3 Satz 5 (Fall 2) KStG »überschneiden«. Auch § 8b Abs. 3 Satz 5 Fall 2 KStG sehe mit dem Merkmal »Rückgriff« vor, »dass Gewinnminderungen aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten vom Abzug ausgeschlossen« seien; s. a. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 2669, 2670; *Schmidt/Schwind*, NWB 2008, Fach 4, 5223, 5226 f.: Die Besonderheit des Satzes 5 im Vergleich zu Satz 4 ergebe sich daraus, dass Satz 5 auch für Gewinnminderungen gelte, die aufgrund einer bloß »faktischen Rückgriffsmöglichkeit« entstünden, weil andernfalls Satz 5 Fall 2 leer laufe. Diese Argumentation ist indes nicht zwingend, denn der Rückgriff könnte sich z. B. – außerhalb des Anwendungsbereichs des Satzes 4 – auch aus einem Auftragsverhältnis (§ 670 BGB) ergeben.

845 Nach der Begr. RegE JStG 2008 (BT-Drucks. 16/6290, S. 73) werden damit »z. B. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen oder Mietforderungen« erfasst. S. a. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 2669, 2671: »Ge-meint« seien »wohl kapitalersetzende Nutzungsüberlassungen« (ebenso *Häuselmann*, BB 2007, 1533 [1533]). Gewinnminderung sei »in diesen Fällen wohl der Wertverlust (z. B. Abschreibung) des überlassenen Wirtschaftsguts«. Danach bestünde insoweit also eine weitere Parallele zum Eigenkapitalersatzrecht.

846 Zur Beweislast im Eigenkapitalersatzrecht *Buck*, 2006, S. 56 f., m. w. N.

Zudem sind die aufgezeigten Gemeinsamkeiten zwischen dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG und demjenigen des Eigenkapitalersatzrechts wie gesehen keineswegs vollkommen, selbst wenn man allein die AG betrachtet. Vor allem aber hatte der Steuergesetzgeber bei der Ausweitung des Verbots der Berücksichtigung von Gewinnminderungen »im Zusammenhang« mit dem Gesellschaftsanteil auf Gewinnminderungen »im Zusammenhang« mit Gesellschafterdarlehen primär die *im Gesellschaftsverhältnis begründete Veranlassung* der Darlehensgewährung im Blick,⁸⁴⁷ und ist es nicht die Eigenkapitalähnlichkeit der Darlehen als solche, sondern dieser übergeordnete, für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen ebenso wie für andere Rechtsfiguren des Gesellschafts- und Steuerrechts bedeutsame Gesichtspunkt, der die Ähnlichkeit der jeweiligen Tatbestände erklärt.

Von einem Wertungswiderspruch könnte man allenfalls dann ausgehen, wenn das Anknüpfen des Abzugsverbots für Gewinnminderungen gem. § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG an die im Gesellschaftsverhältnis begründete Veranlassung der Darlehensgewährung seinerseits nur mit der Eigenkapitalähnlichkeit der Darlehensgewährung zu rechtfertigen wäre. Dafür scheint die *enge* Auslegung des Satzes 3 des § 8b Abs. 3 KStG durch Rechtsprechung und Schrifttum schon in der Zeit vor Erlass des JStG 2008 zu sprechen, auf deren Basis man geneigt sein könnte, die neuen Sätze 4 – 7 dieser Vorschrift als nicht nur klarstellende, sondern rechtsgestaltende Anerkennung der Eigenkapitalähnlichkeit der Darlehen zu deuten. Danach wurde für die Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG (a. F.) zwischen Gewinnminderungen, welche die »Substanz« des Anteils betreffen, und sonstigen, insb. laufenden Aufwendungen, unterschieden.⁸⁴⁸ Gesellschafterdarlehen sollen in diesem Sinn *nicht* zur »Substanz« des Anteils gehören, wobei der BFH diesbezüglich keinen Anlass für eine steuerrechtliche Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Darlehen im Vergleich zu sonstigen sieht.⁸⁴⁹ Bei kapitalersetzenden Darlehen handle es sich um »eigenständige Schuldverhältnisse, welche von der Beteiligung als solche unbeschadet ihrer gesellschaftlichen Veranlassung zu unterscheiden« seien. Solche Darlehensforderungen stünden »als eigenständige Wirtschaftsgüter *neben* der Beteiligung«.⁸⁵⁰ Dadurch, dass § 32a GmbHG a. F. für das Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens eine Gesellschafterstellung voraussetze, möge »allenfalls ein ›Zusammenhang‹ zwischen dem Darlehen und der Beteiligung hergestellt werden, nicht jedoch – wie aber nach § 8b Abs. 3 KStG 2002 a. F. erfor-

847 Begr. RegE JStG 2008, BT-Drucks. 16/6290, S. 73: Die Gesetzesänderung präzisiere »den für die Nichtberücksichtigung erforderlichen Zusammenhang«. Dabei werde »auf die gesellschaftsrechtliche Veranlassung des Darlehens abgestellt«.

848 S. z. B. BFH, Urt. v. 14.01.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, S. 674, juris-Rn. 10 (Streitjahr: 2002): »Nur den jeweiligen Anteil betreffende Gewinnminderungen« würden von § 8b Abs. 3 KStG 2002 a. F. erfasst, gemeint seien »folglich ausschließlich substanzbezogene Wertminderungen des Anteils«. Für das Schrifttum z. B. *Gosch*, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8b Rn. 280: § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG beziehe »sich nicht auf (laufende) Erträge gem. § 8b Abs. 1, sondern explizit auf (einmalige), die Substanz betreffende Vorgänge i. S. von § 8b Abs. 2«; *Rödler/Stangl*, DStR 2005, 354 (354): »nur Substanz- bzw. Vermögensveränderungen«.

849 BFH, Urt. v. 14.01.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, S. 674, juris-Rn. 10, m. w. N.: Das Gericht lehnt es hier ausdrücklich ab, Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen als Gewinnminderungen i. S. d. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG (a. F.) anzuerkennen. Es seien »nicht jegliche mit dem Anteil wirtschaftlich zusammenhängende Aufwendungen« gemeint (s. bereits vorausgehende Fn. 584). »Anderenfalls« müssten »konsequenterweise auch Gesellschafterdarlehen nicht eigenkapitalersetzenden Charakters dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 KStG 2002 a. F. unterfallen, was dem Gedanken des Gesetzes ersichtlich nicht entsprechen würde«. Diesem Argument lässt sich freilich entgegen, dass soweit ersichtlich gar niemand behauptet hat, die Norm erfasse *jegliche* mit dem Anteil wirtschaftlich zusammenhängende Aufwendungen.

850 BFH, Urt. v. 14.01.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, S. 674, juris-Rn. 9; bestätigt durch BFH, Urt. v. 18.04.2012 – X R 7/10, BFHE 237, 119, juris-Rn. 50, in Bezug auf die Auslegung des Begriffs des »wirtschaftlichen Zusammenhangs« gem. § 3c Abs. 2 S. 1 EStG 2002. Aus dem Schrifttum z. B. *Crezelius*, NZI 2008, 602, 603: Beteiligung und Gesellschafterdarlehen stellten bei einem bilanzierenden Steuersubjekt zwei separate Wirtschaftsgüter dar; *Rödler/Stangl*, DStR 2005, 354 (354): »eigenkapitalersetzende Darlehen und die Anteile unterschiedliche Wirtschaftsgüter«.

derlich – zwischen der Beteiligung und der hier in Rede stehenden Gewinnminderung«. ⁸⁵¹ Nur vereinzelte Stimmen im Schrifttum ⁸⁵² sowie Teile der Finanzverwaltung ⁸⁵³ gingen demgegenüber schon vor der Ergänzung des § 8b Abs. 3 KStG durch das JStG 2008 davon aus, dass Gewinnminderungen in Zusammenhang mit eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen bereits gemäß Satz 3 dieser Vorschrift nicht berücksichtigungsfähig waren.

- 389 391 Nach genauerer Betrachtung ist tatsächlich dieser Auffassung, der eine *weite* Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG zugrunde liegt, der Vorzug zu geben. ⁸⁵⁴ Hintergrund des § 8b Abs. 3 KStG ist der auch § 3c Abs. 1 EStG zugrunde liegende Gedanke, dass Aufwendungen den steuerbaren Gewinn nicht schmälern sollen, wenn sie in (wirtschaftlichem) Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen aus der Veräußerung von Anteilen stehen. ⁸⁵⁵ Die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG, an die Abs. 3 anknüpft, ist eine Erweiterung der Steuerbefreiung laufender Beteiligungserträge i. S. d. § 8b Abs. 1 KStG, die der Erkenntnis Rechnung trägt, dass Veräußerungsgewinne »Gewinne aus der Realisierung stiller Reserven sind, die als thesaurierte Gewinne Gewinnausschüttungen gleichstehen«. ⁸⁵⁶
- 390 392 Bei der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG geht es darum, innerhalb gesellschaftlicher Beteiligungsstrukturen steuerliche Doppel- und Mehrfachbelastungen zu vermeiden und Bezüge »nur einmal auf der Entstehungsebene und dann erst wieder auf der Gesellschafterebene«, genauer auf der Ebene des einkommensteuerpflichtigen Gesellschafters, »als Einkommen« zu besteuern. ⁸⁵⁷ Zwischengeschaltete Körperschaften, deren Gewinne auf gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechten beruhen und sich daher als bloßer »Reflex« der Gewinne auf Entstehungsebene zeigen, sollen steu-

851 BFH, Urt. v. 14.01.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, S. 674, juris-Rn. 9.

852 Buchna/Sombrowski, DB 2004, 1956, 1957 f., unter Berufung auf den Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Veranlassung.

853 Innerhalb der Finanzverwaltung gab es hierzu offenbar keine einheitliche Auffassung (Höreth/Franke, in: Höreth/Ortmann-Babel, 2007, S. 388, m. w. N.); vgl. Schmidt/Schwind, NWB 2008, Fach 4, 5223, 5230 f.: Für 2007 sei ein BMF-Schreiben geplant gewesen, in dem die Finanzverwaltung darlegen wollte, dass sie die – aus damaliger Sicht – in § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG geplante Regelung bisher schon durchgängig vertreten habe, diese deshalb nur klarstellend sei. Zu einem solchen BMF-Schreiben (vgl. auch Fuhrmann/Strahl, DStR 2008, 125, dort Fn. 6, die von einem Entwurf v. 07.08.2006 – IV B 2 – S 2128 – 2/06, n. v., berichten) kam es aber nicht, was auf eine fehlende Einigkeit unter den Bund- und Länderreferenten schließen lässt.

854 S. a. Begr. RegE JStG 2008, BT-Drucks. 16/6290, S. 73: Nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG seien »Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einem Anteil i. S. des § 8b Abs. 2 KStG stehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen«. »Solche Gewinnminderungen« seien »z. B. auch Wertverluste auf Gesellschafterdarlehen«.

855 Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393, juris-Rn. 60, speziell zu § 8b Abs. 3 Satz 1 (und Abs. 5 Satz 1 KStG): Das 5 %ige Betriebsausgabenabzugsverbot knüpfe »an den in § 3c EStG zum Ausdruck kommenden allgemeinen Grundsatz an, dass Aufwendungen für steuerfreie Einnahmen nicht in Abzug gebracht werden« dürften. Dieser Zusammenhang ergebe »sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften« (hierzu ausführlich ebenda, juris-Rn. 16 – 32), »ihrem diesen Grundsatz aufgreifenden Regelungsgehalt und aus dem mit dem Korb II-Gesetz in die jeweiligen Sätze 2 von § 8b Abs. 3 und Abs. 5 KStG aufgenommenen ausdrücklichen Ausschluss der Anwendbarkeit von § 3c Abs. 1 EStG im Übrigen«. Für das Schrifttum z. B. Gosch, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8b Rn. 261: Die Einschränkung des Verlustabzugs schaffe »im Grundsatz eine Regelungssymmetrie zu den steuerfreien Gewinnen« und sei »deswegen steuersystematisch korrekt«; ebenso Rengers, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 8b KStG Rn. 281: § 8b Abs. 3 Satz 3 entspreche »dem Grundsatz der Regelungssymmetrie«.

856 So treffend z. B. Gosch, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8b Rn. 150.

857 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393, juris-Rn. 60, allgemein zu § 8b Abs. 1 und Abs. 2 KStG. Der Ausschluss von Streubesitzdividenden aus dem Anwendungsbereich der Regelung durch § 8b Abs. 4 i. d. F. des Gesetzes »zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 in der Rechtssache C-284/09« (BR-Drucks. 146/13 v. 28.02. und 01.03.2013) stellt dieses einleuchtende Regelungsziel mittlerweile allerdings vor dem Hintergrund europarechtlicher und zugleich fiskalischer Zwänge partiell in Frage.

erlich entlastet werden. Auf der Einnahmen-Seite (»Bezüge« bzw. »Gewinne aus der Veräußerung«) steht bei § 8b KStG somit die *Beteiligung* an einer anderen Kapitalgesellschaft als Quelle des (reflexartigen und steuerbefreiten) Erfolges und damit in gewisser Weise der Eigenkapitalcharakter der Erfolgsquelle im Vordergrund.

Anders ist es bei den mit den Bezügen (bzw. Veräußerungsgewinnen) korrespondierenden *Ausgaben* 393 391 i. S. d. § 3c Abs. 1 EStG (»soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen«). Für ihre Zurechnung zu den steuerfreien Einnahmen reicht grds. irgendein Veranlassungszusammenhang aus,⁸⁵⁸ sie brauchen also selbst nicht eigenkapitaltypisch zu sein. Die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG auf steuerfreie Einnahmen nach § 8b Abs. 1 und Abs. 2 KStG wird zwar durch § 8b Abs. 3 Satz 2 sowie Abs. 5 Satz 2 KStG ausgeschlossen. Die Funktion der einkommensteuerrechtlichen Vorschrift wird aber im Hinblick auf den zugrunde liegenden Rechtsgedanken zum einen Teil durch die typisierende Regelung des § 8b Abs. 3 Satz 1 (sowie Abs. 5 Satz 1) KStG, nach der 5 % der steuerbefreiten Gewinne als nicht abziehbare Betriebsausgaben »gelten«,⁸⁵⁹ und zum anderen Teil durch Abs. 3 Satz 3, inzwischen (klarstellend) ergänzt durch Satz 4 – 7, übernommen.⁸⁶⁰ Dafür, dass der Gesetzgeber mit § 8b Abs. 3 KStG das Veranlassungsprinzip durchbrechen wollte, bestehen keine Anhaltspunkte; die Besonderheit der körperschaftsteuerlichen Vorschrift liegt vielmehr hauptsächlich in der Pauschalierung des Betriebsausgabenabzugs nach Satz 1.⁸⁶¹

Die 5 %-Regelung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG kann nur laufende Aufwendungen erfassen, denn nur solche Aufwendungen lassen sich pauschalieren, sodass sich § 8b Abs. 3 Satz 3 (sowie Satz 4 – 7) KStG auf die übrigen nicht abziehbaren (also alle nicht laufenden, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten) Aufwendungen beziehen muss.⁸⁶² Wenn also § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG z. B. keine Darlehenszinsen erfasst, die aufgewendet werden, um den Anteilserwerb zu finanzieren,⁸⁶³ liegt dies da-

858 BFH, Urt. v. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, juris-Rn. 29, zu § 3c EStG: »Für einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang i. S. des § 3c EStG« sei »zu fordern, dass die Einnahmen und die Aufwendungen durch dasselbe Ereignis veranlasst« seien.

859 Zur Verfassungsmäßigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) vor dem Hintergrund der Typisierungs- und Pauschalierungsbefugnis des Gesetzgebers s. BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393.

860 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393, juris-Rn. 69: »Die 5 %-ige Hinzurechnung der Beteiligungseinkünfte nach § 8b Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 KStG« bewege sich »innerhalb dieser Gesamtkonzeption des Gesetzgebers für das Ertragsteuer- und hier insbesondere für das Körperschaftsteuerrecht«. Die Vorschrift ersetze »bei der Muttergesellschaft den ansonsten einschlägigen, allgemeinen Abzugsausschluss von Betriebsausgaben nach § 3c Abs. 1 EStG, der nach § 8b Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 KStG unanwendbar« sei. Vgl. auch BFH, Urt. v. 26.11.2008 – I R 7/08, BFHE 224, 50, juris-Rn. 13, zur Parallelbestimmung des § 8b Abs. 5 KStG (2002 a. F.): Die Vorschrift ersetze bei der Obergesellschaft »den ansonsten einschlägigen, allgemein wirkenden Abzugsausschluss von Betriebsausgaben nach § 3c Abs. 1 EStG 2002«.

861 FG Hamburg, Vorlagebeschl. v. 07.11.2007 – 5 K 153/06, EFG 2008, 236, juris-Rn. 28, zu § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG: »5 %-Fiktion«; ebenda, juris-Rn. 37, zu § 8b Abs. 3 KStG: »pauschalierte fiktive Betriebsausgaben in Höhe von 5 %«; juris-Rn. 66: »pauschalierte und typisierte Planvorstellung des Gesetzgebers«; nachfolgend BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393, das sich grds. gehalten sieht (juris-Rn. 53), »[d]ieses fachgerichtliche Verständnis der einfachrechtlichen Bestimmungen [...] seiner verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen«, und die Auffassung des FG als »zumindest vertretbar« bezeichnet: »Um Nachweisschwierigkeiten zu vermeiden und überhand genommene Gestaltungs- und Umgehungsmöglichkeiten einzuschränken«, habe der Gesetzgeber »pauschalierend unterstellt, dass die Aufwendungen, die nicht abgezogen werden« dürften, »ihrer Höhe nach 5 % der Bezüge und Veräußerungsgewinne entsprechen« (juris-Rn. 60).

862 Z. B. Schmidt/Schwind, NWB 2008, Fach 4, S. 5223, 5225: Zwischen Finanzverwaltung und Schrifttum bestehe »Einvernehmen, dass laufende Betriebsausgaben nicht unter § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG« fielen, »obwohl sie dem Wortlaut nach erfasst sein könnten«.

863 S. etwa Scheipers/Dauster, DStR 2003, 1597, 1601: Der Abzug von Finanzierungskosten zum Erwerb einer Beteiligung werde nicht durch § 8b Abs. 3 KStG eingeschränkt, weil »alle laufenden Aufwendungen im Zusammenhang mit der Beteiligung« nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fielen.

ran, dass solche Ausgaben bereits von der Pauschale des Satz 1 abgedeckt werden, nicht aber an der fehlenden Anerkennung des Veranlassungszusammenhangs⁸⁶⁴ oder gar daran, dass die Veranlassung für § 8b Abs. 3 KStG keine Rolle spielen würde.

- 393 395 Auch Teilwertabschreibungen der Anteile stehen unbestreitbar in einem Veranlassungszusammenhang mit der (steuerbefreiten) Beteiligung an der Gesellschaft und sind konsequenterweise entsprechend der symmetrischen Behandlung von Einnahmen und Ausgaben nicht berücksichtigungsfähig. Da sie aber nicht den regelmäßigen, laufenden Ausgaben zugeordnet werden, werden sie vom Pauschalabzug des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG nicht abgedeckt und in § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG als »Gewinnminderungen« gesondert geregelt. Für Abschreibungen auf *Darlehensforderungen* gegen eine Gesellschaft, deren Anteile nach § 8b Abs. 1 und 2 KStG steuerbefreit sind, kann nichts anderes gelten, *wenn* die zugehörigen Darlehen und damit auch die mit ihnen verbundenen Verluste durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind. Bei eigenkapitalersetzenden Darlehen ist definitionsgemäß (oben unter [Rdn. 389](#)) regelmäßig von einer solchen Veranlassung auszugehen, und deshalb spricht nicht nur der Wille des Gesetzgebers zu einer lediglich klarstellenden Regelung, sondern auch die Systematik dafür, Abschreibungen auf solche Darlehen schon nach der Rechtslage vor dem JStG 2008 als »Gewinnminderungen« i. S. d. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG zu behandeln. Die neuen Sätze 4 bis 7 des § 8b Abs. 3 KStG, die nicht etwa auf die Eigenkapitalähnlichkeit des Darlehens als solche, sondern auf Merkmale abstellen, die ihre gesellschaftliche Veranlassung indizieren,⁸⁶⁵ haben diesbezüglich nun jeden Zweifel beseitigt.
- 394 396 Anders muss es aus dem Blickwinkel des BFH aussehen, der § 8b Abs. 3 S. 3 KStG eng auslegt (s. o. [Rdn. 390](#)) und konsequenterweise den Sätzen 4 bis 7 eine eigenständige gesetzgeberische Wertung unterstellt.⁸⁶⁶ Diese (angebliche) neue Wertung könnte dann vielleicht tatsächlich nur die (wie auch immer im Regelungskontext des § 8b KStG zu begründende) Vergleichbarkeit von Anteilen und Darlehen sein.⁸⁶⁷ Dann könnte man tatsächlich von einem gewissen Auseinanderlaufen zwischen gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Entwicklung sprechen, denn gesellschaftsrechtlich werden mittlerweile ja nun im Hinblick auf ihren Nachrang sämtliche Gesellschafterdarlehen ähnlich wie Eigenkapital behandelt (oben [Rdn. 357 ff.](#)). Wie vorstehend gezeigt sprechen aber teleologisch-systematische Gründe gegen diese Sichtweise. Ein Wertungswiderspruch zwischen Steuer- und Gesellschaftsrecht ist insoweit nicht erkennbar.

864 Vgl. zur Anerkennung des Veranlassungszusammenhangs (§ 4 Abs. 4 EStG) zwischen Zinsen für ein Darlehen, das jemand zur Finanzierung des Erwerbs einer Beteiligung an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft aufnimmt, und den Einkünften nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG z. B. BFH, Urt. v. 09.04.1981 – IV R 178/80, BStBl. II 1981, S. 621.

865 Vgl. aus jüngerer Zeit z. B. LG Leipzig, Urt. v. 08.07.2010 – 2 K 1052/06 (n.rk., BFH: IX R 40/10), juris-[Rn. 15](#) (zu § 17 EStG 2002): Ein Darlehen werde »durch das Gesellschaftsverhältnis u. a. dann veranlasst, wenn im Zeitpunkt seiner Gewährung oder Weitergewährung die Gesellschaft entweder insolvenzreif« sei »oder wenn die Insolvenzzreife zwar noch nicht eingetreten« sei, »die Rückzahlung des Darlehens aber angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaft in dem Maße gefährdet« sei, »dass ein ordentlicher Kaufmann das Risiko einer Kreditgewährung zu denselben Bedingungen wie der Gesellschafter nicht mehr eingegangen wäre (sog. Krise)«.

866 BFH, Urt. v. 14.01.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, S. 674, juris-[Rn. 11](#), mit der zweifelhaften Begründung, andernfalls hätte der Gesetzgeber die Neuregelung auf Altfälle rückbezogen: »Diese Regelungsergänzung« wirke »rechtsbegründend«, sie sei »nicht lediglich als redaktionelle Klarstellung anzusehen«.

867 In diese Richtung *Schmidt/Schwind*, NWB 2008, Fach 4, S. 5223 (5223): Der Gesetzgeber wolle »die Gesellschafterfinanzierung durch Eigenkapital und die Finanzierung durch nicht fremdübliche Gesellschafterdarlehen« – also etwa durch eigenkapitalersetzende Darlehen – »hinsichtlich etwaiger Gewinnminderungen gleich behandeln«.

hingegen diese Voraussetzungen nicht vor, sind Vergütungen für Genussrechte der AG steuerbilanziell als Betriebsausgaben abzuziehen.⁸⁹⁶

- 427 429 Vergütungen für partiarische Darlehen und andere gewinnabhängig verzinsliche Darlehen unterliegen ebenso wie die Vergütungen für typisch stille Beteiligungen und nicht als Einkommensverwendung angesehene Genussrechtsvergütungen den Vorschriften der Zinsschranke.⁸⁹⁷ Sie sind i. R. d. allgemeinen Vorschriften des § 4h EStG steuerlich abzugsfähig und unterliegen der 25 %igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Nr. 1 Buchst. a) bzw. c) GewStG.⁸⁹⁸ S. dazu oben unter **Rdn. 417**.

430-493

C. Darlehen mit vereinbartem Nachrang und ähnliche Gestaltungen

Schrifttum:

Altmeyen, Anm. zu BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, ZIP 2001, 240; *Altmeyen*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, NJW 1999, 2809; *Bauer*, Die Passivierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterforderungen im Überschuldungsstatus, ZInsO 2001, 486; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, Baden-Baden 2006; *Buschmann*, Finanzplankredit und MoMiG, NZG 2009, 91; *Ekkenga*, Eigenkapitalersatz und Risikofinanzierungen nach künftigem GmbH-Recht, WM 2006, 1986; *Fleischer*, Der Finanzplankredit im Gesamtgefüge der einlagegleichen Gesellschafterleistungen – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 28.06.1999, II ZR 272/98, DStR 1999, 1198, DStR 1774, 1788; *Fleischer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, JZ 2001, 1191; *Funk*, Der Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen nach MoMiG im Steuerrecht, BB 2009, 867; *von Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl., Köln 2002; *Goette*, Anm. zu BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, DStR 2001, 179; *Groh*, Eigenkapitalersatz in der Bilanz, BB 1993, 1882; *Gross/Fink*, Besserungsscheine im Jahresabschluss der GmbH, BB 1991, 1379; *Haarmann*, Der Rangrücktritt, Festschrift Röhrich, 2005, 137; *Haas*, Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMSStG, DStR 2009, 326; *ders.*, NZI 2002, 457; *Habersack*, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384; *ders.*, Der Finanzplankredit und das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterhilfen, ZHR 161 (1997), 457; *Habersack/Mayer*, NZG 2001, 365; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, Köln, 1994; *Heerma/Heerma*, Neues BMF-Schreiben zum »qualifizierten« Rangrücktritt – Wie sich ein Begriff verselbstständigt, ZIP 2006, 2202; *Heß*, Das neue Schuldrecht: In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, NJW 2002, 253; *Huntermann/Richthammer*, Neue steuerliche Hindernisse bei der Unternehmenssanierung, StuB 2004, 446; *Kahlert/Gehrke*, Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, DStR 2010, 227; *Paul*, Patronatserklärungen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft: zugleich Anmerkung zum Urt. des OLG München v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZinsO 2004, 1040 ff, ZinsO 2004, 1327; *Paulus*, Passivierungspflicht und Rangordnung eigenkapitalersetzender Darlehen in der Insolvenz, ZGR 2002, 320; *Peters*, Der vertragliche Rangrücktritt von Forderungen: Versuch einer Bestandsaufnahme – Teil II, WM 1988, WM 1988, 685; *Priester*, Anm. zu BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, EWiR § 32a GmbHG 1/01, 329; *ders.*, Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, 681; *Rautenberg/Schaufenberg*, Die steuerliche Behandlung des Darlehenserrlasses mit Besserungsvereinbarung, DB 1995, 1345; *Reiner*, Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002; *ders.*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung: eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbrauch organschaftlicher Leitungsmacht, München 1995; *ders.*, Der deliktische Charakter der »Finanzierungsverantwortung« des Gesellschafters: Zu den Ungereimtheiten der Lehre vom Eigenkapitalersatz, FS Boujong, 1996, 415; *Schildknecht*, Passivierungsverbote nach Rangrücktrittsvereinbarungen, DStR 2005, 181; *K. Schmidt*, Eigenkapitalersatz und Überschuldungsfeststellung, GmbHR 1999, 9; *ders.*, Quasi-Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem, FS Goerdeler, 1987, 487; *Schulze-Osterloh*, Rangrücktritt, Besserungsschein, eigenkapitalersetzendes Darlehen, WPg 1996, 97; *Wittig*, Rangrücktritt: Antworten und offene Fragen nach dem Urteil des BGH vom 08.01.2001, NZI 2001, 169.

rechtliche Nachrangigkeit eines Genussrechtskapitals führt für sich noch nicht zu einer Beteiligung am Liquidationserlös.

896 Vgl. BMF vom 08.12.1986, BB 1987, 667 f., s. a. BFH vom 19.01.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, S. 77.

897 Vgl. BMF vom 04.07.2008, BStBl. I 2008, 718 ff. **Rn. 11, 15.**

898 Vgl. *Häusle*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 **Rn. 237.**

I. Rangrücktritt

430-450

1. Hintergrund

430-433

Der Rangrücktritt ist anders als der »Rücktritt« vom Vertrag (§ 323 BGB) keine einseitige Willenserklärung (des Gläubigers), sondern eine Abrede. Beim sog. *absoluten* (insolvenzrechtlich wirkenden⁸⁹⁹) Rangrücktritt i. S. d. § 39 Abs. 2 InsO wird diese Abrede zwischen der Gesellschaft und dem zurücktretenden (Darlehens-) Gläubiger geschlossen; sie kann von Anfang an Teil des Schuldverhältnisses (Darlehensvertrags) sein oder erst nachträglich im Wege der Vertragsänderung getroffen werden. Im letzteren Fall reicht es wegen § 151 BGB regelmäßig, dass der Darlehensgeber den Rangrücktritt erklärt und die Gesellschaft damit einverstanden ist. Die Annahmeerklärung der Gesellschaft braucht dem im Rang zurücktretenden Gläubiger nicht zuzugehen,⁹⁰⁰ denn der Gläubiger dürfte i. d. R. auf den Zugang der Annahme verzichten, weil er sich ausrechnen kann, dass die Gesellschaft mit dem Rangrücktritt einverstanden ist (§ 151 Satz 1 BGB). »*Relatives*« Rangrücktrittsvereinbarungen, auf die nachfolgend nicht weiter eingegangen wird, nennt man Abreden der Gläubiger untereinander – z. B. in einem Konsortialkreditvertrag – mit dem Inhalt, dass die Forderung des einen Gläubigers hinter die Forderungen anderer Gläubiger zurücktreten soll.⁹⁰¹ Sie wirken im Gegensatz zu insolvenzrechtlichen Rangrücktritten nur *inter partes*, d. h. zwischen den an der Rangrücktrittsvereinbarung beteiligten Gläubigern, und lassen den Charakter der zurücktretenden Forderung ggü. der Gesellschaft und den nicht an der Vereinbarung beteiligten Gläubigern unberührt.

Die Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft vermag der (absolute) Rangrücktritt nur dann zu verringern, wenn er dazu führt, dass die Darlehensforderung in der Überschuldungsbilanz nicht zu passiviert werden braucht. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Passivierung nachrangiger (Gesellschafter-)Forderungen haben sich durch das MoMiG mit Wirkung ab dem 01.11.2008 verändert (hierzu unten **Rdn. 434** sowie näher **Rdn. 441 ff.**). Die alte, diesbezüglich bis zum 30.10.2008 geltende Regelung des § 19 Abs. 2 InsO⁹⁰² bleibt allerdings auf Insolvenzverfahren, die *vor* dem 01.11.2008 eröffnet worden sind, als i. S. d. Art. 103d Satz 1 EGIInsO bis dahin geltende »gesetzliche Vorschrift« noch weiter anwendbar (nachfolgend **Rdn. 435 ff.**).

Auf Insolvenzverfahren, die nach dem genannten Stichtag eröffnet wurden, scheint gemäß der genannten Übergangsregelung im Umkehrschluss das neue Recht anwendbar zu sein, selbst wenn die Rangrücktrittsvereinbarung bereits (u. U. lange) vor Inkrafttreten der Reform abgeschlossen wurde. Diese Rechtsfolge ist keineswegs selbstverständlich, denn die Rechtsfolgen eines solchen Rangrücktritts sind zwar insolvenzrechtlicher Natur, lassen sich aber zumindest indirekt auch auf den Parteiwillen zurückführen. Im Bereich des Vertragsrechts knüpfen die Überleitungsvorschriften bei Gesetzesänderungen regelmäßig an den Zeitpunkt an, zu dem der Vertrag entstanden ist (vgl. z. B. Art. 229 § 5 EGBGB für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz). Eine allgemeine Kollisionsregel zum intertemporalen Schuldrecht, die man ggf. bei Rangrücktrittsvereinbarungen wegen der größeren Sachnähe dem Art. 103d Satz 1 EGIInsO entgegen halten könnte, existiert allerdings nicht.⁹⁰³ Da-

899 Im Gegensatz zum absoluten Rangrücktritt steht der sog. *relative*, bei dem lediglich Gläubiger untereinander (bilateral) vereinbaren, dass die Forderung eines Gläubigers hinter die Forderungen anderer Gläubiger zurücktreten soll, und der den Charakter der zurücktretenden Forderung ggü. der Gesellschaft und den nicht an der Vereinbarung beteiligten Gläubigern unberührt lässt. Zur Unterscheidung z. B. *Haarmann*, in: FS Röhrich, 2005, 137, 139.

900 So zu Recht *Wittig*, NZI 2001, 169, 171.

901 Z. B. *Haarmann*, in: FS Röhrich, 2005, 137, 139.

902 Die bereits seit dem 18.10.2008 geltende Änderung des Überschuldungsbegriffs (**Rdn. 434**) beeinflusst die insolvenzrechtliche Behandlung von Rangrücktritten inhaltlich nicht. Sie wirkt sich nur insoweit aus, dass die in § 19 Abs. 2 InsO durch das MoMiG eingefügte Spezialregelung zur Überschuldungsbilanzierung von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen bis zum 30.12.2010 in S. 2 des § 19 Abs. 2 InsO und danach wortgleich in S. 3 enthalten ist.

903 S. (im Kontext des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes) *Heß*, NJW 2002, 253, 254, der »seit Jahrzehnten« ein »Desinteresse des Gesetzgebers am Übergangsrecht« ausmacht.

her wird man es wohl im Ergebnis auch beim Rangrücktritt bei der allgemeinen insolvenzrechtlichen Übergangsregelung belassen müssen, zumal die Neuregelung die Anforderungen an die Freistellung von (Darlehens-) Verbindlichkeiten von der Pflicht zur Passivierung erleichtert hat, sodass die Anwendung des neuen Rechts in aller Regel zu Rechtsfolgen führen wird, die dem (damaligen) Parteiwillen entsprechen.

- 431 433 In der Handels- und Steuerbilanz sind selbst nachrangige Verbindlichkeiten gem. den §§ 246 Abs. 1, 249 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG, § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG immer zu passivieren,⁹⁰⁴ egal wie weit der Rangrücktritt geht.⁹⁰⁵ Anders ist es nur bei sog. »haftungslosen Darlehen«, die sich – ggf. zusätzlich zum Rangrücktritt – durch einen Forderungsverzicht mit Besserungsabrede (hierzu unten II., Rdn. 451 ff.) auszeichnen, soweit sie auf das Erzielen künftiger Gewinne (und nicht nur Einnahmen) abstellt.⁹⁰⁶

434-447 2. Berücksichtigung in der Überschuldungsbilanz

- 432 434 Bei der Frage nach der Passivierung von Rangrücktritten in der Überschuldungsbilanz ist zwischen der Rechtslage bis 31.10.2008 (Inkrafttreten des MoMiG) und der Rechtslage danach, die sich mit der Einfügung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO durch eine Sonderregelung für Gesellschafterdarlehen auszeichnet, zu unterscheiden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Art. 5 Abs. 3 FMStG im Zuge der Finanzkrise die Definition des Überschuldungsbegriffs (§ 19 Abs. 2 InsO, seit 01.11.2008 in Satz 1 dieser Vorschrift) mit Wirkung vom 18.10.2008 zunächst zeitlich befristet bis zum 31.12.2010, später verlängert bis zum 31.12.2013⁹⁰⁷ und inzwischen mit dauerhafter Wirkung,⁹⁰⁸ neu gefasst hat, um zu verhindern, dass an sich fortführungswürdige Unternehmen im Zuge der Finanzkrise allein deshalb insolvent werden, weil die Vermögenswerte des Unternehmens vorübergehend deutlich an Wert verlieren: Hiernach ist ein Unternehmen – unabhängig vom Verhältnis seiner Aktiva zu seinen Passiva nicht überschuldet, solange seine Fortführung »nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich« ist. Darin kann man eine Rückkehr zum »modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff« sehen, den die Rechtsprechung noch zur KO entwickelt hatte.⁹⁰⁹ Folglich ist eine Überschuldungsbilanz derzeit nur zu erstellen, wenn die Fortführung des Unternehmens nicht überwiegend wahrscheinlich ist; nur dann stellt sich die insolvenzrechtliche Frage nach der Passivierung von (Gesellschafter-) Forderungen mit Rangrücktritt.

904 BFH, Urt. v. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, unter II.3.a., unter II.1. und 2.

905 S. BMF-Schreiben v. 08.09.2006 – IV B 2 – S 2133 – 10/06, BStBl. I 2006, S. 497, Tz. II. 2., Rn. 4, zur Passivierung von Verbindlichkeiten mit sog. »qualifiziertem Rangrücktritt« entsprechend der Rechtsprechung des BGH zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG (hierzu unten Rdn. 435 ff.).

906 S. etwa (bezüglich Streitjahren aus der Zeit vor Einführung des § 5 Abs. 2a EStG durch das StBereinG 1999) BFH, Urt. v. 20.9.1995 – X R 225/93, BStBl. II 1997, 320, unter 2.c., juris-Rn. 32; BFH, Urt. v. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, unter II.3.a., juris-Rn. 21 (m. w. N. zum handelsbilanzrechtlichen Schrifttum): Eine Darlehensverpflichtung, die nicht geltend gemacht werden solle, »soweit und solange die Ertragslage des [finanzierten] Objektes bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung eine Bedienung der Darlehensforderung nicht« ermögliche, was einem »Erlass mit Besserungsabrede (Besserungsschein)« entspreche, sei »vor dem Eintritt der bezeichneten aufschiebenden Bedingung nicht zu passivieren«; auch BFH, Urt. v. 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012, S. 332, unter II.2.a.dd., juris-Rn. 17 (zur »Verbindlichkeit gegen Besserungsschein«; *Kozikowski/Schubert*, in: BeckBilKomm, § 247 Rn. 237).

907 S. die entsprechende Änderung der Übergangsvorschrift des Art. 7 Abs. 2 FMStG durch Art. 1 des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (BGBl. I, S. 3151).

908 S. die Aufhebung des Art. 6 Abs. 3 FMStG durch Art. 18 des Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und Änderung anderer Vorschriften v. 05.12.2012 (BGBl. I, S. 2424).

909 Dazu *Haaß*, DStR 2009, 326 (326), m. w. N.: Der Gesetzgeber sei damit zu dem vor Inkrafttreten der InsO geltenden »modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff« zurückgekehrt.

a) Rechtslage bis 30.10.2008

435-440

Speziell bei Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen war lange Zeit umstritten, ob sie in der Überschuldungsbilanz zu passivieren sind. In seiner Entscheidung vom 08.01.2001 hat der BGH schließlich klargestellt, dass dies trotz des gesetzlichen Nachrangs dieser Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO der Fall ist.⁹¹⁰ Obwohl eigenkapitalersetzende Forderungen während der Krise nicht bedient werden dürften, verlören sie nicht ihren Charakter als Verbindlichkeiten.⁹¹¹ Durch die Umqualifizierung der vom Gesellschafter gewährten Leistung in »funktionales Eigenkapital« würden die Rückzahlungsforderungen nicht zu statutarischem Eigenkapital. Sofern nach Befriedigung aller anderen Gläubiger der Gesellschaft ein zu verteilender Betrag verbleibe, könne er seine »bis dahin in der Durchsetzung gehemmten Ansprüche mit Vorrang vor den Forderungen der Mitgesellschafter bei der Verteilung des Liquidationserlöses geltend machen«. Dies sei in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (a. F.) ausdrücklich festgelegt worden.⁹¹² Hinzu kommen nach der (Selbst-) Erkenntnis des BGH die mit dem Eigenkapitalersatzrecht verbundenen »Unwägbarkeiten, ob eine Gesellschafterdrittleistung den Eigenkapitalersatzregeln« unterliege oder nicht,⁹¹³ und das Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit, aber auch – angesichts der drohenden »schadenersatz- und strafrechtlichen Konsequenzen – der Geschäftsleiter »an einer auf rechtssicherer Grundlage getroffenen Entscheidung über die Insolvenzreife«. ⁹¹⁴ Die Gesellschafter hätten es in der Hand, die Passivierung ihrer Forderungen durch Abgabe einer besonderen *Rangrücktrittserklärung* zu vermeiden, mit der sie deutlich machen, »dass sie jedenfalls für die Dauer der Krise auf ihre Position als Drittgläubiger verzichten« und wegen ihrer Forderungen »erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen« ihrer Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden wollen, als handle es sich bei ihren Gesellschafterleistungen »um statutarisches Kapital« (vgl. § 199 InsO).⁹¹⁵ Der privatautonom erklärte Nachrang muss also über den gesetzlichen Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO noch hinausgehen.⁹¹⁶ Dafür hat sich inzwischen der Begriff des »qualifizierten Rangrücktritts« durchgesetzt.⁹¹⁷

910 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, m. ausführlichen N. zum damaligen Streitstand im Schrifttum. Dazu eingehend *Buck*, 2006, S. 246 f., 260 ff.

911 Insb. bleiben daher beim Rangrücktritt, anders als bei einem Forderungsverzicht, etwaige für die Forderung bestellten Sicherheiten erhalten (z. B. *Peters*, WM 1988, 685, 689).

912 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(3).

913 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(3). Hierzu bereits oben B. I., Rdn. 189, Fn. 79.

914 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(3).

915 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(2) und (3), der zugleich hervorhebt, eines (kompletten) »Verzichts auf die Forderung« bedürfe es nicht.

916 A. A. z. B. *Fleischer*, JZ 2001, 1191, 1193; *Habersack/Mayer*, NZG 2001, 365, 366; *Wittig*, NZI 2001, 169, 173 f.; *Haas*, NZI 2002, 457, 463; *Kleindiek*, in: von Gerkan/Hommelhoff, *Rn. 7.36*; *Bauer*, ZInsO 2001, 486, 491 f.: Die Autoren argumentieren damit, dass dem Anliegen des BGH nach einer zweifelsfreien, rechtssicheren Grundlage für die Erstellung der Überschuldungsbilanz angesichts der »Unwägbarkeiten« des Eigenkapitalersatzrechts bereits durch einen einfachen Rangrücktritt Genüge getan sei. Diese Aussage ist zwar für sich genommen zutreffend; sie führt aber nicht weiter, denn Rechtssicherheit hat man auch dann, wenn man die Gegenansicht vertritt, dass Forderungen mit einfachem Rangrücktritt zu passivieren sind.

917 Z. B. BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118, unter II., vor 1., juris-Rn. 10; aus dem Schrifttum z. B. *Schröder*, in: HambKomm, InsO, § 19 *Rn. 43a.*; *Loose/Maier*, in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, § 17 *Rn. 95 ff.*; so auch die Terminologie im Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 58, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F., ausdrücklich unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung des BGH; kritisch gegenüber dieser Differenzierung *Heerma/Heerma*, ZIP 2006, 2202, 2204.

- 434 **436** Man ist sich aber nicht einig darüber, ob der »sechste« Rang hinter § 39 Abs. 1 Nr. 5, d. h. der Gläubiger-Rang i. S. d. § 39 Abs. 2 InsO gemeint ist⁹¹⁸ oder gar der letzte Rang als Anteilseigner bei der Schlussverteilung nach § 199 Satz 2 InsO. Die wohl noch herrschende Lehre hält einen Rücktritt in den Rang des § 199 Satz 2 InsO für erforderlich, um eine Passivierung als Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus zu vermeiden.⁹¹⁹ Dies entspricht der Wortwahl des BGH, die – wie § 199 InsO – auf den Vorrang *aller* Insolvenzgläubiger und die durch den Rangrücktritt bewirkte Eigenkapitalähnlichkeit der Gesellschafterleistung abhebt. Dafür spricht aber auch der Zweck der Überschuldungsbilanz, nämlich festzustellen, ob das Gesellschaftsvermögen (zu Liquidationswerten) alle Verbindlichkeiten deckt. Wenn der Gesellschafter seine Forderung als Gläubiger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft geltend macht, obwohl sie nicht aus einem etwaigen »verbleibenden Überschuss« (§ 199 Satz 1 InsO) i. R. d. Endverteilung (§ 199 Satz 2 InsO) beglichen werden kann, ist sie wie die Forderungen der anderen Insolvenzgläubiger – wenn auch erst am Ende der »Warteschlange« nach allen vorrangigen, normalen und nachrangigen Gläubigern i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 und gemeinsam mit anderen Gläubigern des »sechsten Ranges« – aus der Masse zu befriedigen.⁹²⁰
- 435 **437** Solange ein solches Vorgehen des Gesellschafters nicht auszuschließen ist, ist seine Forderung entsprechend dem insolvenzrechtlichen Ziel der Gläubigerbefriedigung zu passivieren. Die im Schrifttum anzutreffende Aussage, bereits mit der Vereinbarung eines Nachrangs gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO verzichte der Gesellschafter für die Dauer der Krise auf seine Position als Drittgläubiger, Geschäftsführer und Insolvenzverwalter könnten sich hierauf berufen und eines weiter gehenden Rücktritts bedürfe es dann nicht, ist mit Zweck und Systematik der InsO nicht vereinbar.⁹²¹ Der Umstand, dass die Gesellschafter-Gläubiger ggf. mit ihrem Rangrücktritt doch gerade die Fortsetzung der Gesellschaft in der Krise ermöglichen und durch die Erklärung, hinter sämtliche (nachrangigen) Gläubiger i. S. d. § 39 Abs. 1 InsO zurückzutreten, die Insolvenzantragspflicht abwenden wollten,⁹²² vermag es nicht zu rechtfertigen, ihre Forderungen i. S. d. § 39 Abs. 2 InsO aufseiten der Gesellschaft von der Passivierungspflicht zu befreien; dieser Gesichtspunkt könnte allenfalls i. R. d. Auslegung des Rangrücktritts ein Indiz dafür sein, dass die betreffenden Gesellschafter über § 39 Abs. 2 InsO hinausgehend einen Rang i. S. d. § 199 Satz 2 InsO gewünscht hatten. Dass das vorstehend skizzierte Rangverständnis des »qualifizierten Rangrücktritts« zutrifft, hat der BGH jüngst deutlich gemacht. Nach seinem Hinweisbeschluss vom März 2010, noch zum alten Recht, genügt ein »Rücktritt in den Rang von § 39 Abs. 2 InsO a. F. [= § 39 Abs. 2 InsO n. F.] . . . den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt solange nicht, wie der Gesellschafter in dieser Klasse nicht an die letzte Stelle tritt«.⁹²³
- 436 **438** Neben einer auf das Insolvenzverfahren bezogenen Komponente verlangt der BGH für die qualifizierte Rangrücktrittserklärung noch eine weitere Komponente, die den Zeitraum *vor* Eröffnung

918 So *Altmeyden*, ZIP 2001, 240, 241; *Felleisen*, GmbHHR 2001, 195, 196; ebenso wohl *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHHG, 16. Aufl. 2004, § 42 Rn. 47: Aus seiner Sicht meint der BGH den Rücktritt in einen Rang »nach allen anderen Gesellschaftsgläubigern«, aber noch »vor Verteilung eines etwaigen Restvermögens nach § 199 S. 2 InsO«; bestätigend *ders.*, 18. Aufl. 2012, Anhang zu § 64 Rn. 32; s. a. *ders.* in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 7.37, wo er der Praxis empfiehlt, sich sicherheitshalber am strengsten Standard, also § 199 Satz 2 InsO, zu orientieren, um so später unliebsame Überraschungen zu vermeiden.

919 *Goette*, DStR 2001, 179; *Priester*, EWiR § 32a GmbHG 1/01, 329, 330; s. a. *Paulus*, ZGR 2002, 320, 327 f.

920 Die Aussage der Gegenansicht, mit der Vereinbarung eines Nachrangs gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO verzichte der Gesellschafter für die Dauer der Krise auf seine Position als Drittgläubiger, Geschäftsführer und Insolvenzverwalter könnten sich hierauf berufen, eines weiter gehenden Rücktritts bedürfe es dann nicht (z. B. *Bauer*, ZInsO 2001, 486, 492), ist mit Zweck und Systematik der InsO nicht vereinbar.

921 Z. B. *Bauer*, ZInsO 2001, 486, 492.

922 So *Felleisen*, GmbHHR 2001, 195, 196.

923 BGH, Beschl. v. 01.03.2010 – II ZR 13/09, ZIP 2010, 1078, unter II.2.b., juris-Rn. 12, unter scheinbarer (»vgl.«), aber unzutreffender Berufung auf BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118, wo der Senat den »sog. qualifizierten Rangrücktritt« nur erwähnt, aber nichts zu seinen Anforderungen sagt.

des Insolvenzverfahrens betrifft und dem eigenkapitalersatzrechtlichen Gedanken der Gleichstellung des Gesellschafterdarlehen mit formellem (statuarischem) Gesellschaftskapital bereits ab Eintritt der »Krise« (§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) geschuldet ist. Danach muss der Gesellschafter »sinngemäß« erklären, er wolle »wegen ... [seiner] Forderungen *erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger* und – bis zur Abwendung der Krise ... berücksichtigt ... werden«. ⁹²⁴ Dass der Zusatz »während des Insolvenzverfahrens« bewusst aus dieser herausgelassen wurde, belegt die nachfolgende Aussage des Gerichts, die Gesellschafter hätten es »in der Hand, durch Abgabe der oben näher beschriebenen Rangrücktrittserklärung deutlich zu machen, dass sie *jedenfalls für die Dauer der Krise* auf ihre Position als Drittgläubiger verzichten«, ⁹²⁵ was praktisch auf eine Art Stillhalteverpflichtung hinausläuft. Die »Krise« (vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG a. F.) beginnt, auch bei der AG, bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. ⁹²⁶

Teilweise wurde aus der Entscheidung des BGH vom 08.01.2001 das Erfordernis einer *ausdrücklichen* Rangrücktrittserklärung als Voraussetzung für die Befreiung von der Passivierungspflicht herausgelesen. ⁹²⁷ Der bereits zitierte Hinweisbeschluss von 2010 hat diese Sichtweise (scheinbar) bestätigt. Um die Passivierung in der Überschuldungsbilanz zu vermeiden, so führt der BGH dort unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Entscheidung von 2001 aus, sei »auch bei materiellem Nachrang ... eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung notwendig, um den Rangrücktritt außer Streit zu stellen und dem Geschäftsführer eine zweifelsfreie und rechtssichere Beurteilungsgrundlage zu geben«. ⁹²⁸ Tatsächlich taucht das Wort »ausdrücklich« in Zusammenhang mit dem Rangrücktritt im Urteil von 2001 gar nicht auf. Das Gericht führte damals lediglich aus, der Geschäftsführer benötige für die Ermittlung der Überschuldung und die Entscheidung, ob er Insolvenzantrag stellen müsse, eine »zweifelsfreie und rechtssichere Grundlage«; die Gesellschafter hätten es in der Hand, zu diesem Zweck »durch Abgabe der ... [qualifizierten] Rangrücktrittserklärung deutlich zu machen, dass sie jedenfalls für die Dauer der Krise auf ihre Position als Drittgläubiger verzichten«. ⁹²⁹ Auch eine konkludente Erklärung, z. B. im Rahmen einer Finanzplanabrede, kann im Einzelfall »deutlich« sein, was selbst der BGH in derselben Entscheidung von 2010 nur einen Absatz davor jedenfalls nicht völlig ausschließen mag. ⁹³⁰

Die Argumente, die die Rechtsprechung zu Gesellschafterdarlehen dazu bewogen hat, nur qualifizierten Rangrücktrittserklärungen Wirksamkeit i. R. d. Überschuldungsbilanz zuzuerkennen, lassen sich ohne Weiteres auf Darlehensverbindlichkeiten ggü. Nicht-Gesellschaftern (z. B. Banken) übertragen. ⁹³¹ Hat ein Dritter Sicherheit für die (aufgrund einer qualifizierten Vereinbarung) nachrangige Forderung des Darlehensgebers geleistet, darf die Passivierung der Forderung nur dann unter-

924 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 271, unter I.2.c.bb.(2), Hervorhebung hinzugefügt.

925 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 271, unter I.2.c.bb.(3), Hervorhebung hinzugefügt.

926 Eine andere Frage ist, ob sie sich sinnvollerweise vom materiellen Zustand der Insolvenz abgrenzen lässt. Hierzu kritisch *Reiner*, FS Boujong, 1996, 415, 436 ff.

927 So etwa Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 58, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F.: An einer ausdrücklichen Rangrücktrittserklärung solle (für das neue Recht) »festgehalten« werden. Der Ausschuss beruft sich zusätzlich auf § 39 Abs. 2 InsO: Da diese Vorschrift eine Auslegungsregel enthalte, sei »ausdrücklich der Rücktritt hinter die gesetzlich subordinierten Ansprüche (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5) zu erklären«. Diese Schlussfolgerung wäre aber nur richtig, wenn bei konkludenten (schlüssigen) Erklärungen immer »Zweifel« i. S. d. § 39 Abs. 2 InsO in Bezug auf die Auslegung existieren würden mit der Folge, dass gemäß dieser Vorschrift von einem Rang (direkt) nach den Forderungen des § 39 Abs. 1 InsO auszugehen wäre. Davon kann aber keine Rede sein, denn soweit das auszulegende Verhalten Zweifel belässt, ist es nicht schlüssig.

928 BGH, Beschl. v. 01.03.2010 – II ZR 13/09, ZIP 2010, 1078, unter II.2.b., juris-Rn. 13.

929 BGH, Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, unter I.2.c.bb.(3).

930 BGH, Beschl. v. 01.03.2010 – II ZR 13/09, ZIP 2010, 1078, unter II.2.b., juris-Rn. 12.

931 So z. B. auch *Haas*, DSStR 2009, 326, 327, m. w. N. (»h. M.«).

bleiben, wenn neben dem Gläubiger auch der Dritte bezüglich etwaiger selbstständiger Aufwendungsersatz- und Rückgriffsansprüche den Rangrücktritt vereinbart hat.⁹³²

441-447 *b) Rechtslage ab 01.11.2008 (Änderung durch das MoMiG)*

- 439 **441** Mit Wirkung ab dem 01.11.2008, eingeführt durch das MoMiG v. 23.10.2008, wurde der (zwischenzeitlich durch das FMStG v. 17.10.2008 geänderte) Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO durch eine besondere Regelung zum Nachrang von »Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen«, ergänzt (Satz 2). Danach »sind« diese Forderungen »nicht bei den Verbindlichkeiten nach [§ 19 Abs. 2] Satz 1 zu berücksichtigen«, also nicht in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, wenn für sie »gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist«. Daraus lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass Rückzahlungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen ohne (qualifizierten) Rangrücktritt auch zukünftig in der Überschuldungsbilanz als Verbindlichkeiten ausgewiesen werden dürfen und wohl auch auszuweisen sind.⁹³³ Insofern wurde die oben dargestellte BGH-Rechtsprechung zu den eigenkapitalersetzenden Darlehen vom Gesetzgeber für das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen bestätigt und kodifiziert.
- 440 **442** Allerdings spricht § 19 Abs. 2 InsO (n. F.) anders als der BGH, Letzterer bezogen auf das alte Recht (oben **Rdn. 435 ff.**), nicht von einer Gleichstellung mit statutarischem Eigenkapital, sondern begnügt sich dem Wortlaut nach mit einem Rang »hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen«, sodass auch ein (einfacher) Rangrücktritt i. S. d. § 39 Abs. 2 InsO auszureichen scheint. Dies entspricht dem ausdrücklichen Wunsch des Rechtsausschusses des Bundestags,⁹³⁴ der allerdings dem noch weiter gehenden Vorschlag der Bundesregierung, Forderungen aus Gesellschafterdarlehen – anders als Forderungen aus »wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen« – auch ohne Rangrücktritt von der Passivierungspflicht freizustellen,⁹³⁵ nicht gefolgt ist. Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, so der Rechtsausschuss, erfordere es, »die vom BGH aufgestellten Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung anzupassen«. Die »vom BGH geforderte Gleichstellung der Gesellschafterleistung mit statutarischem Eigenkapital« finde »künftig keine Berechtigung mehr im Gesetz«. »Aus Gründen des Gläubigerschutzes« sei »sie auch nicht notwendig«. Durch die Abgabe der Rangrücktrittserklärung rücke »der Gesellschafter-Kreditgeber gemäß § 39 Abs. 2 [InsO] aber noch einen Rang hinter den Gesellschafter-Kreditgeber, der keine Rangrücktrittserklärung abgegeben« habe und den Rang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einnehme.⁹³⁶ Ein Rücktritt auf den »sechsten« Rang ist nunmehr also ohne jeden Zweifel ausreichend.
- 441 **443** Wie schon erwähnt (oben **Rdn. 439**) geht der Rechtsausschuss darüber hinaus in vermeintlicher Ablehnung an die vorausgegangene höchstrichterliche Rechtsprechung zum alten Recht sowie unter

932 Haarmann, in: FS Röhrich, 2005, 137, 138 f.; Wittig, NZI 2001, 169, 171.

933 S. Bericht des Rechtsausschusses v. 24.06.2008 zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 58: An einer ausdrücklichen Rangrücktrittserklärung des Gesellschafter-Kreditgebers »als Voraussetzung für die Befreiung von der Passivierungspflicht« solle festgehalten werden [Hervorhebung durch Verf].

934 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 58, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F.

935 Zur Begründung s. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 56: Die »Interessen der außenstehenden Gläubiger« seien »bereits durch den [gesetzlichen] Rangrücktritt hinreichend gewahrt«. Die Entscheidung, ob die unter Forderung den gesetzlich angeordneten Rangrücktritt nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 falle, werde durch den Verzicht auf das Merkmal »kapitalersetzend« künftig »wesentlich einfacher und rechtssicherer zu treffen sein«, »so dass« Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die von § 39 Abs. 1 Nr. 5 erfasst würden, »auch ohne Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters generell nicht als Passiva in der Überschuldungsbilanz zu erfassen« seien. Lediglich in Bezug auf den unscharfen Begriff der Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen »wirtschaftlich entsprechen«, sah die Bundesregierung die vom BGH erkannten »Unsicherheiten« bzw. »Unwägbarkeiten« (s. o. **Rdn. 435**) nicht beseitigt.

936 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 58.

Berufung auf die Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 InsO, die in der Reform unverändert geblieben ist, davon aus, dass eine *ausdrückliche* Erklärung des Rangrücktritts erforderlich sei. Dass diese Ansicht nicht haltbar ist und ein Rangrücktritt auch durch schlüssiges, eindeutiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden kann, wurde bereits oben (Rdn. 439) dargelegt. Im praktischen Ergebnis dürfte sich trotz der erleichterten inhaltlichen Anforderungen an einen Rangrücktritt, mit dem sich die Überschuldung abwenden lässt, angesichts der erwartungsgemäß niedrigen Befriedigungsquoten von »nach-nachrangigen Forderungen« ggü. der bisherigen Situation *im Insolvenzverfahren* wenig ändern.

Eine andere Frage ist die zeitliche Komponente des Rangrücktritts. Da für die Befreiung von der Passivierungspflicht nach neuem Recht eine Erklärung »gemäß § 39 Abs. 2 [InsO]« (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO) ausreicht und § 39 Abs. 2 InsO die Vereinbarung des Nachrangs »im Insolvenzverfahren« voraussetzt, ist es jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr erforderlich, dass der Darlehensgeber bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nämlich ab Eintritt der »Krise«, auf die Geltendmachung seiner (fälligen) Forderungen verzichtet. 444 442

Im Schrifttum wurde hierzu vorgebracht, damit würde »der Sinn und Zweck des Überschuldungstatbestands unterlaufen«, denn bleibe die Forderung vor Insolvenzeröffnung ohne Weiteres durchsetzbar, werde durch die Überschuldungsbilanz die von einer Unternehmensfortführung ausgehende Gläubigergefährdung (mangels Passivierung) »überhaupt nicht wirklichkeitstreu« abgebildet, es handle sich »wohl um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers«, laut Gesetzesbegründung⁹³⁷ habe der Gesetzgeber nämlich »in Bezug auf die zeitliche Reichweite des Rangrücktritts nicht von der bisherigen Praxis abweichen« wollen.⁹³⁸ Dem ist zu entgegnen, dass sich dem Bericht des Rechtsausschusses keineswegs der Wille des Gesetzgebers entnehmen lässt, die Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung möglichst unverändert zu belassen.⁹³⁹ Diesbezüglich heißt es dort lediglich, »an einer ausdrücklichen Rangrücktrittserklärung des Gesellschafter-Kreditgebers« solle »festgehalten werden«. Der Bericht fährt fort, »welchen Inhalt die Rangrücktrittserklärung haben« müsse, sei »künftig vom Gesetz vorgegeben«. »Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts« erfordere »es nämlich, die vom BGH aufgestellten Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung anzupassen« [sic!].⁹⁴⁰ Vor allem sollte mit der Reform die »Krise«, die gemäß der Rechtsprechung des BGH den zeitlichen Beginn der Stillhalteverpflichtung des Darlehensgebers markierte, entsprechend dem Willen des Gesetzgebers keine Rolle mehr spielen.⁹⁴¹ Ein anderer zeitlicher Bezugspunkt für den Nachrang *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt indes kaum in Betracht, wenn man nicht sogar, was wohl niemand vertreten dürfte, weit über das bisherige Recht hinausgehend, auf den Abschluss des Kreditvertrags abstellen will. 445 443

Noch ein weiterer Aspekt: Aufgabe der Überschuldungsbilanz, zumindest in der gegenwärtigen (zunächst vorläufigen und inzwischen – vorerst – »endgültigen«) Ausgestaltung des Überschuldungsbegriffs i. d. F. des FMStG (§ 19 Abs. 1 Satz 1 InsO), ist es, solche Unternehmen mit negativer Fortführungsprognose zu identifizieren, deren Liquidation von einer Unterdeckung gekennzeichnet ist. Bei dieser Perspektive ist die Nichtberücksichtigung nachrangiger Forderungen, selbst wenn sie vor Eröffnung des Verfahrens geltend gemacht werden können, nicht etwa wirklichkeitsfern, sondern konsequent. Aber auch nach der Rückkehr zum zweistufigen Überschuldungsbegriff ab 01.01.2014 446 444

937 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 58, zu § 19 Abs. 2 InsO n. F.

938 Haas, DStR 2009, 326, 327, unter Bezugnahme auf die elektronische Vorab-Fassung des Ausschussberichts (dort S. 104 f.); ebenso z. B. Funk, BB 2009, 867, 869.

939 So auch Kahlert/Gehrke, DStR 2010, 227, 230: Der Gesetzesbegründung könne nicht entnommen werden, »der Gesetzgeber habe in Bezug auf die zeitliche Reichweite des Rangrücktritts nicht von der bisherigen Praxis abweichen wollen«. Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers sei »nicht ersichtlich«.

940 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 58.

941 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57, wo von der »durchgängigen Aufgabe des Merkmals »Krise« die Rede ist.

wird die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen sein.⁹⁴² Immerhin werden solche nicht einredebehafteten Darlehensforderungen bei der Fortführungsprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO i. d. F. ab 01.01.2014 zu berücksichtigen sein.

- 445 447 Wie schon die Rechtsprechung des BGH zum alten Recht (oben Rdn. 435 ff.) lässt sich die Neuregelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO (bzw. § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO i. d. F. ab 01.01.2014) problemlos auf Darlehen von Nichtgesellschaftern übertragen.⁹⁴³

448-449 **3. Nachträgliche Aufhebung des Rangrücktritts**

- 446 448 Nach herrschender Meinung,⁹⁴⁴ die sich bereits vor der Reform des Rechts der Gesellschafterdarlehen gebildet hat, ist es zulässig, dass der Gläubiger (hier: Kreditgeber) und Gesellschaft die Rangrücktrittsvereinbarung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 81 Abs. 1 InsO) bzw. bis zur Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters (§§ 24, 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO) einvernehmlich aufheben. Die dahinter stehende Überlegung ist, dass ein absoluter Rangrücktritt anders als ein relativer, von Gläubigern untereinander vereinbarter Rangrücktritt (oben Rdn. 430) keine unmittelbaren Ansprüche der übrigen Gläubiger gegen den zurücktretenden Gläubiger erzeugt.⁹⁴⁵

- 447 449 Allerdings kann die nachträgliche Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung im Einzelfall bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gem. den §§ 129 ff. InsO anfechtbar sein.⁹⁴⁶ Zudem soll bei Gesellschafterdarlehen die Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung, die im Rahmen eines Finanzplans abgeschlossen wurde (zum Begriff unten Rdn. 457), in der Krise der Gesellschaft unzulässig sein.⁹⁴⁷ Tatsächlich ist nicht ersichtlich, warum dieser Fall anders zu behandeln wäre als die Aufhebung des Finanzplancharakters der Darlehenszusage selbst (unten Rdn. 473 f.). Einiges spricht sogar dafür, dass der BGH, sollte er jemals darüber zu befinden haben, sein (freilich zweifelhaftes) Argument der »Einlageähnlichkeit«, mit der er bei Finanzplandarlehen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger die Freiheit der Vertragsparteien zur nachträglichen Vertragsänderung beschränkt, auch auf Darlehen *ohne* Finanzplanabrede überträgt. Schließlich hat er Darlehen mit Rangrücktrittserklärung allein schon aufgrund des Rangrücktritts den Charakter »funktionalen Eigenkapitals« bescheinigt.⁹⁴⁸

450 **4. Handels- und steuerbilanzielle Behandlung des Rangrücktritts**

- 448 450 In der Handelsbilanz (zur Überschuldungsbilanz s. o. Rdn. 434 ff.) der Gesellschaft ist die Darlehensforderung des Gesellschafter-Gläubigers ungeachtet der Rangrücktrittsvereinbarung als Verbindlichkeit (ggf. gekennzeichnet durch einen Vermerk als Rangrücktrittsverbindlichkeit) zu ihrem

942 So z. B. auch *Kahlert/Gehrke*, DStR 2010, 227, 229: Der Gesetzgeber habe die mit der fehlenden Passivierung von Forderungen, die möglicherweise vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückzuzahlen seien, für Geschäftsführer und Gläubiger verbundenen Risiken »bewusst in Kauf genommen«.

943 Z. B. *Schröder*, in: *HambKomm*, InsO, § 19 Rn. 43, m. w. N.; *Kirchhof*, in: *HK-InsO*, § 19 Rn. 25.

944 Z. B. *Haarmann*, in: *FS Röhrich*, 2005, 137, 150; *K. Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, Bd. 1, §§ 32a, 32b Rn. 101; *Wittig*, Rangrücktritt: Antworten und offene Fragen nach dem BGH, *Urt. v. 08.01.2001*, NZI 2001, 169, 175; a. A. *Habersack*, ZGR 2000, 384, 405: Die Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung sei insb. dann, wenn der Rangrücktritt im Jahresabschluss offengelegt worden sei, generell unzulässig.

945 S. hierzu *Haarmann*, *Der Rangrücktritt*, in: *FS Röhrich*, 2005, 137, 150; *Wittig*, NZI 2001, 169, 175: Es handle sich bei der (absoluten) Rangrücktrittsvereinbarung auch um keinen Vertrag zugunsten Dritter, da Ziel des Rangrücktritts die Begünstigung der Gesellschaft sei, wogegen die Art und Zahl der Gläubiger nicht näher bestimmt sei und ständig Änderungen unterliege.

946 *Haarmann*, in: *FS Röhrich*, 2005, 137, 150; *Wittig*, NZI 2001, 169, 175.

947 *Haarmann*, *FS Röhrich*, 2005, S. 137, 150; *Wittig*, NZI 2001, 169, S. 175 f.

948 BGH, *Urt. v. 28.6.1999 – II ZR 272/98*, BGHZ 142, 116, unter II.3.c.aa.: »[. . .] die – mit einer Rangrücktrittserklärung versehenen und demgemäß im Falle der bei der Auszahlung bereits bestehenden oder später eintretenden Krise automatisch zu funktionalem Eigenkapital umqualifizierten – Gelder [. . .]«. Hierzu unten Rdn. 475 ff.

Nennwert auszuweisen;⁹⁴⁹ ein klarstellender Ausweis »davon unter Vereinbarung eines Rangrücktritts« kann im Bilanzanhang oder durch einen Davon-Vermerk erfolgen.⁹⁵⁰ Wegen des Maßgeblichkeitsprinzips (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG) ist die nachrangige Verbindlichkeit grds. auch in der Steuerbilanz auszuweisen;⁹⁵¹ die Vereinbarung eines Rangrücktritts erzeugt also bei der Schuldnerin (hier: Darlehensnehmerin) keinen steuerbaren Buchgewinn.⁹⁵² Die Regelung des § 5 Abs. 2a EStG,⁹⁵³ die das Maßgeblichkeitsprinzip durchbricht und nach der Verpflichtungen, »die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen«, nur zu passivieren sind, »wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind«, ist auch auf eine Rangrücktrittsvereinbarung, die zusätzlich die Klausel enthält, dass die Verbindlichkeit aus künftigen Gewinnen oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen zu bedienen ist, nicht anwendbar.⁹⁵⁴ Anders ist es nur, wenn eine Bezugnahme auf die Möglichkeit einer Tilgung auch aus sonstigem freien Vermögen fehlt.⁹⁵⁵

II. Besserungsabrede

451-456

Verwandt, aber nicht identisch mit einer Rangrücktrittsvereinbarung ist die sog. Besserungsabrede (»Besserungsschein«, vgl. 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG: »Rechte aus Besserungsscheinen«).⁹⁵⁶ Wie der Rangrücktritt dient die Besserungsabrede (und das Finanzplandarlehen, s. u. [Rdn. 457](#)) dazu, die Finanzkraft der Gesellschaft zu stärken. Im Gegensatz zum Rangrücktritt betrifft die Besserungsabrede (ebenso wie das Finanzplandarlehen) nicht unmittelbar das *Rangverhältnis* der betreffenden Darlehensverbindlichkeit zu den übrigen Gesellschaftsverbindlichkeiten,⁹⁵⁷ sondern die Umstände, unter denen das Darlehen zu valutieren ist und/oder unter denen das bereits valutierte Darlehen zurückzuzahlen ist. Das Rangverhältnis zu anderen Verbindlichkeiten wird hierdurch allenfalls mittelbar berührt.

Im Einzelnen versteht man unter »Besserungsschein« den vollständigen oder teilweisen Erlass der Forderung (hier: Darlehensforderung) ggü. der Gesellschaft (§ 397 Abs. 1 BGB) unter der *aufzulösenden* Bedingung, dass die Forderung bei einer späteren Besserung der wirtschaftlichen (Vermögens-

949 BFH, Urt. v. 30.03.1993 – IV R 57/91, BStBl. 1993, S. 502, unter 1.b.aa.: Eine betrieblich begründete Verbindlichkeit müsse »als solche solange in der Handels- und Steuerbilanz ausgewiesen werden, wie die Verbindlichkeit noch« bestehe; ähnlich BFH, Urt. v. 16.05.2007 – I R 36/06, BFH/NV 2007, 2252, unter II.2.c., juris-[Rn. 15](#): »solange nicht der Gläubiger dem Schuldner aus betrieblicher Veranlassung die Schuld gemäß § 397 BGB erlässt oder sich ergibt, dass die Verbindlichkeit aus sonstigen Gründen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt zu werden braucht.«; *Busch*, in: MünchHdb GesR III, § 55 [Rn. 19](#), zum qualifizierten Rangrücktritt.

950 Z. B. *Reiner/Haußer*, in: MünchKommHGB, § 266 [Rn. 123](#), m. w. N., auch zur Gegenmeinung.

951 BFH, Urt. v. 30.03.1993 – IV R 57/91, BStBl. 1993, S. 502, unter 1.a.

952 Z. B. *Huntermann/Richthammer*, StuB 2004, 446, 447; *Haarmann*, FS Röhricht, 2005, 137, 152 m. w. N.

953 Eingeführt durch Art. 1 Abs. 4 des Steuerbereinigungsgesetzes 1999 v. 22.01.1999 (BGBl. I 1999, S. 2601); s. zuvor schon die Finanzrechtsprechung, nach der Verbindlichkeiten, die nur aus künftigen Gewinnen zu tilgen waren, nicht passiviert werden durften (z. B. BFH, Urt. v. 14.06.1994 – VIII R 37/93, BStBl. II 1995, S. 246).

954 S. BFH, Urt. v. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, unter II.2.b., primär zur vorausgehenden Finanzrechtsprechung, in einem *obiter dictum* aber auch zu dem im konkreten Streitjahr noch nicht anwendbaren § 5 Abs. 2a EStG.

955 BMF-Schreiben v. 18.08.2004 – IVA 6-S 2133–2/04, BB 2004, 2407, unter 3.; kritisch *Haarmann*, in: FS Röhricht, 2005, 137, 152; *Schildknecht*, DStR 2005, 181, 182 f.

956 Die Bezeichnung »Besserungsschein« ist üblich, aber missverständlich, denn Besserungsrechte, auch solche i. S. d. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG, können, müssen aber nicht verbrieft sein (*Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 160 [Rn. 15](#)). Verbrieft finden sich Besserungsabreden insb. in Genussscheinen in Form des Sanierungsgenussscheins.

957 *Schulze-Osterloh*, WPg 1996, 97, 102: Es werde »kein Bezug zu den schon bestehenden Verbindlichkeiten des Schuldners hergestellt«.

und/oder Ertrags-) Lage des Schuldners wieder auflebt (Besserungsversprechen),⁹⁵⁸ oder, seltener, den unbedingten Erlass kombiniert mit einer *aufschiebend* bedingten Verpflichtung zur Nachzahlung bzw. einem »Wiederaufleben« der erlassenen Forderung,⁹⁵⁹ wenn und soweit der Schuldner sie ohne Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz leisten kann.⁹⁶⁰ Davon zu unterscheiden ist die bloße Stundung der Forderung bis zur Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners,⁹⁶¹ die z. B. durch die (Handels-) Klausel »Stundung auf Besserung« oder auch einfach »auf Besserung« zum Ausdruck gebracht wird.⁹⁶²

- 451 **453** Wichtige Konsequenz des Forderungserlasses ist das automatische Freiwerden akzessorischer Sicherheiten sowie die Freigabepflicht des Gläubigers hinsichtlich bestehender nicht akzessorischer Sicherheiten.⁹⁶³ Diese Konsequenz sollte vor dem Abschluss einer Besserungsabrede unbedingt bedacht werden, da dem Gläubiger auf diese Weise möglicherweise bedeutende Sicherungspositionen verloren gehen. Darüber hinaus endet die Pflicht des Schuldners zur Verzinsung der Forderung, sofern die Parteien in ihrer Besserungsvereinbarung nicht explizit hiervon abgewichen sind.⁹⁶⁴
- 452 **454** Bei einer *aufschiebend* bedingten Verpflichtung zur Nachzahlung (bei Besserung) ist eine Passivierung erst ab Bedingungseintritt erforderlich;⁹⁶⁵ gliederungstechnisch handelt sich es um eine »sonstige Verbindlichkeit« i. S. d. § 266 Abs. 3 C.8. HGB.⁹⁶⁶ Eine solche Gestaltung bietet sich somit zur Abwendung oder Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung an. Da die erlassene Forderung nicht mehr besteht, ist die Verbindlichkeit auf der Gesellschaftsebene Gewinn erhöhend aufzulösen.⁹⁶⁷ Dagegen ist die Verbindlichkeit aus dem Besserungsschein vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung in Anbetracht einer schlechten Unternehmenslage des Schuldnerunternehmens nicht existent⁹⁶⁸ und daher auch nicht als bestehende Verbindlichkeit auszuweisen.⁹⁶⁹
- 453 **455** Allerdings hat das Schuldnerunternehmen gem. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG im Anhang seiner Bilanz (§ 284 HGB) Angaben zu machen über die »Rechte aus Besserungsscheinen [...] unter Angabe der

958 Vgl. den Sachverhalt, der der Entscheidung BFH, Urt. v. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, zugrunde lag: Dort war, neben einem Rangrücktritt, vereinbart worden, dass die Gläubigerin »ihre Ansprüche nicht geltend machen wird, soweit und solange die Ertragslage des Objektes bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung eine Bedienung der Darlehensforderung nicht ermöglicht«. Der BFH (unter II.3.a.) spricht diesbezüglich von einem »zusätzlich vereinbarten modifizierten Forderungsverzicht« sowie einem »Erlass mit Besserungsabrede (Besserungsschein)«.

959 So die Vereinbarung der Parteien in dem Sachverhalt, der dem Urt. des BGH v. 13.06.1984 – IVa ZR 196/82, NJW 1984, 2762 zugrunde lag. Hierzu der BGH, ebenda, unter II.2., juris-Rn. 24; Der Rechtsgrund der Forderung werde durch den Besserungsschein nicht berührt; in seiner Ausgestaltung liege »nach dem üblichen Sprachgebrauch keine Schuldumwandlung oder Schuldumschaffung«.

960 *Schulze-Osterloh*, WPg 1996, 97, 102, m. w. N.; ferner z. B. *Schulz*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 160 Rn. 9; Besserungsscheine enthielten »aufschiebend bedingte (nicht bloß gestundete) Forderungen«.

961 So die Sachlage in dem Fall, der der Entscheidung RG, Urt. v. 22.01.1919 – I 216/18, RGZ 94, 290, zugrunde lag.

962 *Joost*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, Bd. 2, § 346 Rn. 106.

963 *Haarmann*, FS Röhrich, 2005, 137, 140; *K. Schmidt*, GmbHR 1999, 9, 11; *Wittig*, NZI 2001, 169, 170.

964 *Wittig*, NZI 2001, 169, 170; *Haarmann*, FS Röhrich, 2005, 137, 140, m. w. N.

965 BFH, Urt. 20.10.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, S. 581, unter II.3.a., m. w. N. (»sog. haftungsloses Darlehen«); aus dem Schrifttum z. B. *Adler/Düring/Schmaltz*, 6. Aufl., Teilb. 6, 1998, § 246 HGB Rn. 148 ff.; *Reiner/Haußer*, in: *MünchKommHGB*, § 266 Rn. 124; *Schulz*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 160 Rn. 9.

966 Z. B. *Reiner/Haußer*, in: *MünchKommHGB*, § 266 Rn. 124.

967 *Haarmann*, FS Röhrich, 2005, 137, 150 f.

968 Bei Bedingungseintritt können neu entstandene Rechte in Form eines Davon-Vermerks angegeben werden, wenn sie mit den schon bestehenden inhaltlich übereinstimmen (*Hüffer*, AktG, § 160 Rn. 16).

969 *Adler/Düring/Schmaltz*, Teilb. 6, 1998, § 246 HGB Rn. 145; *Groh*, BB 1993, 1882, 1884; *Gross/Fink*, BB 1991, 1379; *Wittig*, NZI 2001, 169, 171; *Haarmann*, FS Röhrich, 2005, 137, 151; sich dieser im konkreten entschiedenen Fall nicht entscheidungserheblichen Meinung wohl ebenfalls anschließend BFH, Urt. 18.10.1989 – IV B 149/88, BStBl. II 1990, S. 71, unter 2.d. A. A. *Herlinghaus*, 1994, S. 147 ff.

Art und Zahl der jeweiligen Rechte sowie der im Geschäftsjahr neu entstandenen Rechte«. ⁹⁷⁰ Dabei ist zu beachten, dass (reine) Stundungsabreden, und seien sie auch als Forderungen aus Besserungsscheinen oder Besserungsrechte deklariert, keine »Rechte aus Besserungsscheinen« i. S. d. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG darstellen, ⁹⁷¹ also auch nicht im Anhang anzugeben sind.

Steuerlich ist zu beachten, dass seit der Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG a. F. (Sanierungsprivileg) ⁹⁷² 456 454 Sanierungsgewinne mit Wirkung ab 01.01.1998 nicht mehr steuerbefreit sind. Buchgewinne des *Darlehensnehmers* aufgrund des (bedingten) Forderungsverzichts sind damit – vorbehaltlich möglicher Verluste der Gesellschaft an anderer Stelle und damit zusammenhängender Verrechnungsmöglichkeiten – steuerbar, wenn der Verzicht betrieblich veranlasst ist. Die Vereinbarung eines Besserungsrechtes zugunsten des Darlehensgebers ändert hieran nichts. Allerdings verweist die Begründung des RegE zum Jahressteuergesetz 2008 ⁹⁷³ auf die Möglichkeit eines Steuererlasses aus sachlichen Billigkeitsgründen (§§ 163, 222, 227 AO) gemäß einem BMF-Schreiben aus dem Jahr 2003 (sog. Sanierungserlass), ⁹⁷⁴ wenn ein Darlehensverzicht des Gläubigers bei der AG zu einem steuerwirksamen Ertrag führt. ⁹⁷⁵ Die Frage, ob »der Sanierungserlass den Erfordernissen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts sowie des unionsrechtlichen Beihilfeverbots [...] uneingeschränkt genügt«, hat der BFH bislang allerdings offen gelassen. ⁹⁷⁶ Der (Gesellschafter-) *Gläubiger* hat die erlassene Forderung auf seiner Seite gewinnmindernd auszubuchen, sofern der Teilwert nicht bereits zuvor berichtet worden sein sollte. ⁹⁷⁷ In der Folgezeit wieder einzubuchen ist die Forderung grds. erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung. ⁹⁷⁸

970 Zum Hintergrund dieser Regelung s. *Hüffer*, AktG, § 160 Rn. 16: Aktionäre müssten »aus dem Anhang ersehen können, dass, warum, unter welchen Bedingungen und in welchem Ausmaß ihre Gewinn- und Erlöserwartungen beeinträchtigt werden« könnten. Das gelte »besonders für die Besserungsklausel, weil die Verbindlichkeit bei Bedingungseintritt wieder einzubuchen« sei.

971 RG, Urt. v. 22.01.1919 – I 216/18, RGZ 94, 290, 291; aus dem Schrifttum z. B. *Hüffer*, AktG, § 160 Rn. 15 (zu Unrecht u. a. unter Berufung auf die Entscheidung BGH, Urt. v. 26.05.1975 – III ZR 76/72, WM 1975, 974, 975, wo es nicht um § 160 AktG ging).

972 Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes vom 29.10.1997 (BGBl. I 1997, S. 2590).

973 Begr. RegE Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008), BT-Drucks. 16/6290, S. 74.

974 BMF-Schreiben v. 27.03.2003 – IV A 6-S 2140–8/03, BStBl. I 2003, S. 240, »Ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen; Steuerstundung und Steuererlass aus sachlichen Billigkeitsgründen«.

975 Weitere Voraussetzungen sind die »Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, die Sanierungseignung des Schuldverlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger« (BMF-Schreiben v. 27.03.2003, vorausgehende Fn., Rn. 4).

976 So ausdrücklich BFH, Urt. v. 25.4.2012 – IR 24/11, BFHE 237, 403, juris-Rn. 17: Die Nichtberücksichtigung des Sanierungserlasses bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags durch das Finanzamt sei hier nach Ansicht des Gerichts schon deshalb nicht zu beanstanden, weil nicht das Finanzamt, sondern die Gemeinde für Stundung und Erlass der Gewerbesteuer zuständig gewesen wäre. Ausdrücklich zweifelnd (»zweifelhaft«) im Rahmen einer summarischen Prüfung für die Kostenentscheidung nach Erledigung der Hauptsache (§ 138 Abs. 1 FGO) BFH, Beschl. v. 28.2.2012 – VIII R 2/08, BFH/NV 2012, 1135, juris-Rn. 9 ff. *Gegen* die Anwendbarkeit des Sanierungserlasses »wegen ausdrücklich abweichendem Willen des Gesetzgebers im Regelfall« FG München, Urt. v. 12.12.2007 – I K 4487/06, ZIP 2008, 1784, juris-Rn. 15 (zur Einkommensteuer); s. auch ebenda, juris-Rn. 16: »Verwaltungspraxis contra legem«.

977 *Rautenberg/Schaufenberg*, DB 1995, 1345; *Haarmann*, FS Röhricht, 2005, 137, 151 m. w. N.

978 *Haarmann*, FS Röhricht, 2005, 137, 151.

457-486 III. Sog. »Finanzplankredit«

457-461 1. Begriff

- 455 457 Der sog. Finanzplankredit (auch: »krisenunabhängiges Finanzplandarlehen«;⁹⁷⁹ »Krisendarlehen«⁹⁸⁰) ist nach gängigem Verständnis⁹⁸¹ eine Darlehenszusage mit (noch näher darzustellenden) »eigenkapitalähnlichen« Elementen und daher ein Instrument »mezzaniner« Finanzierung (»einlagegleiches Ergänzungskapital«⁹⁸²), das »planmäßig in die Finanzierung der Gesellschaft einbezogen« ist.⁹⁸³ Der Darlehensgeber (Gesellschafter) gibt diese Zusage, sollte er sich das erhöhte Risiko nicht durch einen Aufschlag bei der Verzinsung vergüten lassen, i. d. R. nicht unmittelbar, um aus dem Darlehensgeschäft einen Gewinn zu erzielen, sondern im Hinblick auf seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft zur Unterstützung des Gesellschaftszwecks (»*causa societatis*«).⁹⁸⁴
- 456 458 Grds. kann der Darlehensgeber seine Darlehenszusage gem. § 490 Abs. 1 BGB (bzw. Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken 2009/Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen 2009) bereits vor Auszahlung des Darlehens außerordentlich kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen der AG oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens (oder die Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit, also insb. die Erfüllung des Zinsanspruchs, s. die genannten AGB) gefährdet wird.
- 457 459 Das Kündigungsrecht des Darlehensgebers besteht auch dann, wenn bereits ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Darlehensnehmers gestellt und ein Insolvenzverwalter bestellt wurde. Bei zinslosen Darlehen besteht ein Konflikt mit dem Insolvenzverwalterwahlrecht schon deshalb nicht, weil es sich dann nicht um »gegenseitige« Verträge i. S. d. § 103 Abs. 1 InsO handelt.⁹⁸⁵ Bei verzinslichen Darlehen ist § 103 InsO jedenfalls bis zur Valutierung⁹⁸⁶

979 S. für den Begriff »krisenunabhängiges Finanzplandarlehen« etwa BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, S. 344, unter 2.d., in Zusammenhang mit der Anerkennung des Verlustes aus dem Darlehen als nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung i. S. d. § 17 Abs. 2 EStG; BFH, Urt. v. 13.07.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, S. 724, unter 2.a.dd., juris-Rn. 22.

980 S. für den Begriff »Krisendarlehen« (vor allem als Bezeichnung für bereits valutierte Finanzplandarlehen) z. B. BGH, Urt. v. 06.05.1985 – II ZR 123/84, ZIP 1985, 1075, 1077; BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 38; BGH, Urt. v. 09.03.1992 – II ZR 168/91, ZIP 1992, 616, 617. Aus dem Schrifttum z. B. *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.18, die im Verhältnis zum Finanzplankredit von Synonym spricht; *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 465 f.

981 Der Begriff »Finanzplanung« beschreibt zunächst nicht mehr als die geordnete Planung der Finanzierung des Unternehmens (oben Kap. 2 Rdn. 87 bis 89). Da in dieser grds. jedes Darlehen auftauchen sollte, sagt der Begriff »Finanzplandarlehen« alleine im Grunde nichts aus.

982 Z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 236, allerdings zu Unrecht unter Berufung auf BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, wo der Begriff »Ergänzungskapital« nicht verwendet wird; *Fleischer*, DStR 1999, 1774, 1778: »Finanzplanmittel als eine Form des Ergänzungskapitals«; *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1995, zur GmbH: »sonstige Finanzierungsleistungen«, die »krisenunabhängig als »einlagegleiches« Ergänzungskapital [...] gebunden sind«.

983 Z. B. BFH, Urt. v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, S. 598, unter II.2., zum Finanzplandarlehen als Teil des Kapitalkontos i. S. d. § 15a EStG.

984 S. BGH, Urt. v. 08.05.2006 – II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199, »Sportgate/Boris Becker«, unter II.2.: »Causa societatis« könne »ein Gesellschafter sich [...] auch zur Erbringung weiterer Leistungen – etwa zu Sanierungszwecken in Form von Verlustanteilerhöhungen oder verlorenen Zuschüssen oder zu sonstigen freiwilligen finanziellen Zuwendungen wie z. B. einem sog. »Finanzplankredit« [...] – verpflichten«.

985 Z. B. *Kroth*, in: Braun, InsO, § 103 Rn. 9: Unstreitig fielen unverzinsliche Darlehen aufgrund fehlender Gegenseitigkeit nicht unter § 103 InsO; ebenso z. B. *Abrendt*, in: HambKomm, InsO, § 103 Rn. 6.

986 *Kroth*, in: Braun, Rn. 10: Da Tilgungskredite nicht unter § 116 fielen, erlösche die Kreditzusage nicht mit Verfahrenseröffnung, sodass der Insolvenzverwalter nach §§ 103, 105 die Auszahlung eines offenen Kreditbetrages verlangen könne; *Wegener*, in: FK-InsO, § 103 Rn. 6b; *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 24. EL 2012 (Stand: Jan. 1999), § 103 Rn. 12; auch *Kreft*, in: MünchKommInsO, § 103 Rn. 69, m. w. N. (in Zusammenhang mit der Insolvenz des Darlehensgebers).

und nach umstrittener Ansicht auch noch nach Valutierung anwendbar.⁹⁸⁷ Letzteres ist angesichts des synallagmatischen Zusammenhangs zwischen Kapitalüberlassung und Verzinsung gut nachvollziehbarer, soweit das Kapitalüberlassungsentgelt nicht bereits vorab vollständig entrichtet wurde. Das Kündigungsrecht des Darlehensgebers wird durch § 103 InsO nicht ausgeschlossen;⁹⁸⁸ § 108 Abs. 2 InsO gilt nur für den umgekehrten Fall der Insolvenz des Darlehensgebers. Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine »Gefährdung« des Darlehensgebers i. S. d. § 490 Abs. 1 BGB (bzw. der AGB Banken/Sparkassen) vorliegt, zu berücksichtigen, dass der Rückzahlungsanspruch durch die Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Fortsetzung des Darlehensvertrags entsprechend dem sog. Qualitätsprung gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu einer privilegierten Massforderung werden könnte mit der Folge, dass eine Gefährdung u. U. zu verneinen sein könnte.⁹⁸⁹ Schon deshalb ist der Insolvenzverwalter vor Ausspruch der Darlehenskündigung gem. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO zur Ausübung seines Wahlrechts aufzufordern. Selbst wenn diese Aufforderung zur Begründung der Kündigungsvoraussetzungen nicht rechtlich geboten sein sollte, ist sie dem Darlehensgeber zumindest aus praktischen Gründen zu empfehlen. Lehnt der Insolvenzverwalter die Auszahlung des Darlehens nämlich ab, entsteht für den Darlehensnehmer zusätzlich zur gewünschten Vertragsbeendigung ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (vgl. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO).

Charakteristisch für Darlehen, die man in der juristischen Terminologie⁹⁹⁰ üblicherweise als »*Finanzplandarlehen*« (im engeren Sinne⁹⁹¹) bezeichnet, ist der teilweise oder vollständige vertragliche Ausschluss dieses soeben umschriebenen außerordentlichen Kündigungsrechts.⁹⁹² Die Vereinbarung kann so weit gehen, dass die Kündigung selbst im Insolvenzfall unzulässig ist – mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter zur Einforderung des Darlehens als »einlagegleiches Ergänzungskapi-

987 Z. B. *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, § 103 Rn. 9: »Wegen der Kapitalbelastungspflicht« gelte »§ 103 auch noch nach Valutierung«; *Uhlenbruck/Berscheid*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 103 Rn. 21; explizit aA. z. B. *Wegener, Balthasar* und *Kreft* (a. a. O., vorausgehende Fn.); offen gelassen in BGH, Urt. v. 05.10.1989 – III ZR 34/88, NJW 1990, 1356, unter II.4., zu § 17 KO).

988 S. (cher beiläufig) BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 234/05, BGHZ 171, 46, juris-Rn. 14, zur Schadensersatzpflicht eines GmbH-Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung: Der Kontokorrentvertrag (der GmbH) ende »gem. §§ 116 Abs. 1, 115 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens« und könne »auch schon vorher – etwa bei Stellung des Insolvenzantrages – seitens der Bank fristlos gekündigt werden (vgl. § 490 Abs. 1 BGB; Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken)«. Aus dem Schrifttum *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, § 103 Rn. 9; *von Wilmsowsky*, WM 2008, 1189, 1190: Da es sich bei Kündigungsrechten um Gestaltungsrechte und nicht um Forderungen handle, könnten sie auch während des Insolvenzverfahrens gegen den Darlehensnehmer ausgeübt werden; ferner *Wegener*, in: z. B. FK-InsO, § 108 Rn. 24: Die allgemeinen Kündigungsvorschriften (einschließlich des § 490 Abs. 1 BGB) gelangten auch in der Insolvenz der darlehensnehmenden Gesellschaft zur Anwendung; *Kreft*, in: MünchKommInsO, § 103 Rn. 69, der daher § 103 InsO in der Insolvenz des Darlehensgebers »kaum praktische Bedeutung« beimisst.

989 Insoweit überzeugend *von Wilmsowsky*, WM 2008, 1189, 1191. Eine andere, hier nicht zu vertiefende Frage ist, ob Kündigungsklauseln, die neben der Vermögensverschlechterung nicht zusätzlich auf die (konkrete) Gefährdung der Zahlungsansprüche abstellen insolvenzrechtlich anfechtbar wären, wie der *Autor* (ebenda, S. 1190 f.) andeutet.

990 Anders als der »Finanzplan«, der ein gängiger Begriff der betriebswirtschaftlichen Finanzierungsrechnung ist und die Prognose künftiger Zahlungsströme bezeichnet (zB. *Chmielewicz* in: Gebhardt/Gerke/Steiner, Hb des Finanzmanagements, 1993, S. 49), scheint der Begriff »Finanzplankredit« eine Erfindung der Juristen zu sein.

991 S. für diesen Sprachgebrauch z. B. BFH, Urt. v. 24.01.2008 – IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301, juris-Rn. 33, 41 f., 45 (»sog. Finanzplankredit im engeren Sinne«).

992 S. etwa *Häuser*, in: Bankrechts-Handbuch, § 85 Rn. 130b: »Pflicht des Gesellschafters . . . über die darlehensrechtlichen Regeln hinaus, insbesondere ohne ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB in einer Krise oder in der Insolvenz« Kredite »zu überlassen, gegebenenfalls den Kredit sogar noch zu valutieren«; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a aF Rn. 75: »Gerade dann«, wenn der Kreditgeber »auch im Krisenfall kein Kündigungsrecht [...] haben sollte« spreche »man vom »Finanzplankredit« «.

tal«⁹⁹³ berechtigt ist.⁹⁹⁴ Wegen ihrer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung besitzen Finanzplanzusagen trotz der mit ihnen verbundenen einseitigen finanziellen Zuwendung keinen Schenkungscharakter und bedürfen daher nicht nach § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung.⁹⁹⁵

- 459 461 Unberührt von den freiwilligen Gestaltungen des »Finanzplandarlehens« bleiben die gesellschafts- bzw. insolvenzrechtlichen Besonderheiten des alten Eigenkapitalersatzrechts bzw. des neuen Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen. Es überlagert die Finanzplanabreden als zwingendes Recht und ist hiervon zu trennen;⁹⁹⁶ die Eingriffsschwelle des § 490 Abs. 1 BGB (»wesentliche Verschlechterung« und »Gefährdung«, s. o.) ist auch keineswegs identisch mit dem Begriff der »Krise« i. S. d. alten Eigenkapitalersatzrechts (dazu näher nachfolgend **Rdn. 469**).

462-467 2. Erscheinungsformen von Finanzplanzusagen

- 460 462 Anders als »gewöhnliche« (nach früherem Recht u. U. »eigenkapitalersetzende«) Darlehen werden Finanzplandarlehen nicht aufgrund gesetzlicher Anordnung, sondern »nach der unter den Gesellschaftern selbst oder zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft getroffenen (ausdrücklichen oder konkludenten) *Abrede* (. . .) in gewissen Hinsichten so behandelt [. . .] wie Einlagepflichten«.⁹⁹⁷ So kann die »Finanzplanung (der Gesellschaft) schon nach ihrem Gesellschaftsvertrag von Anfang an auf einer Kombination aus Einlagen im engeren Sinne und von den Gesellschaftern der Gesellschaft zur Verfügung zu stellenden Darlehen beruhen«.⁹⁹⁸ Die Aktionäre sind grds. frei in der Entscheidung, ob und wie sie ihre Gesellschaft finanzieren;⁹⁹⁹ dazu gehört auch die Freiheit, die Gesellschaft durch Finanzplandarlehen zu finanzieren und dies ggf. in der Satzung (§ 23 Abs. 5 Satz 2 AktG) oder im Gründungsakt (§ 23 Abs. 1 AktG) zu verankern (sog. »gesplittete Einlage«¹⁰⁰⁰).
- 461 463 Wann eine Darlehensvereinbarung als Finanzplandarlehen im o. g. Sinne (Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 490 Abs. 1 BGB) zu qualifizieren ist, richtet sich – definitionsgemäß – nach ihrem Inhalt und, sofern die Zusage in der Satzung festgehalten wurde, nach dieser. Hierbei sind entsprechend der Vertragsfreiheit ganz unterschiedliche Ausprägungen des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechts denkbar. Dieses Umstands sollte man sich bewusst sein, wenn die Parteien den Ausschluss nicht ausdrücklich vereinbart haben und es darum geht, aus den (sonstigen) Umständen auf einen konkludenten, auf Ausschluss des Kündigungsrechts gerichteten Parteiwillen zu schließen. Insb. kann der Ausschluss des Kündigungsrechts unbedingt oder bedingt vereinbart werden. Bspw. kann er zeitlich an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, die Beantra-

993 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, Leitsatz b und 122 ff.; für das Schrifttum *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 236**, m. w. N.

994 Z. B. *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, **Rn. 9.2**.

995 So zu Recht BGH, Urt. v. 08.05.2006 – II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199, »Sportgate/Boris Becker«, unter II.2.

996 S. z. B. BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 121, 31, unter II.2.: »[. . .] soweit das Darlehensversprechen erfüllt, die Gesellschafterhilfe aber bei Eintritt in die Krise »stehengelassen«, und die Gesellschaft auch nicht in die Liquidation geführt worden ist, finden die Eigenkapitalersatzregeln ohne weiteres Anwendung«; aus dem Schrifttum z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 235**: »Finanzplankredit kein Unterfall eines eigenkapitalersetzenden Aktionärsdarlehens«. Vgl. noch KG, Urt. v. 17.06.1998 – 23 U 451/96, NZG 1999, 71, juris-**Rn. 60** (Vorinstanz zu BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98): Vorherrschend sei »bisher die Ansicht, dass es innerhalb der Fallgruppe der eigenkapitalersetzenden Darlehen eine besondere Untergruppe gebe, die unter dem Stichwort Finanzplankredit zusammengefasst« werde.

997 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.2. [Hervorhebung durch *Verf.*].

998 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 38 (ohne Gliederungspunkte).

999 Z. B. BGH, Urt. v. 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337; BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 390, »BuM ./. WestLB«, zur AG; BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 40, zur GmbH&Co. KG.

1000 Für den Begriff z. B. BFH, Urt. v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, S. 598, unter II.2., m. w. N.; BGH, Urt. v. 01.03.2010 – II ZR 13/09, NJW-RR 2010, 955–956, unter I.2., juris-**Rn. 4**.

gung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder schon – was allerdings mit einigen Unsicherheiten verbunden ist – den Eintritt einer »Krise der Gesellschaft« i. S. d. § 32a Abs. 1 Satz 1 GmbHG a. F. geknüpft werden. Zusätzlich kann der Ausschluss des Kündigungsrechts an weitere Voraussetzungen gekoppelt werden, etwa an die personelle Besetzung von Vorstand oder Aufsichtsrat der darlehensnehmenden Gesellschaft oder an bestimmte unternehmerische Entscheidungen. In der Praxis dominieren Fälle, in denen – oft erst nach Gründung der Gesellschaft bei unvorhergesehenem Finanzierungsbedarf – explizit vereinbart wird, dass die Darlehen der Gesellschaft »wie haftendes Eigenkapital« (oder so ähnlich) dienen und entsprechend behandelt werden sollen.¹⁰⁰¹

Probleme können sich ergeben, wenn die Verträge keine eindeutigen Hinweise auf einen möglichen Finanzplancharakter enthalten und die Finanzplanung auch sonst nicht auf die kombinierte Zufuhr von Darlehen und Einlagen zugeschnitten erscheint. Bei der in diesem Fall vorzunehmenden Auslegung der Vereinbarung nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen¹⁰⁰² (§§ 133, 157 BGB) kommt es auf die Begleitumstände der Darlehensvergabe an. Wurde die vermeintliche Finanzierungszusage in der Satzung verankert, ist für ihre Auslegung von Bedeutung, ob es sich um einen materiellen (korporativen) Satzungsbestandteil handelt. Während korporative Satzungsbestandteile allein nach objektiven Kriterien aus sich selbst heraus ausgelegt werden,¹⁰⁰³ sind sog. nicht korporative (unechte/formelle/individualrechtliche) Satzungsbestandteile nach dem Parteiwillen und den Umständen des Einzelfalls, also gem. den §§ 133, 157 BGB, auszulegen.¹⁰⁰⁴

Nach Ansicht des BGH kann es für den korporativen Charakter einer Finanzierungszusage in der Satzung einer *GmbH* sprechen, dass sie in einem eigenen Paragraphen aufgenommen worden ist, der ausdrücklich die Überschrift »Nebenleistungspflichten der Gesellschafter« enthält, dass weiter die Darlehensgewährungspflicht nach ihrer Formulierung »die Gesellschafter« als solche betrifft, insb. wenn sie beteiligungsproportional ist, und dass – ähnlich wie in § 46 Nr. 2 GmbHG für Einlagen bestimmt – die Gelder auf Anforderung durch die Gesellschaft einzuzahlen sind.¹⁰⁰⁵ Bei der *AG* gestaltet sich die Rechtslage allerdings anders: Betrachtete man Finanzplanabreden als korporative Satzungsbestandteile, wäre die nach § 23 Abs. 5 AktG zwingende Regelung des § 54 Abs. 1 AktG zu beachten, nach welcher der Ausgabebetrag der Aktien die Obergrenze der Einlagepflicht bildet. Weitergehende Finanzplanverpflichtungen der Aktionäre stellten dann eine Art Nachschusspflicht dar und verstießen gegen § 54 Abs. 1 AktG und das Wesen der *AG* (vgl. § 241 Nr. 3 Fall 1 AktG). Von der Ausnahmebestimmung des § 55 Abs. 1 AktG wären die Verpflichtungen nicht gedeckt, weil sie im Kern auf (die Überlassung von) Geld gerichtet sind, abgesehen davon, dass diese Vorschrift vinkulierte Namensaktien voraussetzt. Somit wären Finanzplanzusagen als korporative

1001 S. das Klauselbeispiel aus BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116: »Der Darlehensgeber gewährt dem Darlehensnehmer [...] ein Darlehen in Höhe von 240.000 DM. Dieses Darlehen ist in Raten von je 30.000 DM auf Anforderung des Darlehensnehmers und Gesellschafterbeschluss innerhalb von drei Wochen zu zahlen. Das Darlehen wird mit 3 % über Diskontsatz verzinst, wobei der Zinssatz halbjährlich festgestellt wird. Das Darlehen hat kapitalersetzenden Charakter und kann nur nach einem Gesellschafterbeschluss aus künftigen Erträgen oder einem Liquidationsüberschuss der Gesellschaft zurückgezahlt werden« [Hervorhebung hinzugefügt].

1002 Auch satzungsmäßig verankerte Finanzierungszusagen werden nach den §§ 133, 157 BGB ausgelegt, weil es sich bei ihnen um lediglich formelle Satzungsbestandteile handelt. Näheres hierzu nachstehend im Text.

1003 Z. B. BGH, Urt. v. 11.10.1993 – II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350 f., unter II.2.b; für das Schrifttum z. B. Heider, in: MünchKommAktG, § 2 Rn. 41, m. w. N.; Auslegung »anhand objektiver, für die Allgemeinheit nachvollziehbarer Kriterien«; Hüffer, AktG, § 23 Rdn. 39, zu materiellen Satzungsbestimmungen: »unterliegen nach zutr. hM. im Grundsatz objektiver Auslegung«.

1004 Z. B. Priester, DB 1979, 681, 686; Heider, in: MünchKommAktG, § 2 Rn. 42, m. w. N.: »Parteiwille und die Umstände des Einzelfalls maßgebend«.

1005 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 126, unter II.3.a.; kritisch zur Auslegung durch den BGH in dieser Entscheidung Dauner-Lieb, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.8; Steinbeck, Zur systematischen Einordnung des Finanzplankredits, ZGR 2000, 503, 514 f.: Der BGH habe deutliche Erklärungen in den Darlehensverträgen in zweifelhafter Weise für irrelevant erklärt.

Satzungsbestandteile bei der AG unzulässig und nichtig. Im Wege einer geltungserhaltenden Auslegung wird man bei der AG satzungsmäßige Finanzplanverpflichtungen daher regelmäßig als *schuldrechtliche* (nicht korporative) Satzungsbestandteile auffassen, die keine Drittwirkung ggü. zukünftigen Aktionären entfalten können. Mithin sind sie wie auch solche, die außerhalb der Satzung getroffen werden, nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen.

- ⁴⁶⁴ **466** Als *Indizien* für das Vorliegen schuldrechtlicher Finanzplandarlehen (innerhalb der Satzung oder außerhalb von ihr) gelten bei der Auslegung etwa die fehlende Kreditwürdigkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Gründung,¹⁰⁰⁶ besonders günstige Kreditkonditionen,¹⁰⁰⁷ eine Pflicht zur langfristigen Belassung der Valuta, ein gänzlich Fehlen einseitiger Kündigungsmöglichkeiten (was eine Rückforderung regelmäßig nur als Abfindungs- oder Liquidationsguthaben ermöglicht), eine nach Einschätzung (wenigstens) der Gesellschafter gegebene Unentbehrlichkeit der Gesellschafterdarlehen für die Verwirklichung der gesellschaftsvertraglichen Ziele,¹⁰⁰⁸ insb. auch ihre Unentbehrlichkeit als Grundlage für die Aufnahme von Fremdmitteln,¹⁰⁰⁹ die Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen allein aus künftigen Gewinnen,¹⁰¹⁰ der Rückforderungsverzicht speziell für den Insolvenzfall¹⁰¹¹ oder ein Rangrücktritt.¹⁰¹²
- ⁴⁶⁵ **467** Im Schrifttum ist vertreten worden, die Vereinbarung eines Rangrücktritts stelle bereits für sich genommen stets klar, dass das (Gesellschafter-)Darlehen auch in der Insolvenz noch eingefordert werden könne.¹⁰¹³ Der Gesellschafter bringe nämlich durch den Rücktritt in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO oder sogar weiter gehend in den Rang des § 199 Satz 2 InsO zum Ausdruck, dass er auch und gerade im Insolvenzfall zugunsten der anderen Gläubiger zurücktrete, d. h. mit ihren Darlehen im Insolvenzfall ggü. den anderen Gläubigern haften wolle.¹⁰¹⁴ Daraus folge eine Pflicht der Gesellschafter, das Darlehen in der Insolvenz der Gesellschaft der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen.¹⁰¹⁵ Dieser Schluss ist aber keineswegs zwingend. Der Verzicht auf das Kündigungsrecht des § 490 Abs. 1 BGB stellt ggü. dem Verzicht darauf, den Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens gleichberechtigt mit den übrigen Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen, ein zusätzliches Opfer dar, zumindest soweit es die Kündigung vor Auszahlung des Darlehens betrifft. Es ist auch keineswegs so, dass der Rangrücktritt ohne gleichzeitigen Verzicht auf das Kündigungsrecht für die Gesellschaft wertlos wäre.

⁴⁶⁸⁻⁴⁷² 3. Nachrang von Darlehensrückzahlungsforderungen aus Finanzplankrediten

- ⁴⁶⁶ **468** Steht das Vorliegen eines Finanzplandarlehens fest, stellt sich im Fall der Insolvenz der AG umgekehrt die Frage einer etwaigen Nachrangigkeit der Darlehensansprüche. Diese könnte sich zum einen aus zwingendem Gesetzesrecht und zum anderen aus dem Parteiwillen ergeben.

¹⁰⁰⁶ BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, S. 344, unter 2.e.

¹⁰⁰⁷ BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VII R 18/94, unter 2.e., BStBl. II 1999, S. 344.

¹⁰⁰⁸ BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33; BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, S. 344, unter 2.e.; aus dem Schrifttum *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.10.

¹⁰⁰⁹ Vgl. BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VII R 18/94, unter 2.e., BStBl. II 1999, S. 344.

¹⁰¹⁰ *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, §§ 32a/b Rn. 176.

¹⁰¹¹ BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VII R 18/94, BStBl. II 1999, S. 344, unter 2.e.; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, §§ 32a/b Rn. 176.

¹⁰¹² BFH, Urt. v. 04.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, S. 344, unter 2.e.: »Der schon ein halbes Jahr nach Abschluss des Darlehensvertrages vereinbarte Rangrücktritt« und »das unveränderte Stehenlassen des Darlehens bei Verschärfung der Krise« bestätigten »die Annahme, dass das Darlehen von Anfang an einlagegleichen Charakter haben sollte«.

¹⁰¹³ *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.11b.

¹⁰¹⁴ *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.11b.

¹⁰¹⁵ So *Dauner-Lieb*, in: von Gerkan/Hommelhoff, Rn. 9.11b.

a) *Altes Eigenkapitalersatzrecht*

469

Wie bereits dargelegt (oben **Rdn. 461**), gilt das zwingende Eigenkapitalersatzrecht (in seinem zeitlichen Anwendungsbereich) für Finanzplandarlehen ebenso wie für gewöhnliche Gesellschafterdarlehen. Wurde das Finanzplandarlehen bereits valuiert und geschah dies noch vor Eintritt der Krise, ist es somit an den Grundsätzen über das »Stehenlassen« von Gesellschafterleistungen in der Krise zu messen (oben B., **Rdn. 180**). Eine Umqualifizierung in Eigenkapital kommt danach in Betracht, wenn der Gesellschafter die Möglichkeit hatte, den Eintritt der Gesellschaftskrise zu erkennen (was regelmäßig vermutet wird) und die Finanzierung zu beenden. Die Beendigung der Finanzierung kann bei Finanzplandarlehen an dem definitionsgemäßen teilweisen oder vollständigen Abschluss des Kündigungsrechts nach § 490 Abs. 1 BGB scheitern. Ist der Gesellschafter »rechtlich gehindert [. . .], der Gesellschaft die früher gewährte Hilfe zu entziehen«, liegt nach der Rechtsprechung »in seinem Verhalten keine Finanzierungsentscheidung, an die bei der Anwendung der Kapitalersatzregeln angeknüpft werden könnte«, sofern er auch nicht dazu in der Lage ist – namentlich durch seinen gesellschaftsrechtlichen Einfluss aufgrund seiner Kapitalbeteiligung – die Geschäftstätigkeit auf andere Weise zu beenden.¹⁰¹⁶ Die Besonderheit der Finanzplandarlehen besteht aber darin, dass sich der darlehensgebende Gesellschafter durch den Verzicht auf sein Kündigungsrecht selbst der Möglichkeit begeben hat, sein finanzielles Engagement bei Eintritt der Krise zu beenden. Nicht das spätere Stehenlassen, sondern die Finanzplanabrede selbst sollte somit konsequenterweise Anknüpfungspunkt für die haftungsbegründende Finanzierungsentscheidung sein,¹⁰¹⁷ denn das Darlehen war dann »von vornherein (auch) als Krisenfinanzierung angelegt«;¹⁰¹⁸ andernfalls ließe sich die Haftung wegen Stehenlassens allzu leicht umgehen. Somit wird man bei valuierten Finanzplankrediten in der Krise der Gesellschaft regelmäßig von der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung des Rückzahlungsanspruchs ausgehen müssen, was (u. a.) den Nachrang dieses Anspruchs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. bedeutet.

b) *Neues Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen*

470

Nach der Gesetzesreform 2008 sind – vorbehaltlich des Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivilegs – Rückzahlungsforderungen aus Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft immer nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.), egal ob es vor oder nach der Krise ausgezahlt oder zurechenbar stehen gelassen wurde.

c) *Parteivereinbarung*

471-472

Ein Rangrücktritt durch Parteivereinbarung hat daneben nur noch insoweit praktische Bedeutung, als er noch über den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (a. F. bzw. n. F.) hinausgeht. Eine solche Vereinbarung ist möglich, und zwar auch konkludent;¹⁰¹⁹ sie kann aber ohne besondere Anhalts-

1016 BGH, Urt. v. 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, »Lagergrundstück II«, unter 3.

1017 So auch *Altmeyen*, NJW 1999, 2809, 2812, unter 2.: Wer vor Eintritt der Krise die Entscheidung treffe, »den Kredit in der Krise stehen zu lassen, nämlich indem er sich gegenüber der Gesellschaft oder seinen Mitgesellschaftern dazu« verpflichte, entgehe »den Kapitalersatzregeln gewiss nicht«.

1018 Vgl. BGH, Urt. v. 09.10.1986 – II ZR 58/86, NJW 1987, 1080, unter 2.b.: Dort schließt das Gericht die Eigenkapitalersatzhaftung eines ehemaligen Gesellschafters, der der Gesellschaft vor seinem Ausscheiden noch unter gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen ein Darlehen gewährt hatte, aus, »wenn das Darlehen nicht von vornherein (auch) als Krisenfinanzierung angelegt war«. Bestätigend BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, juris-Rn. 8, in Bezug auf »gesplittete Einlage« bei der GmbH & Co. KG (»Finanzierungsleistung, die ein Gesellschafter zwar schon zu einer Zeit erbringt, in der die Gesellschaft noch gesund und kreditfähig ist, die aber von vornherein auf den Fall einer späteren Krise als Krisenfinanzierung angelegt ist«).

1019 Vgl. BGH, Beschl. 01.03.2010 – II ZR 13/09, ZIP 2010, 1078, juris-Rn. 12: »Aber selbst wenn der Abschluss der Kündigung bis zur Insolvenzeröffnung nicht aufgehoben wird und darin eine konkludente Nachrangvereinbarung zu sehen wäre, wäre eine Rückzahlung noch vor dem Liquidationserlös im Rang jedenfalls des § 39 Abs. 2 InsO a. F. [identisch mit § 39 II InsO n. F.] geschuldet [. . .]«.

punkte (hierzu auch oben **Rdn. 439**) nicht automatisch in jede Finanzplanabrede hineininterpretiert werden. Hier lässt sich in entsprechender Weise argumentieren, wie bei der umgekehrten Frage, ob ein Rangrücktritt automatisch den Ausschluss des § 490 Abs. 1 BGB bedeutet (oben **Rdn. 469**): Der Rangrücktritt stellt ggü. dem Verzicht auf das Kündigungsrecht des § 490 Abs. 1 BGB ein zusätzliches Opfer dar, und es ist auch keineswegs so, dass der Kündigungsverzicht ohne Rangrücktritt für die Gesellschaft wertlos wäre.

- 470 **472** Ausreichende Anhaltspunkte für einen Rangrücktritt dürften jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn der (bereits in gesunden Verhältnissen abgeschlossene) Vertrag das Darlehen ausdrücklich mit Vokabeln (z. B. »kapitalersetzend«) umschreibt, die seinen eigenkapitalähnlichen Charakter hervorhebt. Dann dürfte der Rückzahlungsanspruch sogar erst auf der Stufe des § 199 Satz 2 InsO (Überschuss bei der Schlussverteilung bei nicht natürlichen Personen), d. h. nachrangig nach allen übrigen Darlehen, auch den »eigenkapitalersetzenden« gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu berücksichtigen sein.

473-486 **4. Einvernehmliche Aufhebung der Finanzierungszusage vor Valutierung**

473-474 *a) Problematik*

- 471 **473** Ein Aktionär, der bei der Gründung der Gesellschaft oder später einen (Finanzplan-) Kredit mit Verzicht auf das Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB¹⁰²⁰ zugesagt hat, könnte geneigt sein, im Fall einer finanziellen Schieflage der AG oder gar ihrer Insolvenz von seiner unkündbaren Zusage wieder abzurücken, soweit sie inhaltlich überhaupt soweit reicht. Jedenfalls wenn es sich um einen herrschenden Gesellschafter handelt, wird es ihm dann u. U. auch nicht allzu schwer fallen, den Vorstand, solange dieser noch verfügungsbefugt ist (§§ 80 Abs. 1, 22 Abs. 1 InsO), zur einvernehmlichen Aufhebung des Verzichts auf das außerordentliche Kündigungsrecht oder gar der gesamten Finanzierungszusage zu bewegen. Allerdings könnte eine solche Vereinbarung wegen höherrangiger Interessen der Gesellschaftsgläubiger (möglicherweise auch der Minderheitsgesellschafter) die Grenzen der Vertragsfreiheit überschreiten.

- 472 **474** Sollte das Darlehen bereits ausgezahlt sein, dürften regelmäßig die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts bzw. des neuen Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen greifen, sodass eine Rückforderung des Darlehens unabhängig vom Bestehen eines Kündigungsrechts schon deshalb ausgeschlossen ist. Praktisch relevant wird die Frage nach der Möglichkeit, eine »Finanzplan«-Abrede im Rahmen einer Darlehenszusage nachträglich einvernehmlich aufzuheben, aber bei solchen Darlehen, die bei Eintritt der Krise bzw. der Insolvenz noch nicht valuiert sind. Wer sie zugunsten der Gläubiger bzw. des Insolvenzverwalters, der sich nach § 103 Abs. 1 InsO für die Fortsetzung des Darlehensvertrags entscheidet, verneint, bedarf vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit jedenfalls einer besonderen rechtlichen (gesetzlichen) Rechtfertigung.¹⁰²¹ Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang bisher, ausgehend von der Eigenkapitalähnlichkeit der Finanzierungszusage, mit den zwingenden Kapitalaufbringungsregeln argumentiert (nachfolgend **Rdn. 475 ff.**).

475-481 *b) Entsprechende Anwendung des § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG*

475-478 *aa) Alte Rechtslage*

- 473 **475** Nach bisheriger Ansicht des BGH können Darlehenszusagen (im Rahmen eines Finanzplans) »je nach Ausgestaltung der Abreden einlageähnlichen Charakter haben«. Sie könnten dann »ohne Ein-

1020 Entsprechende Fragen ergeben sich, wenn der Aktionär das Zur-Verfügung-Stellen von *Sachmitteln* zusage und gleichzeitig auf vertragliche Kündigungsrechte verzichtet. S. zur »Finanzplan-Nutzungsüberlassung« OLG Karlsruhe, Urt. v. 29.03.1996 – 15 U 39/95, ZIP 1996, 918, 922; *Habersack*, ZHR 161 (1997), 457, 486 ff.; *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 235**.

1021 Wohl i. S. einer einvernehmlichen Aufhebbarkeit ohne gesellschafts- und insolvenzrechtliche Grenzen z. B. *Altmeppen*, NJW 1999, 2809, 2812, 2813, unter 3.

schränkungen nur vor Eintritt der Krise« aufgehoben werden.¹⁰²² Im Insolvenzfall könne sich der Gesellschafter trotz nachträglicher Aufhebung der Finanzplanzusage nicht auf sein Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 610 BGB a. F., jetzt § 490 Abs. 1 BGB) berufen, wobei diese Sperrwirkung »nicht auf einer Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz« beruhe, sondern sich »aus einer sinnentsprechenden Heranziehung der gesetzlichen Regeln« ergebe, die das Kapitalgesellschaftsrecht (bei der AG somit § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG) »für die Befreiung von eingegangenen, aber nicht vollständig erfüllten Einlagepflichten aufgestellt« habe. Die »Aufhebung einer einlageähnlichen Darlehenszusage« entspreche »materiell« dem »Erlass der Einlagepflicht«.¹⁰²³

Gegen diese Lösung bestehen Bedenken, weil sie sich nur scheinbar auf den Willen der Vertragsparteien stützt, aber letztlich eines ähnlichen, nicht minder problematischen Argumentationsschemas bedient, wie es die Rechtsprechung bereits beim Eigenkapitalersatzrecht entwickelt hat; anstelle des einlageähnlichen Charakters des (valutierten) Darlehens ist es dieses Mal der (ebenso statuierte und ebenso wenig begründete) »einlageähnliche Charakter« des Valutierungsversprechens. Wenn der BGH von der »materiellen Eigenkapitalfunktion« des Darlehens, von »haftendem Quasi-Eigenkapital« und davon spricht, »formal als Fremdkapital ausgewiesene Gesellschaftermittel« würden »in Wahrheit, d. h. nach ihrer konkreten Funktion innerhalb der Gesamtfinanzierung der Gesellschaft, als Eigenkapital und damit haftendes Kapital zur Verfügung gestellt werden«,¹⁰²⁴ erinnert dies stark an die Rhetorik des Eigenkapitalersatzrechts, die ebenfalls auf das »funktionelle Eigenkapital« bzw. auf »Quasi-Eigenkapital«¹⁰²⁵ abstellt.¹⁰²⁶ Die Darlehensvereinbarung als bloß »formal« abzutun und einer »materiellen«, »wahren« und daher – so der Unterton – maßgeblichen – Bedeutung der Transaktion gegenüberzustellen, missachtet außerhalb des engen Rahmens eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) den Parteiwillen. Grds. ist das ausdrücklich Vereinbarte (Darlehen anstelle einer Kapitalbeteiligung) auch als tatsächlich gewollt anzusehen. Einen angeblich »wahren« Inhalt einer Vereinbarung jenseits des Parteiwillens gibt es nicht, sodass die Argumentation des Gerichts auf eine *petitio principii* hinausläuft.¹⁰²⁷

Soweit die Parteien das »Darlehen« tatsächlich »wie haftendes Eigenkapital« behandelt wissen wollen, ist dies grds. – von Rechtsscheinsüberlegungen abgesehen – an die vom (Aktien-) Gesetzgeber hierfür

1022 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.2., m. w. N.; aus dem Schrifttum z. B. Habersack, ZHR 161 (1997), 457, 479; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32a/b Rn. 17 ff.; Ulmer, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, 1992, §§ 32a/32b Rn. 61; für die einvernehmliche Aufhebbarkeit bei »gesplitteter« Einlage (dort, Rn. 62, auch als »sog. Finanzplankredit« bezeichnet) nur vor Eintritt der Krise auch Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Bd. 1, § 171 Rn. 63 (zur KG).

1023 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.2., mit Blick auf § 19 Abs. 2 und 3 GmbHG und noch zu § 610 BGB a. F.; zweifelnd inzwischen BGH, Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 296/08, BGHZ 187, 69, »STAR 21«, juris-Rn. 29, zur Kündigung einer Patronatserklärung: Ob an den vorgenannten Grundsätzen zum Finanzplankredit »entgegen der an ihr geäußerten Kritik festzuhalten« sei, bedürfe »hier keiner Entscheidung«. Stellvertretend für die Kritik aus dem Schrifttum etwa Altmeypen, in: Roth/Altmeypen, GmbHG, § 32a Rn. 79 ff.; s. auch Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anhang zu § 64, Rn. 144, für den die zitierte Entscheidung vom 20.9.2010 »eine Kurskorrektur anzudeuten« scheint.

1024 BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, unter 9. [Hervorhebung durch Verf.]; Entscheidung ausdrücklich in Bezug genommen in BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II. 2.

1025 Z. B. K. Schmidt, FS Goerdeler, 1987, 487, 503 ff.; BGH, Urt. v. 21.3.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, juris-Rn. 9; »materiell-rechtliche Behandlung von Mitteln, die der Gesellschaft formal als Darlehen ihrer Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden, als haftendes Quasi-Eigenkapital«.

1026 Zur mangelnden dogmatischen Fundierung der »Umqualifizierung« Reiner, FS Boujong, 1996, S. 415, 421 ff.; Buck, 2006, S. 31, 34, sowie insb. S. 226 ff.

1027 So auch Altmeypen, NJW 1999, 2809, 2812, unter 3.: Das zu Beweisende, nämlich die fehlende Befreiungsmöglichkeit in der Krise, werde kurzerhand als feststehend angenommen und mit einem verschleiern den Namen (»Finanzplankredit«, »einlageähnlicher Charakter«) versehen bzw. begründet.

zur Verfügung gestellten Gestaltungsformen (insb. schuldrechtliche Bindung zwischen den Parteien; Rangrücktritt; Einlage) gebunden. Wollen sie an den Formalitäten der gesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringung vorbei, rein durch schuldrechtliche Vereinbarung Zahlungspflichten erzeugen, die auch im Verhältnis zu Dritten (Mitgläubigern) behandelt werden wie Einlagepflichten, überschreiten sie ihre Gestaltungsmacht.¹⁰²⁸ Mit guten Gründen findet sich daher im Schrifttum teilweise die Meinung, die Darlehenszusage in der Krise der Gesellschaft sei einvernehmlich jederzeit aufhebbar.¹⁰²⁹ Die einvernehmliche Aufhebung der Darlehenszusage könnte jedoch anfechtbar sein.

⁴⁷⁶ **478** Bevor hierauf näher eingegangen wird (Rdn. 482 ff.), ist noch zu überlegen, ob und in welchem Umfang die Rechtsprechung für die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG voraussichtlich überhaupt an ihren skizzierten Grundsätzen festhalten wird.

⁴⁷⁹⁻⁴⁸¹ *bb) Rechtslage nach der Reform 2008*

⁴⁷⁷ **479** Die bisherige Differenzierung danach, ob die Aufhebung der Finanzplanbindung vor oder nach Eintritt der »Krise« erfolgt, erscheint mit der Aufhebung des § 32a Abs. 1 GmbHG a. F., der diesen von den Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz geprägten, 1980 vom Gesetzgeber aufgenommenen Begriff definierte, sowie mit der »Abschaffung« eben dieser Rechtsprechungsregeln (für die AG: § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG, s. a. oben Rdn. 260 f.) ihren normativen Bezugspunkt verloren zu haben.¹⁰³⁰ Mehr noch: Wenn § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG (n. F.) nun ausdrücklich die Gleichstellung von Aktionärsdarlehen mit Eigenkapital i. R. d. Kapitalerhaltung unterbindet, erscheint eine solche Gleichstellung i. R. d. Kapitalaufbringung (§ 66 Abs. 1 Satz 1 AktG) inzwischen zumindest auf den ersten Blick in erhöhtem Maße rechtfertigungsbedürftig.¹⁰³¹ Nimmt man die allgemein anzutreffende Aussage von der »Abschaffung« des Eigenkapitalersatzrechts (oben B.II., Rdn. 357 ff.) ernst, die in ihrem systematischen Ausgangspunkt (anders allerdings in Bezug auf den Regelungszweck) als Aufgabe der dahinter steckenden Idee des »funktionalen Eigenkapitals« gedeutet werden müsste, ergibt sich zusätzlicher Anlass, an der Fortführung der bisherigen, auf die gleiche Idee gestützten Rechtsprechung zur beschränkten Aufhebbarkeit einer Finanzplanbindung zu zweifeln.

⁴⁷⁸ **480** Allerdings hat der Gesetzgeber den Finanzplan selbst nicht ausdrücklich geregelt, und auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass er auf die Finanzplanrechtsprechung ebenfalls Einfluss nehmen wollte.¹⁰³² Außerdem wurde, wie schon oben (Rdn. 357 ff.) darge-

¹⁰²⁸ So aber z. B. andeutungsweise *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 243: Eine Unterstellung der Finanzplanvereinbarung unter die Vorschriften der §§ 57, 62 AktG werde [immerhin!] »im seltenen Ausnahmefall und nur bei einem eindeutigen Parteiwillen angenommen werden können«; *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1987; der »Vorliegen bestimmter Vereinbarungsinhalte« für möglich hält, die eine Einschätzung des Finanzplandarlehens »in den gesetzlichen Kapitalschutz u. U. rechtfertigen«.

¹⁰²⁹ Zur Rechtslage vor der Reform 2008 z. B. *Altmeyden*, NJW 1999, 2809, 2813, unter 3; ebenso z. B. *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 237: Da der Rechtsgrund für den Zugriff auf die nicht als Eigenkapitalersatz geleisteten Mittel »allein die privatautonom getroffene Finanzierungsentscheidung« sei, müsse den Vertragsparteien auch das Recht zugestanden werden, sich bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) vom vereinbarten Ausschluss des § 490 Abs. 1 BGB zu lösen; die Frage der Aufhebbarkeit nach Eintritt der Krise offen lassend *Wiedemann*, GesR II, 2004, § 9 III 8d., S. 831: »jedenfalls solange die Gesellschaft nicht in eine Krise geraten ist«.

¹⁰³⁰ So wohl *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 242: Mit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals der »Krise« werde es künftig keine Umqualifizierung des Finanzplanversprechens kraft Gesetzes mehr geben.

¹⁰³¹ Anders wohl z. B. *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 Rn. 71, m. w. N.: Mit der Abschaffung der »Rechtsprechungsregeln« habe § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. (entspricht § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F.) »lediglich das gesetzlich gebundene Ersatzkapital im Blick«. Damit sei jedoch »nicht ausgeschlossen, dass es zukünftig noch *rechtsgeschäftlich* generiertes Eigenkapital« gebe, das von § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG unberührt bleibe. Der sog. »Finanzplankredit« sei gerade keine eigenständige Kategorie des Eigenkapitalersatzrechts gewesen.

¹⁰³² So im Ergebnis auch die Einschätzung von *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 241: Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber neben der Zweispurigkeit des Eigenkapitalersatzrechts (Abschaffung der Rechtsprechungsregeln) auch die Rechtsprechung zu einlagegleichen Leistungen ver-

legt, das systematische Konzept der (teilweisen) »Umqualifizierung« von Fremd- in Eigenkapital, als dessen Ausprägung sich die Rechtsfolge des Rangrücktritts (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) begreifen lässt, durch die Reform bei genauer Betrachtung keineswegs vollständig verabschiedet, sondern in Bezug auf den Rangrücktritt sogar ausgeweitet. Ob der BGH dies ebenso sehen wird, darf aber bezweifelt werden.

Es verbleibt immerhin der zuerst genannte Einwand eher technischer Natur: Nach der Reform ist kaum vorstellbar, dass der BGH das Ende der Dispositionsfreiheit der Parteien in Bezug auf das Recht zur außerordentlichen Kündigung noch an den Eintritt der »Krise« knüpft. Woran aber dann? So weit, eine Finanzplanzusage von Beginn an als unabänderlich zu qualifizieren, dürfte das Gericht kaum gehen können und wollen; ein Abstellen auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. auf die Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters hätte angesichts des Umstands, dass mit diesen Ereignissen der Vorstand der Gesellschaft seine Verfügungsbefugnis ohnehin verliert (§§ 80 Abs. 1, 22 Abs. 1 InsO), keine praktische Bedeutung. Am ehesten denkbar erscheint deshalb, sollte der BGH im Kern an seiner Rechtsprechung festhalten wollen, ein Anknüpfen an den Eintritt der materiellen Insolvenztatbestände (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung).¹⁰³³

c) Insolvenzanfechtung

482-486

aa) Alte Rechtslage

482-485

Eine (analoge) Anwendung des gesetzlichen Eigenkapitalersatzrechts, die näher gelegen hätte als der diffuse argumentative Rückgriff auf die »Wahrheit« (des Darlehens), hat der BGH in der genannten Entscheidung von 1999 gar nicht erst in Erwägung gezogen, nachdem bereits das Berufungsgericht festgehalten hatte, es entspreche »einhelliger Ansicht«, dass die Vorschrift des § 32a GmbHG (a. F.) »lediglich ein Rückzahlungsverbot« begründe, »keinesfalls aber eine Verpflichtung« auslöse, »zugesagte, bisher nicht gewährte Leistungen im Konkursfälle nachzuschließen«.¹⁰³⁴ Tatsächlich passt § 32a Abs. 1 GmbHG a. F. schon von der Rechtsfolge (Nachrang) her nicht auf noch unerfüllte Finanzplan-Darlehenszusagen, bei denen ein Anspruch auf Rückzahlung noch gar nicht entstanden ist.¹⁰³⁵

Erwägenswert wäre insoweit höchstens die Anfechtbarkeit der Aufhebungsvereinbarung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 143 InsO a. F. bzw. § 6 i. V. m. § 11 AnfG a. F., wenn sie (spätestens) im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag bzw. vor der Anfechtung getroffen wurde. Nach diesen Vorschriften sind Rechtshandlungen anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung (vgl. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F., §§ 57, 62 AktG a. F. analog) Befriedigung gewährt haben, sofern sie frühestens im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden sind. Macht es einen Unterschied, ob die Gesellschaft dem Gesellschafter sein bereits gewährtes Darlehen zurückbezahlt hat oder ob

abschieden wollte; anders wohl die Bewertung von *Ekkenga*, WM 2006, 1986, 1987 (noch zum RefE MoMiG), der zwar festhält, von der Negativklausel des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG (fast wortgleich mit § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG) werde »schuldvertraglich generiertes Eigenkapital« nicht erfasst, der aber dieser Überlegung entgegen hält, das bisherige Konzept des Eigenkapitalersatzes solle »nach der Intention der Reform« insgesamt wegfallen, nicht nur in Teilen.

1033 Anders, ohne nähere Begründung, *Buschmann*, NZG 2009, 91, 93, der auf den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit abstellen will. Grundlegend zur fehlenden Abgrenzbarkeit des Merkmals der »Krise« von der Konkursreife s. *Reiner*, FS Boujong, 1996, S. 415, 436–438.

1034 KG, Urt. v. 17.06.1998 – 23 U 451/96, NZG 1999, 71, juris-Rn. 55, m. w. N. aus der Rechtsprechung des BGH.

1035 Aus dem Schrifttum z. B. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a GmbHG Rn. 53: Finanzplankredite fielen nur unter § 32a GmbHG a. F., soweit sie in der Krise gewährt oder stehen gelassen würden. Die Einzahlung noch nicht gewährter Darlehensteile könne hingegen nicht über §§ 32a/b GmbHG a. F. verlangt werden. S. zur Darlehenszusage als wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung bereits oben Rdn. 208 ff.

sie ihm durch die Aufhebung des Kündigungsverzichts die Möglichkeit verschafft, gar nicht erst valutieren zu müssen, ob sie ihm also quasi sein unkündbares, zwar nicht in der Krise, aber für die Krise erteiltes¹⁰³⁶ Darlehensversprechen zurückgewährt? Betrachtet man allein die Auswirkungen der Szenarien auf die Liquidität der Gesellschaft, könnte man geneigt sein, mit »nein« zu antworten.¹⁰³⁷

- 482 **484** Maßgebend gemäß der hinter dem Eigenkapitalersatzrecht stehenden Gläubigerschutz-Ratio (s. o. B. I., **Rdn. 168 ff.**) ist allerdings nicht der Entzug von benötigten Finanzmitteln durch den Gesellschafter, sondern der Umstand, dass der Gesellschafter seine Gesellschaft in der Krise (auf Kosten der Mitgläubiger) nur durch Fremdkapital unterstützt, anstatt sie zu liquidieren oder mit neuem haftenden Kapital zu versehen.¹⁰³⁸ Von daher entspricht ein unkündbares Darlehensversprechen wirtschaftlich immer dann der Auszahlung der Darlehensvaluta mit der Folge, dass seine »Rückgewähr« in Gestalt einer Aufhebung des Kündigungsverzichts anfechtbar ist, wenn es die Gesellschaft (ausnahmsweise) in gleicher Weise künstlich am Leben erhält. Dies erscheint z. B. denkbar, wenn die Darlehenszusage einzelnen Vertragspartnern oder gar öffentlich bekannt gemacht wurde und so der selbst noch in der Krise den Anschein einer soliden finanzierten Gesellschaft erweckt hat.
- 483 **485** Daneben verbleiben die allgemeinen Anfechtungsmöglichkeiten nach §§ 129 ff. InsO bzw. AnfG, insb. bei unentgeltlicher Aufhebung der Vereinbarung.¹⁰³⁹

486 *bb) Rechtslage nach der Reform 2008*

- 484 **486** Der Kreis der durch das Sonderrecht erfassten Rechtshandlungen (valutierte Gesellschafterdarlehen und wirtschaftliche entsprechende Rechtshandlungen) hat sich durch die Reform nicht verändert. Dies gilt trotz des (aus Vereinfachungsgründen vollzogenen) Verzichts auf das Merkmal der Krise auch für die dahinter stehende Ratio, die Gesellschafter in Insolvenznähe zur Eigenkapitalfinanzierung oder Liquidierung der Gesellschaft anzuhalten. Insofern erscheinen die obigen Überlegungen (**Rdn. 482 ff.**) auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. und § 6 AnfG n. F. übertragbar.¹⁰⁴⁰

487-493 **IV. Steuern**

487-491 **1. Bilanzierung bei der AG**

487-488 *a) Handelsbilanz*

- 485 **487** Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind alle Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbaren Gesellschafterforderungen in der Insolvenz nachrangig und zwar unabhängig davon, ob ein Rangrück-

1036 Zur Erstreckung des Eigenkapitalersatzrechts auf Leistungen, die der Gesellschafter schon außerhalb einer Notsituation gewährt mit der Bestimmung, dass sie in der Krise nicht abgezogen werden, s. z. B. BGH, Urt. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.1.

1037 So OLG München, Urt. v. 22.07.2004 – 19 U 1867/04, ZIP 2004, 2102, unter I.2.d., für den wohl vergleichbaren Fall der Aufhebung einer als aufschiebend bedingtes Darlehensversprechen qualifizierten harten Patronatserklärung: »gem. § 135 InsO anfechtbar«; zust. Paul, ZinsO 2004, 1327, 1329 f.; Stodolko-witz/Bergmann, in: MünchKommInsO, § 135 **Rn. 20**: Die Kündigung oder die einverständliche Aufhebung einer Kreditzusage sei »als Rücknahme der darin liegenden Leistung zu werten«, darin liege »eine Rechtshandlung, die nach § 135 [InsO] anfechtbar« sei.

1038 BGH, Urt. v. 28.06.1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, unter II.1.

1039 Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 **Rn. 237**: Trotz der Möglichkeit einer einvernehmlichen Aufhebung der Darlehenszusage komme eine Anfechtung der Vertragsänderung nach den §§ 129 ff. InsO in Betracht.

1040 In diese Richtung z. B. auch Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anhang zu § 64, **Rn. 144**: »Die Aufhebung der Finanzplanbindung« sei »an den Tatbeständen der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) zu messen«; K. Schmidt, in: MünchKommHGB, § 172a a. F., **Rn. 12**: Die (rechtsgeschäftliche) Aufhebung der Finanzplanbindung ändere »nichts daran, dass im eröffneten Insolvenzverfahren immer noch die zwingenden Vorschriften der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44, 135 InsO gelten«; Wicke, GmbHG, Anhang § 30, **Rn. 10**, m. w. N.: Die rechtsgeschäftliche Aufhebung einer bestehenden Finanzplanbindung könne u. U. der Anfechtung nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO unterliegen«.

tritt erklärt worden ist und wenn ja, ob es sich dabei um einen einfachen oder einen qualifizierten Rangrücktritt handelt.¹⁰⁴¹ Um eine Passivierung der Gesellschafterfremdfinanzierung in einer Überschuldungsbilanz zu vermeiden, muss nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO zusätzlich ein Rangrücktritt vereinbart werden.¹⁰⁴² Diese Rangrücktrittsvereinbarung muss nach der BGH-Rechtsprechung¹⁰⁴³ nicht qualifiziert sein. Es muss lediglich ausdrücklich der Rangrücktritt hinter die subordinierten Ansprüche i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO erklärt werden.¹⁰⁴⁴ Qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarungen sind gleichwohl geeignet, die Passivierung der jeweiligen Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz zu verhindern.¹⁰⁴⁵

Nachrangverbindlichkeiten sind in Handels- und Steuerbilanz passivierungspflichtige Schulden, da die Nachrangigkeit bzw. der Rangrücktritt wie bisher nicht die wirtschaftliche Belastung des Schuldners sondern lediglich die Rangfolge der Tilgung ändert.¹⁰⁴⁶ Die AG hat die Verbindlichkeiten auf der Passivseite der Handelsbilanz unter der Position C (Verbindlichkeiten) auszuweisen und nach § 253 HGB n. F. mit ihrem Erfüllungsbetrag zu bewerten. **488** ⁴⁸⁶

b) Steuerbilanz

489-491

Für Zwecke der Steuerbilanz muss geprüft werden, ob eine Passivierung durch § 5 Abs. 2a EStG verhindert wird. Insolvenzrechtlich werden für die Vermeidung einer Passivierung in der Überschuldungsbilanz nur einfache Rangrücktrittserklärungen verlangt.¹⁰⁴⁷ Deren steuerbilanzielle Passivierung dürfte von der Finanzverwaltung auch weiterhin nach den im BMF-Schreiben vom 08.09.2006¹⁰⁴⁸ dargelegten Grundsätzen zu beurteilen sein. Mit diesem BMF Schreiben hatte die Finanzverwaltung auf das BFH-Urt. v. 10.11.2005¹⁰⁴⁹ reagiert. **489** ⁴⁸⁷

Nach Verwaltungsansicht steht § 5 Abs. 2a EStG einer steuerbilanziellen Passivierung nicht entgegen, wenn vereinbart wird, dass die Rückzahlung aus zukünftigen Gewinnen, einem Liquidationsüberschuss und aus anderem – freiem – Vermögen zu erfolgen hat. Fehlt die ausdrückliche Bezugnahme auf die Möglichkeit einer Tilgung auch aus sonstigem freiem Vermögen, darf die Verbindlichkeit in der Steuerbilanz nicht angesetzt werden.¹⁰⁵⁰ Entsprechend hat auch der BFH mit Urt. v. 30.11.2011¹⁰⁵¹ (I R 100/10) in einem Fall entschieden, in dem ein Darlehens- und Rangrücktrittsvertrag vorsah, dass die Gläubigerin die Befriedigung ihrer Forderung nur aus künftigen Jahresüberschüssen verlangen konnte. Der BFH vertrat für diese Konstellation die Rechtsauffassung, dass es an einer wirtschaftlichen Belastung fehle, da der Schuldner, solange keine Gewinne erzielt werden, in seinem gegenwärtigen Vermögen zum Bilanzstichtag noch nicht belastet sei. Der BFH betrachtete **490** ⁴⁸⁸

1041 Vgl. zu den Ausnahmen § 39 Abs. 4 und 5 InsO i. d. F. des MoMiG und *Gehrlein*, BB 2011, 5 f.

1042 Dabei muss aber beachtet werden, dass mit der Beseitigung einer Überschuldung allein noch nicht zwangsläufig bereits von einer Unternehmensfortführung ausgegangen werden kann, sofern dem tatsächliche Gründe (z. B. anhaltende Verlustsituation) entgegenstehen und gleichzeitig nach den Vertragsbedingungen eine Kündigung der Rangrücktrittsvereinbarung vor Beendigung der Krise der Schuldnerin möglich ist.

1043 Vgl. BGH-Urt. v. 08.01.2001 – II Z R 88/99, DSStR 2001, 175.

1044 Vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 105.

1045 Vgl. z. B. *Funk*, BB 2009, 869; *Hoffmann*, PiR 2009, 182.

1046 Ausdrücklich bestätigt in Tz. 4 des BMF-Schreibens vom 08.09.2006 – IV B 2 – S 2133 – 10/06, BStBl. I, 2006, 497; *HaufeIndex* 1574042.

1047 Die bisherige Differenzierung des BMF nach einfachen und qualifizierten Rangrücktritten wird daher gegenstandslos. Vgl. z. B. *Hein/Suchan/Geeb*, DSStR 2008, 2290; *Neumann*, GmbH-StB 2009, 192; *Funk*, BB 2009, 867.

1048 BMF-Schreiben vom 08.09.2006 – IV B 2 – S 2133 – 10/06, BStBl. I, 2006, 497.

1049 Vgl. BFH vom 10.11.2005 – IV R 13/04, DSStR 2006, 75; *Haufe Index* 1465694.

1050 Vgl. Tz. 6 des BMF-Schreibens vom 08.09.2006 – IV B 2 – S 2133 – 10/06, BStBl. I, 2006, 497. Dies wird im Schrifttum auch von Mitarbeitern der Finanzverwaltung bejaht, vgl. *Neumann*, GmbH-StB 2009, 192 ff.

1051 Vgl. BFH vom 30.11.2011 – I R 100/10, DSStR 2012, S. 450 ff.

diese Situation als wirtschaftlich vergleichbar mit der Situation eines Schuldners, dem eine Verbindlichkeit gegen Besserungsschein erlassen wurde. Die Verbindlichkeiten sind folglich Gewinn erhöhend auszubuchen. Der BFH verweist im Urt. v. 30.11.2011 jedoch ausdrücklich darauf, dass er im Streitfall einen Unterschied zu Rangrücktrittsvereinbarungen sieht, die auch aus sonstigem Vermögen zu bedienen sind. Der BFH stellt nun klar, dass ein qualifizierter Rangrücktritt nicht generell die Anwendung des § 5 Abs. 2a EStG ausschließt. Die Frage, wann eine Verpflichtung in der Steuerbilanz auszuweisen ist, die nur im Liquidationsfall zu erfüllen ist, hat der BFH in seinem Urteil offengelassen.

489 491 Damit sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- **Einfache Rangrücktrittsvereinbarungen mit Besserungsabrede:** Rangrücktritte, in denen vereinbart wird, dass die Verbindlichkeit nur aus künftigen Gewinnen, einem Liquidationsüberschuss oder aus anderem – freien – Vermögen getilgt werden muss und der Gläubiger mit seiner Forderung im Rang hinter allen anderen Gläubigern zurücktritt, stellen einfache Rangrücktritte mit Besserungsabrede i. S. d. BMF-Schreibens dar. § 5 Abs. 2a EStG ist auf solche Verbindlichkeiten nicht anwendbar, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung eine Bezugnahme auf die Möglichkeit der Tilgung auch aus sonstigem freien Vermögen enthält. Fehlt diese Bezugnahme soll § 5 Abs. 2a EStG nach Verwaltungsauffassung anwendbar sein, d. h. die Verbindlichkeit ist in der Steuerbilanz ertragswirksam aufzulösen.
- **Qualifizierter Rangrücktritt:** Rangrücktritte, die den Ansatz der Verbindlichkeit in der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz des Schuldners vermeiden sollen, müssen eine Gleichstellung der Forderung mit statutarischem Eigenkapital enthalten. Nach Verwaltungsauffassung liegen bei qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarungen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2a EStG nicht vor, da »eine Abhängigkeit zwischen Verbindlichkeiten und Einnahmen oder Gewinnen nicht besteht«. ¹⁰⁵² Entsprechende Verbindlichkeiten sind somit in der Steuerbilanz zu passivieren.
- **Rangrücktrittsvereinbarungen ohne Besserungsabrede:** Bei Rangrücktritten, die keine Vereinbarungen hinsichtlich künftiger Zahlungsmodalitäten enthalten, besteht nach Verwaltungsansicht kein Zusammenhang zwischen der Verbindlichkeit und künftigen Einnahmen oder Gewinnen. Damit seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2a EStG nicht erfüllt. Entsprechende Verbindlichkeiten sind demnach in der Steuerbilanz zu passivieren.

492-493 2. Steuerliche Auswirkungen bei der AG

490 492 Für Vergütungen auf Darlehen gelten die allgemeinen steuerlichen Vorschriften – s. dazu oben unter Rdn. 404 ff.

- o 493 Im Rahmen der gewinnerhöhenden Ausbuchung eines Rangrücktrittdarlehens beim Schuldner ist grundsätzlich eine verdeckte Einlage zu prüfen. Die wohl herrschende Interpretation in der Literatur geht davon aus, dass der Ertrag aus der Auflösung des werthaltigen Teils des Darlehens nicht durch eine verdeckte Einlage für kompensiert werden kann. ¹⁰⁵³

494-561 D. Cash Pooling

Schrifttum:

Altmeyen, Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern, NZG 2010, 401; *ders.* Cash-Pool, Kapitalaufbringungshaftung und Strafbarkeit der Geschäftsleiter wegen falscher Versicherung, ZIP 2009, 1545;

¹⁰⁵² Vgl. Rn. 7 des BMF-Schreibens vom 08.09.2006, BStBl. I 2006, S. 497; HaufeIndex 1574042.

¹⁰⁵³ Vgl. *Gosch*, BFH/PR 2012, 149; *Berg/Schmich*, GmbHR 2012, 409; *Altendorf*, GmbH-StB 2012, 149; *Görden*, GmbH-StB 2012, 107; *Rätke*, StuB 2012, 341; *Weitnauer*, GWR 2012, 193 ff. Eine abweichende Meinung stellt hingegen die Gleichstellung mit dem Erlass mit Besserungsabrede in den Vordergrund, woraus sich auf eine verdeckte Einlage für den werthaltigen Teil schließen lässt, vgl. *Hamming*, NWB 2012, 1500; *Neumann*, GmbH-StB 2009, 195; *Kammeter/Geißelmeier*, NZI 2007, 214 ff.; *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, 48. Erg.-Lfg. Juni 2003, § 8 Abs. 3 KStG n. F., Rn. 1127, 1129.

ders., »Upstream-loans«, Cash Pooling und Kapitalerhaltung nach neuem Recht, ZIP 2009, 49; *ders.*, Die Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling, ZIP 2006, 1025; *Avvento*, Hin- und Herzahlen: Offenlegung als konstitutive Voraussetzung des Eintritts der Erfüllungswirkung? BB 2010, 202; *Bayer*, Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung, FS Lutter, 2000, S. 1011; *ders./Schmidt*, Die Reform der Kapitalaufbringung bei der Aktiengesellschaft durch das ARUG, ZGR 2009, 805; *ders./Lieder*, Der Entwurf des MoMiG und die Auswirkungen auf das Cash-Pooling, GmbHR 2006, 1121; *dies.*, Darlehen der GmbH an Gesellschafter und Sicherheiten aus dem GmbH-Vermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2005, 133; *Broker/Rockstroh*, Upstream-Darlehen und Cash-Pooling in der GmbH nach der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, BB 2009, 730; *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, *ders.*, Das richterrechtliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen, Der Konzern 2004, 235; *ders.*, Kapitalaufbringung im Cash Pool, ZHR 166 (2002), 278; *Engert*, Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz – Ökonomische Begründbarkeit der BGH-Rechtsprechung und Zukunft des Cash-Poolings, BB 2005, 1951; *Fuhrmann* Kreditgewährung an Gesellschafter – Ende des konzernweiten Cash-Managements?, NZG 2004, 552; *Gehrlein*, Kein Sonderrecht für Cash-Pool-Zahlungssysteme bei Begleichung der GmbH-Stammeinlage, MDR 2006, 789; *Göcke/Rittscher*, Cash-Pooling in Krise und Insolvenz, DZWIR, 2012, 355; *Götze*, Grenzen der Konzernfinanzierung nach dem Kreditwesengesetz, WM 2005, 727; *Habersack/Schürnbrand*, Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689; *Hamann*, Aufsteigende Darlehen im Cash Pool im System des § 135 InsO, NZI 2008, 66; *Hellwig*, Kapitalerhöhungen im Cash Pool, FS Peltzer, 2001, S. 163; *Henkel*, Kapitalaufbringung bei der GmbH nach dem MoMiG – Hin- und Herzahlen, NZI, 2010, 84; *Hommelhoff*, Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, 1105; *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, Diss. Darmstadt, 1998; *Hüffer*, Probleme des Cash Managements im faktischen Aktienkonzern, AG 2004, 416; *Jäger*, Kapitalaufbringung und Haftungsrisiken in Cash-Management-Systemen von GmbH-Konzernen, DStR 2000, 1653; *Kerber*, Die Beurteilung von Cash-Pool-Verträgen im Lichte höchstrichterlicher Rechtsprechung, ZGR 2005, 437; *Kiefner/Theusinger*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheitenbegebung im Aktienrecht nach dem MoMiG, NZG 2008, 801; *Klinck/Gärtner*, Versetzt das MoMiG dem Cash-Pooling den Todesstoß?, NZI 2008, 457; *Krause*, Konzerninternes Cash Management – der Fall Bremer Vulkan – Neue Ansätze bei der Untreue (§ 266 StGB) und ihre Konsequenzen für die Praxis, JR 2006, 51; *Lutter/Scheffler/Schneider* (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998; *D. Mayer*, Kapitalaufbringungsrisiken bei der GmbH im Rahmen eines sog. Cash-Pooling und Heilungsmöglichkeiten, FS Priester, 2007, S. 445; *Maier-Reimer/Wenzel*, Kapitalaufbringung in der GmbH nach dem MoMiG, ZIP 2008, 1449; *Morsch*, Probleme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im Cash-Pool, NZG 2003, 97; *Obo/Eberbach*, Konzernfinanzierung durch Cash-Pooling, DB 2001, 825; *Reidenbach*, Cash Pooling und Kapitalerhalt nach neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2004, 1421; *Reiner/Brakemeier*, Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?, BB 2005, 1458; *Reuter*, Die Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Cash-Pool: Explosive Massevermehrung nach § 135 InsO?, NZI 2011, 921; *Roth*, Neue Fallstriche beim Hin- und Herzahlen – Cash Pool, NJW 2009, 3397; *Saenger*, Gegenwart und Zukunft des Cash Pooling, FS Westermann, 2008, S. 1381; *Schäfer*, Reform des GmbHG durch das MoMiG – viel Lärm um nichts?, DStR 2006, 2085; *ders.*, Probleme des Cash-Poolings bei Kapitalaufbringung und -erhaltung – Welche Lösung bringt das MoMiG?, BB-Special 7/2006, 5; *ders.*, Darlehensgewährung an Gesellschafter als verbotene Ausschüttung iSv. § 30 GmbHG – Todesstoß für das konzernweite Cash Pooling?, GmbHR 2005, 133; *Seidel*, Cash-Pooling nur noch im Vertragskonzern?, DStR 2004, 1130; *Sieger/Hasselbach*, Konzernfinanzierung durch Cash Pools und Kapitalerhöhung, BB 1999, 645; *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149; *Ulmer*, Die »Anrechnung« (MoMiG) des Wertes verdeckter Sacheinlagen auf die Bareinlageforderung der GmbH: ein neues Erfüllungssurrogat?, ZIP 2009, 293; *ders.*, Vom Umgang mit rechtsfortbildenden BGH-Urteilen, ZHR 169 (2005), 1; *Vetter/Stadler*, Haftungsrisiken beim konzernweiten Cash Pooling, 2003; *Vetter/Schwandtner*, Kapitalerhöhung im Cash Pool, Der Konzern 2006, 407; *Wand/Tilmann/Heckenthaler*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH, AG 2009, 148; *Wessels*, Aufsteigende Finanzhilfen in GmbH und AG, ZIP 2004, 793; *Willemsen/Rechel*, Cash-Pooling und die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit absteigender Darlehen – Unterschätzte Risiken für Gesellschafter, BB 2009, 2215; *Zeidler*, Zentrales Cashmanagement in faktischen Aktienkonzernen, Diss. Bayreuth, 1999.

494-506 I. Grundlagen

- 491 494 In weiten Teilen der Konzernpraxis ist die konzerninterne zentrale Liquiditätssteuerung von erheblicher Bedeutung. Der Oberbegriff »Cash Management« bezeichnet dabei alle aktiven¹⁰⁵⁴ Maßnahmen der beteiligten Konzerngesellschaften zur konzernweiten Liquiditätssicherung,¹⁰⁵⁵ Optimierung des Zahlungsverkehrs und – im international operierenden Konzern – zur Minimierung von Währungsrisiken.¹⁰⁵⁶
- 492 495 Unter »Cash Pooling« versteht man einen Baustein des Cash Management, der die Liquiditätsversorgung der einzelnen Gesellschaften in einer Hand, also i. d. R. bei einer Konzerngesellschaft bündelt. Rechtliche Probleme wirft dabei die vielfach von der Praxis unbeachtet gelassene Tatsache auf, dass »der Konzern« selbst über keine Rechtspersönlichkeit verfügt, sondern vielmehr die in ihn eingebundenen Unternehmen rechtlich selbstständig bleiben.¹⁰⁵⁷ Die für jede Einzelgesellschaft geltenden Kapital- und Gläubigerschutzvorschriften bleiben folglich regelmäßig weitgehend unberührt, solange keine Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge abgeschlossen wurden (vgl. § 291 Abs. 3 AktG) oder eine Eingliederung erfolgt ist (vgl. § 323 Abs. 2 AktG).
- 493 496 Die große Verbreitung des Cash Pooling in der Praxis und die mit dem Liquiditätsmanagement verbundenen rechtlichen Fragen haben in den letzten Jahren in der Literatur zu einer wahren Veröffentlichungsflut¹⁰⁵⁸ geführt und auch wiederholt die Rechtsprechung beschäftigt. Der BGH hat hierbei nachdrücklich darauf hingewiesen, dass für ökonomisch grds. sinnvolle Gestaltungen wie die Liquiditätskonzentration im Cash Pool kein von den allgemeinen Kapitalschutzregeln abweichendes Sonderrecht anzuerkennen sei.¹⁰⁵⁹

497-502 1. Funktionsprinzip und Formen des Cash-Pooling

- 494 497 Beim »Cash Pooling« wird – i. d. R. bankarbeitstäglich – die Liquidität aller am Pool beteiligten Konzernunternehmen durch Konsolidierung laufender Bankguthaben und -verbindlichkeiten zusammengefasst. Die ökonomischen Vorteile sind beachtlich: Ohne die Liquiditätsbündelung müssten sich die Konzerngesellschaften mit Liquiditätsbedarf auf dem Kreditmarkt selbst finanzieren, während Konzernunternehmen mit kurzfristigen Liquiditätsüberschüssen – wenn überhaupt – nur geringe Zinserträge erzielen würden.

498 a) Virtuelles Cash-Pooling

- 495 498 Das (»echte«) Cash Pooling (näher unten **Rdn. 499**) ist zunächst vom »virtuellen« Cash Pooling (auch »fiktives« bzw. »notional pooling«¹⁰⁶⁰ genannt) zu unterscheiden, das keine (Darlehens-) Finanzierungsfunktion besitzt. Um ein optimales Zinsergebnis zu erzielen, werden hierbei die Soll- und Haben-Salden auf den Konten der am Cash Pool beteiligten Konzerngesellschaften auf einem von einem Kreditinstitut (außerhalb des Konzerns) lediglich »virtuell« geführten »Schatten-« oder »Masterkonto« zusammengefasst. Tatsächliche Kontobewegungen zwischen den Konzerngesellschaften finden nicht statt. Soll- oder Habenzinssätze bemessen sich am Gesamtsaldo des Schattenkontos und an der darauf geführten Zinsstaffel. In der Praxis finden sich hierbei unterschiedliche Spielarten.

1054 Im Gegensatz zur rein passiven Finanzverwaltung, vgl. *Hormuth*, 1998, S. 51.

1055 Neben dem hier beschriebenen Cash Pooling als Form der Darlehensfinanzierung hat als Instrument der Liquiditätssteuerung auch das sog. »Netting« oder »Clearing« erhebliche praktische Bedeutung erlangt. Hierbei werden gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten der einzelnen Konzerngesellschaften miteinander aufgerechnet, sodass die Anzahl der konzerninternen Zahlungen minimiert wird. Vgl. hierzu etwa *Jäger*, DStR 2000, 1653; *Vetter/Stadler*, 2003, S. 6 f., **Rn. 13–15**.

1056 Vgl. *Krumnow*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, § 26.

1057 Näher *K. Schmidt*, GesR, S. 490; *Bayer*, in FS Lutter, 2000, S. 1011, 1013.

1058 Das Schrifttum enthält hierzu nur eine Auswahl.

1059 So ausdrücklich der Leitsatz von BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, und nochmals bekräftigt durch das Senatsmitglied *Gehrlein*, MDR 2006, 789.

1060 *Morsch*, NZG 2003, 97, 98.

Beim sog. Zinskompensationsverfahren erfolgen alle Zinszahlungen zugunsten oder zulasten eines vorher festgelegten Hauptkontos, das i. d. R. auf die Muttergesellschaft oder eine eigenständige konzerninterne Finanzierungsgesellschaft (Treasury-Gesellschaft) lautet. Für die Bestände der einzelnen virtuell konsolidierten Konten werden keine separaten Zinsen abgerechnet. Beim sog. Zinsoptimierungsmodell erfolgen Zinszahlungen und Zinsbelastungen hingegen nicht auf dem zentralen Hauptkonto, sondern auf den Konten der einzelnen Konzerngesellschaften. Das virtuelle Cash Pooling setzt systemimmanent voraus, dass die Konten aller beteiligten Gesellschaften beim gleichen Kreditinstitut geführt werden.

b) Physisches (»echtes«) Cash Pooling

499-502

Beim sog. physischen oder schlicht als »echtem« Cash Pooling bezeichneten Verfahren kommt es hingegen zu realen (»physischen«) Zahlungsströmen. Die Konzernmutter oder eine separate Finanzierungsgesellschaft des Konzerns unterhalten hierbei ein in der Praxis oft als Zentral-, Haupt-, Ziel- oder »Master«-Konto bezeichnetes Konto bei einem Kreditinstitut, gegen das die Salden der laufenden Konten der einzelnen Konzerngesellschaften – i. d. R. bankarbeitstäglich – konsolidiert werden. Ist der Saldo des Kontos der Konzerngesellschaft am Ende des Geschäftstages positiv, wird die überschüssige Liquidität auf das Hauptkonto abgeführt, ist er negativ, wird von dort automatisch für Ausgleich gesorgt. Die Zahlungsverkehrskonten der Konzerngesellschaft werden folglich täglich auf einen Nullsaldo (»Zero-Balancing«) bzw., soweit vereinbart, auf einen vorab bestimmten Sockelbetrag¹⁰⁶¹ (»Conditional Balancing«) gebracht (Kontenausgleich).

Der auf dem Hauptkonto der Pool-Betreibergesellschaft aus den konsolidierten Einzelsalden gebildete Gesamtsaldo wird bei konzernweitem Liquiditätsüberschuss zentral angelegt bzw. bei Liquiditätsbedarf zentral durch eine einheitliche Kreditaufnahme gedeckt. Durch die gebündelte Kreditaufnahme oder Anlage der überschüssigen Liquidität am Kapitalmarkt erzielt die Betreibergesellschaft dabei regelmäßig bessere Konditionen, als sie die Konzerngesellschaften bei individuellem Liquiditätsmanagement oder bei bloßem virtuellen Pooling erzielen könnten. Die in der Praxis regelmäßig vorliegende¹⁰⁶² Cash-Pooling-Vereinbarung sieht für das Konzern-Innenverhältnis vor, dass die Betreibergesellschaft den Konzerngesellschaften zu vereinbarten Konditionen im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses (§ 355 HGB) Kredit gewährt und dass die Konzerngesellschaften ihren Liquiditätsbedarf ausschließlich bei der konzerneigenen Betreibergesellschaft decken sowie überschüssige Liquidität an diese abführen.¹⁰⁶³

Die Vorteile des physischen Cash Pooling bestehen neben den positiven Margeneffekten auch in der Zentralisierung des gesamten Finanzmanagements bei einer Konzerngesellschaft (Mutterunternehmen oder separate Betreibergesellschaft), was wiederum Kosten für eigene Finanzabteilungen bei den Tochtergesellschaften einspart. Als Kehrseite hiervon unterhalten die Konzerngesellschaften neben ihren laufenden Konten oft keine weiteren Bankkontakte, was eine Kreditaufnahme außerhalb des Cash Pools aus einer langjährig gewachsenen Bankverbindung im Bedarfs- oder gar Krisenfall nicht unerheblich erschwert.

Rechtliche Probleme wirft im Wesentlichen nur die physische Variante des Cash Pooling mit tatsächlichen Zahlungen zwischen den rechtlich weiterhin selbstständigen Konzerngesellschaften auf. Nur diese soll daher im Weiteren Gegenstand der Betrachtung und bei Verwendung der Begriffe »Cash Pooling« oder »Liquiditätsverbund« gemeint sein.¹⁰⁶⁴

1061 Vgl. zu entsprechenden Vereinbarungen *Vetter/Stadler*, 2003, S. 126 f., Rn. 218.

1062 Dass in der Praxis auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung »gepoolt« wird, zeigt der Sachverhalt des OLG München, Urt. v. 24.11.2005 – 23 U 3480/05, *Der Konzern* 2006, 78 f.

1063 *Vetter/Stadler*, 2003, S. 3, Rn. 7.

1064 Speziell zu aktienrechtlichen Fragen in Zusammenhang mit der Besicherung von Bankdarlehen an die Mutter- bzw. Betreibergesellschaft durch am Pool teilnehmende AGen s. u. Rdn. 589 ff.

503-504

2. Qualifizierung als Gelddarlehen

- 500 **503** Zahlungen i. R. d. Cash Pooling sind Gelddarlehen i. S. d. §§ 488 ff. BGB.¹⁰⁶⁵ Dies wurde von einzelnen Stimmen insb. nach dem im Schrifttum viel diskutierten »November«-Urt. des BGH v. 24.11.2003¹⁰⁶⁶ angezweifelt. Während der Darlehenscharakter zuvor nahezu einhellige Auffassung im Schrifttum war¹⁰⁶⁷ und auch der BGH in einer nachfolgenden Entscheidung ohne nähere Prüfung die Darlehensqualität von Zahlungen an die Muttergesellschaft (sog. »aufsteigende« oder »upstream« Zahlungen) im Cash Pool bejaht hat,¹⁰⁶⁸ wurde anschließend als Reaktion auf das Urteil auch vertreten, es handele sich – analog der Auffassung der ganz herrschenden Meinung zum Sichtguthaben auf Girokonten¹⁰⁶⁹ – um eine unregelmäßige Verwahrung i. S. d. § 700 BGB.¹⁰⁷⁰
- 501 **504** Zutreffend ist hierbei nur die Annahme, dass Zahlungen im Rahmen eines Cash Pools wie auf einem Bank-Girokonto regelmäßig in ein von der jeweiligen Konzernfinanzierungsgesellschaft geführtes Kontokorrent eingestellt werden.¹⁰⁷¹ Dies allein lässt jedoch nicht den Schluss zu, das interne Cash-Pool-Konto einem Bank-Girokonto gleichzusetzen. Der beherrschten Gesellschaft wird es bei Abschluss eines Cash-Pool-Vertrages¹⁰⁷² gerade nicht darum gehen, entsprechend der Abgrenzung von unregelmäßiger Verwahrung zum Darlehen¹⁰⁷³ die abgeführte Liquidität zur jederzeitigen Verfügbarkeit in *sichere* Verwahrung zu geben. Dieses Ziel wäre bereits besser durch bloßes Belassen der jeweiligen Salden auf dem laufenden Bankkonto erreicht, ohne noch zusätzlich das Bonitätsrisiko der Pool-Betreibergesellschaft in Kauf nehmen zu müssen. Gegen eine pauschale Qualifizierung als Verwahrung spricht zudem, dass die jederzeitige Verfügbarkeit der Liquidität von der in der Cash-Pool-Vereinbarung bestimmten Kündigungsfrist abhängt. Diese kann bestenfalls gar nicht vorgesehen sein, die Forderung an die Pool-Betreiberin mithin täglich fällig sein. Eine abweichende Vereinbarung¹⁰⁷⁴ mit obligatorischer Kündigungspflicht¹⁰⁷⁵ ist gleichwohl nicht ausgeschlossen.

1065 Z. B. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689, 689 f.; *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, § 311 Rn. 227 mit zahlr. w. N.

1066 Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (kritisch aus rechtssystematischer Sicht *Reiner/Bra-kemeier*, BB 2005, 1458 ff.; s. ferner die Nachweise in Fn. 28). Die Entscheidung selbst betraf dabei gar keine Cash-Pool-Konstellation, sondern mehrere – in jeder Hinsicht »echte« – langfristige oder unbefristete Darlehensgewährungen einer GmbH an deren Gesellschafter.

1067 *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 25.11; *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645, 646; *Cahn*, ZHR 166 (2002), 278, 280; differenzierend *ders.*, S. 246 f. A. A. *Hommelhoff*, WM 1984, 1105, 1106, der in aufsteigenden Zahlungen »organisationsrechtliche Vorgaben der Konzernspitze« erblickt. Zutreffend hierzu die Kritik bei *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 25.12, es sei hierbei zwischen konzernrechtlicher Leitung und deren (schuldrechtlicher) Umsetzung zu unterscheiden.

1068 BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, unter II. (m. w. N.), zur Qualifizierung der Geldbewegungen zwischen Zentral- und Quellkonten im Cash-Pool als Darlehen.

1069 Z. B. BGH, Urt. v. 08.07.1982 – I ZR 148/80, BGHZ 84, 371, 373; BGH, Urt. v. 30.11.1993 – XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, juris-Rn. 16; *Derleder*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 10, Rn. 74.

1070 Vgl. insb. *Schäfer*, GmbHR 2005, 133, 135 f.; *ders.*, BB 2006, Beilage Nr. 7, 5 f.; *Cahn*, S. 246 f.; *Ulmer*, ZHR 169 (2005), 1, 4 f. Ebenfalls an der Darlehenseigenschaft zweifelnd offenbar *Westermann*, in: *Scholz, GmbHG*, Bd. 1, § 30 Rn. 55, ohne sich jedoch festzulegen.

1071 *Schäfer*, GmbHR 2005, 133, 135; *Engert*, BB 2005, 1951, 1956. Anders wohl *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, Rn. 21.5, die eben diese Auffassung zumindest für begründungsbedürftig halten.

1072 Sofern es hierzu überhaupt kommt; s. zur Praxis etwa den Sachverhalt im OLG München, Urt. v. 24.11.2005 – 23 U 3480/05, *Der Konzern* 2006, 78 f.

1073 Vgl. *Reuter*, in: *Staudinger*, BGB, § 700 Rn. 3.

1074 Etwa unter Belassung bzw. Sicherstellung eines dauerhaften Liquiditätssockels durch die Betreibergesellschaft (sog. »Conditional Cash Pooling«); vgl. zu entsprechenden Vereinbarungen *Vetter/Stadler*, 2003, S. 126 f., Rn. 218.

1075 Die dreimonatige Kündigungsfrist in § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB, auf die *Schäfer* (GmbHR 2005, 133, 135 und *ders.*, BB-Beilage 2006 Nr. 7, S. 1, 5 f.) als Argument gegen die Qualifizierung als Darlehen verweist,

3. Finanzaufsichtsrechtliche Fragen

505-506

Die Qualifizierung als Gelddarlehen hat zur Folge, dass die Zahlungsströme zwischen den beteiligten Konzerngesellschaften finanzaufsichtsrechtlich Kreditgeschäfte darstellen und die Pool-Betreiberin spiegelbildlich bei der Hereinnahme von Liquiditätsüberschüssen unter Begründung einer Verbindlichkeit gegen die jeweilige Konzerngesellschaft Einlagen annimmt. Beides unterliegt als Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 3 KWG grds. dem Erlaubnisvorbehalt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, sofern es gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben wird, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Beide Merkmale werden in konzernweiten Cash Pool-Konstellationen regelmäßig erfüllt sein. 505 502

Eine Erlaubnispflicht für die Beteiligten eines konzerninternen Liquiditätsverbundes wird dennoch in aller Regel nicht bestehen. Behalf man sich bei dieser Frage vor der 6. KWG-Novelle¹⁰⁷⁶ noch mit einer teleologischen Reduktion des aufsichtsrechtlichen Einlagen- und Kreditbegriffs, um Konzernfinanzierungsmaßnahmen hiervon und von der Erlaubnispflicht auszunehmen,¹⁰⁷⁷ hat der Gesetzgeber nunmehr Unternehmen, die Bankgeschäfte *ausschließlich* mit Mutter-, Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, durch die Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG vom Kreditinstitutsbegriff und damit von der Erlaubnispflicht befreit (sog. »Konzernprivileg«). Das Gesetz knüpft in § 1 Abs. 6 und Abs. 7 KWG zur Bestimmung des Kreises der Teilnehmer des privilegierten Verbunds an den umfassenden Konzernbegriff des § 290 HGB an und erweitert diesen darüber hinaus rechtsformunabhängig auf solche Unternehmen, die beherrschenden Einfluss ausüben können oder auf die ein solcher ausgeübt werden kann.¹⁰⁷⁸ 506 503

II. Wirksamkeit einzelner konzerninterner Zahlungen

507-547

Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung der am Cash Pooling beteiligten Gesellschaften scheinen sich im konzerninternen Liquiditätsverbund mit oft zahlreichen Beteiligten und einer Vielzahl von wechselseitigen Zahlungen förmlich zu potenzieren. Dass auch aus Sicht der Rechtsprechung wirtschaftlich durchaus sinnvolle Cash-Management-Gestaltungen keine eigenständig-spezifische Auslegung des gesetzlichen Rahmens rechtfertigen, hat der BGH in seiner Entscheidung vom 16.01.2006¹⁰⁷⁹ zu Fragen des Cash Pooling unter Beteiligung einer GmbH betont. Dies wird angesichts der inzwischen im Wesentlichen gleichlautenden gesetzlichen Vorgaben des GmbHG und des AktG zum Kapitalschutz in der Praxis auch für Liquiditätssteuerungssysteme unter Beteiligung einer AG gelten.¹⁰⁸⁰ 507 504

Den Bedenken, die gegen eine Einbeziehung von Kapitalgesellschaften in konzernweite Cash-Pooling-Strukturen aufgrund des »November«-Urteils des BGH (oben [Rdn. 592](#)) erhoben wurden,¹⁰⁸¹ ist der Gesetzgeber mit dem am 01.10.2008 in Kraft getretenen MoMiG, das auch Änderungen im Recht der AG nach sich zog, offen¹⁰⁸² entgegengetreten. Die vermeintliche Abkehr des BGH 508 505

ist dispositiver Natur, was die (ggf. sogar konkludente) Vereinbarung kürzerer Kündigungsfristen oder deren gänzliche Abbedingung erlaubt.

1076 Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften v. 22.10.1997, BGBl. I, S. 2518.

1077 *U. H. Schneider*, in: Lutter/Scheffler/Schneider, [Rn. 25.86](#).

1078 Ausführlich hierzu *Götze*, WM 2005, 727, 730 f.

1079 BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, Leitsatz 1 und juris-Rn. 21.

1080 So auch *Altmeyen*, ZIP 2006, 1025, 1029.

1081 Vgl. hierzu aus dem zahlreichen Schrifttum etwa *Cahn*, Der Konzern 2004, 235; *Fuhrmann*, NZG 2004, 552; *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689; *Hüffer*, AG 2004, 416; *Kerber*, ZGR 2005, 437; *Langner*, GmbHR 2005, 1017; *Reidenbach*, WM 2004, 1421; *Seidel*, DSStR 2004, 1130; *Ulmer*, ZHR 169 (2005), 1.

1082 Begr. RegE MoMiG, BT 16/6140, S. 41: Die »Praxis des Cash-Pooling« sei »im Grundsatz ökonomisch sinnvoll« und diene »regelmäßig auch dem Interesse von Konzerntöchtern«. Durch das BGH, Urt.

von einer bilanziellen Betrachtungsweise der Ausschüttungssperre des § 30 GmbHG in seiner Entscheidung vom 24.11.2003 und die damit nicht nur für das Cash Pooling einhergehenden Unsicherheiten wurden mit den Ergänzungen in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG und dem im Kern wortgleichen § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gerade mit Blick auf Cash-Management-Systeme korrigiert, begleitet von einem »Bekanntnis« des Gesetzgebers zu einer »bilanziellen Betrachtungsweise« der Kapitalerhaltungsvorschriften im Fall von Zahlungen der Gesellschaft an ihren Gesellschafter.¹⁰⁸³ Neue Regelungen zur Kapitalaufbringung wurden nach knapp einjähriger »Testphase« im Recht der GmbH (§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG) durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG)¹⁰⁸⁴ inzwischen auch in Form von § 27 Abs. 3 und 4 AktG für die AG übernommen. Das bislang von der Rechtsprechung geprägte Eigenkapitalersatzrecht wurde ebenfalls einschneidend verändert und rechtsformneutral in das Insolvenzrecht überführt (s. im Detail bereits oben [Rdn. 255 ff.](#)).

509-521 **1. Fragen der Kapitalerhaltung bei Zahlungen an den Gesellschafter**

509-510 *a) Grundlagen*

506 509 Als zentrale Vorschrift zur Vermögensbindung in der AG stellt § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG deutlich höhere Hürden für Leistungen an Aktionäre auf, als es das Recht der GmbH vorsieht. Während nach § 30 Abs. 1 GmbHG nur das zum Erhalt des Stammkapitals erforderliche Vermögen einer Auszahlung an die Gesellschafter entzogen ist,¹⁰⁸⁵ mithin Zahlungen an die Gesellschafter bis zur Grenze der Unterbilanz¹⁰⁸⁶ zulässig sind, war der AG vor Inkrafttreten des MoMiG im Sinne eines umfassenden Vermögensschutzes grds. jede Leistung aus dem Vermögen der Gesellschaft an ihre Aktionäre untersagt, sofern sie nicht die Ausschüttung des Bilanzgewinns darstellte (§ 57 Abs. 3 AktG) oder aufgrund anderer gesetzlicher Ausnahmeregelungen zulässig war.

507 510 Nachdem der BGH im November 2003 selbst für die einer weniger strengen Kapitalbindung unterliegenden GmbH die Gewährung von Darlehen an Gesellschafter eingeschränkt hatte, wurde hieraus für die AG von einzelnen Stimmen abgeleitet, einer AG sei die Beteiligung an einem konzernweiten Cash Pooling aufgrund der dort noch strikteren Kapitalbindung – vorbehaltlich der vom BGH *obiter* für ein Gesellschaftsdarlehen aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen¹⁰⁸⁷ – generell versagt.¹⁰⁸⁸ Hierauf hat der Gesetzgeber reagiert: Mit § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG und dem im Wesentlichen gleichlautenden § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG soll nun gerade die Beteiligung an Liquiditätsverbänden ermöglicht bzw. gefördert werden. Die Regierungsbegründung zum MoMiG¹⁰⁸⁹ betont die

v. 24.11.2003 sei »erhebliche Rechtsunsicherheit für die Praxis« entstanden. Der Gesetzentwurf greife »die in der Diskussion aufgeworfenen Sorgen der Praxis auf«.

1083 S. Begr. RegE MoMiG, BT 16/6140, S. 41, zur Neufassung des § 30 Abs. 1 GmbHG: Der Entwurf kehre »zur bilanziellen Betrachtungsweise zurück, die bis zum November 2003 problemlos anerkannt« gewesen sei.

1084 Gesetz v. 30.07.2009, BGBl. I, S. 2479.

1085 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 [Rn. 6](#).

1086 Vgl. zum Unterbilanz-Begriff *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 [Rn. 10 ff.](#); *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 [Rn. 19](#).

1087 Vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, unter II.2.c.dd.: Das Darlehen sollte danach zulässig sein, »wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.«.

1088 So etwa unter Berufung auf die »November«-Entscheidung des BGH *Seidel*, DStR 2004, 1130, 1132 f., der nach unternehmerisch tätigen und nicht tätigem Aktionär (der freilich selten Betreibergesellschaft eines Liquiditätsverbundes sein wird) unterscheidet. Einschränkend, aber im Ergebnis ebenso *Wessels*, ZIP 2004, 793, 796; ähnlich auch *Cahn*, Der Konzern 2004, 235, 244 f. S. auch *Cahn/Senger*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 [Rn. 33 ff.](#)

1089 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41 (zu § 30 Abs. 1 GmbHG): Die Ergänzungen der §§ 30 Abs. 1 GmbHG, 57 Abs. 1 AktG erfolge »vor dem Hintergrund der Unsicherheit über die Zulässigkeit

wirtschaftlichen Vorteile des Cash Pooling und wendet sich ausdrücklich gegen die zuvor vom BGH (zumindest vermeintlich) erfolgte Abkehr von einer bilanziellen Betrachtungsweise bei Auszahlungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter. Nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG liegt danach nunmehr keine (nach S. 1 der Vorschrift weiterhin verbotene) Einlagenrückgewähr vor, wenn die Leistungen an den Aktionär aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind, es bilanziell also nur zu einem Aktivtausch kommt.

b) Die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches

511-516

aa) Bilanzielle Wertermittlung

511-512

Ohne Einbindung der Gesellschaft in konzernrechtliche Strukturen kommt es nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG für die Frage der Zulässigkeit »aufsteigender« Zahlungen i. R. d. Cash Pooling auf die Vollwertigkeit eines Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruches an. Was »vollwertig« in diesem Zusammenhang bedeutet, wird dabei vom Gesetz nicht näher definiert. Die Rechtsprechung hat an der näheren Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs soweit ersichtlich bislang nur wenig beigetragen.¹⁰⁹⁰ Nach dem gesetzgeberischen Willen wird für die Bewertung des Rückgewähranspruches auf handelsbilanzielle Grundsätze abzustellen sein.¹⁰⁹¹ Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zum MoMiG¹⁰⁹² wird in der Literatur daher der Rückgewähranspruch zu Recht als vollwertig angesehen, wenn sich im Rahmen einer Prognoseentscheidung ergibt, dass seine Durchsetzbarkeit zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht infrage gestellt ist, also kein erkennbarer Abwertungsbedarf besteht.¹⁰⁹³ Soweit dagegen bereits bei Begründung der Forderung damit gerechnet werden muss, dass die Rückzahlung auch nur z. T. nicht einbringlich sein könnte, liegt ein auch bilanziell zu berücksichtigendes (Teil-) Ausfallrisiko und damit keine Vollwertigkeit mehr vor. Eine andere Frage ist, ob der (Darlehens-)Rückgewähranspruch betragsmäßig der vorausgegangenen »Leistung« (Auszahlung der Darlehensvaluta) entsprechen muss. Dem Merkmal der »Vollwertigkeit« wird man dies nicht zwingend entnehmen können. Für sich allein genommen wird man es eher auf den Nennbetrag der jeweiligen Forderung als auf eine mit der Forderung verbundene Gegenleistungs- oder Rück-erstattungspflicht beziehen, insb. wenn man die Vorgeschichte dieses Merkmals in der langjährigen BGH-Rechtsprechung zur Kapitalaufbringung vor Augen hat.¹⁰⁹⁴ Zugunsten der (zwingenden) be-

von Darlehen und anderen Leistungen mit Kreditcharakter durch die GmbH an Gesellschafter (upstream loans) im Allgemeinen und der in Konzernen sehr verbreiteten Praxis des sog. Cash-Pooling im Besonderen«. Eine separate Begründung der Änderungen des § 57 AktG wurde nicht gegeben, sondern es wurde pauschal auf die Begründung zu den Änderungen des § 30 Abs. 1 GmbHG verwiesen (ebenda, S. 52). S. auch oben **Rdn. 508**.

1090 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, juris-**Rn. 13** (im Rahmen einer an § 57 Abs. 1 S. 3 angelehnten Vollwertigkeitsprüfung am Maßstab des § 311 AktG, vgl. unten **Rdn. 517 ff.**): »Maßstab dafür ist eine vernünftige kaufmännische Beurteilung, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich ist. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung ist nicht erforderlich.«

1091 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/1640, S. 41.

1092 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41, die die Gleichwertigkeit mit einem bilanziellen »Aktivtausch« umschreibt.

1093 *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 151: Eine Forderung sei »vollwertig, wenn sie in der Bilanz zu ihrem Nennbetrag angesetzt werden« könne, »also kein Abschreibungsbedarf« bestehe; ähnlich *Cahn*, *Der Konzern* 2009, 67, 69 f. (»Prognose über die Fähigkeit des herrschenden Unternehmens anstellen, das Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen«). Strenger *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 57 **Rn. 20**, der unter Berufung auf eine gerade diesen Punkt offen lassende Bemerkung des BGH (Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 – juris-**Rn. 15**) überdies verlangt, dass die Kreditwürdigkeit des Aktionärs »auch bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jeden vernünftigen Zweifels« steht.

1094 Z. B. BGH, Urt. v. 21.02.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, unter I.1.a., zur Aufrechnung einer dem Gesellschafter gegen die GmbH zustehenden (Darlehens-)Forderung mit einer (Rest-)Einlagepflicht: »nur unter der Voraussetzung erlaubt, dass die Forderung liquide, fällig und vollwertig ist.«

tragsmäßigen Gleichwertigkeit des Rückgewähranspruchs scheinen auf der anderen Seite der Begriff der »Rückgewähr« der vorausgegangenen Leistung sowie das Merkmal ihrer »Deckung« durch den betreffenden (Rückgewähr-)Anspruch zu sprechen. Vergegenwärtigt man sich allerdings Genese und Zweck des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG, verbietet sich eine allzu spitzfindige Wortlautbetrachtung. Ziel des Gesetzgebers war es, im Dienste der Bedürfnisse der Praxis das Verständnis dessen, was als Einlagenrückgewähr zu betrachten ist, auf das Niveau vor der »November-Entscheidung« des BGH (Rdn. 503) zurückzuschrauben, Gestaltungen, die schon vor dem 24.11.2003 als zulässig betrachtet wurden, sind daher nach wie vor als zulässig zu betrachten. Vor diesem Hintergrund sollte man die wirtschaftliche Angemessenheit von Darlehen an Gesellschafter letztlich *einheitlich*, d. h. unter Berücksichtigung sämtlicher gegenseitiger Leistungen (Hauptbetrag und Zinsen) betrachten. Daraus folgt, dass eine im Vergleich zur ausbezahlten Valuta geringere Rückzahlungsverpflichtung (etwa i. S. eines Agios) trotz fehlender Marktüblichkeit dann unproblematisch sein sollte, wenn diese Differenz durch einen (mindestens) entsprechend höheren Zinssatz ausgeglichen wird.

- 509 512 Hinzu kommen die Besonderheiten des (konzernweiten) Cash Management. Dass das Darlehen an den Aktionär einem gewöhnlichen Drittvergleich standhalten muss, also verzinst und (selbst ohne konkreten Anlass, an der Rückzahlung zu zweifeln) besichert sein muss, ist zumindest für Zahlungen im Liquiditätsverbund nicht Inhalt des Vollwertigkeitsbegriffs,¹⁰⁹⁵ und eine Verzinsungspflicht sollte auch nicht aus dem sog. »Deckungsgebot« abgeleitet werden, das im Schrifttum, gestützt auf den Gesetzeswortlaut (»durch einen *vollwertigen* Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch [. . .] *gedeckt*«, Hervorhebungen hinzugefügt), dem Vollwertigkeitsgebot als eigenständige Tatbestandsvoraussetzung des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG gegenübergestellt wird.¹⁰⁹⁶ Zwar würde die Sorgfalt, die § 93 Abs. 1 AktG dem Vorstand der am Cash Pool teilnehmenden AG abverlangt, eine Darlehensvergabe an außenstehende Dritte nur unter der Bedingung angemessener (banküblicher) Besicherung und Verzinsung zulassen. Eine hieran orientierte einschränkende Auslegung des Vollwertigkeitsgebots würde aber dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen, gerade Cash-Management-Strukturen zu privilegieren, widersprechen.¹⁰⁹⁷ Diese sind in der Praxis regelmäßig dadurch geprägt, dass die meist kurzfristigen Forderungen an das Zentralkonto nicht eigens zugunsten der Gesellschaft besichert werden.¹⁰⁹⁸ Zu berücksichtigen ist zudem, dass dem möglichen Nachteil einer geringeren oder fehlenden Verzinsung die positiven, allerdings kaum quantifizierbaren Effekte des Cash Pooling für die einzelne Gesellschaft, wie der regelmäßig korrespondierende Anspruch auf Liquiditätsversorgung und die zentrale Liquiditätsplanung und -beschaffung durch die Mutter- bzw. Finanzierungsgesellschaft gegenüberstehen, so dass der Drittvergleich der Zahlungsströme im Cash Pooling mit gewöhn-

1095 *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 801, 806; *Brocker/Rockstroh*, BB 2009, 730, 732; *Altmeyen*, in MünchKommAktG, § 311 Rn. 244; Ein Grundsatz, wonach bilanzielle Vollwertigkeit nur bei ausreichender Besicherung des Rückerstattungsanspruchs angenommen werden kann, existiere »nach hA nicht«. Entsprechend sei die Gewährung eines unbesicherten Darlehens »erst dann nachteilig und unzulässig, wenn im Zeitpunkt der Valutierung Zweifel an der bilanziellen Vollwertigkeit bestehen und dennoch auf entsprechende Besicherung verzichtet« werde; *ders.*, ebenda, Rn. 254; Die Abzinsung einer nicht verzinslichen Forderung trotz Vollwertigkeit komme »vernünftiger Ansicht nach bei den kurzfristigen Kreditgewährungen i. R. d. Cash Pooling im Ansatz nicht in Frage«. A. A. *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 150; *Winter*, DStR 2007, 1484, 1488. Für die Notwendigkeit des Drittvergleichs auch die vor dem MoMiG h. M., vgl. nur *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 100, 101; *Henze*, in: GroßKommAktG, Bd. 2, § 57 Rn. 49, jeweils m. w. N.

1096 So *Cahn*, Der Konzern 2009, 67, 71: Eine unzureichende Verzinsung beeinträchtigt »nicht die Vollwertigkeit des Rückerstattungsanspruchs«, sondern habe »lediglich zur Folge, dass die Leistung der Gesellschaft durch den Rückerstattungsanspruch nicht gedeckt« sei.

1097 So *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG, § 311 Rn. 252; in diesem Sinne etwa auch *Kunz*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 30 Rn. 45.

1098 Vgl. auch *Kunz*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 30 Rn. 45, m. w. N., der unter diesem Gesichtspunkt die zulässige zinsfreie kurzfristige Darlehensgewährung im Cash Pooling »auf wenige Wochen« begrenzen möchte, was aber im Hinblick auf die bilanzielle Betrachtung (hierzu gleich nachfolgend im Text) zu streng erscheint.

lichen Darlehen ohnehin schief wäre. Schließlich steht auch unter bilanziellen Gesichtspunkten eine fehlende Verzinsung der kurzfristigen Darlehen beim Cash Pooling der Annahme der Vollwertigkeit nicht entgegen, da eine Abwertung unterverzinslicher Forderungen erst erforderlich ist, wenn diese für einen längeren Zeitraum als einem Jahr ausgegeben werden.¹⁰⁹⁹

bb) Prognoseentscheidung des Vorstands

513-516

Die Prognose, ob der Rückgewähranspruch ggü. der Mutter- oder Finanzierungsgesellschaft vollwertig ist, hat die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft i. d. R. bei Abführung von Liquidität, die zu einem positiven Cash-Pool-Saldo führt, zu treffen.¹¹⁰⁰ Dies hat beim Cash Pooling mit i. d. R. täglichen Zahlungen zur Folge, dass die Bonität der Finanzierungsgesellschaft, gegen die der Rückzahlungsanspruch besteht, laufend zu überwachen sein wird, solange die Gesellschaft in darlehenserhöhender Weise eigene Liquidität in den Verbund speist. Eine später eintretende, zuvor nicht vorhersehbare Bonitätsverschlechterung beim Gesellschafter und damit ein nachträglicher Wegfall der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches führt aber nach dem Willen des Gesetzgebers bei ordnungsgemäßer Prognose zum Zeitpunkt der Liquiditätsweitergabe nicht dazu, dass die Auszahlung rückwirkend unzulässig i. S. d. § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG wird.¹¹⁰¹

Die Prüfungspflichten der Geschäftsleitung setzen früher ein, wenn die Cash-Pooling-Vereinbarung für die abhängige Gesellschaft nicht ohne die Einhaltung einer Frist aufkündbar ist. In diesem Fall muss die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft die Bonitätsprüfung zur Bestimmung der Vollwertigkeit eines künftigen Rückzahlungsanspruches auch bereits bei Abschluss der Vereinbarung vornehmen.¹¹⁰² Denn bereits in diesem Zeitpunkt verpflichtet sich die Gesellschaft, Liquiditätsüberschüsse darlehensweise an das Zentralkonto abzuführen. Diese Verpflichtung kann die Gesellschaft später, vorbehaltlich eines vertraglichen oder gesetzlichen Rechts zur außerordentlichen Kündigung (§ 490 Abs. 1 BGB), zur Liquiditätsabgabe an die Betreibergesellschaft trotz ggf. nachträglich eingetretener negativer Vollwertigkeitsprognose zwingen.

Für seine Prognoseentscheidung wird sich die Geschäftsleitung im Zweifel aller zur Verfügung stehenden Informationen zu bedienen haben, insb. solcher, mit denen Mutter- bzw. Finanzierungsgesellschaft bilanz- oder kapitalmarktrechtliche Publikationspflichten erfüllen.¹¹⁰³ Daneben wird jedoch auch zu verlangen sein, dass die Geschäftsleiter Sonderkenntnisse, etwa aus dem Konzernverhältnis, zu berücksichtigen haben. Als Besonderheit des Cash Pooling ist bei der Prognoseentscheidung zu beachten, dass die Herausgabe der gesamten Liquidität an lediglich einen Empfänger ein besonderes Klumpenrisiko für die Gesellschaft begründet. Auch werden in die Betrachtung und Erstellung der Bonitätsprognose bzgl. der Finanzierungsgesellschaft sämtliche am Liquiditätsverbund beteiligte Gesellschaften einzubeziehen sein, weil die Struktur des Cash Pooling das Risiko eines Dominoeffekts in sich birgt: Wegen des Anspruchs jeder einzelnen beteiligten Konzerngesellschaft auf Liquiditätsversorgung aus dem Zentralkonto besteht die Gefahr, dass deren Liquiditätsprobleme wegen der damit verbundenen außergewöhnlichen Beanspruchung der Finanzierungsgesellschaft auch die Liquiditätsversorgung der übrigen Pool-Mitglieder berühren.¹¹⁰⁴

Die Prüfung und das Ergebnis der Prognose sollte von der Geschäftsleitung der abhängigen Konzerngesellschaft dokumentiert werden (vgl. § 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG), denn diese trägt, wenn es um die Verantwortung der Geschäftsleitung für die Teilnahme am Cash Pooling geht (vgl.

1099 *Ballwieser*, in: MünchKommHGB, § 253 Rn. 60, m. w. N.

1100 *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 20; *Habersack*, ZGR 2009, 347, 361.

1101 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

1102 Ähnlich zu § 30 GmbHG *Hommelhoff*, in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 30 Rn. 38: »Das Ziel einer effektiven Kapitalerhaltung« erfordere es, »beim Cash-Pooling schon den Abschluss des Rahmenvertrages an § 30 [GmbHG] zu messen«.

1103 *Altmeyen*, NZG 2010, 401, 403.

1104 *Spliedt*, ZIP 2007, 149, 150; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 157.

§ 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG), die Beweislast für die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches (vgl. § 93 Abs. 2 AktG).

517-520 c) *Faktischer Konzern*

- 514 **517** Regelungszweck der §§ 311 ff. AktG zum faktischen Konzern ist anders als bei den durch sie verdrängten §§ 57, 62 AktG¹¹⁰⁵ nicht der Schutz der Gesellschaft vor Entnahmen durch die Aktionäre, sondern ihr Schutz vor nachteiligen Weisungen des herrschenden Unternehmens¹¹⁰⁶, das nicht zwingend Aktionär zu sein braucht (vgl. § 17 AktG). Obwohl es hierbei zu Überschneidungen kommt, sind dies grds. unterschiedliche Schutzrichtungen. Gleichwohl haben die Neufassung von § 57 Abs. 1 AktG durch das MoMiG und die jüngere Rechtsprechung des BGH dazu geführt, dass im Fall unbesicherter »aufsteigender« Darlehen einer AG an eine Muttergesellschaft und damit auch in Fällen des Cash Pooling nahezu ein Gleichauf zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 311 AktG einerseits und den § 57 AktG andererseits entstanden ist. Der BGH geht in seiner Entscheidung vom 01.12.2008¹¹⁰⁷ davon aus, dass eine Kreditvergabe an die Muttergesellschaft im faktischen Konzern dann kein nachteiliges Geschäft i. S. d. § 311 Abs. 1 AktG ist, wenn – wie in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG bestimmt – der Rückgewähranspruch der Gesellschaft vollwertig ist.
- 515 **518** Aus der ausdrücklichen Bezugnahme des Gerichts auf die erst wenige Wochen vor der Entscheidung in Kraft getretene Regelung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG in diesem Zusammenhang¹¹⁰⁸ folgt somit auch für den faktischen Konzern, dass *unbesicherte* Auszahlungen einer AG an das herrschende Unternehmen in Form von Darlehensvergaben dann nicht nachteilig sind, wenn ihnen ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch entgegensteht. Andernfalls bestünden für die faktisch beherrschte letztlich höhere Hürden als für die nicht eingebundene AG, die unter den oben (Rdn. 509 ff.) bereits genannten Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG Darlehen (auch i. R. d. Cash Pooling) an ihren Aktionär ausgeben darf. Folglich liegt in der (von der Muttergesellschaft veranlassten) Beteiligung an einem Cash Pool auch dann kein nachteiliges Rechtsgeschäft i. S. von § 311 Abs. 1 AktG, wenn die abhängige Gesellschaft für die darlehensweise Abführung überschüssiger Liquidität keine Sicherheiten erhält, sofern in der Person der Leistungsempfängerin kein »konkretes Ausfallrisiko« besteht.¹¹⁰⁹ Andernfalls entstehen unmittelbar Schadensersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen (§ 317 AktG), weil das konkrete Kreditrisiko nicht als ausgleichsfähig i. S. d. §§ 311 Abs. 2, 17 Abs. 1 Satz 1 AktG gilt.¹¹¹⁰ Entsprechende Überlegungen gelten für die marktübliche *Verzinsung*. Auch ihr Fehlen innerhalb des Cash Management Systems stellt keineswegs automatisch einen aus-

1105 Z. B. BGH, Urt. v. 31.05.2011 – II ZR 141/09, BGHZ 190, 7, »Dritter Börsengang«, juris-Rn. 48; BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, juris-Rn. 11.

1106 Die Schutzrichtung des § 311 AktG geht insofern deutlich weiter, als bloßen Kapitalschutz zu gewähren, wie die Definition der Rechtsprechung zum nachteiligen Rechtsgeschäft i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG zeigt. Danach ist hierunter »jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit zu verstehen, soweit die genannte Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt« (BGH Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, juris-Rn. 8 und ebenso BGH, Urt. v. 31.05.2011 – II ZR 141/09, BGHZ 190, 7, »Dritter Börsengang«, juris-Rn. 37).

1107 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 12.

1108 S. BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 12. Der entschiedene Sachverhalt hat sich zwar vor Inkrafttreten des MoMiG (01.11.2008) abgespielt, sodass § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F. nach allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts eigentlich nicht zur Anwendung gelangen dürfte. Der BGH (ebenda) bezieht sich aber auf den ausweislich der Regierungsbegründung [BT-Drucks. 61/6040, S. 41, zur entsprechenden Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F.] lediglich »klarstellenden« (nicht »konstitutiven«) Charakter der Neuregelung, die der Gesetzgeber als »Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise« begriffen habe.

1109 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 13.

1110 Vgl. BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 17. Allgemein zur Rechtswidrigkeit nicht ausgleichsfähiger Nachteile s. z. B. Hüffer, AktG, § 311 Rn. 25 und 42.

gleichspflichtigen (§ 311 Abs. 2 AktG) Nachteil dar, solange die Teilnahme der AG am Pool insgesamt nicht nachteilig ist.¹¹¹¹

Die Pflichten des Vorstandes der abhängigen AG zur Überwachung der Werthaltigkeit des Rückgewähranspruches und damit zur Vermeidung der Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts reichen im faktischen Konzern über die Anforderungen bei der Kapitalerhaltung hinaus. Während dort ein späterer Wegfall der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches nicht nachträglich zur Unzulässigkeit der Auszahlung an den Aktionär (verbunden mit Rückgewähr- bzw. Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft) führt, ist der Vorstand der abhängigen Gesellschaft im faktischen Konzern nicht nur angesichts seiner Berichtspflicht (§§ 312, 318 Abs. 1 AktG), sondern aufgrund seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) stets gehalten, die Bonität der Pool-Betreibergesellschaft in Hinblick auf die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs zu überwachen. Zeichnet sich eine Gefährdung des Anspruchs ab, muss der Vorstand diesen unter Ausnutzung von Kündigungsrechten geltend machen oder Sicherheiten verlangen.¹¹¹² Bei einem Cash-Management (oder bei einem »umfangreichen langfristigen Darlehen«) erwartet der BGH ggf. »die Einrichtung eines geeigneten Informations- oder »Frühwarnsystems« zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft.«¹¹¹³ Fehlt dieses oder wird die Cash-Pooling-Vereinbarung vom Vorstand der abhängigen AG nicht rechtzeitig gekündigt, wenn erkennbar wird, dass der Rückgewähranspruch nicht mehr vollwertig ist, kann dies das Rechtsgeschäft auch nachträglich nachteilig i. S. von § 311 AktG werden lassen.¹¹¹⁴

Die Einbindung einer faktisch konzernierten AG in ein Cash Pooling-System muss im Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG dokumentiert werden. Dies ist Aufgabe des Vorstands der abhängigen Gesellschaft und durch § 318 Abs. 1 AktG in besonderer Weise haftungsbewehrt. Die Darstellung hat dabei so umfassend wie möglich zu erfolgen. Hierzu gehören neben der Pool-Struktur insb. etwaige Sicherheiten, Verrechnungsabreden und letztlich auch die Auflistung der einzelnen Darlehensvergaben an das Zentralkonto.¹¹¹⁵

d) Vertragskonzern

Im Vertragskonzern gelten für die Vermögensbindung die besonderen Regelungen der §§ 57 Abs. 1 Satz 3, 1. Alt., 291 Abs. 3 AktG, die die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57, 58, 60 AktG für die Laufzeit eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags suspendieren. Nach dem Wortlaut des durch das MoMiG neu gefassten § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG kommt es danach nur noch auf das bloße Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages an. Die vor der Reform diskutierte Frage, ob Leistungen an die herrschende Gesellschaft nur aufgrund einer rechtmäßigen Weisung gem. § 308 AktG erfolgen dürfen, hat damit an Bedeutung verloren. Die Zulässigkeit der

1111 S. *Altmeyden*, in MünchKommAktG, § 311 Rn. 255 f., der allenfalls bei langfristiger Liquiditätsgewährung einen Nachteil in Betracht zieht; *ders.*, ZIP 2009, 49, 52; ähnlich *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 157: Bei kurzfristigen Darlehen dürfte »zu berücksichtigen sein«, dass »die abhängige Gesellschaft im Rahmen eines Cash Pools in der Regel selbst auf kurzfristige zinsgünstige Darlehen zurückgreifen« könne. Damit dürfte »es hier an dem für einen Nachteil erforderlichen objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung mangeln«. Anders, aber gerade nicht im Kontext des Cash Pooling BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, juris-Rn. 17 (*obiter dictum*): Es bedeute für die darlehensgebende Gesellschaft einen Nachteil i. S. von § 311 AktG, »wenn die ihr durch die Darlehensgewährung an das herrschende Unternehmen entzogene und vorenthaltene Liquidität nicht oder nicht angemessen verzinst« werde.

1112 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 14; zust. *Altmeyden*, ZIP 2009, 49, 50.

1113 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 14.

1114 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, juris-Rn. 14.

1115 *Altmeyden*, in MünchKomm, AktG, § 311 Rn. 272; *Vetter*, in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 312 Rn. 32, m. w. N.: Zu »adressieren« seien »die einzelnen Elemente (insb. Netting und Clearing, ggfs. die Etablierung eines Haftungsverbands) sowie die einzelnen Darlehensvergaben und -inanspruchnahmen, letztere regelmäßig in übersichtlicher Zusammenfassung«; ausführlich schon *Hüffer*, AG 2004, 419, 421 f.

Weisung des herrschenden Unternehmens an eine abhängige AG zur Beteiligung an einem Liquiditätsverbund einschließlich der Abführung von Liquidität findet allerdings dort ihre Grenzen, wo die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährdet ist.¹¹¹⁶ Dies wird insb. dann anzunehmen sein, wenn der Verlustausgleichsanspruch der beherrschten Gesellschaft gem. § 302 Abs. 1 AktG gegen das herrschende Unternehmen nicht (mehr) vollwertig ist.¹¹¹⁷

522-543 2. Bareinlagerbringung beim Cash Pooling

522-527 a) Problemaufriss

519 522 Bei der Erhöhung des Kapitals (im Fall des Cash Pooling wohl praktisch seltener bei der Kapitalaufbringung i. R. d. Gründung) einer in den Liquiditätsverbund eingebundenen AG können die täglichen Zahlungsströme zu Konflikten mit den gesetzlichen Vorgaben zur Kapitalaufbringung führen. Wenn die Muttergesellschaft zur Erfüllung ihrer Einlagepflicht aus der Barkapitalerhöhung auf das in den Cash Pool eingebundene Bankkonto der Tochter-AG leistet, wird das Geld – soweit es von Letzterer nicht taggleich verbraucht wird – durch den automatischen Liquiditätsausgleich des Cash Pools noch am Ende desselben Arbeitstages an die Inferentin zurückgezahlt.

520 523 Je nachdem, ob und inwieweit¹¹¹⁸ hierdurch eine zuvor bestehende Verbindlichkeit der Tochter-AG bei ihrer Mutter getilgt oder aber eine neue Forderung gegen die Mutter begründet wird, ergibt sich in der Gesamtsicht der Transaktionen eine »verdeckte Sacheinlage« gem. § 27 Abs. 3 AktG (n. F.) oder ein von der Rechtsprechung sog. »Hin- und Herzahlen« gem. § 27 Abs. 4 AktG (n. F.), jeweils i. V. m. § 183 Abs. 2 AktG und bei Sachverhalten aus der Zeit vor Inkrafttreten dieser Vorschriften (01.09.2009) zusätzlich i. V. m. § 20 Abs. 7 EG AktG. In beiden Fällen ist die Einlageleistung unter Umgehungs Gesichtspunkten¹¹¹⁹ dem Grundsatz nach nicht ordnungsgemäß erbracht.

521 524 Vor der Neufassung des § 27 AktG durch das ARUG folgte die Rechtsprechung daraus, dass die (Bar-) Einlage von der Gesellschaft bzw. in der Insolvenz vom Insolvenzverwalter noch einmal in voller Höhe beim Aktionär geltend gemacht werden konnte.¹¹²⁰ Nach der Neufassung des § 27 Abs. 3 und 4 AktG können die Zahlungen an die Gesellschaft im Fall der verdeckten Sacheinlage nun unter bestimmten Bedingungen auf die Einlagenleistung »angerechnet« werden bzw. führen im Fall des »Hin- und Herzählens« zur Erfüllung der Einlagepflicht.

525-526 aa) Verdeckte Sacheinlage

522 525 Soweit der Saldo des Cash-Pool-Kontos der AG bei der Muttergesellschaft (Inferentin) bei Rückfluss der Einlagezahlung am Ende des Bankarbeitstages aus Sicht der AG negativ ist, stellt diese Rückzahlung ohne Weiteres eine »verdeckte Sacheinlage« nach § 27 Abs. 3 AktG dar. Letztlich hat die AG nämlich hierdurch keine frischen Barmittel zur freien Verfügung des Vorstands (§§ 36 Abs. 1, 54 Abs. 3 Satz 1, 188 Abs. 2 AktG)¹¹²¹ erhalten, sondern wurde nur durch die Gutschrift des Einlagebe-

1116 Hüffer, AktG, § 308 Rn. 19, allgemein zur Unzulässigkeit »existenzgefährdender Weisungen«.

1117 Altmeyen, in: MünchKommAktG, § 308 Rn. 123; ders., ZIP 2009, 49, 55 f.; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 154.

1118 Die Voraussetzungen von »verdeckter Sacheinlage« und »Hin- und Herzahlen« können nach der Rechtsprechung des BGH auch gleichzeitig vorliegen, wenn mit dem zurückfließenden Bareinlagenbetrag z. T. alte Verbindlichkeiten getilgt werden und zu einem weiteren Teil eine neue Forderung ggü. dem Gesellschafter begründet wird, vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, juris-Rn. 15, »Cash Pool II«, m. w. N.

1119 S. z. B. BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, juris-Rn. 16, zur verdeckten Sacheinlage und zum Hin- und Herzahlen: »Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln«.

1120 Vgl. zur alten Rechtslage nur Bayer, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 27 Rn. 49 m. zahlr. weit. Nachw. aus Rspr. und Lit.

1121 Das Erfordernis der Zahlung zur »freien Verfügung« des Vorstands gilt zumindest für den vor der Anmeldung (der Gesellschaft bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung) zum Handelsregister einzufordern den bzw. eingeforderten Teil der Bareinlage. Für die GmbH hat der BGH (Urt. v. 16.02.2009 – II ZR

trags auf dem debitorischen Cash-Pool-Konto (partiell) von ihrer aus dem negativen Saldo beim Zentralkonto herrührenden Verbindlichkeit ggü. der Muttergesellschaft befreit. Die Situation ist bei »wirtschaftlicher Betrachtung« also so, als wenn die Muttergesellschaft ihre Forderung gegen die AG aus dem Pool-Saldo als Sacheinlage in das Vermögen der AG eingebracht hätte,¹¹²² wodurch sie durch Konfusion erloschen wäre, ohne dass aber die qualifizierten gesetzlichen Anforderungen der echten Sacheinlage (s. unten **Rdn. 543**) erfüllt worden wären.

Die auch nach der Reform des § 27 AktG neben dem beschriebenen objektiven Tatbestand weiterhin für die »verdeckte Sacheinlage« erforderliche Abrede zur Umgehung der Sacheinlagevorschriften liegt beim Liquiditätsverbund nach Ansicht des BGH bereits in der Cash-Pool-Vereinbarung selbst.¹¹²³ Durch die Einbeziehung der AG in den Cash Pool ist den Beteiligten bekannt, dass es im Fall der Zahlung auf das hierin eingebundene Bankkonto der AG zu einem zeitnahen, nämlich regelmäßig taggleichen Abfluss und damit einer unzulässigen Verrechnung der Einlagemittel kommen wird. 526 523

bb) »Hin- und Herzahlen« 527

Soweit das Cash-Pool-Konto der AG bei der Muttergesellschaft ausgeglichen oder positiv ist, begründet bzw. erhöht der taggleiche Rückfluss der Einlagezahlung vom Bankkonto der AG an die Mutter (Inferentin), wiederum absprachegemäß¹¹²⁴ und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang zur Einlageleistung, eine (zusätzliche) Darlehensforderung gegen die Mutter. Auch hier steht die Einlagezahlung dem Vorstand im Ergebnis nicht mehr wie von §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 Satz 1 AktG gefordert zur endgültigen freien Verfügung.¹¹²⁵ Gleichzeitig erhält die Gesellschaft in diesen von § 27 Abs. 4 AktG erfassten Fällen des »Hin- und Herzahlens« im Gegenzug nichts, was Gegenstand einer Sacheinlage sein könnte.¹¹²⁶ Vielmehr würde die Gesamtheit der Zahlungsvorgänge, wenn man sie uneingeschränkt für wirksam erachten würde (vgl. aber § 27 Abs. 4 AktG, unten **Rdn. 531 ff.**), im Ergebnis nur zum Austausch der qualifizierten, in besonderer Weise rechtlich geschützten Einlageforderung der AG gegen die Mutter durch eine gewöhnliche Darlehensforderung führen. 527 524

120/07, BGHZ 180, 105, »Qivive«, juris-**Rn. 17**) kürzlich *obiter* geäußert, das Erfordernis einer Einzahlung zu »endgültig freier Verfügung der Geschäftsführer« (§§ 8 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG) gelte nicht über den Betrag der Mindesteinzahlung gem. § 7 Abs. 2, 56a GmbHG hinaus.

1122 Für die (Sach-) Einlagefähigkeit von Forderungen des Aktionärs gegen die AG s. z. B. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, unter A.II.2.; für das Schrifttum z. B. *Hüffner*, AktG, § 27 **Rn. 18** (»ganz h. M.«); *Pentz*, in *MünchKommAktG*, § 27 **Rn. 29**.

1123 BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, »Cash Pool II«, juris-**Rn. 26**.

1124 Auch hier liegt die von § 27 Abs. 4 AktG geforderte Vereinbarung in der Cash Pooling-Abrede, in der der zeitnahe Rückfluss bereits vorab vorgesehen ist.

1125 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, juris-**Rn. 7**. Für die GmbH: BGH, Urt. v. 17.09.2001 – II ZR 275/99, NZG 2002, 45, 46; BGH, Urt. v. 09.01.2006 – II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, juris-**Rn. 8 ff.**; vgl. auch *Heidinger*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 27 **Rn. 111**.

1126 Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 34, zu § 8 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs (entspricht § 19 Abs. 5 GmbHG und § 27 Abs. 4 AktG): Die Regelung erlange »z. B. in den Fällen Bedeutung, in denen die Gesellschaft dem Gesellschafter aufgrund einer Absprache eine Geldeinlage im Wege eines Neudarlehens direkt wieder auszahlen« solle. Diese Fallkonstellation könne »insbesondere auch bei der Kapitalaufbringung im Cash-Pool auftreten, wenn die Einlage infolge der Einzahlung auf das in den Cash-Pool einbezogene Konto im Ergebnis wieder an den Inferenten« zurückfließe »und dies nicht im Sinne einer verdeckten Sacheinlage zu einer Tilgung bereits bestehender Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Inferenten« führe. Zur Abgrenzung des verbotenen Hin- und Herzahlens i. S. des § 19 Abs. 5 GmbHG (§ 27 Abs. 4 AktG) von der »verdeckten Sacheinlage in der Form des Hin- und Herzahlens« (§ 19 Abs. 4 GmbHG, § 27 Abs. 3 AktG) s. BGH, Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10, NJW 2012, 3035, juris-**Rn. 18**, zum Einlagenrückfluss im Wege der Tilgung einer »Altverbindlichkeit« (Bereicherungsanspruch aus erfolgloser Voreinzahlung auf Kapitalerhöhung) gegenüber der Inferentin.

528-537 *b) Rechtsfolgen*

525 **528** Die Neuregelung hat für beide zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Fallgestaltungen am Umgehungsvorwurf als Ausgangspunkt festgehalten. Allerdings sieht das AktG in § 27 Abs. 3 und Abs. 4 nunmehr vor, dass die fehlerhaft erbrachten Einlageleistungen auf die weiter bestehende Einlagenschuld des Aktionärs »angerechnet« werden können bzw. sie trotz des Fehlers zur Erfüllung führen.

529-530 *aa) »Anrechnungslösung« bei verdeckter Sacheinlage*

526 **529** Für den Fall der verdeckten Sacheinlage ergibt sich aus § 27 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 (»fortbestehende Geldeinlagepflicht«) AktG, dass die Einlagepflicht des Aktionärs weder durch die (anschließend wieder zurückgeflossene) Zahlung noch durch die (partielle) Befreiung von der Leistungspflicht aus dem negativen Cash-Pool-Konto als Folge des Geldrückflusses ganz oder teilweise erloschen ist. Dennoch reduziert sich die Höhe der noch offenen Forderung der Gesellschaft gegen den Aktionär im Wege der »Anrechnung« *ipso iure* (also nicht nur im Rahmen einer Einrede¹¹²⁷) um den »Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt«, in den vorliegenden Fällen also um den Wert des Vorteils, der der AG durch die Verbuchung des Geldrückflusses auf dem Zentralkonto zugewachsen ist (sog. »Anrechnungslösung«¹¹²⁸). Hierbei ist keine rein nennwertbezogene Betrachtung anzustellen, sondern auf den bilanziellen Wert der Forderung gegen die Gesellschaft abzustellen. Als maßgeblichen Zeitpunkt für die Wertbestimmung benennt § 27 Abs. 3 Satz 4 AktG die »Anmeldung der Gesellschaft«, was im Fall der Kapitalerhöhung als »Anmeldung der Kapitalerhöhung« zum Handelsregister zu lesen ist (§ 183 Abs. 2 AktG). Wird die Forderung erst nach der Anmeldung eingebracht, ist dieser Zeitpunkt maßgeblich. Die Beweislast für den Umfang der Werthaltigkeit trägt nach § 27 Abs. 3 Satz 5 AktG der Aktionär.

527 **530** Ob dem Gesetzgeber mit der »Anrechnung« eine rechtssystematisch kohärente Lösung gelungen ist, die einerseits die im Ergebnis gewünschte Befreiungswirkung erklärt, es andererseits den Gesellschaftern und dem Vorstand aber nicht zu leicht macht, die (gemeinschaftsrechtlich begründeten¹¹²⁹) Sacheinlagevorschriften zu umgehen, darf man sicherlich bezweifeln. Die »Anrechnung« ist jedenfalls ein bislang nicht bekannter Rechtsgrund für das Erlöschen von Forderungen, der bis auf den der Abschreckung dienenden zeitlichen Vorbehalt des § 27 Abs. 3 Satz 4 AktG (Anrechnung nicht »vor Eintragung der Gesellschaft«)¹¹³⁰ der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB oder zumindest § 364 Abs. 1 BGB doch sehr nahe kommt. Der Einwand, § 362 Abs. 1 BGB passe nicht auf die verdeckte Sacheinlage, weil anstelle der geschuldeten Geldeinlage ein *aliud* geleistet werde, lässt sich leicht überwinden, wenn man § 27 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG i. S. einer gesetzlichen Wahlschuld (§ 262 BGB) interpretiert, in die sich die Bareinlagepflicht mit der Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung verwandelt. Ebenfalls denkbar wäre eine schuldrechtskonforme Deutung des § 27 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG als eine ab Eintragung wirkende Aufweichung des Grundsatzes der realen

1127 S. Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 56: »Die Anrechnung erfolgt automatisch, also ohne dass eine Willenserklärung einer Partei erforderlich wäre«.

1128 Anders noch der RegE zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, der in einem § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG-E die »Erfüllungslösung« vorgesehen hatte. Danach sollte der Gesellschafter i. H. d. Wertes seiner Leistung unmittelbar nach § 362 BGB von seiner Verbindlichkeit befreit werden.

1129 S. die Art. 3 Buchst. h), 9 Abs. 1, 10 und 27 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 77/91/EWG des Rates v. 13.12.1976 (Kapitalrichtlinie), ABIEG Nr. L 26/1 v. 31.01.1977.

1130 Hierzu der Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 56, zu § 19 Abs. 4 Satz 4 GmbHG, der § 27 Abs. 3 Satz 4 AktG entspricht: Auf diese Weise sei klargestellt, dass einerseits der Geschäftsführer in der Anmeldung nicht versichern könne, »die Geldeinlage sei zumindest durch Anrechnung erloschen und damit erfüllt«, und »andererseits der Richter die Eintragung auch in dem Fall, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Wert der geschuldeten Geldeinlage« erreiche, die Eintragung ablehnen könne.

Kapitalaufbringung mit der Folge, dass von diesem Zeitpunkt an die Annahme anderer Leistungen als Erfüllung auf die Barzahlungspflicht (§ 364 Abs. 1 BGB) zulässig werden.¹¹³¹ Teilweise wird die Regelung auch als Fall einer gesetzlichen Vorteilsabschöpfung betrachtet und in eine Reihe z. B. mit den §§ 326 Abs. 2 Satz 2, 615 Satz 2, 616 Satz 2 und § 649 Halbs. 2 BGB gestellt.¹¹³²

bb) Erfüllungswirkung beim »Hin und Herzahlen«

531-537

Im Fall des Hin- und Herzahlens gem. § 27 Abs. 4 AktG kann die Einlageleistung trotz Rückflusses an den Inferenten ausnahmsweise und damit abweichend vom Grundsatz der Nichterfüllung der Einlagenschuld (§ 27 Abs. 4 Satz 1 AktG »nur dann«) zur Leistungsfreiheit führen, wenn und soweit die Gesellschaft gegen den Aktionär einen fälligen, liquiden und vollwertigen Rückforderungsanspruch erhält. **531 528**

(1) Vollwertiger, liquider Rückgewähranspruch

532-533

Ähnlich wie bei der Kapitalerhaltung nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG kommt es auch bei der Kapitalaufbringung i. R. d. »Hin- und Herzahlens« (§ 27 Abs. 4 AktG) auf eine bilanzielle Betrachtungsweise i. S. einer wertmäßigen Gegenüberstellung der wechselseitigen Ansprüche an,¹¹³³ wobei die Darlegungs- und Beweispflicht hierfür beim Aktionär liegt. Ein »vollwertiger Rückgewähranspruch« gegen den Aktionär i. S. v. § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG liegt danach vor, wenn dessen Vermögen im maßgeblichen Zeitpunkt der Einlagenrückgewähr zur Deckung seiner sämtlichen Verbindlichkeiten ausreicht und dabei auch nicht mit einer Verschlechterung seiner Zahlungsfähigkeit zu rechnen ist.¹¹³⁴ Unter dieser Voraussetzung ist eine Besicherung der Forderung nicht erforderlich.¹¹³⁵ Dies würde die Anforderungen an die Vollwertigkeit bei einem bilanziellen Begriffsverständnis, bei dem es lediglich zu einem Aktivtausch kommt, überspannen und dem gesetzgeberischen Ziel,¹¹³⁶ die Beteiligung an Cash-Pooling-Strukturen zu erleichtern, entgegenlaufen. Aus dem gleichen Grund (s. bereits oben unter **Rdn. 512**) zu § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG) kann es auch nicht zur Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gehören, dass die zurückgeflossene Einlage verzinst wird.¹¹³⁷ **532 529**

Die Gesellschaft muss zudem jederzeit die Rückzahlung des Darlehens aus dem Cash Pool verlangen können. § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG verlangt hierzu alternativ, dass der Anspruch bereits fällig ist oder aber jederzeit vom Vorstand der AG durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden kann. Soll ein **533 530**

1131 In diese Richtung wohl *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1452: »Causa für die Übereignung des Vermögensgegenstands« sei »neben dem Verkehrsgeschäft die fortbestehende Einlagenschuld«.

1132 Z. B. *Ulmer*, ZIP 2009, 293, 297.

1133 Zur entsprechenden gesetzgeberischen Motivlage beim MoMiG s. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 35. Zur dogmatischen Einordnung der Anrechnung vgl. *Hüffer*, AktG, § 27 **Rn. 35**.

1134 Z. B. *Arnold*, in: KK-AktG, § 27 **Rn. 142**; *Bayer/Schmidt*, ZGR 2009, 805, 835, jeweils m. w. N.

1135 Wie hier für die GmbH *Roth*, in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 19 **Rn. 104**: Zur Vollwertigkeit gehöre »weder generell eine ausreichende Besicherung . . . noch eine vereinbarte Verzinsung des Anspruchs«. Einschränkung (Besicherung kann im Einzelfall für Vollwertigkeit der Forderung erforderlich sein) *Arnold*, in: KK-AktG, § 27 **Rn. 143**. A. A. *Henkel*, NZI 2010, 84, 86 mit zahlr. w. N. zum Streitstand.

1136 Vgl. Bericht des Rechtsausschusses zum ARUG v. 20.05.2009, BT-Drucks. 16/13098, S. 37: § 27 Abs. 4 AktG-E betreffe »die Fallgruppe des sog. Hin- und Herzahlens«. Hierzu könne »es insbesondere dann kommen, wenn die Einlage im Rahmen eines Cash-Pools in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft wieder an den Inferenten« zurückfließe, »ohne dass hierdurch ein Darlehensanspruch getilgt« werde. S. auch bereits die allgemeine Begründung des RegE zum MoMiG, das zuvor in Gestalt des § 19 Abs. 5 GmbHG für die GmbH bereits eine entsprechende Regelung eingeführt hatte (BT-Drucks. 16/6140, S. 25): Wichtiger als die Frage der Höhe des Mindeststammkapitals sei, dass »der Entwurf eine weitgehende Modernisierung des Haftkapitalsystems insgesamt in Angriff« nehme; dazu gehörten die Kapitalaufbringung einschließlich der Sacheinlage und der verdeckten Sacheinlage, »die Kapitalerhaltung, einschließlich des cash-pooling, und das Eigenkapitalersatzrecht«.

1137 Z. B. *Roth*, in: *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 19 **Rn. 104**. A. A. *Arnold*, in: KK-AktG, § 27 **Rn. 143**; *Henkel*, NZI 2010, 84, 86 mit zahlr. w. N. zum Streitstand.

Aktionär trotz »Hin- und Herzahlens« von seiner Bareinlagepflicht befreit werden, muss die Cash-Pooling-Vereinbarung eine entsprechende Regelung zur Liquidität des Rückzahlungsanspruches enthalten, weil die in § 489 Abs. 2 BGB gesetzlich vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist¹¹³⁸ nicht mit den strengen Liquiditätsanforderungen des § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG vereinbar ist. Der Rückzahlungsanspruch muss der Gesellschaft überdies rechtlich zustehen. Eine rein faktische Möglichkeit des Vorstands, jederzeit auf das Zentralkonto zugreifen zu können, reicht nicht aus.¹¹³⁹ Genauso wenig reicht das außerordentliche Kündigungsrecht bei Vermögensverschlechterung gem. § 490 Abs. 1 BGB oder aus wichtigem Grund nach § 314 Abs. 1 BGB.¹¹⁴⁰

534 (2) *Offenlegung*

531 534 Die ordnungsgemäße Anmeldung des geplanten Liquiditätsrückflusses beim Handelsregister nach § 27 Abs. 4 Satz 2 AktG im Anschluss an die Kapitalmaßnahme ist entsprechend der Rechtsprechung des BGH weitere Voraussetzung für die Erfüllung der Einlagenschuld.¹¹⁴¹ Beim Cash Pooling wird daher in der Registeranmeldung zur Kapitalerhöhung auf die Cash-Management-Vereinbarung und den taggleichen Rückfluss der Einlagemittel hinzuweisen sein.

535-537 (3) *Keine Heilung durch Rückzahlungen i. R. d. Cash Pooling*

532 535 Werden im Fall eines Hin- und Herzahlens die Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 AktG nicht eingehalten und zahlt der Gesellschafter später aber auf die (vermeintlich) ggü. der Gesellschaft begründete Verbindlichkeit, tilgt diese Zahlung grds. (zur Ausnahme beim Cash Pooling s. nachfolgend **Rdn. 536**) die mangels Erfüllungswirkung bis dahin offen gebliebene Einlagenschuld.¹¹⁴² Dies galt nach der Rechtsprechung des BGH zum alten Recht auch dann, wenn der vom Gesellschafter bestimmte Zahlungszweck ausdrücklich auf die Tilgung des (vermeintlichen) Darlehens und nicht auf die Tilgung der Einlagenschuld gerichtet war. Der Verstoß der (Darlehens-) Vereinbarung über die »Her«-Zahlung gegen § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F. (entspricht § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG a. F.) führte zur Unwirksamkeit dieser Vereinbarung, womit die Tilgungsbestimmung des Inferenten »gegenstandslos« und »dahin auszulegen« sei, dass anstelle der vermeintlichen (Darlehens-) Schuld die Einlagenschuld erfüllt werden sollte.¹¹⁴³ Diese Grundsätze sind auf die neue Rechtslage übertragbar, denn soweit die Voraussetzungen für eine Erfüllungswirkung nach § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht vorliegen, bleibt es bei der Unwirksamkeit der (Darlehens-) Abrede.¹¹⁴⁴

1138 Cash-Pooling-Vereinbarungen wird regelmäßig der dort tatbestandliche variable Zinssatz zugrunde liegen.

1139 BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, »Cash Pool II«, juris-Rn. 26.

1140 BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, juris-Rn. 28.

1141 Zur gleichlautenden Regelung in § 19 Abs. 5 GmbHG s. BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 105, »Qivive«, juris-Rn. 16; BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, juris-Rn. 24; zust. *Hüffer*, AktG, § 27 Rn. 42. Ablehnend *Avvento*, BB 2010, 202, 203; *Roth*, NJW 2009, 3397; Lediglich § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG enthalte die Erfüllungsvoraussetzungen. In diese Richtung wohl auch die Gesetzesbegründung im Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 37, a. E.: Die »strafbewehrte Verpflichtung« nach § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG-E ermögliche »dem Registergericht die Prüfung, ob die Erfüllungsvoraussetzungen aus Absatz 4 Satz 1 gegeben« seien.

1142 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, juris-Rn. 9 ff., zur Kapitalerhöhung bei der AG; BGH, Urt. v. 09.01.2006 – II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, juris-Rn. 10 ff.

1143 BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, juris-Rn. 7 und 10, zu einer Darlehensvereinbarung; ebenso BGH, Urt. v. 09.01.2006 – II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, juris-Rn. 9 und 10, zu einer Treuhandabrede.

1144 S. Bericht des Rechtsausschusses zum ARUG, BT-Drucks. 16/13098, S. 37: Lügen »die Voraussetzungen für eine Erfüllungswirkung gemäß § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG-E nicht vor«, so verbleibe es »bei der bisherigen Rechtslage«. »Insbesondere« gelte »dann auch künftig die Rechtsprechung fort, wonach eine fehlerhafte Bezeichnung in der Tilgungsbestimmung bei Rückzahlung eines vermeintlichen Darlehens die Erfüllung der Einlageforderung grundsätzlich nicht« hindere.

Allerdings verwehrt der BGH ausdrücklich und speziell bei Zahlungen im Liquiditätsverbund diese Möglichkeit einer nachträglichen »Heilung«, etwa wenn die Muttergesellschaft später über das Zentralkonto Rechnungen der AG bezahlt, weil Zahlungen des »Cash-Pool-Managers« an Gläubiger für Rechnung der Tochtergesellschaft einer gezielten Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsleiter nicht gleichstünden. I. R. d. »Zero-Balancing« ließen »sich die einzelnen Leistungen nicht wie im Falle der vermeintlichen Darlehensrückzahlung zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen«. ¹¹⁴⁵ Sofern in den Cash-Pool weitere Leistungen an die Gesellschaft fließen und zur Rechnungsregulierung verwendet würden, sei es ausgeschlossen, »Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft gerade der Einlageforderung bzw. der Rückzahlung des der Cash-Pool-Managerin gewährten Darlehens zuzuweisen«. ¹¹⁴⁶

536 533

Diese, eine nachträgliche Heilung strikt ablehnende Rechtsprechung bedarf allerdings der Überprüfung für Fälle, bei denen der Saldo der AG auf dem Zentralkonto, der zum Zeitpunkt des Her-Zahlens aus Sicht der AG ausgeglichen oder positiv war (oben Rdn. 527), im weiteren Geschäftsverlauf die »Nulllinie« wieder berührt. In diesem Augenblick steht fest, dass *sämtliche* Zahlungspflichten der Muttergesellschaft ggü. der AG erfüllt sind, sodass die Zuordnung einer bestimmten Leistung zur Einlageschuld nicht mehr erforderlich ist. Bislang hat der BGH in den zitierten Entscheidungen zum Cash Pool aber nicht auf diese Weise differenziert.

537 534

c) Beteiligung Dritter, insb. einer Betreibergesellschaft

538-539

Die Einlageerbringung kann auch dann unwirksam sein, wenn das Geld nicht unmittelbar an den Inferenten, sondern an einen ihm zuzurechnenden Dritten (zurück-)fließt, denn eine bloß mittelbare Begünstigung des Inferenten bei der Einlagerbringung reicht regelmäßig aus. ¹¹⁴⁷ Die Einlageschuld würde daher auch dann nicht getilgt werden, wenn sich die Muttergesellschaft einer Schwestergesellschaft der AG als Pool-Betreibergesellschaft bedient. ¹¹⁴⁸ Kein Fall unzulässiger Einlagerbringung liegt entsprechend den Grundsätzen des BGH aber vor, wenn die Inferentin selbst (nur) Schwestergesellschaft der Cash-Pooling-Betreibergesellschaft auf einer nachgeordneten Konzernebene ist, ohne unmittelbar oder mittelbar an der Pool-Betreiberin beteiligt zu sein. ¹¹⁴⁹ Ein gemeinsames »Konzerndach« in Form einer gemeinsamen Muttergesellschaft, in der Praxis etwa der Konzernholdinggesellschaft, reicht danach für die Annahme einer verbotenen Einlagerückgewähr nicht aus. ¹¹⁵⁰

538 535

Es liegt ebenfalls kein Umgehungsgeschäft i. S. d. Kapitalaufbringungs Vorschriften vor, wenn ein nicht konzernangehöriger Dritter die neuen Aktien der Tochter-AG übernimmt und seine Einlage

539 536

1145 BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, »Cash Pool II«, juris-Rn. 22.

1146 BGH, Urt. v. 20.07.2009 – II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, juris-Rn. 22; ähnlich zuvor schon BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, juris-Rn. 25: Das »ständige automatische Zero-Balancing im Rahmen des Cash-Management-Systems« lasse »eine derartige – gebotene – Zuordnung zu der noch ausstehenden Einlageschuld nicht einmal ansatzweise erkennen«.

1147 St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, unter A.II.1.e.; s. a. Bayer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 27 Rn. 67; Pentz, in: MünchKommAktG, § 27 Rn. 120; für die GmbH Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 19 Rn. 72 ff.

1148 S. BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, juris-Rn. 18 (m. w. N.): Für den »Tatbestand einer Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln« genüge, »dass der oder die Inferenten durch die Leistung des Dritten bzw. an den Dritten mittelbar in gleicher Weise begünstigt« würden, »wie durch eine unmittelbare Leistung«; »u. a. bei der Leistung an ein von dem oder den Inferenten beherrschtes Unternehmen« sei »dies nach der Rechtsprechung des Senats der Fall«.

1149 Vgl. BGH, Urt. v. 12.02.2007 – II ZR 272/05, BGHZ 171, 113 (nicht speziell zum Cash Pool): Eine verdeckte Sacheinlage (bei einer GmbH) liege nicht schon dann vor, wenn die von einer Konzerngesellschaft auf das erhöhte Kapital ihrer Tochter-GmbH geleistete Bareinlage absprachegemäß zum Erwerb des Unternehmens einer Schwester-Gesellschaft verwendet werde, an welcher die Inferentin weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt sei (Leitsatz 2).

1150 BGH, Urt. v. 12.02.2007 – II ZR 272/05, BGHZ 171, 113, juris-Rn. 9 f.

auf Geheiß des Vorstands auf das in den Cash Pool einbezogene Bankkonto dieser Gesellschaft einzahlt. Wird der Einlagebetrag dieses Dritten i. R. d. »Zero-Balancing« taggleich auf das Zentralkonto der Muttergesellschaft überwiesen, fehlt es für eine *missbräuchliche* Kapitalaufbringung an einer Rückzahlung an den Einleger bzw. eine diesem zuzurechnende dritte Person. Mit dieser Erkenntnis allein ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Einlage auch wirksam i. S. d. Prinzips der realen Kapitalaufbringung erbracht wäre.¹¹⁵¹ Jedenfalls bei (aus Sicht der AG im Zeitpunkt des Kontenausgleichs) negativem Saldo auf dem Cash-Pool-Konto der AG ist die Situation nämlich vergleichbar mit derjenigen (ohne Cash Pool), wenn der Inferent seine Einlage gem. § 362 Abs. 2 BGB auf Veranlassung der Gesellschaft direkt an einen Gesellschaftsgläubiger bezahlt. In diesen Fällen verlangt die Rechtsprechung, zumindest aus der Zeit vor dem MoMiG, dass die Drittforderung gegen die Gesellschaft »vollwertig, fällig und liquide« ist.¹¹⁵² Würde man diesen Grundsatz auf die Zahlung auf ein debitorisches Cash-Pool-Konto übertragen, müsste man eine Erfüllungswirkung im Normalfall wohl schon mangels täglicher Fälligkeit von Tagesendsalden im Cash Pool verneinen. Mit diesem Ergebnis würde man jedoch in einen unauflösbaren Wertungswiderspruch zu § 27 Abs. 3 AktG geraten; diese Vorschrift ermöglicht selbst dann eine Anrechnung des Wertes der durch die Einlagezahlung abgelösten Forderung, wenn der Gläubiger dieser (Cash-Pool-) Forderung selbst Inferent ist (oben [Rdn. 525 f.](#) und [Rdn. 529](#)) – unabhängig davon, ob die Forderung fällig (bzw. liquide) war oder nicht. Umgekehrt dürfte auch eine Analogie zu § 27 Abs. 3 AktG, der mit dem Merkmal der »verdeckten Sacheinlage« offensichtlich nur auf Umgehungskonstellationen abstellt, mangels Gesetzeslücke nicht möglich sein. Entsprechendes lässt sich in Bezug auf eine etwaige Analogie zu § 27 Abs. 4 AktG für den Fall feststellen, dass der Cash-Pool-Saldo, mit dem die Einlagezahlung am Tagesende verrechnet wird, ausgeglichen oder positiv ist (hierzu bei eigener Einlageverpflichtung der Muttergesellschaft oben [Rdn. 527](#) und [Rdn. 531](#)). Im Ergebnis wird man also (doch) der Ansicht folgen müssen, die die Erfüllungswirkung bejaht, wenn Dritte mit eigener Einlageverpflichtung auf ein täglich auszugleichendes Cash-Pool-Unterkonto der AG bezahlen.¹¹⁵³

540-542 d) Vermeidung unzulässiger Einlageleistungen

- 537 540 Um die drastischen Folgen einer fehlgeschlagenen Kapitalaufbringung zu vermeiden und gleichzeitig die fortgesetzte Teilnahme der AG am konzernweiten Liquiditätsverbund zu ermöglichen, wurden in der Literatur Lösungsvorschläge dahin gehend gemacht, den Einlagenbetrag zunächst auf ein separates, vom Cash Pool getrennt geführtes Konto einzuzahlen und ihn erst nach einer Karenzzeit – die Vorschläge hierzu reichten von einigen Tagen¹¹⁵⁴ bis zu mehreren Monaten¹¹⁵⁵ – auf das eigentliche, in den Cash Pool eingebundene Konto der Gesellschaft zu überweisen, von wo es dann wiederum an die Inferentin zurückfließen sollte.
- 538 541 Die Zahlung der Einlage auf ein Sonderkonto und ein befristetes Zuwarten bis zu einer Überweisung auf das in den Cash Pool eingebundene Konto der Gesellschaft sind jedoch nicht geeignet, eine wirksame Einlagenleistung zu gewähren. Denn auch hierbei stünde das Geld der Gesellschaft bzw. ihrem Vorstand letztlich nicht zur endgültigen freien Verfügung, da schon bei Leistung der Einlage vereinbarungsgemäß feststünde, dass der Einlagebetrag zu einem späteren Zeitpunkt wieder via Liquiditätsausgleich an die Muttergesellschaft zurückfließen würde. Auf die Dauer der Wartezeit wird es hierbei aufgrund der bereits vorher getroffenen Abrede zwischen Gesellschaft und Inferent regel-

1151 Anders *D. Mayer*, in: FS Priester, 2007, S. 445, 454, m. w. N., der aus dem fehlenden Rückfluss an den Einleger unmittelbar auf die Erfüllung der Bareinlagepflicht schließen will.

1152 Z. B. BGH, Urt. v. 25.11.1985 – II ZR 48/85, NJW 1986, 989, unter II.; OLG Naumburg, Urt. v. 10.05.1999 – 7 W 24/99, DB 1999, 1897, unter II.2.c.bb.

1153 *D. Mayer*, in: FS Priester, 2007, S. 445, 454, m. w. N.; vgl. aber oben Fn. 98.

1154 *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645, 649; *Hellwig*, FS Peltzer, 2001, S. 163, 178.

1155 Für die GmbH *Priester*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 3, § 56 [Rn. 25](#) m. w. N.

mäßig nicht ankommen, wobei eine kurze Wartezeit regelmäßig Rückschlüsse auf eine entsprechende Abrede zulassen wird.¹¹⁵⁶

Die wirksame Einbringung einer Bareinlage durch Zahlung auf ein Sonderkonto wird daher nur möglich sein, wenn das Geld von dort aus nicht früher oder später in den Cash Pool weitergeleitet, sondern unmittelbar für laufende Zahlungen der Gesellschaft an Dritte verwendet wird.¹¹⁵⁷ 542 539

e) Exkurs: Forderungseinbringung durch Sachkapitalerhöhung 543

Bestehende Forderungen der Muttergesellschaft gegen die Tochter-AG aus einer Cash-Pool-Beziehung können, wenn auch mit erheblichem Aufwand, als (echte) Sacheinlage nach §§ 27 Abs. 1, 183 Abs. 2 AktG unter Einhaltung der dortigen Transparenzregeln und mit unabhängiger Gründungsprüfung (§ 33 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 5, § 143 Abs. 2 AktG, §§ 319 ff. HGB) und zusätzlicher Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht (§ 38 Abs. 2 Satz 2 AktG) in die Gesellschaft eingebracht werden.¹¹⁵⁸ Die Leistung des Gesellschafters wird hierbei entweder durch Übertragung der Darlehensschuld auf die Gesellschaft bewirkt, in deren Folge die Forderung durch Konfusion erlischt, oder dadurch, dass der Gesellschaft die Darlehensforderung nach § 397 Abs. 1 BGB durch Vertrag erlassen wird. Voraussetzung für eine entsprechende Sachkapitalerhöhung ist allerdings die Werthaltigkeit der Forderung gegen die AG. Maßgeblich ist hierbei deren objektiver Wert, d. h. der Betrag, zu dem ein Dritter die Forderung erwerben würde.¹¹⁵⁹ Eine mangelnde Bonität der Gesellschaft müsste daher auch im Verhältnis zur Muttergesellschaft als Gläubigerin und, obwohl die Gesellschaft bilanziell vollständig von der Forderung befreit würde, zur Abwertung der Forderung führen.¹¹⁶⁰ 543 540

3. Aktionärsdarlehen aus dem Cash Pool 544-547

a) Insolvenzzrechtliche Neugestaltung durch das MoMiG 544-546

Mit dem MoMiG hat der Gesetzgeber dem Recht der Gesellschafterdarlehen eine neue Grundlage verschafft. Die im Aktienrecht analog angewandten §§ 32a, 32b GmbHG a. F. wurden aufgehoben. Gleichzeitig wurde der Rechtsprechung die weitere Anwendung ihrer ergänzenden »Rechtsprechungsregeln« zum Eigenkapitalersatz (analoge Anwendung der §§ 57, 62 AktG) durch die Anfügung von § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG verwehrt. Sonderregelungen für Gesellschafterdarlehen finden sich nunmehr nur noch rechtsformneutral im Insolvenz- und Anfechtungsrecht. Hierbei wurde 544 541

1156 Vgl. BGH, Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, »Cash Pool I«, juris-Rn. 13: »Schon der enge sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen der Einzahlung des gesamten Einlagebetrages auf das [...] Sonderkonto am Tage nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss und dem praktisch von vornherein vorgezeichneten »Rücklauf« des Geldes knapp einen Monat später auf dem Weg über den Cash-Pool an die von den Inferenten gemeinsam beherrschte D.« begründe »die Vermutung, dass die (objektive) Umgehung der Sachkapitalaufbringungsregeln durch Einschaltung des Cash-Pool zwischen den beteiligten Gesellschaftern vorher so abgesprochen« worden sei.

1157 Wie hier *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Einführung Rn. 17; *Hüffer*, AktG, § 188 Rn. 6a. Zweifelnd, *Bayer/Lieder*, GmbHR 2006, 449, 451; *Morsch*, NZG 2003, 97, 103. Zweifelnd auch *Vetter/Schwandtner*, Der Konzern 2006, 407, 416 f., m. w. N., die insoweit anhand von Beispielfällen darauf hinweisen, dass durch die Verwendung der Einlagegelder auf dem Sonderkonto die Nutzung überschüssiger Liquidität auf dem in das Cash Pooling eingebundenen Hauptkonto unterbleibt und der Muttergesellschaft durch das tägliche Zero-Balancing doch Gelder in entsprechender Höhe zufließen. Bei Bareinlagen sei »an sich anerkannt«, dass es auf die »Nämlichkeit der an den Gesellschafter zurückgeführten Mittel« nicht ankomme.

1158 S. die Nachweise oben in Fn. 69.

1159 *Pentz*, in MünchKommAktG, § 27 Rn. 29; *Heidinger*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 27 Rn. 36 m. w. N.

1160 Vgl. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, unter A.II.2.: Der Aktionär könne seine Umwandlung seiner Darlehensforderung nur in einer Höhe verlangen, in der die Gesellschaft sie entsprechend ihrem Leistungsvermögen erfüllen« könne, »denn danach« bemesse »sich ihre Werthaltigkeit«.

als wesentliche Abweichung zum früheren Rechtsstand auf die Tatbestandsmerkmale der Darlehensgewährung in der »Krise« der Gesellschaft und deren Einordnung als »kapitalersetzend« verzichtet. Stattdessen sind nach § 135 Abs. 1 InsO sämtliche Rechtshandlungen, mit denen die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens erfolgt ist, durch den Insolvenzverwalter innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar (im Einzelnen oben **Rdn. 262 ff.**).

542 545 Insb. der Wegfall des bisherigen Eigenkapitalersatz-Merkmals der »Krise« könnte beim Cash Pooling für Konzernmutter- oder Betreibergesellschaften noch unbekannte Risiken bergen. Nach altem Eigenkapitalersatzrecht gewährte die Rechtsprechung den Gesellschaftern bei ihrer Entscheidung, der Gesellschaft bei Erkennen der »Krise« bestehende Darlehen, etwa aus der Liquiditätsüberlassung im Cash Pool, zu belassen oder diese zu kündigen, eine »Überlegungsfrist« von 2 Wochen. Kündigte die Mutter-/Betreibergesellschaft das Darlehen rechtzeitig, d. h. innerhalb der von der Rechtsprechung zugebilligten Frist, konnte die Forderung im Insolvenzfall wie von jedem anderen Gläubiger zur Insolvenztabelle angemeldet werden. War das Darlehen darüber hinaus sogar besichert, konnten die Sicherheiten i. d. R. ohne Nachrang verwertet werden. Inzwischen hat der Aktionär – beim Cash Pooling die kreditgebende Muttergesellschaft – es nicht mehr selbst in der Hand, die Anwendung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen zu vermeiden. Forderungen aus Gesellschafterdarlehen sind grds. – vorbehaltlich des Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivilegs – immer nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Die Frage, ob ein bereits getilgtes Aktionärsdarlehen (auch im Cash Pool) zurückgewährt werden muss, hängt nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur noch davon ab, ob über das Vermögen der Gesellschaft innerhalb eines Jahres nach Tilgung des Darlehens ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Bejahendenfalls können Zahlungen an den Gesellschafter vom Insolvenzverwalter mit der Folge der Rückzahlungspflichtung angefochten werden.

543 546 Der Anfechtung wird dabei jedoch nicht jede einzelne Zahlung unterliegen, die eine Gesellschafterforderung (z. T.) tilgt. Dies würde gerade beim Cash Pooling mit regelmäßig schwankenden Salden und einer Vielzahl von Einzelzahlungen zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn der anfechtungsberechtigte Insolvenzverwalter die Summe sämtlicher (darlehenstilgenden) Zahlungen der Gesellschaft an das Zentralkonto zurückverlangen könnte, ohne die Zahlungen in Richtung der Gesellschaft abziehen zu müssen. Maßgeblich dürfte es daher auf den Betrag ankommen, der sich aus der Verrechnung von Zahlungen in beide Richtungen innerhalb der Jahresfrist ergibt.¹¹⁶¹

547 *b) Gefahren durch die Kontokorrentabrede?*

544 547 Einzelne Stimmen sehen aufgrund der regelmäßig in Cash-Pooling-Vereinbarungen getroffenen Kontokorrentabrede gem. § 355 HGB weiter gehende Folgen. Die tatsächliche Darlehenstilgung findet in diesem Fall nicht bereits zum Zeitpunkt der Rückzahlung, sondern erst mit der Abrechnung des Kontokorrents statt. Daher soll die bereits zurückgewährte Darlehensvaluta mangels endgültiger Tilgungswirkung i. S. d. § 362 BGB der Muttergesellschaft (als Inhaberin des Zentralkontos) zunächst bloß als Sicherheit für die spätere Erfüllung durch Verrechnung dienen.¹¹⁶² Die Rückzahlung sei in diesem Fall nicht als Befriedigung der Gesellschafterforderung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, sondern nur als Stellung einer Sicherheit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu qualifizieren. Daher gelte auch die entsprechend längere Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO von 10 Jahren. Dem ist zu entgegnen, dass die Qualifizierung von (Rück-) Zahlungen im Cash Pool als bloße Besicherung nicht dem üblichen Parteiwillen entspricht und konstruiert wirkt. Verrechnungen sind grds. als

¹¹⁶¹ *Göcke/Ritscher*, DZWIR 2012, 355, 357; *Altmeyen*, NZG, 2010, 401, 404; *Willemsen/Rechel*, BB 2009, 2215, 2219, die zur Begründung auf die Rspr. zur Anfechtung bei Girokonten verweisen (BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 212/06, ZIP 2008, 235).

¹¹⁶² *Klinck/Gärtner*, NZI 2008, 457, 459.

Rechtshandlungen zur Befriedigung einzustufen.¹¹⁶³ Sie fallen daher unter die kürzere einjährige Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO.¹¹⁶⁴

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

548-554

Die Einbindung der AG in ein Cash-Pooling-System und der Abzug benötigter Liquidität können strafrechtliche Folgen für die Mitglieder des Vorstands, haben, wenn sie hierdurch das Vermögen oder gar die Existenz der Gesellschaft gefährden. Als Verwalter fremden (Aktionärs-) Vermögens obliegt den Vorstandsmitgliedern eine Vermögensbetreuungspflicht,¹¹⁶⁵ deren (vorsätzlich) pflichtwidrige Missachtung von der Rechtsprechung regelmäßig als Untreue nach § 266 StGB gewertet wird.

1. Vorstand der Tochtergesellschaft

549-550

Der BGH hat wiederholt betont, dass bei der strafrechtlichen Bewertung unternehmerischen Handelns den Geschäftsleitern beteiligter Gesellschaften ein weiter Spielraum für Führungs- und Gestaltungsaufgaben einzuräumen ist.¹¹⁶⁶ Dementsprechend stellt auch die Beteiligung an einem Cash-Pooling-Verbund per se anerkanntermaßen kein pflichtwidriges Leitungsverhalten dar.¹¹⁶⁷ Zudem entfällt grds. die Pflichtwidrigkeit nachteiliger Vermögensverfügungen, wenn der Geschäftsleiter mit »Zustimmung sämtlicher Gesellschafter« handelt.¹¹⁶⁸ Dies wird im Konzernverbund regelmäßig der Fall sein, wenn die AG auf Veranlassung der Konzernmuttergesellschaft als Alleingesellschafterin in das Cash Pooling eingebunden wird. Allerdings wird dieser Grundsatz von der Rechtsprechung (zur GmbH) gerade für Fälle des Cash Pooling entscheidend eingeschränkt. Danach entfällt bei der GmbH die Pflichtwidrigkeit dort nicht, wo die Vermögensverfügung geeignet ist, »das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen, wenn der Gesellschaft durch die Verfügung ihre Produktionsgrundlagen entzogen werden oder wenn ihre Liquidität gefährdet wird, indem ihr das zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigte Vermögen entzogen wird.«¹¹⁶⁹ Auf die AG übertragen wird man dabei »Stammkapital« durch »Grundkapital zuzüglich der gesetzlichen Rücklagen« ersetzen müssen.

Gegen diese Rechtsprechung wird zurecht eingewandt, es sei nicht Aufgabe des § 266 StGB, durch den Bestand des Gesellschaftsvermögens Gläubigerinteressen zu schützen. Diesen würden strafrecht-

1163 S. *Göcke/Ritscher*, DZWIR 2012, 355, 357: Die »einheitliche vertragliche Verpflichtung zum wirtschaftlichen Ausgleich zuvor gewährter Darlehen durch die Poolführerin«, schließe eine Differenzierung zwischen Sicherungs- und Erfüllungshandlung aus. *Reuter*, NZI 2011, 921, 923: Es gebe den »rechtsgeschäftlichen Willen von Gesellschafter und Beteiligungsgesellschaft [. . .], allen Buchungen tagesgenau die gleiche Wertstellung zu verleihen«; *Willemsen/Rechel*, BB 2009, 2215, 2219: Überzeugen könne »letztlich lediglich die Auffassung, dass Aufrechnungen und Verrechnungsvereinbarungen grundsätzlich nur als Rechtshandlungen zur Befriedigung – also i. S. v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO – einzustufen« seien; *Hamann*, NZI 2008, 667; aus dem allgemeinen insolvenzrechtlichen Schrifttum etwa *Rogge*, in: *HambKomm*, § 130 Rn. 41: Verrechnungen innerhalb eines Kontokorrents von Forderungen mit Gutschriften stellten »Deckungshandlungen mit Befriedigungswirkung« dar; *Stodolkowitz/Bergmann*, in: *MünchKommInsO*, § 135 Rn. 76: Unter Befriedigung seien alle Rechtshandlungen zu verstehen, durch die die Forderung des Gesellschafters getilgt werde, »also auch alle Erfüllungssurrogate einschließlich [. . .] der Aufrechnung und einer Verrechnungsvereinbarung«.

1164 *Willemsen/Rechel*, BB 2009, 2215, 2219; *Hamann*, NZI 2008, 667; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 30 Rn. 64*. Im Ergebnis ebenso *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 153.

1165 Vgl. aus der strafrechtlichen Rsp. und Lit. nur die Nachweise bei *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 48 Stichwort: »Vorstandsmitglieder«.

1166 Z. B. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, »Mannesmann«, unter III.1.b.aa.

1167 *Krause*, JR 2006, 51, 55.

1168 Jüngst (für die GmbH) BGH, Urt. v. 31.07.2009 – 2 StR 95/09, BGHSt 54, 62, juris-Rn. 24; zuvor z. B. schon BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, »Bremer Vulkan II«, unter B.I.3.a.aa.

1169 BGH, Urt. v. 31.07.2009 – 2 StR 95/09, BGHSt 54, 62, juris-Rn. 24; zuvor z. B. schon BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, »Bremer Vulkan II«, unter B.I.3.a.aa., m. w. N.

lich bereits durch den Katalog der Insolvenzstraftaten in den §§ 283 StGB Rechnung getragen.¹¹⁷⁰ Da der Bestandsschutz der Gesellschaft aber auch kein bloßer Selbstzweck sein kann, kann er nur den Interessen der Gesellschaft dienen. Demnach fehlt es an der tatbestandsmäßig notwendigen Fremdnützigkeit der Vermögensverfügung immer dann, wenn die Liquidität mit deren Einverständnis an die Muttergesellschaft als Alleingesellschafterin abgeführt wird.¹¹⁷¹ Die Rechtsprechungspraxis führt letztlich dazu, dass sich Strafbarkeitsrisiken für den Vorstand der abhängigen AG bei der Beteiligung an einem konzernweiten Liquiditätsverbund insb. dann ergeben, wenn er die Fähigkeit der Muttergesellschaft zur Rückzahlung der an den Cash Pool abgeführten Liquidität nicht ausreichend überwacht und auf diese Weise die Existenz der Gesellschaft gefährdet.

551-554

2. Organe der Muttergesellschaft

- 548 551 Die strafrechtlichen Grenzen eines Cash-Management-Systems für die Organe einer beteiligten Obergesellschaft wurden durch die beiden »Bremer-Vulkan«-Entscheidungen des BGH aufgezeigt. Sowohl der II. Zivilsenat¹¹⁷² als auch nachfolgend der 5. Strafsenat¹¹⁷³ haben den stetigen Liquiditätsabfluss einer auf Geheiß der Konzernspitze in den konzernweiten Cash Pool eingebundenen Gesellschaft als »existenzvernichtenden« bzw. – strafrechtlich – »existenzgefährdenden« Eingriff¹¹⁷⁴ in das Gesellschaftsvermögen gewertet und eine daraus (i. V. m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) folgende Strafbarkeit von Vorstandsmitgliedern der Obergesellschaft bejaht, nachdem die Forderungen der abhängigen Gesellschaft gegen den Cash Pool aufgrund der drastisch verschlechterten Bonität der Konzernmutter ihren Wert verloren hatten.
- 549 552 Dabei hat der 5. Strafsenat des BGH betont, dass die Einbindung der beherrschten Gesellschaft durch die Muttergesellschaft in den Liquiditätsverbund an sich noch nicht pflichtwidrig sei.¹¹⁷⁵ Strafrechtlich relevante Pflichtverletzungen in diesem Zusammenhang ergäben sich vielmehr erst, wenn der Vermögenstransfer durch Einspeisen von Geldern in das System ein solches Ausmaß erreiche, »dass die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts der Gelder gefährdet wäre«. Dann treffe »die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht, die Rückzahlung der Gelder – etwa durch ausreichende Besicherung – zu gewährleisten«. ¹¹⁷⁶ Für die persönliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder der Muttergesellschaft knüpft das Gericht an eine »mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft« an, sofern ihnen die existenzgefährdenden Eingriffe zulasten der Tochtergesellschaften bewusst gewesen seien. Die verantwortliche Installierung des Cash-Management-Systems »in den wesentlichen Grundsätzen« durch die Vorstandsmitglieder der Konzernmutter begründe deren »gemeinsame (mittäterschaftliche) strafrechtliche Verantwortlichkeit«, »ohne dass es darauf ankäme, ob sie von den einzelnen Kapitaltransfers Kenntnis erlangt« hätten.¹¹⁷⁷

1170 *Leimenstoll*, ZIS 2010, 143, 148; s. a. *Wessing/Krawczyk*, NZG 2009, 1176, 1177: Gläubigerinteressen seien – so legitim sie i. Ü. seien – i. R. des § 266 StGB auszublenden. Andernfalls werde »der Anwendungsbereich des § 266 StGB verlassen und die Vorschrift zum Gläubigerschutz zweckentfremdet«.

1171 *Wessing/Krawczyk*, NZG 2009, 1176, 1177: Es sei nicht ersichtlich, »worin bei der Zusammenfassung von Geldern auf einem Zielkonto im Rahmen des Cash-Managements die für die Vermögensbetreuungspflicht konstitutive Fremdnützigkeit bestehen« solle. Vgl. auch die Nachweise zum Ganzen bei *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 98, 99.

1172 BGH, Urt. v. 17.09.2001 – II ZR 178/99, BGHZ 149, 10, »Bremer Vulkan«, unter I.2.d. Der 2. Zivilsenat prüfte die Strafbarkeit i. R. d. zivilrechtlichen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 StGB.

1173 BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, »Bremer Vulkan II«, unter B. I.3.d.

1174 Die terminologische Abweichung von Existenzvernichtung und Gefährdung erklärt der 5. Strafsenat damit, dass für den strafrechtlichen Schadens- oder Nachteilsbegriff die schadensgleiche Gefährdung ausreiche (BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, »Bremer Vulkan II«, unter B. I.3.a. cc.).

1175 BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, unter B. I.3.a.dd., juris-Rn. 59.

1176 BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, unter B. I.3.a.dd., juris-Rn. 59.

1177 BGH, Urt. v. 13.05.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, unter B. I.3.e., juris-Rn. 71.

Der entschiedene Fall betraf eine faktisch konzernierte GmbH. Inwieweit die Ausführungen des BGH zur strafrechtlichen Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auch auf die Beteiligung an einer (nur) faktisch konzernierten AG angewendet werden können, wird nur im Einzelfall zu beantworten sein. Denn das Gesetz erkennt zwar in § 311 Abs. 1 AktG die faktische Einflussmöglichkeit der Obergesellschaft ggü. der abhängigen AG an und legitimiert sie sogar, soweit die Nachteile i. S. d. § 317 Abs. 1 AktG ausgeglichen werden. Die Obergesellschaft hat hierbei jedoch – anders als bei der GmbH, im Vertragskonzern (§ 308 AktG) oder bei Eingliederung (§ 323 AktG) – kein unmittelbares Weisungsrecht ggü. dem Vorstand der beherrschten AG,¹¹⁷⁸ sondern kann allenfalls mittelbar auf die Geschäftspolitik einwirken. Die Verantwortung für die Beteiligung an einem Liquiditätsverbund liegt im faktischen Konzern daher im Wesentlichen beim Vorstand der abhängigen Gesellschaft, der diese nach den §§ 76, 93 AktG weiterhin eigenverantwortlich leitet.¹¹⁷⁹ Das spricht jedenfalls vom Ausgangspunkt her gegen eine Tatherrschaft i. S. d. strafrechtlichen Täterbegriffs (§ 25 StGB), was allerdings immer noch die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe (§§ 26 f. StGB) belässt.¹¹⁸⁰

553 550

Bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages ist die strafrechtliche Situation dagegen bei beherrschten Agen der vom BGH entschieden und soeben dargestellten Konstellation einer faktisch beherrschten GmbH vergleichbar.¹¹⁸¹ Wegen des Weisungsrechts des herrschenden Unternehmens ggü. dem Vorstand der beherrschten AG liegt die Organisationsherrschaft hier bei der Leitung des herrschenden Unternehmens.

554 551

IV. Steuern

555-561

1. Bilanzierung bei der AG

555-557

a) Handelsbilanz

555-556

Beim sog. effektiven oder physischen Cash-Pooling gleicht der Cash-Poolführer die Banksalden der beteiligten Konzernunternehmen durch Einziehung von Liquiditätsüberschüssen und Ausgleich von Liquiditätsunterdeckungen aus und ersetzt so die Bankbestände durch konzerninterne Forderungen und Verbindlichkeiten. In der Handelsbilanz wird der Austausch des Schuldners bzw. Gläubigers durch einen erfolgsneutralen Aktiv- oder Passivtausch nachvollzogen: Aus Guthaben bei Kreditinstituten werden Forderungen gegen verbundene Unternehmen (§ 266 Abs. 2 HGB) und aus Verbindlichkeiten ggü. Kreditinstituten werden Verbindlichkeiten ggü. verbundenen Unternehmen (§ 266 Abs. 3 HGB). Soweit die Personen der Schuldner oder Gläubiger – wie beim sog. notional oder fiktiven Pooling – unverändert bleiben, verändert sich auch der Ausweis in der Handelsbilanz nicht.

555 552

Für die Bilanzierung und Bewertung der Konzernforderungen und -verbindlichkeiten gelten die allgemeinen Regeln.

556 553

b) Steuerbilanz

557

Für die steuerbilanzielle Abbildung von Cash-Management-Maßnahmen ist gem. § 5 Abs. 1 EStG – soweit § 5 Abs. 6 EStG nicht die Anwendung steuerlicher Sondervorschriften vorschreibt – die Behandlung in der Handelsbilanz maßgeblich.

557 554

1178 *Altmeyen*, in MünchKommAktG, § 311 Rn. 401, m. w. N.

1179 H. M., vgl. *Hüffer*, AktG, § 311 Rn. 48; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 311 Rn. 108: Der Vorstand sei »nicht verpflichtet, nachteiligen Weisungen des herrschenden Unternehmens nachzukommen«; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, AktG § 311 Rn. 78: »nicht weisungsunterworfen«.

1180 Vgl. auch die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung für vorsätzlich schädigende Einflussnahmen auf die Vorstandsmitglieder einer AG gem. § 117 AktG.

1181 *Krause*, JR 2006, 51, 55.

558-561 **2. Steuerliche Auswirkungen bei der AG**

- 555 **558** Cash-Managementmaßnahmen transformieren in aller Regel Fremdfinanzierungsverhältnisse mit Dritten in Fremdfinanzierungsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen. Wie bei allen Schuldverhältnissen zwischen nahestehenden Personen müssen die Konditionen für das Cash-Management daher nach »arm's length« – Grundsätzen abgewickelt werden, um verdeckte Gewinnausschüttungen, verdeckte Einlagen und in grenzüberschreitenden Fällen Korrekturen nach § 1 AStG zu verhindern (vgl. zu den allgemeinen Voraussetzungen verdeckter Gewinnausschüttungen und verdeckter Einlagen und den jeweiligen Rechtsfolgen **Rdn. 404 ff.**). Im Cash-Pool bedeutet das z. B., dass¹¹⁸²
- die konzernintern verrechneten Soll- und Habenzinsen den kapitalmarktüblichen Konditionen entsprechen müssen,
 - Sicherheiten nach den für Konzernfinanzierungen geltenden Regeln ausgestaltet werden müssen,
 - bei gesamtschuldnerischer Haftung der Cash-Pool-Teilnehmer entsprechende Avalvereinbarungen getroffen werden müssen und
 - sämtliche Konditionen klar und eindeutig im Vorhinein vereinbart werden müssen (sog. Rückwirkungsverbot).
- 556 **559** Bei sog. »Upstream«-Finanzierungen können verdeckte Gewinnausschüttungen entstehen, wenn die nachgeordnete Cash-Pool-Teilnehmerin keine oder zu niedrige Zinsen erhält, bei »Downstream«-Finanzierungen, wenn die in der Beteiligungskette übergeordnete Gesellschaft zu hohe Zinsen erhält. Bei »Sidestream«-Finanzierungen bewirkt die durch die Finanzierungsbedingungen benachteiligte Schwestergesellschaft eine verdeckte Gewinnausschüttung an die gemeinsame Mutter- oder eine in der Beteiligungskette höher angesiedelte Gesellschaft, die den Vorteil – soweit er einlagefähig ist (vgl. **Rdn. 405**) – im Wege einer verdeckten Einlage an die Schwester – ggf. über die Beteiligungskette – zurückgibt. Sind Cash-Pool-Teilnehmer im Ausland ansässig ist als Korrektornorm § 1 AStG zu beachten. In Inlandsfällen können die nachteiligen Folgen insb. von verdeckten Gewinnausschüttungen durch die Bildung von Organschaften vermieden werden.
- 557 **560** Auch im Rahmen von Cash-Managementmaßnahmen verrechnete Zinsaufwendungen und -erträge sind als normale Vergütungen für Fremdkapital bzw. Erträge aus Kapitalforderungen i. S. d. § 4h Abs. 3 EStG in die Abzugsbeschränkungen der Zinsschranke einzubeziehen (vgl. dazu im Einzelnen **Rdn. 408 ff.**). Durch die Bildung von Organschaften und die dadurch mögliche Verrechnung von Zinsaufwendungen und -erträgen vgl. **Rdn. 415**.
- 558 **561** Die gewerbesteuerlichen Vorschriften für die Hinzurechnung von Entgelten für Schulden in § 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG sind ebenfalls ohne Einschränkungen auf die Cash-Management-Zinsen anwendbar (vgl. dazu im Einzelnen **Rdn. 417**). Auch im gewerbesteuerlichen Kontext kann die Bildung von Organschaften eine drohende Doppelbesteuerung von verrechneten Entgelten verhindern.¹¹⁸³

562-607 **E. Darlehensbesicherung****Schrifttum:**

Almeppen, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601; *Bartsch/Weber*, Doppelbesicherung durch Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheiten nach dem MoMiG: Hat der Gesellschaftsgläubiger weiterhin ein Wahlrecht?, DStR 2008, 1884; *Dahl/Schmitz*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325; *Drygala/Kremer*, Alles neu macht der Mai – Zur Neuregelung der

1182 Vgl. dazu die grundsätzlichen Ausführungen zur Fremdüblichkeit von konzerninternen Finanzierungen in dem BMF-Schreiben vom 29.03.2011 – IV B 5 – S 1341/09/10004, BStBl. I 2011, S. 277.

1183 Nach R 7.1 Abs. 5 Satz 3 und 4 GewStR 2009 unterbleiben Hinzurechnungen nach § 8 GewStG, soweit die Hinzurechnungen zu einer doppelten steuerlichen Belastung führen, weil die für die Hinzurechnung in Betracht kommenden Beträge bereits in einem der zusammenzurechnenden Gewerbeerträge enthalten sind.

Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG, ZIP 2007, 1289; *Freitag*, Finanzverfassung und Finanzierung von GmbH und AG nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, WM 2007, 1681; *Gehrlein*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846; *ders.*, Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771; *Habersack*, Aufsteigende Kredite nach MoMiG, Festschrift Schaumburg, 2009, S. 1291; *Kiefner/Theusinger*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheitenbegebung im Aktienrecht nach dem MoMiG, NZG 2008, 801; *Kollmorgen/Santelmann/Weiß*, Upstream-Besicherung und Limitation Language nach Inkrafttreten des MoMiG – alte und neue Risiken für Geschäftsführer, BB, 2009, 1818; *Reiner*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung: eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Missbrauch organschaftlicher Leitungsmacht, München 1995; *K. Schmidt*, Gesellschafterdarlehen als Insolvenzrechtsproblem, ZIP 1981, 689; *ders.*, Die Rechtsfolgen der weigenkapitalersetzenden Sicherheiten: § 32a II GmbHG zwischen materiellem Gesellschaftsrecht und Insolvenzverfahrensrecht, ZIP 1999, 1821; *ders.*, Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG) von 2006; ZIP 2006, 1925; *ders.*, Gesellschafterbesicherte Drittkredite nach neuem Recht: die Nachfolgeregelungen zu § 32a Abs. 2, § 32b GmbHG im MoMiG, BB, 2008, 1966; *K. Schmidt/Bitter*, Doppelberücksichtigung, Ausfallprinzip und Gesellschafterhaftung in der Insolvenz, ZIP 2000, 1077; *Schön*, Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), 351; *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149; *Tilmanmann*, Upstream-Sicherheiten der GmbH im Lichte der Kapitalerhaltung – Ausblick auf das MoMiG, NZG 2008, 401; *Wand/Tilmanmann/Heckenthaler*, Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH, AG 2009, 148.

Sollen Risiken bei der Darlehensvergabe wie in der Praxis weitgehend üblich durch die Bestellung von (Real- oder Personal-) Sicherheiten eingegrenzt werden, können den Vertragsparteien bei Beteiligung einer AG am Sicherungsgeschäft neben den allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen spezifische, in der Rechtsform der AG liegende Probleme begegnen. Dies betrifft den Fall, dass der Gesellschafter einem außenstehenden Kreditgeber (i. d. R. einer Bank) der AG Sicherheiten bestellt (unten **Rdn. 563 ff.**), ebenso wie den umgekehrten, nicht zuletzt in Cash-Management-Systemen relevanten Fall, dass die Sicherheit aus dem Vermögen der AG stammt, und Darlehen an den Aktionär bzw. an die Muttergesellschaft absichern soll (unten **Rdn. 589 ff.**).

I. Besicherung durch den Aktionär

563-588

1. Die kapitalersetzende Aktionärsicherheit nach altem Recht

563-568

Das zunächst von der Rechtsprechung entwickelte und später vom Gesetzgeber in den »Novellenregeln« (teil)normierte Eigenkapitalersatzrecht (oben **Rdn. 168 ff.**, sowie zum Übergangsrecht **Rdn. 162 ff.**) gilt von jeher nicht nur für eigenkapitalersetzende Darlehen, sondern für jede Art »wirtschaftlich entsprechender« Rechtshandlungen (§ 32a Abs. 3 GmbHG a. F., **Rdn. 206 ff.**). Die eigenkapitalersetzenden Bürgschaften und »Sicherungen« anderer Art hatten dabei in Gestalt der §§ 32a Abs. 2, § 32b GmbHG a. F. eine gesetzliche Sonderbehandlung erfahren, die sich schon nach früherem Recht analog auf die AG anwenden ließ (**Rdn. 236 ff.**). Gewährt ein *Dritter* der Gesellschaft in der Krise Fremdkapital, für dessen Rückgewähr ein Gesellschafter oder ein ihm gleichgestellter *Dritter* Sicherheiten (»Sicherungen«) bestellt, z. B. eine Bürgschaft gewährt hat, muss der Dritte im Insolvenzfall zunächst versuchen, aus der Sicherheit vorzugehen (§ 32a Abs. 2 GmbHG a. F.). Aus der Insolvenzmasse kann er »nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist«. Das Vorliegen einer Krise im Zeitpunkt der Besicherung erhöht somit für den besichernden Gesellschafter das Risiko einer Inanspruchnahme. Darin liegt für den Gesellschafter der Unterschied zwischen einer gewöhnlichen und einer »eigenkapitalersetzenden Sicherheit«. Infolge seiner Inanspruchnahme hat der Gesellschafter i. d. R. einen Regressanspruch gegen die Gesellschaft, etwa aus den §§ 1142, 1143, 774 Abs. 1 BGB, den er allerdings gem. den §§ 32a Abs. 3, Abs. 1 GmbHG a. F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. nur nachrangig geltend machen kann.¹¹⁸⁴

1184 Z. B. *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl., § 32a **Rn. 88**, m. w. N.

- 561 **564** Als »Sicherungen« schloss bereits § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. in der angesichts des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. gebotenen weiten Auslegung alle gegenständlichen und sonstigen persönlichen Absicherungen ein, wie Sicherungsübereignungen, Grundpfandrechte, Schuldmitübernahmen, Garantiersprechen, wechselrechtliche Verpflichtungen, rechtsverbindliche (harte) Patronatserklärungen (hierzu bereits oben **Rdn. 208 ff.**) und Kautionen, die der Gesellschafter für das der GmbH gewährte Darlehen stellt.¹¹⁸⁵ Die im früheren GmbH-Gesetz ausdrücklich genannte »Bürgschaft« ist entgegen dem diesbezüglich etwas missverständlichen Gesetzeswortlaut lediglich ein Unterfall des sachlich übergeordneten Merkmals »Sicherung«.
- 562 **565** Nicht eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut des § 32a Abs. 2 Halbs. 2 GmbHG a. F. (»nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung [. . .], mit dem er [. . .] ausgefallen ist«) abzuleiten waren Einzelheiten zur Stellung, die der (dritte) Darlehensgeber wegen des Ausfallbetrags im Insolvenzverfahren der Gesellschaft einnimmt. Während das insolvenzrechtliche Schrifttum (zunächst zu § 68 KO, inzwischen zu § 43 InsO) schon immer überwiegend die Ansicht vertrat, der Darlehensgeber dürfe seine Forderung ungeachtet der Sicherheit in voller Höhe zur Tabelle (§ 175 InsO) anmelden und erhalte bei der Verteilung eine Quote auf diesen ursprünglichen Betrag (Grundsatz der Doppelberücksichtigung), wenn und soweit er aus der Sicherheit nicht vollständig befriedigt worden sei, nahm das gesellschaftsrechtliche Schrifttum jedenfalls bis zur Einführung der InsO zunächst überwiegend an, die Quote des Darlehensgebers berechne sich gemäß dem Ausfallprinzip des § 64 KO (§ 52 InsO) nur nach dem Betrag, mit dem er bei der Verwertung der Sicherheit ausgefallen ist.¹¹⁸⁶ Tatsächlich knüpfte schon der Wortlaut des § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. an den § 64 der früheren Konkursordnung an. Inzwischen scheint sich aber auch im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum i. S. einer Doppelberücksichtigung die Ansicht durchgesetzt zu haben, der gesellschaftsfremde Gläubiger werde durch § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. nur »in verfahrensmäßiger Hinsicht« dem Ausfallprinzip unterworfen, seine »darüber hinausgehende materielle Benachteiligung« ggü. einem sonstigen Kreditgeber, dessen Sicherheit nicht eigenkapitalersetzend sei, sei aber mangels Finanzierungsverantwortung für die Gesellschaft »weder erforderlich noch durch den Zweck des § 32a Abs. 2 GmbHG [a.F.] gerechtfertigt«.¹¹⁸⁷
- 563 **566** Die Vorschrift des § 32b GmbHG a. F. ergänzte § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. Sie wollte verhindern, dass der Gesellschafter bei absehbarer Insolvenz die Rechtsfolgen des § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. dadurch vermeidet, dass er die Gesellschaft noch schnell vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Forderung des Dritten tilgen lässt. Das Gesetz ordnete daher bereits nach altem Recht an, dass der durch die Zahlung entlastete Gesellschafter, der die (eigenkapitalersetzende) Sicherheit bestellt hatte, in solchen Fällen der Gesellschaft ggü. zur Erstattung des zurückbezahlten Betrags, max. i. H. d. Werts der Gesellschaftersicherheit, verpflichtet war (§ 32b Satz 1, 2, 4 GmbHG a. F.). Von dieser Verpflichtung wurde der Gesellschafter frei, wenn er die Gegenstände, die dem dritten Gläubiger als Sicherheit

1185 S. z. B. BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252 (Bürgschaft); BGH, Urt. v. 12.12.1988 – II ZR 378/87, NJW 1989, 1733 (Kaution); OLG Hamburg, Beschl. v. 04.04.1984 – 11 W 21/84, ZIP 1984, 584 f. (Sicherungsgrundschulden des Kommanditisten einer GmbH & Co KG); OLG Hamburg, Urt. v. 18.07.1986 – 11 U 77/84, DB 1986, 2015 (Belastung eines Gesellschaftergrundstücks). Für das Schrifttum *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 32a **Rn. 177**, m. w. N.

1186 So die Einschätzung des Meinungsbildes von *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1087, m. w. N., die sich selbst für die Doppelberücksichtigung aussprechen. Nachweise zum aktuellen insolvenzrechtlichen Schrifttum z. B. bei *Lüdtkke*, in: HambKomm, InsO, § 43 **Rn. 16**.

1187 Grundlegend *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1088, die resümieren, § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. schieße mit der Übernahme des Wortlauts aus dem früheren § 64 KO über sein Ziel hinaus, dieser »gesetzestechnische Fehler« müsse »korrigiert werden«; nachfolgend z. B. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32a **Rn. 85**, die sich hierfür allerdings – insofern widersprüchlich – darauf berufen, die Lage entspreche bei der Gesellschaftersicherheit »derjenigen bei einer Gesellschaftssicherheit gemäß § 52 InsO«. A. A. z. B. *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, 16. Aufl., §§ 32a/b **Rn. 125**; weitere Nachweise auch zum aktuellen gesellschaftsrechtlichen Schrifttum z. B. bei *Lüdtkke*, in: HambKomm, InsO, § 43 **Rn. 16**. Zur eigenen Stellungnahme s. u. **Rdn. 575 ff.** im Zusammenhang mit dem neuen Recht.

dienten, der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stellte (§ 32b Satz 3 GmbHG a. F.). Ihrer Natur nach entsprach diese Haftung des Gesellschafters schon früher einer Insolvenzanfechtung, weshalb sie mittlerweile – i. R. d. neuen Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen – in § 135 Abs. 2 InsO verlagert wurde (hierzu unten **Rdn. 570 ff.**, **580 ff.**).

Weder direkt noch analog anwendbar war nach früherem Recht § 32a Abs. 2 GmbHG a. F., wenn sowohl die Gesellschaft als auch ein Gesellschafter das Darlehen eines Dritten besichert hatten (»Doppelbesicherung«).¹¹⁸⁸ Die eingeschränkte Durchsetzbarkeit von Sicherheiten nach § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. galt schon nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur ggü. der dort genannten Darlehensforderung (bzw. i. V. m. Abs. 3 der gleichgestellte Forderung) des Drittgläubigers. Bei *Sicherheiten* war der Dritte daher nicht verpflichtet, zuerst die vom Gesellschafter bestellte Sicherheit in Anspruch zu nehmen. Er konnte vielmehr schon früher nach seiner Wahl auch zuerst in voller Höhe auf die Sicherheit der Gesellschaft zugreifen.¹¹⁸⁹ Der Insolvenzverwalter war nicht dazu berechtigt, diesen Gläubigern unter Hinweis auf die Sicherheit des Gesellschafters die abgesonderte Befriedigung zu verweigern, er konnte aber gegen den Gesellschafter – wie bei einer Tilgung der zugrunde liegenden Darlehensforderung durch die Gesellschaft¹¹⁹⁰ – im Umfang der von diesem bestellten Sicherung den Erstattungsanspruch nach § 32b GmbHG a. F. (bzw. nach Rechtsprechungsregeln) geltend machen.¹¹⁹¹

Aus dem Wortlaut des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. (»Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht . . .«) und Satz 3 (»[. . .] nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz«), der systematischen Stellung dieser Vorschriften hinter § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. und dem Ziel des Gesetzgebers, Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen gleichzubehandeln, ergibt sich, dass das Kleinbeteiligungsprivileg und das Sanierungsprivileg auch auf eigenkapitalersetzende Sicherheiten anwendbar sind.¹¹⁹²

2. Rechtslage nach der Reform 2008

569-585

a) Überblick

569-572

Mit Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 hat der Gesetzgeber die bisherigen Regelungen zum Eigenkapitalersatzrecht rechtsformneutral in das Insolvenzrecht verlagert. Wie zuvor das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt des § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. beschränkt sich auch das neue Sonderrecht nicht auf Gesellschafterdarlehen i. e. S., sondern erfasst auch »wirtschaftlich entsprechende« Gestal-

1188 So aber *K. Schmidt*, ZIP 1981, 689, 694; *ders.*, ZIP 1999, 1821, 1827 (analoge Anwendung des § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. mit der Folge, dass der Gläubiger vorrangig Befriedigung durch die Gesellschafter-Sicherheit zu suchen hat und nur i. H. d. Ausfallbetrages auf die Gesellschafts-Sicherheit zugreifen kann).

1189 S. etwa BGH, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 84/84, NJW 1985, 858 (Leitsatz und juris-**Rn. 10**): Es würde »die Interessen des Gläubigers fühlbar beeinträchtigen, wenn er vorrangig die – möglicherweise schwächere – Gesellschaftersicherung in Anspruch nehmen und das damit verbundene Ausfall- und Kostenrisiko auf sich nehmen müsste, obwohl er aus der Gesellschaftssicherung Befriedigung erlangen könnte«.

1190 Zum Fall der Darlehenstilgung aus dem Gesellschaftsvermögen im Fall der Mehrfachbesicherung des Darlehens (u. a. durch einen Gesellschafter) s. BGH, Urt. v. 26.01.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249, »Gut Buschow«, Leitsatz b: Die Rückzahlungspflicht des bürgenden Gesellschafters nach Novellen wie nach Rechtsprechungsregeln werde »nicht durch das Vorhandensein einer Mehrzahl von Sicherheiten – hier: verlängerter Eigentumsvorbehalt und Wechselbürgschaft – berührt, solange sich unter den Sicherungsgebern auch ein Gesellschafter« befinde.

1191 S. etwa BGH, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 84/84, NJW 1985, 858, Leitsatz sowie juris-**Rn. 9** (Erstattungsanspruch nach Rechtsprechungsregeln – unter Verweis auf BGH, Urt. v. 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 259 ff. – und § 32b GmbHG a. F.); BGH, Urt. v. 06.07.1998 – II ZR 284/94, NJW 1998, 3273, juris-**Rn. 7** (Erstattungsanspruch nach den Rechtsprechungsregeln).

1192 S. z. B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2003 – I-17 U 77/03 u. a., ZIP 2004, 508 (Sanierungsprivileg bei eigenkapitalersetzender Bürgschaft); aus dem Schrifttum z. B. *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 32a **Rn. 175**: Kleinbeteiligungsschwelle und Sanierungsprivileg fänden auch auf § 32a Abs. 2 GmbHG (a. F.) Anwendung.

tungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO; § 6a Satz 2 AnfG), zu denen wie bisher ausdrücklich Darlehen von *Nichtgesellschaftern* zählen, soweit diese Darlehen *durch Gesellschafter besichert* werden¹¹⁹³ und nicht das Sanierungs- oder Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 InsO bzw. § 6a Satz 2 Fall 1 AnfG, hierzu oben B., [Rdn. 279 ff.](#) und [Rdn. 283](#)) greift.

- 567 **570** Die §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO übernehmen dabei die bisherigen Regelungen zu »eigenkapitalersetzenden Sicherheiten« für Darlehen Dritter gem. §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a. F. (hierzu oben [Rdn. 232 ff.](#)) rechtsformneutral und mit regelungstechnischen Abweichungen in das Insolvenzrecht.¹¹⁹⁴ Im Ergebnis ist auch das neue Recht darauf gerichtet, dass der sicherunggebende Gesellschafter dem Sicherungsnehmer (§ 44a InsO; § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.) oder wenigstens der Gesamtheit der übrigen Gesellschaftsgläubiger (§§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO; § 32b GmbHG a. F.) i. H. d. besicherten Forderung zu haften hat.
- 568 **571** Eine inhaltliche Verschärfung ggü. dem alten Recht ergibt sich für den (Sicherheiten gebenden) Gesellschafter indirekt daraus, dass § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, auf den die §§ 44a und 135 InsO verweisen auf das Merkmal der Darlehensgewährung in der »Krise« (anders noch ausdrücklich § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.: »in einem Zeitpunkt, in dem [. . .] die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten«) verzichtet, sodass nun auch Gesellschaftersicherheiten für Drittdarlehen an noch »gesunde« Gesellschaften erfasst werden, wenn diese erst später insolvent werden. Abgesehen von dieser Einschränkung kann also für die Auslegung der neuen Vorschriften grds. auf die bisherigen Grundsätze zu eigenkapitalersetzenden Sicherheiten zurückgegriffen werden.
- 569 **572** Der Begriff der »Sicherheit« i. S. d. §§ 44a und 135 Abs. 2 InsO ist daher wie schon der Begriff der »Sicherung« gem. §§ 32a Abs. 2 und 32b GmbHG a. F. (oben [Rdn. 564](#)) weit zu verstehen und erfasst sämtliche Personal- und Realsicherheiten einschließlich des Schuldbeitritts.¹¹⁹⁵ Mit der nun in auch in §§ 44a und 135 Abs. 2 InsO fortwährenden sprachlichen Herausstellung der Bürgschaft, die sich an die Vorgängernorm anlehnt, bleibt der Gesetzeswortlaut insofern etwas missverständlich.

573-579 *b) Stellung des kreditgebenden Dritten*

573-574 *aa) Grundsatz*

- 570 **573** Gem. § 44a InsO, der dem bisherigen § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. inhaltlich entspricht,¹¹⁹⁶ kann ein (Darlehens-) Gläubiger der Gesellschaft (im vorliegenden Kontext: der AG) im Insolvenzverfahren »für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder sich verbürgt hat«, »nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5« InsO »nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse« (subsidiär) in dem Umfang verlangen, wie er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist. Aus der Ver-

1193 S. K. *Schmidt*, BB 2008, 1966, 1968: Der Fall des gesellschafterbesicherten Darlehens sei »nichts anderes als ein Sonderfall des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG a. F. (künftig § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.)«; *ders.*, ebenda, S. 1969: Die Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO habe »der Gesetzgeber weder im bisherigen Eigenkapitalersatzrecht noch in der MoMiG-Version wirklich klargestellt«.

1194 S. zur Änderung von § 143 InsO a. F. die Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007, S. 57: Die »in § 143 InsO [a.F.] enthaltenen Regelungen zu den Rechtsfolgen der Anfechtung« passten »nicht für den Fall des § 135 Abs. 2 [InsO n. F.]«, »da hier – parallel zur Rechtslage bei § 32b GmbHG a. F. – nicht der Drittgläubiger das von der Gesellschaft Erlangte zurückgewähren« solle, »sondern vielmehr der durch die Leistung der Gesellschaft frei gewordene Gesellschafter, der als Bürge haftete oder die Sicherung bestellt hatte«. Dabei werde »in den neuen Abs. 3 auch die Regelung des § 32b Satz 3 GmbHG a. F. übernommen«.

1195 Z. B. *Lüdtke*, in: HambKomm, InsO, § 44a [Rn. 10](#), m. w.N.; *Bräuerle*, in: Braun, InsO, § 44a [Rn. 3](#): »genauso weit auszulegen wie in § 32a Abs. 2 GmbHG [a.F.]«, »sämtliche wirksam bestellten Sachsicherheiten oder persönliche Sicherheiten«.

1196 S. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57: § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. werde »in angepasster Form in das Insolvenzrecht übernommen und dabei über Verweis auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO insbesondere rechtsformneutral ausgestaltet«.

weisung auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der selbst wiederum auf die Abs. 4 und 5 des § 39 InsO verweist, ergibt sich wie bisher (oben **Rdn. 568**) die Anwendbarkeit des Sanierungs- und des Kleinbeteiligtenprivilegs.¹¹⁹⁷

Die Verpflichtung des gesicherten Gläubigers zur vorrangigen Verwertung der Gesellschaftersicherheit soll diesen nicht benachteiligen. Beim subsidiären Zugriff auf die Insolvenzmasse gem. § 44a InsO ist er den übrigen (einfachen) Insolvenzgläubigern ggü. gleichberechtigt.¹¹⁹⁸ Die Regelung bezweckt vielmehr, dass die Sicherheitsleistung des Gesellschafters die Darlehensschulden der Gesellschaft in ähnlicher Weise masseschonend neutralisiert, wie dies gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO der Fall gewesen wäre, wenn dieser nicht nur ein Drittdarlehen besichert, sondern der Gesellschaft das Darlehen selbst gewährt hätte. Im Zusammenspiel mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO soll § 44a InsO damit die (insolvenzrechtliche) Verstrickung von Finanzierungsleistungen des Gesellschafters im Verhältnis zur AG und deren Heranziehung im Fall der Insolvenz der Gesellschaft sicherstellen.¹¹⁹⁹ 574 571

bb) »Doppelberücksichtigung« oder »Ausfallprinzip« 575-578

Die bereits vom Eigenkapitalersatzrecht her bekannte und umstrittene Frage, ob der Gläubiger, wenn er sich aus der Sicherheit nicht vollständig zu befriedigen vermag, an der Verteilung der Masse wie bei § 43 InsO mit der (entsprechend der Quote anteilig zu kürzenden) ursprünglichen Gesamtforderung (Grundsatz der Doppelberücksichtigung)¹²⁰⁰ oder wie im Fall des § 52 InsO nur mit der Restforderung (Ausfallprinzip)¹²⁰¹ teilnimmt (oben **Rdn. 565**), lebt in Gestalt des § 44a InsO fort. 575 572

Für eine Deutung des § 44a InsO i. S. d. Ausfallprinzips spricht insb. der Wortlaut, der dem Gläubiger nur die anteilmäßige Befriedigung aus dem Vermögen gewähren will, »soweit« er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen »ausgefallen« ist, und in dieser Hinsicht § 52 InsO gleicht, der unstreitig i. S. d. Ausfallprinzips verstanden wird.¹²⁰² Die frühere Formulierung des § 32a 576 573

1197 Zur Geltung des Sanierungsprivilegs und des Kleinbeteiligungsprivilegs im Anwendungsbereich des § 44a InsO n. F., die dort, anders als bei § 135 InsO n. F. (dort Abs. 4) und § 6a Satz 2 Fall 1 AnfG n. F. nicht ausdrücklich in Bezug genommen werden, s. z. B. *Lüdtke*, in: *HambKomm, InsO*, § 44a **Rn. 12**, m. w. N.

1198 S. K. *Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1087 f., zu § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.

1199 Vgl. K. *Schmidt*, BB 2008, 1966, 1969: »Im Zentrum des Rechts der Gesellschafterdarlehen« stehe nicht § 44a oder § 135 Abs. 2 InsO n. F., sondern § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Die »Anwendung dieser Grundregel des Rechts der Gesellschafterdarlehen auch auf Gesellschaftersicherheiten« habe »der Gesetzgeber weder im bisherigen Eigenkapitalersatzrecht noch in der MoMiG-Version wirklich klargestellt«.

1200 So z. B. *Lüdtke*, in: *HambKomm, InsO*, § 44a **Rn. 18**; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 852, hauptsächlich unter Berufung auf das Schrifttum zum Eigenkapitalersatzrecht: Der Gläubiger könne »die Forderung in voller Höhe und nicht nur den erwarteten Ausfallbetrag anmelden«. Es gelte »der Grundsatz der Doppelberücksichtigung (§ 43 InsO), während das Ausfallprinzip des § 52 InsO unanwendbar« sei, »weil die Sicherheit nicht von der Gesellschaft selbst gestellt« worden sei. Wohl auch *Freitag*, WM 2007, 1681, 1684: Der Gläubiger könne seine Forderung »sofort«, ohne die Verwertung der Sicherheit abzuwarten, »in voller Höhe« zur Tabelle anmelden.

1201 Z. B. *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155; *Dabl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 327; *Hirte*, in: *Uhlenbruck, InsO*, § 44a **Rn. 5**, mit der Begründung, der Gesetzgeber habe »nicht zu erkennen gegeben«, an der (aus seiner Sicht, s. zum Meinungsstand aber auch oben **Rdn. 565**) »bislang vorherrschenden Sichtweise« etwas ändern zu wollen. Unklar insoweit BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 – juris-**Rn. 10**: »Ist die gesicherte Forderung noch offen, kann der Drittgläubiger quotale Befriedigung nur in Höhe des Ausfalls nach Verwertung der Gesellschaftersicherheit verlangen (§ 44a InsO)« [Hervorhebung hinzugefügt]. Da die Entscheidung zu einer Beantwortung dieses Problems keinen Anlass gab und dieser Satz nur in eine allgemeine Darstellung des neuen Rechts der Gesellschaftersicherheiten eingeflossen ist, ist unklar, ob der IX. Zivilsenat sich – ohne Not – bewusst für das Ausfallprinzip entscheiden wollte, oder nur den Wortlaut von § 44a InsO mit der sprachlich dann in Richtung des Ausfallprinzips weisenden Formulierung »in Höhe des Ausfalls nach Verwertung« umgestalten wollte.

1202 So auch *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155: »Im Wortlaut des § 44a InsO« sei »vom ›Ausfall‹ die Rede, was der Formulierung des für das Absonderungsrecht geltenden § 52 InsO« entspreche; *Bitter*, in: *MünchKom-*

Abs. 2 GmbHG a. F. (»für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung [. . .], mit dem er [. . .] ausgefallen ist«) war diesbezüglich noch weniger deutlich.

- 574 577 Auf der anderen Seite ist die Wortlautauslegung aber keineswegs zwingend, denn der Halbsatz »so weit er [. . .] ausgefallen ist« lässt sich aus dem Blickwinkel der »Doppelberücksichtigung« auch dahin gehend deuten, dass der Gläubiger in der Summe aus Verwertung der Gesellschaftersicherheit und Teilnahme an der Verteilung der Insolvenzmasse keineswegs mehr als 100 % seiner Forderung bekommen soll,¹²⁰³ was im Einzelfall, insb. bei vergleichsweise hoher Quote, durchaus denkbar wäre. Dies ist allerdings eine Selbstverständlichkeit,¹²⁰⁴ die sich regelmäßig bereits aus dem materiellen Recht (Akzessorietät, Sicherungsabrede) ergibt und die der Gesetzgeber im Fall des § 43 InsO, unstrittig Modell des Prinzips der Doppelberücksichtigung,¹²⁰⁵ nicht einmal für erwähnenswert erachtete.
- 575 578 Die systematische Stellung des § 44a InsO, die näher an § 43 InsO als an § 52 InsO liegt, spricht eher zugunsten der Doppelberücksichtigung.¹²⁰⁶ Dieses Argument sollte aber nicht überbewertet werden, denn noch näher als an § 43 InsO (»Haftung mehrerer Personen«) liegt § 44a InsO an § 44 InsO (»Rechte der Gesamtschuldner und Bürgen«),¹²⁰⁷ der in Konsequenz des § 43 InsO eine Doppelbelastung der Insolvenzmasse durch den Hauptgläubiger und den Regressgläubiger vermeiden möchte.¹²⁰⁸ Zu einer durchaus vergleichbaren Doppelbelastung gelangt aber auch der Grundsatz der Doppelberücksichtigung, sofern man sich vergegenwärtigt, dass das neue Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen den Gedanken der Eigenkapitalähnlichkeit der Finanzierungsleistung des Gesellschafters (hier: seine Sicherheitsleistung) insolvenzrechtlich betrachtet keineswegs begraben, sondern durch den Verzicht des Merkmals der Krise sogar ausgeweitet hat (hierzu oben B., [Rdn. 357 ff.](#)). So gesehen spricht einiges dafür, die Befriedigung des Gläubigers aus der Sicherheitsleistung genauso zu behandeln wie seine Befriedigung aus einer von der Gesellschaft selbst gestellten Sicherheit (§ 52 InsO).¹²⁰⁹ Das in Zusammenhang mit § 44a InsO gegen das Ausfallprinzip vorgebrachte Argument, die vorrangig zu verwertende Gesellschaftersicherheit stamme anders als im Fall der abgesonderten Befriedigung nach § 52 InsO nicht aus dem letztlich zu verteilenden Gesellschaftsvermögen und mindere dieses entsprechend nicht zulasten der übrigen Gläubiger,¹²¹⁰ vermag demgegenüber nicht restlos zu überzeugen.

mInsO, § 44 [Rn. 46](#) (zu § 44a i. d. F. des RegE MoMiG): »Im Wortlaut des § 44a Abs. 1 InsO« werde »die Formulierung des Ausfallprinzips aus § 52 InsO« aufgenommen.

1203 In diesem Sinne *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1088, zur Deutung des Tatbestandsmerkmals »Betrag [. . .] mit dem er [. . .] ausgefallen ist« bei § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.

1204 So auch *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155: »Natürlich« dürfe »der Gläubiger in der Summe nicht mehr als 100 % erhalten«.

1205 Z. B. *Lüdtke*, in: *HambKomm, InsO*, § 43 [Rn. 2](#); § 43 InsO stelle den »Grundsatz der Doppel- bzw. Vollberücksichtigung« auf; *Knof*, in: *Uhlenbruck, InsO*, § 43 [Rn. 1](#): »Grundsatz der Doppelberücksichtigung (besser: Vollberücksichtigung)«.

1206 Das konzediert auch *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155.

1207 *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1968: Der bisherige § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. werde durch § 44a InsO n. F. »jetzt systematisch richtig in der Nähe des § 44 InsO platziert«.

1208 *Lüdtke*, in: *HambKomm, InsO*, § 44 [Rn. 2](#); s. a. Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2441, S. 124 (zu § 51 des Entwurfs): Die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner und die Rückgriffsforderung des Bürgen oder Gesamtschuldners seien »jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung identisch«.

1209 So auch *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155 f.: Unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts habe »das Ausfallprinzip wertungsmäßig darauf gestützt werden« können, »dass die Mithaftung des Gesellschafters wie Eigenkapital der Gesellschaft behandelt« werde »und für eine aus ihrem Vermögen gestellte Sicherheit das Ausfallprinzip des § 52 InsO« gelte. Für das MoMiG gelte »dieser Gedanke ebenfalls«.

1210 *Gehrlein*, BB 2008, 846, 852.

cc) »Doppelbesicherung« der Gesellschaftsschuld

579

Schon unter Geltung von § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. konnte der Gläubiger der Gesellschaft wählen, wen er zuerst in Anspruch nehmen wollte, wenn sowohl die Gesellschaft selbst als auch ein Gesellschafter das Darlehen besichert hatten (»Doppelbesicherung«).¹²¹¹ Hieran hat sich auch durch die Verschiebung der inhaltlich unveränderten Regelung in § 44a InsO nichts geändert;¹²¹² einen entsprechenden Änderungswillen lassen weder das Gesetz selbst noch die Gesetzesmaterialien erkennen.¹²¹³ Die Beschränkung des § 44a InsO entfaltet damit im Verhältnis zum gesellschafts Fremden Gläubiger nur insoweit Wirkung, als dieser nicht bereits durch eine Realsicherheit am Gesellschaftsvermögen befriedigt wird.¹²¹⁴ Zum Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und besicherndem Gesellschafter in diesen Fällen s. nachfolgend **Rdn. 580 ff.**

c) Stellung des Aktionärs

580-585

aa) Erstattungspflicht

580-583

Mit § 44a InsO korrespondierend und seinen zugrunde liegenden Rechtsgedanken in den Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorverlagernd kann der Insolvenzverwalter (über das Vermögen der AG) vom Aktionär, der die Sicherheit bestellt hat, Erstattung von Leistungen verlangen, durch die die Gesellschaft den Gläubiger selbst aus ihrem eigenen Vermögen unter Verschonung der Gesellschaftersicherheit befriedigt hat, etwa durch Tilgung, Aufrechnung oder Erlass,¹²¹⁵ sofern die Befriedigung nicht früher als im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag erfolgte (§ 143 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 2 InsO). Gesetzestechnisches Mittel zur Begründung dieses Anspruchs ist die Insolvenzanfechtung der »Rechtshandlung«, mit der die Gesellschaft »Befriedigung gewährt hat« (§ 135 Abs. 2 Halbs. 1 InsO) oder genauer der »dadurch bewirkten Befreiung des sichernden Gesellschafters«.¹²¹⁶

Anfechtungsgegner ist daher nicht der von der Zahlung der AG unmittelbar begünstigte Darlehensgeber, sondern der mittelbar begünstigte Gesellschafter.¹²¹⁷ Die Rückerstattungsverpflichtung ist begrenzt auf die Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter haftet (Personalsicherheit), bzw. auf den Wert der von ihm bestellten Realsicherheit im Zeitpunkt der Befriedigung (§ 143 Abs. 3 Satz 2 InsO). Der Gesellschafter wird von seiner Verpflichtung zum wertmäßigen Ersatz frei, wenn er

1211 BGH, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 84/84, NJW 1985, 858 (Leitsatz und juris-**Rn. 10**); BGH, Urt. v. 14.10.1985 – II ZR 280/84, NJW 1986, 429, 430 – juris-**Rn. 7**; AA *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1821, 1827, der die analoge Anwendung von § 32a Abs. 2 GmbHG auch für Fälle der Doppelbesicherung annimmt, mit der Folge, dass der Gläubiger zuerst auf die Gesellschaftersicherheit zurückzugreifen hätte.

1212 BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9, juris-**Rn. 13 ff.**; *Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 36. Lfg., 5/09, § 44a **Rn. 13**; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 44a **Rn. 7**, unter Berufung auf die Rechtsprechung und h. M. zu § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.; *Bartsch/Weber*, DStR 2008, 1884, 1885; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 328; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 154. A. A. auch zum neuen Recht (§ 44a InsO) wohl *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1970: Die Richtigkeit der vom BGH [s.o. Fn. 28] unter der Geltung des alten Rechts angeführten h. M. sei »zu bezweifeln«. »Letztlich« gehe »es darum, ob § 44a InsO konsequent zu Ende gedacht oder, weil der dritte Kreditgeber nicht eigentlich Adressat des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen« sei, »auf das ausdrücklich geregelte Maß beschränkt bleiben« solle.

1213 Vgl. *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 328: Da der Gesetzgeber die h. M. zum alten Recht gekannt habe, sei es »naheliegender, dass er eine von dieser abweichende Regelung auch ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen hätte«. I. E. ebenso BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9, juris-**Rn. 16**: »Die Annahme eines Vorrangs der Gesellschaftersicherheit vor der Gesellschaftssicherheit würde eine weitere Verschlechterung der Rechtsstellung des Absonderungsberechtigten bedeuten, für welche eine gesetzliche Grundlage fehlt (Art. 14 Abs. 1 GG)«.

1214 So zutreffend *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 44a **Rn. 7**.

1215 Vgl. hierzu etwa *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 135 **Rn. 17**: Tatbestandsmäßig sei »jede wirtschaftlich zu Lasten der Gesellschaft gehende Befriedigung des Kreditgebers«.

1216 So *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1968; ebenso *Altmeyden*, NJW 2008, 3601, 3607.

1217 *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155, m. w. N.

die (verschonten) Sicherungsgegenstände selbst der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt (§ 143 Abs. 3 Satz 3 InsO); diese Vorschrift erzielt denselben Effekt wie § 52 Satz 2 letzter Halbs. InsO, wonach der Absonderungsberechtigte die Beschränkung seines Zugriffs auf die Insolvenzmasse dadurch vermeiden kann, dass er auf eine abgesonderte Befriedigung verzichtet. Liegt die Befriedigung der Gläubiger länger als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag oder unterbleibt die Anfechtung aus anderen Gründen (§ 135 Abs. 2 InsO), bleibt es grds. bei der Befriedigung zugunsten der Gläubiger ohne negative Folgen für den Aktionär, der die Sicherheit bestellt hatte.

- 579 582 In den Fällen der Doppelbesicherung (oben **Rdn. 579**) stellt sich die Frage, ob ein Rückgriff der AG auf den sichernden Aktionär gem. § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO auch dann möglich ist, wenn die Befriedigung des Darlehensgebers (Gläubigers) erst *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt. Denn speziell hier ist es denkbar, dass sich der Gläubiger durch Verwertung einer von der AG selbst gewährten Sicherheit befriedigt, ohne dass der Insolvenzverwalter dies verhindern könnte. Nach dem Wortlaut des § 129 InsO, der nur die Anfechtung von »Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind«, vorsieht, erscheint die Anwendung des § 135 Abs. 2 InsO ausgeschlossen.¹²¹⁸ Damit aber würde man dem Zweck der §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, die die Haftung des Gesellschafters i. H. d. Wertes seiner Sicherheit sicherstellen und insoweit lediglich den Inhalt der bisherigen § 32a Abs. 2, § 32b GmbHG a. F. rechtsformneutral in die InsO verschieben sollten, nicht gerecht. § 32b Satz 1 Halbs. 1 GmbHG a. F. sah zwar ebenso wie nun § 135 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 InsO vor, dass die Befriedigung frühestens ein Jahr vor dem Insolvenzantrag erfolgt sein muss; eine Beschränkung auf die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wie sie § 129 InsO enthält, ist der alten Regelung aber fremd. Insofern spricht einiges dafür, dass der Gesetzgeber bei dem Versuch, § 32b GmbHG a. F. systemgerecht ins Anfechtungsrecht der InsO zu verlagern,¹²¹⁹ die Folge des § 129 InsO schlicht übersehen hat und dass man es insofern mit einer unbewussten Gesetzeslücke zu tun hat.¹²²⁰ § 135 Abs. 2 InsO ist demnach bei Inanspruchnahme einer gesellschafts-eigenen (Real-) Sicherheit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens analog anzuwenden.¹²²¹
- 580 583 Wird der Gesellschafter ohne Befriedigung des Gläubigers von der Sicherungspflicht frei, etwa weil dieser auf die Sicherheit verzichtet oder den Gesellschafter vorzeitig aus seiner Sicherungspflicht entlässt, liegt auch innerhalb der Jahresfrist mangels Rechtshandlung des Gesellschafters als Anfechtungsschuldner kein Fall des § 135 Abs. 2 InsO vor.

1218 Dementsprechend skeptisch *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 328: Ob »über den Wortlaut des § 129 InsO hinaus wegen des nach wie vor existenten Eigenkapitalersatzcharakters des Gesellschafterbeitrags eine Zahlungspflicht des Gesellschafters auch für nach Insolvenzeröffnung erfolgte Haftungsbefreiungen angenommen werden« könne, erscheine »fraglich«.

1219 Lobend *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1969: »Systematisch richtig« trete »an die Stelle des § 32b GmbHG a. F. eine in § 135 Abs. 2 InsO n. F. enthaltene Regelung«.

1220 Eindeutig insoweit BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9, juris-**Rn. 10**: »Dass der Gesetzgeber den hier fraglichen Fall, dass die doppelte Sicherung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch besteht, anders bewerten wollte, also bewusst in Kauf nehmen wollte, dass die Gesellschaftssicherheit verwertet wird, die Gesellschaftersicherheit dem Gesellschafter aber – sei es in Natur, sei es im wirtschaftlichen Ergebnis verbleibt, ist äußerst unwahrscheinlich. Der Fall der Doppelsicherung im Insolvenzverfahren ist vielmehr nicht nur nicht besonders geregelt, sondern auch im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden.«

1221 Ähnlich *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155 (im Kontext der Doppelbesicherung): Zur Schließung »der vom Gesetzgeber gerissenen Lücke« bedürfe es »einer Besinnung auf den nach wie vor existenten Eigenkapitalersatzcharakter des Gesellschafterbeitrags«, dem der Nachrang immanent sei. Deshalb müssten »über den Wortlaut des § 129 InsO hinaus dieselben Rechtsfolgen für eine Haftungsbefreiung nach Verfahrenseröffnung eintreten wie vor Verfahrenseröffnung, auch wenn danach eine formelle Anfechtung nicht zulässig« sei. I. E. bestätigt durch BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9, juris-**Rn. 18 f.**: »Durchgreifende Argumente gegen eine analoge Anwendung der Anfechtungsvorschrift des § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO« gebe es nicht.

bb) Freistellungspflicht und Regressanspruch

584-585

Nach dem früheren Eigenkapitalersatzrecht ist der Gesellschafter aus der eigenkapitalersetzenden Sicherheit grds. gem. §§ 57, 62 AktG a. F. analog (bzw. §§ 30, 31 GmbH a. F. analog) verpflichtet, i. H. d. von ihm gewährten Sicherheit »die Gesellschaft von der Rückzahlungsverbindlichkeit bei deren Fälligkeit freizustellen«¹²²² sowie der Gesellschaft von ihr bereits erbrachte Tilgungsleistungen an den Darlehensgläubiger zu erstatten.¹²²³ Dies wird auch für die Fälle der Doppelbesicherung angenommen,¹²²⁴ denn bei Inanspruchnahme der gesellschaftseigenen Sicherheit durch den Gläubiger erlangt der Gesellschafter ebenso einen ihm nicht zustehenden vermögenswerten Vorteil zulasten der AG in Form seiner verschonten Sicherheit, wie wenn die Gesellschaft unmittelbar durch Zahlung tilgt. Nach neuem Recht lässt sich ein solcher »gesetzlicher« *Freistellungsanspruch* nur noch für die Zeit *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründen,¹²²⁵ denn § 32b GmbHG a. F., auf den für diesen Zeitraum der Freistellungsanspruch gestützt wurde,¹²²⁶ ist sinngemäß in § 143 Abs. 3 InsO überführt worden. Im Fall der Insolvenz dürfte diese Vorschrift für die Zeit zwischen Fälligkeit der Drittforderung und Inanspruchnahme der Gesellschaftssicherheit durch den Gläubiger in entsprechender Anwendung einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter-Sicherungsgeber auf Ablösung der Verbindlichkeit begründen. Anders ist es für den Zeitraum *vor* Eröffnung des Insolvenzverfahrens, weil der Gesetzgeber die Rechtsprechungsregeln, die vormalig Grundlage des Freistellungsanspruchs gegen den Gesellschafter waren (§ 31 Abs. 1 GmbHG a. F. bzw. § 62 Abs. 1 AktG a. F., jeweils analog), durch § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG (bzw. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) insofern ersatzlos abgeschafft hat (oben B., **Rdn. 260 f.**).¹²²⁷ Eine Freistellungspflicht des Gesellschafters ggü. der Gesellschaft, jedenfalls außerhalb der Insolvenz, kann sich deshalb nur noch aus Rechtsgeschäft (Satzung, satzungsbegleitender Nebenabrede der Gesellschafter, bilateralem Vertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter) ergeben.¹²²⁸

Die Besicherung eines Drittdarlehens (z. B. Bankkredits) durch einen Gesellschafter (Aktionär) ist eine Rechtshandlung, die einem Gesellschafterdarlehen »wirtschaftlich entspricht« (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Daraus folgt, im Gesetz völlig unerwähnt, die Nachrangigkeit des *Regressanspruchs* (etwa aus übergegangenem Recht, §§ 1142, 1143, 774 Abs. 1 BGB) des sichernden Gesellschafters

1222 BGH, Urt. v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249, »Gut Buschow«, juris-**Rn. 10**, m. w. N., unter Berufung auf die »st. Senatsrechtsprechung«; ebenso z. B. BGH, Urt. v. 09.12.1991 – II ZR 43/91, NJW 1992, 1166, Leitsatz 1, zu einem GmbH-Gesellschafter, der sich (eigenkapitalersetzend) für einen der Gesellschaft durch einen Dritten gewährten Kredit verbürgt hat.

1223 BGH, Urt. v. 26.1.2009 – II ZR 260/07 (vorausgehende Fn. 39), juris-**Rn. 10**, m. w. N. aus der Rechtsprechung des Senats: Wenn »die Gesellschaft von sich aus den Gläubiger« befriedige »und dadurch den Gesellschafter von seiner Bürgschaftsverpflichtung« befreie, müsse »er der Gesellschaft dann den sozusagen für ihn verauslagten Betrag erstatten«.

1224 BGH, Urt. v. 09.12.1991 – II ZR 43/91 (Fn. 39). Dort hatte die später insolvente GmbH der darlehensgebenden Kreissparkasse Sicherheiten in Form der Globalabtretung von Kundenforderungen und der Übereignung eines Lkw bestellt; zu einer ähnlichen Konstellation zuvor bereits BGH, Urt. v. 14.10.1985 – II ZR 280/84, NJW 1986, 429, unter 2.: Die Gesellschafterin der GmbH sei »während des Konkurses analog § 32b GmbHG [a.F.] (nach den Rechtsprechungsgrundsätzen des Senats auch schon vor Konkurseröffnung) verpflichtet« gewesen, »die Darlehensverpflichtung anstelle der GmbH zu tilgen«. Aus dem Schrifttum z. B. *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a a. F. **Rn. 141**.

1225 Z. B. *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 44a **Rn. 8**: Der Gesellschafter könne »in jedem Fall und auch schon vor dem Zugriff des Gläubigers auf die Sicherheit im Innenverhältnis zur Freistellung der Gesellschaft verpflichtet sein« (unter Berufung auf BGH, Urt. v. 9.12.1991 – II ZR 43/91, NJW 1992, 1166; diese Entscheidung wiederum unter Berufung auf BGH, Urt. v. 14.10.1985 – II ZR 280/84 [vorausgehende Fn. 40]).

1226 BGH, Urt. v. 14.10.1985 – II ZR 280/84 (Fn. 40).

1227 So z. B. auch *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 328, speziell zu Fällen der Doppelbesicherung: Der Freistellungsanspruch aus § 30 GmbHG a. F. analog sei »ersatzlos weggefallen«.

1228 *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1971.

im Insolvenzverfahren der Gesellschaft. Hat die Gesellschaft den Regressanspruch des Aktionärs bereits erfüllt, ist diese Leistung entsprechend § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.¹²²⁹

586-588 3. Anfechtbarkeit außerhalb der Insolvenz

- 583 **586** Außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten die §§ 6a, 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, S. 2 AnfG. § 6a AnfG übernimmt nun – wie in § 135 Abs. 2 InsO – die »Aufgabe des misslungenen § 32b GmbHG«, ¹²³⁰ der vor dem MoMiG keine Parallele im AnfG hatte. ¹²³¹ Die Vorschrift bringt damit den »konzeptionellen Zusammenhang« des bisherigen § 32b GmbHG mit dem Anfechtungsrecht »zum Ausdruck«. ¹²³² Demnach ist eine Erfüllungsleistung der Gesellschaft (AG) an einen außenstehenden Kreditgeber, die im letzten Jahr vor der Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels (bzw., wenn ein Insolvenzantrag nach § 26 Abs. 1 InsO abgewiesen wurde, bevor der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, im letzten Jahr vor Insolvenzantrag) oder danach erbracht wurde, seitens der übrigen Gläubiger (§ 2 AnfG) anfechtbar, wenn ein Gesellschafter (Aktionär) Sicherheiten für die Darlehensforderungen gestellt hatte.
- 584 **587** Flankiert wird § 6a AnfG durch § 11 Abs. 3 AnfG, dem anfechtungsrechtlichen Pendant des § 143 Abs. 3 InsO. Hiernach hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, im Fall der Anfechtung nach § 6a AnfG die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen bis zur Höhe des Wertes seiner Sicherheit im Zeitpunkt der Erfüllung der (Darlehens-) Forderung zu dulden (§ 11 Abs. 3 Satz 1 AnfG). Von dieser Verpflichtung kann sich der Gesellschafter dadurch befreien, dass er dem anfechtenden Gläubiger die Gegenstände zur Verfügung stellt, die dem Dritten als Sicherheit gedient hatten (§ 11 Abs. 3 Satz 1 AnfG). Der Wortlaut des § 11 Abs. 3 Satz 1 AnfG (»Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die *dem Gläubiger* als Sicherheit gedient hatten, dem Gläubiger zur Verfügung stellt« [Hervorhebung durch *Verf.*]) ist insoweit ausgesprochen missverständlich, denn spätestens aus einem Vergleich mit § 6a Halbs. 1 AnfG (»Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem *Dritten* für eine Forderung [. . .] gewährt hat« [Hervorhebung durch *Verf.*]) ergibt sich, dass der anfechtende »Gläubiger«, dem die besicherten Gegenstände zur Verfügung zu stellen sind, nicht identisch sein kann mit dem »Gläubiger«, dem die Sicherheiten gewährt wurden.¹²³³
- 585 **588** Das Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivileg gem. § 39 Abs. 4, Abs. 5 InsO gelten entsprechend (§ 6a Satz 2 Fall 1 AnfG); ebenfalls entsprechend anwendbar ist die 3-Jahres-Frist, die § 6 Abs. 2 AnfG für die Anfechtung von Sicherheits- und Befriedigungsleistungen auf eigenkapitalersetzende *Gesellschafterdarlehen* vorschreibt (§ 6a Satz 2 Fall 2 AnfG).

589-607 II. Besicherung durch die Gesellschaft

589-606 1. Verbindlichkeiten des Aktionärs

- 586 **589** Spezifisch aktienrechtliche Fragen wirft auch die Besicherung von Verbindlichkeiten des Aktionärs bzw. der Konzernmuttergesellschaft oder eines anderen Konzernunternehmens *durch* die AG auf. Dies wird i. R. d. eigenen Finanzierung der AG insb. von Bedeutung sein, wenn die Gesellschaft

1229 *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1970.

1230 So *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1929 f., zum RefE MoMiG.

1231 Zu den praktischen Konsequenzen s. BGH, Urt. v. 22.12.2005 – IX ZR 190/02, ZIP 2006, 243, wo das Gericht – da ein dem § 32b GmbHG entsprechender Tatbestand im AnfG bislang fehlte – auf die Absichtsanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG zurückgriff. Zur Begründung führte es aus, das Nicht-Geltendmachen des sich aus den Rechtsprechungsregeln gem. § 31 GmbHG analog ergebenden Anspruchs gegen den durch Gläubigerbefriedigung befreiten Gesellschafter sei eine vorsätzliche Benachteiligung der Gläubiger. Kritisch *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930 (»bizarre Verrenkung«).

1232 So *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1930.

1233 Insofern ist das Lob von *K. Schmidt* (ZIP 2006, 1925, 1930), (der Entwurf des) § 6a AnfG zeige (aus systematischer Sicht) »handwerkliche Reife«, vielleicht doch etwas übertrieben.

von der Darlehensaufnahme ihres Aktionärs bzw. der Muttergesellschaft selbst (mittelbar) profitiert, etwa durch Weiterleitung von Teilen der Darlehensvaluta an die Gesellschaft. Gängige Praxis ist ein solches Vorgehen beim Cash Pooling (vgl. oben [Rdn. 494 f.](#)), wo die in den Liquiditätsverbund eingebundenen Gesellschaften regelmäßig für die zentral aufgenommenen Drittfinanzierungsmittel zugunsten der Mutter- oder Finanzierungsgesellschaft Sicherheiten aus dem eigenen Vermögen bestellen.

a) Kapitalerhaltungsgebot

590-595

Das Kapitalerhaltungsgebot des § 57 Abs. 1 AktG umfasst nicht nur die gegenständliche »Rückgewähr« der »Einlagen« i. S. d. § 54 AktG, sondern wird i. S. eines umfassenden Verbots von (offenen oder in unangemessenen Austauschgeschäften verdeckten) Leistungen der AG an Aktionäre wegen der Mitgliedschaft verstanden, wobei die *causa societatis* grds. durch den Umstand indiziert wird, dass die Leistung der Gesellschaft einem Drittvergleich nicht standhält.¹²³⁴ Auch die Bestellung von Sicherheiten zugunsten von Gläubigern eines Aktionärs stellt eine Leistung in diesem Sinne dar und fällt folglich unter das Verbot der Einlagenrückgewähr.¹²³⁵ Wegen der strengen Kapitalbindung in der AG soll die Besicherung von Aktionärsverbindlichkeiten nach vor Inkrafttreten des MoMiG unstrittener Auffassung regelmäßig sogar dann unzulässig gewesen sein, wenn sie durch Zahlung einer marktüblichen Avalprovision einem Drittvergleich standhielt.¹²³⁶ Zum Schutz des eigenen Kapitals und damit indirekt auch ihrer Gläubiger sollte es der Gesellschaft verwehrt sein, das Insolvenzrisiko ihrer Aktionäre zu tragen.¹²³⁷ Das MoMiG hat den Kapitalschutz bei der AG durch Einfügen des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG inzwischen gelockert. Dies wirft die Frage auf, ob sich dadurch auch die Rechtslage für die Besicherung von Aktionärsverbindlichkeiten verändert hat. Die Gesetzesmaterialien des MoMiG schweigen dazu.

590 587

Nach § 57 Abs. 1 Satz 3 Fall 2 AktG gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG ausdrücklich nicht mehr bei solchen Leistungen, die durch einen »vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch« gedeckt sind. Hiermit wollte der Gesetzgeber für die Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nach eigenem Bekunden »im Bereich der Ka-

591 588

1234 Z. B. OLG Koblenz, 10.02.1977 – 6 U 847/75, DB 1977, 816, unter I.2.: Der Schutzzweck des § 57 AktG erfordere »eine weite Auslegung des Begriffs »Rückgewähr von Einlagen«; aus dem Schrifttum *Hüffer*, AktG, § 57 [Rn. 2](#) und [8](#), m. w. N. Die h. M. will dabei nicht nur aus Beweisgründen, sondern auch aus materiellrechtlichen Erwägungen heraus auf ergänzende subjektive Elemente verzichten (*Hüffer*, AktG, § 57 [Rn. 10](#), m. w. N.). Für die Gegenmeinung s. die Nachweise bei *Hüffer* (AktG, § 57 [Rn. 10](#)) sowie *Reiner*, 1995, S. 120 ff., 129 f., aus dem Blickwinkel seines Ansatzes, der die verdeckte Einlagenrückgewähr als eigenständige Rechtsfigur von Grund auf infrage stellt und als Fallgruppe des Missbrauchs der Vertretungsmacht betrachtet.

1235 Z. B. RG, Urt. v. 19.10.1934 – II 85/34, RGZ 146, 84, 92, zu §§ 213, 215 HGB a. F. unter Berufung auf die einschlägige Rechtsprechung zu § 30 f. GmbHG; OLG Koblenz, Urt. v. 10.02.1977 – 6 U 847/75, DB 1977, 816, unter I.2. (Verpfändung von Bankguthaben); OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.1979 – 11 U 47/79, AG 1980, 273, 274 (Verpfändung von Aktien); OLG Hamburg, Urt. v. 23.05.1980 – 11 U 117/79, AG 1980, 275, 278 f. (Verpfändung eines Bankkontos).

1236 S. *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 369: Nur dann, »wenn die Tochtergesellschaft aufgrund vielfältiger Kreditaktivitäten das Insolvenzrisiko der Muttergesellschaft kalkulatorisch umlegen« könne, liege »ein erlaubtes »Drittgeschäft« vor«; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 1. Aufl., § 57 [Rn. 27](#); ferner wohl *Bayer*, in: MünchKommAktG, § 57 [Rn. 104 f.](#) (zur Rechtslage vor dem MoMiG): Die Sicherheitenbestellung an den Dritten stelle eine Vermögenszuwendung, dar, die »grundsätzlich gegen § 57« verstoße, »da die Aktiengesellschaft hier das Risiko der Insolvenz des Aktionärs« übernehme; »dieses Risiko würde sich die AG im Falle eines Dritten nie aufbürden«; *ders.* ebenda, [Rn. 105](#): »An diesem Ergebnis« ändere »auch die Zahlung einer üblichen Avalprovision nichts«. A. A. *Henze*, in: GK-AktG, Bd. 2, § 57 [Rn. 51](#) (Stand: 1.3.2000), der die Sicherheitenbestellung im Fall einer Avalprovision, die einem Drittvergleich standhält, für zulässig erachtet; *Lutter*, in: KK-AktG, 2. Aufl. 1988, § 57 [Rn. 75](#); auch *Westermann*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 57 [Rn. 12](#).

1237 So ausdrücklich *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 151.

pitalerhaltung« eine »bilanzielle Betrachtungsweise« als entscheidenden Maßstab vorgeben,¹²³⁸ wobei bei genauerer Betrachtung der Entstehungsgeschichte damit keineswegs gesagt werden soll, dass bilanzunwirksame Vermögenminderungen zugunsten der Gesellschafter nun immer zulässig wären.

- 589 592 Hintergrund dieser aus sich selbst heraus nicht verständlichen Neuregelung und ihres Pendantes in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist das allortens kritisierte »November«-Urt. v. 24.11.2003.¹²³⁹ Dort hatte der BGH festgestellt, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zulasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgten, »auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten« seien, »wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte«. Die »rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise«, die das Darlehen als bloßen Aktivtausch betrachte, greife »mit Rücksicht auf die Bedeutung des in § 30 Abs. 1 GmbHG verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz«. Der »Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung« verschlechtere »die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger«.¹²⁴⁰ Ausweislich der Regierungsbegründung zum MoMiG ist es Zweck des neuen § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (und des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG), die »erhebliche Rechtsunsicherheit für die Praxis«, die durch das »November«-Urteil für die »ökonomisch sinnvolle« Praxis des Cash Pooling entstanden ist, und die »in der Diskussion aufgeworfenen Sorgen der Praxis« in Bezug auf die Behandlung von Auszahlungen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt kompensiert werden, zu beseitigen.¹²⁴¹ Somit war es allein Absicht des Gesetzgebers klarzustellen, dass eine verbotene Auszahlung entgegen der Ansicht des BGH nicht schon im *Liquiditätsverlust* liegt, der mit einer Darlehensgewährung an den Gesellschafter oder mit einer Vorleistung im Rahmen eines Austauschvertrags verbunden ist – keineswegs ging es ihm darum, die bisher anerkannten Grundsätze des *Vermögensschutzes* zu beschränken.¹²⁴²
- 590 593 Für die kapitalerhaltungsrechtliche Behandlung von Sicherheiten, die die AG Dritten für Schulden eines Aktionärs bestellt, bedeutet dieses Verständnis zunächst einmal, dass sich die Änderungen durch das MoMiG bemerkbar machen, wenn bereits die Bestellung der Sicherheit als solche *liquiditätswirksam* ist (z. B. bei der Verpfändung eines Bankkontos) und schon allein *deshalb* bisher Gefahr lief, nach den Grundsätzen des »November«-Urteils als unzulässige Auszahlung qualifiziert zu werden. Dafür besteht wegen § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG inzwischen kein Anlass mehr, wenn und soweit die Sicherheitsleistung nicht gleichzeitig mit einem Vermögensverlust verbunden ist. Ein solcher Verlust könnte darin bestehen, dass die gewährte Sicherheit bei ihrer Inanspruchnahme durch den Dritten nicht durch einen »vollwertigen Rückgewähranspruch« in Gestalt des Freistellungs- oder Rückgriffsanspruchs (z. B. sicherheitsspezifisch gem. den §§ 1143, 774 Abs. 1, 775 BGB oder allgemein auftragsrechtlich gem. den §§ 670, 257 BGB) gegen den Aktionär »gedeckt« ist (§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG),¹²⁴³ er könnte sich bei vollwertigem Kompensationsanspruch aber auch auf den Betrag der ent-

1238 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 35, 41.

1239 BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72. Hierzu bereits oben [Rdn. 503](#), [508](#) und [510](#).

1240 BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, unter II.2.c.bb; in diese Richtung schon BGH, Urt. v. 21.09.1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, unter 5., juris-[Rn. 21](#), bezogen auf die Stundung der Entgeltforderung aus der Veräußerung von Grundstücken der GmbH: »Die Grundstücksübereignung selbst« sei »keine nach § 30 GmbHG unzulässige Leistung aus dem Stammkapital, vorausgesetzt, dass die Gesellschaft *sofort* eine vollwertige Gegenleistung« erhalten habe [Hervorhebung hinzugefügt].

1241 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

1242 Deutlich *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1301: »Nach wie vor« sei »es der AG generell [...] untersagt, Vermögen an ihre Mitglieder auszukehren, und ungeachtet der – insoweit überhaupt nicht einschlägigen – Neuregelung in §§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG« habe »es insoweit bei einer betont nicht-bilanziellen Betrachtungsweise zu bewenden, weshalb die Abgabe von Gesellschaftsvermögen zu einem unter dem tatsächlichen Wert liegenden Buchwert ebenso verboten« sei »wie die Abgabe werthaltiger, aber bilanziell nicht erfasster Gegenstände«.

1243 S. z. B. *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 151: Bei »aufsteigenden Sicherheiten« beziehe sich

gangenen Provision beschränken, sofern die AG ihrem Gesellschafter die Dienstleistung der Besicherung unentgeltlich hat zukommen lassen.

Ein weiterer, mittelbarer Effekt der Gesetzesänderungen könnte liquiditätswirksame und -unwirksame Sicherheiten gleichermaßen betreffen: Durch die Klarstellung, dass eine Auszahlung an den Gesellschafter durch einen (vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähr-) Anspruch (in entsprechender Höhe) gegen ihn kompensierbar ist, bringt das Gesetz gleichzeitig zum Ausdruck, dass das jeder Forderung gegen den Aktionär inhärente *abstrakte* Ausfallrisiko (Kreditrisiko) für sich genommen – also ohne Ansehen der konkreten Ausfallwahrscheinlichkeit – noch keine kapitalersatzrechtlich relevante Vermögensminderung im Vergleich zur gewährten Vorleistung (Darlehensvaluta, Gegenleistung) darstellt, auch wenn es grds. immer besser ist, das Geld schon bzw. noch zu besitzen und nicht bloß einen Anspruch auf dieses Geld; vielmehr ist es aus Sicht des Gesetzgebers offensichtlich denkbar, dass Forderungen gegen den Aktionär bei ausreichender Kreditwürdigkeit »vollwertig« sind, wobei das für die Vollwertigkeit erforderliche Maß der Kreditwürdigkeit noch zu konkretisieren ist. Der Gedanke eines effektiven Kapitalschutzes spricht auch hier gegen eine »bilanzielle« Betrachtung in dem Sinn, dass das Kreditrisiko für die Beurteilung der Vollwertigkeit eines Kompensationsanspruchs nur dann berücksichtigt werden soll, wenn es sich auch bilanziell niederschlagen würde,¹²⁴⁴ wobei im vorliegenden Kontext, wo der als Kompensationsanspruch in Betracht kommende Freistellungs- oder Rückgriffsanspruch bei Sicherheitenbestellung noch gar nicht entstanden und daher auch nicht bilanzierbar ist, ohnehin nur eine fiktive Aktivierung unterhalb des Nennwertes bzw. eine fiktive Abschreibung vom Nennwert in Betracht kommt.

Zwar sind bilanzrechtlich Einzelabwertungen bereits immer dann erforderlich, wenn dem Unternehmen Umstände bekannt werden, die den Schluss zulassen, dass die Forderungen »mit einem über das allgemeine Kreditrisiko hinausgehenden Risiko behaftet« ist.¹²⁴⁵ Bei diesem Ansatz ist die Abwertung jedoch anlassbezogen; die Bildung bonitätsbezogener Bewertungsgruppen entsprechend dem konkreten Ausfall- und Kreditrisiko (z. B. Länderrisiken), wie sie vom Bankenaufsichtsrecht her bekannt ist, ist zwar in Einzelfällen zulässig, aber nicht zwingend.¹²⁴⁶ Ob dies für die Zwecke des Ka-

das Vollwertigkeitsgebot »auf den Freistellungs- oder Rückgriffsanspruch, der der AG im Fall der Inanspruchnahme der Sicherheit gegenüber dem Aktionär« zustehe; *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1302. Einschränkend *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 801, 805, die – auf der Basis der zum alten Recht vertretenden Mm. – den vollwertigen Rückgriffsanspruch erst prüfen wollen, wenn im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung mit einer Inanspruchnahme der Sicherheit zu rechnen sei. Für die GmbH *Ekkenga*, in: MünchKommGmbHG, § 30 Rn. 140.

1244 So aber wohl allgemein zu den §§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (ohne Bezug zum Sonderfall der Besicherung) *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1301 (mit Blick auf den gesetzlichen Liquiditätsschutz der §§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG, 64 Satz 3 GmbHG, 130a Abs. 1 Satz 3 HGB, der dem Anliegen der §§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG wertungsmäßig in gewisser Weise widerspreche und durch den der *Autor* sich wohl zu einer zurückhaltenden Auslegung des Vollwertigkeitsbegriffs veranlasst sieht): Es sei »nicht zugänglich, an das Merkmal der ›Vollwertigkeit‹ höhere Anforderungen zu stellen, als sie sich aus dem Bilanzrecht ergeben« würden. In diese Richtung auch Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41: Der Entwurf kehre »eindeutig zum bilanziellen Denken zurück«. Für die »Berechnung« (wovon?) würden »die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze« gelten. Bei einer Leistung, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch gedeckt werde, werde »danach ein Aktivtausch vorgenommen«. Vgl. auch BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, juris-Rn. 13 (im Kontext des § 311 AktG): Maßstab für die Beurteilung der Vollwertigkeit der Darlehensforderung sei »eine vernünftige kaufmännische Beurteilung, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich« sei. S. auch den eingehenden Versuch, diesen Maßstab durch einen Rückgriff auf Ratings zu konkretisieren *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 57 Rn. 142 – 148.

1245 Z. B. *Kozikowski/Roscher*, in: BeckBilKom, § 253 Rn. 569.

1246 *Kozikowski/Roscher*, in: BeckBilKom, § 253 Rn. 572 f.

pitalschutzes, der ja anerkanntermaßen z. B. auch die bilanzunwirksame Ausschüttung stiller Reserven erfasst,¹²⁴⁷ ausreicht, darf bezweifelt werden.¹²⁴⁸

596-600 b) Folgerungen

- 593 596 Wie auch immer sich das konkrete Kreditrisiko auch im Einzelnen auf die Vollwertigkeit auswirken mag: Übertragen auf die Bestellung von *Sicherheiten* für Schulden des Aktionärs bedeutet die Erkenntnis von der Unbeachtlichkeit des *abstrakten* Ausfallrisikos, dass es jedenfalls nach neuem Recht wohl nicht mehr möglich sein dürfte, bereits die Übernahme des mit einer solchen Besicherung immer verbundenen abstrakten Kreditrisikos als verbotene Einlagenrückgewähr zu behandeln, unabhängig davon, ob das Geschäft den Anforderungen eines Drittvergleichs (z. B. marktübliche Avalprovision) standhält (s. Rdn. 590).
- 594 597 Entscheidend für die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, dürfte nach neuem Recht angesichts seiner ausdrücklichen »Rückkehr« zur vermögensmäßigen (»bilanziell« genannten) Betrachtung ungeachtet des zum alten Recht vertretenen Meinungsstreits nunmehr allein sein, ob die Gesellschaft die Sicherheit zu den gleichen Bedingungen auch für die Verbindlichkeit eines gesellschaftsfremden Dritten gewährt hätte.¹²⁴⁹ Die Existenz eines vollwertigen Freistellungs- oder Rückgriffsanspruchs gegen den Aktionär ist hierfür *nur eines* von vielen Beurteilungskriterien der i. R. d. Drittvergleichs anzustellenden Gesamtbetrachtung, was die im Schrifttum vertretene »ganz h. M.«¹²⁵⁰ verkennt, wenn sie entscheidend darauf abstellen will, ob der (zukünftige) Freistellungs- und Rückgriffsanspruch vollwertig i. S. d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG ist¹²⁵¹ und lediglich darüber streitet, ob die Vollwertigkeit nur dann zu prüfen ist, wenn zuvor auf einer ersten Prüfungsstufe festgestellt wurde, dass überhaupt in einem bilanzwirksamen Ausmaß (§ 249 Abs. 1 HGB) mit einer Inanspruchnahme der Gesellschaft zu rechnen ist.¹²⁵²

1247 Z. B. *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1293, m. w. N. (zur GmbH): Dass »im Stadium der Unterbilanz die bilanzielle Betrachtungsweise einzuschränken und es der Gesellschaft beispielsweise nicht gestattet« sei, »stille Reserven an die Gesellschafter auszukehren«, habe »schon seit langer Zeit herrschender Lehre« entsprochen.

1248 Im Ergebnis in diese Richtung wohl auch *Spliedt*, ZIP 2009, 148, 152: Die Sicherheitenbestellung für eine Schuld des Gesellschafters sei »der Sache nach [...] immer langfristig und deshalb mit den Worten des Rechtsausschusses mit einem besonderen Risiko verbunden«. Eine Vollwertigkeit werde »deshalb die Ausnahme bleiben«.

1249 Maßgebend ist dabei bereits das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, nicht erst – bei Realsicherheiten – das Erfüllungsgeschäft. Diesbezüglich ebenso *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1302: Nach Inkrafttreten des MoMiG sei »der mangelnden Bindung des Dritten an die Kapitalerhaltungsregeln dadurch Rechnung zu tragen, dass bereits bei Übernahme der Pflicht zur Stellung der Sicherheit zu prüfen« sei, »ob der Gesellschaft ein vollwertiger Befreiungs- oder Erstattungsanspruch gegen den begünstigten Gesellschafter« zustehe.

1250 So die Einschätzung von *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn. 59.

1251 Z. B. *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 785 (zur GmbH): »Maßgeblich« sei »die Werthaltigkeit der gegen den Gesellschafter bestehenden Regressforderung«; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 152; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 152; *Westermann*, in: Scholz, GmbHG-MoMiG, 2010, § 30 Rn. 32: Stelle »man mit der h. M. grundsätzlich auf die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit oder auf den Beststellungsakt ab«, so müsse »in diesem Zeitpunkt der Rückgriffsanspruch vollwertig sein«; zur GmbH *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 62: Die Zulässigkeit der »Übernahme von Risiken für den Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung« sei hänge nach § 30 Abs. 1 Satz 2 [GmbHG] davon ab, »ob der entsprechende Aufwendungsersatz- oder Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig« sei »und das Risiko« decke; *Ekkenga*, in: MünchKommGmbHG, § 30 Rn. 140.

1252 So z. B. einerseits *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289, 1295; *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 801, 805; *Wicke*, GmbHG, 1. Aufl., § 30 Rn. 12 (unter dem Eindruck der Gegenmeinung offener formulierend freilich *ders.*, ebenda, in 2. Aufl. 2011); andererseits *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 30 Rn. 137: »Auf die Prüfung des etwaigen Freistellungs- bzw Rückgriffsanspruchs« könne »nur verzichtet werden«, »wenn schon die Inanspruchnahme der Sicherheit aus der maßgeblichen ex-ante-Betrachtung zu 100 % ausgeschlossen werden« könne. S. auch *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn. 59: Er

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Sicherheitenbestellung einem Drittvergleich standhält, und in diesem Rahmen auch für die Beurteilung des Kreditrisikos bzw. der Werthaltigkeit des Freistellungs- und Ausgleichsanspruchs ist wie auch sonst bei der Beurteilung von Verkehrsgeschäften i. R. d. § 57 Abs. 1 AktG der Zeitpunkt, zu dem das Geschäft abgeschlossen, d. h. die Sicherungsvereinbarung getroffen wird.¹²⁵³ Das Risiko nachträglicher, bei Vertragsschluss nicht erkennbarer Verschlechterungen des Kreditrisikos trägt nicht der Vorstand, vielmehr liegt es bei der Gesellschaft und ihren externen Gläubigern. Dies gebietet schon der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss eindeutig und endgültig feststehen, ob das Geschäft zulässig ist oder nicht.¹²⁵⁴

Eine Einlagenrückgewähr (i. H. d. entgangenen Provision) dürfte – entgegen dem, was der Wortlaut des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG suggeriert – trotz eines vollwertigen Freistellungs- oder Rückgriffsanspruchs immer dann anzunehmen sein, wenn die Besicherung nicht marktgerecht vergütet wird. Schließlich sollte die neue Vorschrift gewisse »Auswüchse« der Rechtsprechung eindämmen, nicht aber das Grundkonzept der verdeckten Einlagenrückgewähr infrage stellen. Dieses Ergebnis lässt sich nicht nur teleologisch, sondern auch mit dem Gesetzeswortlaut belegen. Im Grunde ist weder der Freistellungs- noch der Rückgriffsanspruch (in Gestalt eines Aufwendungsersatzanspruchs oder der übergegangenen Hauptforderung) ein »Gegenleistungsanspruch« oder auch nur ein »Rückgewähranspruch«,¹²⁵⁵ wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich bei letzterem Tatbestandsmerkmal um kaum mehr als einen Versuch des Gesetzgebers handelt, den Darlehensrückgewähranspruch, auf den sich das »November«-Urteil des BGH bezog, zu verallgemeinern. Rückgriffsansprüche passen schon deshalb nicht, weil sie anders als Darlehensrückgewähransprüche nicht bereits im Zeitpunkt des Vermögensabgangs (Sicherheitenbestellung) entstehen und daher diesen in der Besiche-

enthält sich selbst einer Entscheidung dieses Streits, denn »beide Ansichten« würden sich im Ergebnis »selten unterscheiden«, weil ein vollwertiger Rückgriffsanspruch regelmäßig vorliegen werde, »wenn im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung mit keiner Inanspruchnahme zu rechnen« sei.

1253 Aus dem Blickwinkel der h. M., die (ausschließlich) auf die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs abstellen will, ähnlich *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn. 61, m. w. N.: Für die Beurteilung der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs komme es auf den Leistungszeitpunkt durch die Gesellschaft an. Nach h. M., der er sich bei Sicherheiten an »echte Dritte« anschließt, sei dies der Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung. S. auch *Habersack*, FS Schaumburg, 2009, S. 1291, 1302: I. R. d. §§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG maßgebend sei »allein, ob der Rückgewähr- oder Gegenleistungsanspruch im Zeitpunkt der Vorleistung durch die Gesellschaft vollwertig« sei. Für den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Sicherheit dagegen *Tillmann*, NZG 2008, 401, 404: Erst wenn Upstream-Sicherheiten in der Bilanz »erfolgswirksam« würden, könnten sie eine Auszahlung i. S. von § 30 GmbHG darstellen (u. a. unter Berufung BGH, Urt. v. 18.06.2007 – II ZR 86/06, BGHZ 173, 1, hierzu nachfolgende Fn. 71).

1254 Das BGH-Urt. v. 18.06.2007 (II ZR 86/06, BGHZ 173, 1) spricht entgegen dem ersten Anschein nicht gegen diese Feststellung. Dort führt das Gericht zwar aus, »ob bei der Einräumung dinglicher Sicherungen eine Wertminderung des Vermögens der die Sicherheit bestellenden Gesellschaft *bereits* infolge der dinglichen Belastung des Vermögensgegenstandes anzunehmen« sei, bedürfe »aus Anlass des vorliegenden Falles keiner abschließenden Klärung«, denn »eine »effektive« Zahlung an den Gesellschafter i. S. des § 30 Abs. 1 GmbHG« werde »*jedenfalls* durch den (späteren) Akt der Verwertung der Sicherheit bewirkt« [Hervorhebung durch *Verf.*]. Damit will es aber nicht etwa sagen, dass eine zunächst zulässige Sicherheitenbestellung durch eine Verwertung der Sicherheit nachträglich unzulässig werden kann. Vielmehr geht es im dortigen Kontext allein um den Beginn der fünfjährigen *Verjährungsfrist* gem. § 31 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 GmbHG i. d. F. bis 08.12.2004 (= § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG in der geltenden Fassung). Dieser knüpft zwar ebenso an den Begriff der »Zahlung« an wie die Ausschüttungsverbote nach § 30 Abs. 1 und 43 Abs. 3 GmbHG. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass das Auszahlungsverbot bereits den *Beginn* der Leistungshandlung erfasst, während der Rückerstattungsanspruch nicht entstehen kann, bevor der zurück verlangte Vermögenstransfer eingetreten ist. Hinzu kommt, dass es in der vorliegenden Entscheidung lediglich um die Zurückzahlung des an die Gesellschafter ausgeschütteten *Überschusses* aus der Verwertung der Sicherheit (Wertpapiere der GmbHG) ging, nicht aber um den Erlösanteil, mit dem die Gesellschafterverbindlichkeit befriedigt wurde.

1255 So aber die wohl ganz h. M., s. die Nachweise oben Fn. 68 und 69 zu [Rdn. 597](#).

zung *als solcher* (unter Berücksichtigung des Kreditrisikos) liegenden Vermögenstransfer an den Aktionär gar nicht zu kompensieren vermögen.

597 600 Ebenso ist es umgekehrt – hier schon vom Wortlaut des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG gedeckt – denkbar, dass eine Besicherung selbst dann mit § 57 Abs. 1 AktG vereinbar ist, wenn der zukünftige Freistellungs- und Rückgriffsanspruch bereits im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung mit einem relevanten Ausfallrisiko belastet ist und den Wert der Sicherheit – selbst nach fiktiven bilanziellen Kriterien – schon *ex ante* nicht erreicht, vorausgesetzt, die Übernahme des Ausfallrisikos wird marktgerecht vergütet.

601-603 c) *Faktischer Konzern*

598 601 Im faktischen Konzern werden die Kapitalschutzvorgaben des § 57 AktG durch das aus § 311 Abs. 1, 2 AktG folgende, an das herrschende Unternehmen gerichtete Verbot verdrängt, die abhängige AG zu für sie nachteiligen Rechtsgeschäften oder sonstigen Maßnahmen zu veranlassen, ohne diese Nachteile auszugleichen.¹²⁵⁶ Gleichwohl wird auch hier, jedenfalls nach Inkrafttreten des MoMiG, kein anderer Maßstab für die Frage der Zulässigkeit der Bestellung einer Sicherheit zugunsten eines herrschenden Unternehmens anzulegen sein, als soeben dargestellt.

599 602 Für § 311 Abs. 1 AktG hat der BGH mit Blick auf den Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 Abs. 2 Satz 2 AktG bereits ausdrücklich anerkannt, dass das abstrakte Kreditrisiko des herrschenden Unternehmens (z. B. einer an der AG mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft) für sich genommen, also ungeachtet der konkreten Ausfallwahrscheinlichkeit, keinen ausgleichspflichtigen »Nachteil« darstellt (vgl. zur entsprechenden Frage bei § 57 Abs. 1 AktG oben a. und b., [Rdn. 594 ff.](#), [596 ff.](#)) und dass es daher unzulässig wäre, jedes ungesicherte Darlehen an das herrschende Unternehmen als »nachteiliges Rechtsgeschäft anzusehen«.¹²⁵⁷ Der BGH verlangt in Bezug auf das *Kreditrisiko* für die Annahme eines nachteiligen Rechtsgeschäfts daher eine »konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft«¹²⁵⁸ und will dazu in Anlehnung an § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG auf die »Vollwertigkeit« des Darlehensrückzahlungsanspruchs abstellen.

600 603 Erst recht (oder zumindest in gleicher Weise) muss diese Beurteilung für das Kreditrisiko gelten, dem sich die abhängige AG aussetzt, wenn sie eine Forderung des herrschenden Unternehmens ggü. Dritten besichert. Ebenso wie bei § 57 Abs. 1 AktG wäre es aber auch bei § 311 AktG falsch, die Zulässigkeit einer Besicherung zugunsten des herrschenden Unternehmens (ohne besonderen Nachteilsausgleich) *allein* am Kriterium der Vollwertigkeit des Freistellungs- und Ausgleichsanspruchs festzumachen.¹²⁵⁹ Entscheidend ist auch hier, ob das Sicherungsgeschäft bei einer Gesamtbetrachtung aller Kriterien (ggf. einschließlich der Höhe der Avalprovision) im Zeitpunkt seiner Vornahme¹²⁶⁰ einem Drittvergleich standhält. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

1256 Z. B. BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, [juris-Rn. 11](#) (»eine die §§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG verdrängende Spezialregelung«).

1257 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, »MPS«, [juris-Rn. 11](#), m. w. N. aus dem Schrifttum: § 311 AktG lasse einen »zeitlich gestreckten Ausgleich in der Weise zu, dass der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs ausgeglichen oder aber bis dahin der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf künftigen Nachteilsausgleich eingeräumt« werde. »Damit unvereinbar wäre es, in jedem ungesicherten upstream-Darlehen der abhängigen Gesellschaft ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft zu sehen«.

1258 BGH, Urt. v. 01.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, [juris-Rn. 10](#).

1259 So aber z. B. *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, § 311 [Rn. 262](#) (mit Blick auf § 57 Abs. 1 Satz 2 AktG): »Danach« sei »die Gewährung von Sicherheiten im Rahmen des Cash Pooling vom Gesetzgeber zugelassen worden, solange die Inanspruchnahme nicht« drohe »oder Rückgriffsansprüche vollwertig« seien.

1260 S. *Hüffer*, AktG, § 311 [Rn. 28](#), m. w. N.: Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts oder der sonstigen Maßnahme sei der Zeitpunkt ihrer Vornahme.

d) Besicherung mit Kapitalerhaltungsabrede (»Limitation Language«) im Recht der AG?

604-605

Die Vereinbarung einer bei Kreditsicherungsgeschäften in der GmbH-Praxis weitverbreiteten Kapitalerhaltungsabrede (sog. *Limitation Language*) kann sich auch bei AGen empfehlen, weil sie Aktionäre (§ 62 Abs. 1 AktG) und Geschäftsleiter (§ 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 AktG) vor einer erst nachträglich erkannten Haftung wegen verbotener Einlagenrückgewähr bewahren kann. Dies gilt umso mehr, weil ein möglicher Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot im Verhältnis zwischen AG und Gläubiger des Aktionärs (= Sicherungsnehmer) im Hinblick auf die Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung in aller Regel ohne Auswirkung bleibt (dazu sogleich **Rdn. 606**). 604 601

Entsprechende Klauseln in der Sicherungsabrede im Fall einer GmbH sehen *zulasten des Sicherungsnehmers* vor, dass die Verwertung der Sicherheit nur zulässig ist, wenn dies nicht dazu führt, das Stammkapital der Gesellschaft (i. S. einer Unterbilanz) anzugreifen.¹²⁶¹ Bei der AG müssten solche Klauseln in der Sicherungsabrede zwischen AG und Gläubiger des Aktionärs dahin gehend formuliert werden, dass sie dem Gläubiger die Verwertung der Sicherheit untersagen bzw. ihn zur Rückerstattung des Erlangten verpflichten, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Besicherung eine verbotene Einlagenrückgewähr war. Denkbar wäre auch eine Klausel, die den Willen der Vertragsparteien zum Ausdruck bringt, die Besicherung zu marktüblichen Bedingungen durchzuführen. 605 602

e) Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung

606

Die Kapitalerhaltungsvorgaben in § 57 AktG betreffen grds. nur das Verhältnis zwischen AG und Aktionär, Dritte sind hierin nicht einbezogen. Im Fall eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften durch die Besicherung ist daher die Wirksamkeit der Sicherungsvereinbarung mit dem außenstehenden Sicherungsnehmer – regelmäßig einer Bank – in aller Regel nicht betroffen. Nichtig nach § 138 BGB ist eine Sicherheitenbestellung, die zur unerlaubten Einlagenrückgewähr führt aber jedenfalls dann, wenn der Sicherungsnehmer mit dem darlehensnehmenden Gesellschafter bewusst zum Schaden der Gesellschaft oder deren Gläubiger (kollusiv) zusammenwirkt.¹²⁶² Für eine Nichtigkeit gem. § 134 BGB¹²⁶³ sowie den Grundsätzen vom Missbrauch der Vertretungsmacht¹²⁶⁴ wird man es darüber hinaus genügen lassen, wenn dem Gläubiger bekannt ist bzw. wenn es für ihn evident ist, dass die AG keine ausreichende Kompensation für ihre Sicherheitsleistung erhält. 606 603

2. Besicherung von Aktionärsdarlehen

607

Insolvenzrechtliche Probleme kann die Bestellung einer Gesellschaftssicherheit für ein Darlehen des Aktionärs an die Gesellschaft selbst aufwerfen. Denn nicht nur die Tilgung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO), sondern bereits die Sicherheitenbestellung unterliegt der Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Folglich kann der Gesellschafter kein Absonderungsrecht in Bezug auf die Gesellschaftssicherheit erlangen, wenn sie innerhalb von 10 Jahren vor Insolvenzantrag bestellt wurde. In diesem Fall verbleibt ihm nur die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangige Forderung gegen die In- 607 604

1261 Eingehend zur »Limitation Language« *Kollmorgen/Santemann/Weiß*, BB 2009, 1818; *Desch*, in: *Bunne- mann/Zirngibl*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 7 **Rn. 128 ff.**

1262 Z. B. BGH, Urt. v. 19.03.1998 – IX ZR 22/97, BGHZ 138, 291, juris-**Rn. 33**, m. w. N.

1263 S. z. B. *Hütter*, AktG, § 58 **Rn. 24** (allerdings ohne ausdrücklichen Bezug zur Besicherung): Bei Einlagenrückgewähr durch Leistungen an Dritte sei Nichtigkeit des Erwerbs bei »Kenntnis des Dritten« anzunehmen. Im Ergebnis wie hier, allerdings mit § 138 BGB (Fallgruppe der Gläubigergefährdung) argumentierend *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 365 f. (zur GmbH): »Wenn dem Kreditgeber das Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Sicherungsgeber bekannt« sei und er »sich leichtfertig der Erkenntnis« verschließe, »dass die Besicherung das Stammkapital der Sicherungsgeberin angreifen« könne, treffe »§ 138 BGB sowohl den Sicherungsvertrag als auch die Bestellung der dinglichen oder schuldrechtlichen Sicherheit«.

1264 Zur Anwendbarkeit der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht im Kontext des § 57 AktG z. B. *Cahn/v. Spannenberg*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 57 **Rn. 99**.

solvenzmasse. Die Sicherheit ist dagegen insolvenzfest, wenn ihre Bestellung schon länger als 10 Jahre zurückliegt. Die Sicherheitenbestellung kann außerdem nicht angefochten werden, wenn für den Aktionär das Sanierungs- oder das Kleinbeteiligungsprivileg (vgl. oben B., **Rdn. 279 ff.** und **Rdn. 283**) aus § 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO gilt. Dies folgt aus der Verweisung des § 135 Abs. 1 InsO auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Im Fall des Kleinbeteiligungsprivilegs gilt die Ausnahme gleichwohl nur, wenn der Aktionär innerhalb der zehnjährigen Anfechtungsfrist zu keiner Zeit eine höhere Beteiligung als die in § 39 Abs. 5 InsO als Grenze bestimmten 10 % des Haftkapitals der Gesellschaft gehalten hat.¹²⁶⁵

608-638

F. Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital (insb. Debt-Equity-Swaps)

Schrifttum:

Bauer/Dimmling: Endlich im Gesetz (entwurf): Der Debt-Equity-Swap, NZI 2011, 517; *Büttner/Aigner*, Sieg der Vernunft: Notleidende Darlehensforderungen sind abtretbar, BB 2005, 119; *Cahn/Simon/Theiselmann*, Debt Equity Swap zum Nennwert!, DB 2010, 1629; *dies.*, Nennwertanrechnung beim Debt Equity Swap! Replik zu Prof. Dr. Ekkenga, DB 2012 S. 331, DB 2012, 501; *Ekkenga*, Sachkapitalerhöhung gegen Schuldbe freiung, ZGR 2009, 581; *ders.*, Neuerliche Vorschläge zur Nennwertanrechnung beim Debt-Equity-Swap – Erkenntnisfortschritt oder Wiederbelebungsversuche am untauglichen Objekt?, DB 2012, 331; *Karollus*, Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital – eine verdeckte Sacheinlage?, ZIP 1994, 589; *Kleindiek*, Debt-Equity-Swap im Insolvenzverfahren, FS Hommelhoff, 2012, S. 543; *Oelke/Wöhlert/Degen*, Debt Mezzanine Swap – Königsweg für die Restrukturierungsfinanzierung?, BB 2010, 299; *Paape*, Die Regeln des Eigenkapitalersatzes beim Debt-Equity-Swap, DZWiR 2009, 9; *Priester*, Debt-Equity-Swap zum Nennwert?, DB 2010, 1445; *Redeker*, Kontrollerwerb an Krisengesellschaften: Chancen und Risiken des Debt-Equity-Swap, BB 2007, 673; *Scheunemann/Hoffmann*, Debt-Equity-Swap Steuerliche Strukturierung und zivilrechtliche Rahmenbedingungen, DB 2009, 983; *von Sydow/Beyer*, Erwerb von notleidenden Krediten und anschließende Kapitalerhöhung mit Sacheinlage, AG 2005, 635.

- ⁶⁰⁵ **608** »Debt-Equity-Swaps« nennt man Konstruktionen, mit denen man eine (Darlehens) Forderung in eine Beteiligung an der Schuldnergesellschaft, also Fremd- in Eigenkapital umwandelt (vgl. § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO: »Umwandlung« von »Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner«¹²⁶⁶). Sie dienen auf der einen Seite als Sanierungsinstrument für wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen¹²⁶⁷ und ermöglichen es auf der anderen Seite Investoren, sich durch den Erwerb von (meist kündbaren) Darlehen Einfluss zu erlangen. Die Kündigungsmöglichkeit verleiht ihnen eine starke Verhandlungsposition bei der Durchsetzung ihres Sanierungsplans (mit Anteilerwerb), zu dessen Durchführung i. d. R. die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist.¹²⁶⁸

609-616

I. Praktische Bedeutung

- ⁶⁰⁶ **609** Großflächig zeigt sich heute das Phänomen, dass Banken Risiken nicht mehr ausschließlich selbst tragen, sondern weitergeben.¹²⁶⁹ Im Rahmen dieser Praxis, die maßgeblich zur jüngsten weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise beigetragen hat, verkaufen Banken u. a. Kredite, die zum Zeitpunkt der Übertragung bereits gekündigt oder zumindest kündbar sind (sog. »non-performing-loans«,

¹²⁶⁵ *Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 36. Lfg., 5/09, § 135 **Rn. 11**.

¹²⁶⁶ Hierzu Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31, zu § 225a InsO: »Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap)«.

¹²⁶⁷ Für die Sanierung angeschlagener Kreditinstitute s. nun ausdrücklich § 9 (»Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital«) des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten (KredReorG) i. d. F. des RegE v. 27.09.2010, BT-Drucks. 17/3024, S. 9 ff.; dazu die Begr. (ebenda, S. 50): »In Fachkreisen« werde »die erleichterte Zulassung eines Debt-Equity-Swaps [durch das Gesetz] als wichtigstes Mittel für ein attraktives Sanierungsverfahren eingestuft«.

¹²⁶⁸ Näheres hierzu z. B. bei *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 581 f.; *von Sydow/Beyer*, AG 2005, 635, 639.

¹²⁶⁹ So z. B. auch *Paape*, DZWIR 2009, 9, 9; *Weitnauer*, BKR 2009, 18, 18).

NPLs),¹²⁷⁰ mit hohen Abschlägen an Investoren, die meist das Ziel verfolgen, Anteile an den Schuldnerunternehmen zu erwerben und deren Wert dann über eine gezielte Sanierung zu erhalten bzw. zu steigern, bis sie die Anteile am Ende gewinnbringend wieder veräußern können.

Im »Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz – KredReorgG)« v. 09.12.2010¹²⁷¹ und ein Jahr später auch für Nicht-Kreditinstitute im »Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)« v. 7.12.2011¹²⁷², Letzteres mit Wirkung v. 1.3.2012 und erheblich größerer praktischer Bedeutung, hat der deutsche Gesetzgeber der Rechtstechnik des Debt-Equity-Swap nun auch, beschränkt auf das Reorganisations(plan)- bzw. das allgemeine Insolvenzplanverfahren, das quasi-amtliche »Siegel« eines anerkannten Sanierungsinstruments verliehen (§ 225a Abs. 2 InsO n. F.; § 9 KredReorgG) und, materiellrechtlich im Wesentlichen entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Maßgaben (s. aber **Rdn. 633**), zum Gestaltungsinstrument des Insolvenzplans (Reorganisationsplans) erhoben, wobei sichergestellt ist, dass kein Gläubiger gegen seinen Willen den Austausch seiner Darlehensforderung gegen eine (bzw. gebräuchlicher: deren »Umwandlung« in eine) Beteiligung an der Gesellschaft hinzunehmen hat (§ 225a Abs. 2 Satz 2 InsO n. F.; § 9 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG).¹²⁷³ Die Begründung des Regierungsentwurfs zum ESUG betont, die Gesetzesänderung entspreche »den Bedürfnissen der Praxis«. ¹²⁷⁴ »Künftig« solle »die strikte Trennung von Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht überwunden werden«. Es solle »im Interesse einer Optimierung der Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens zulässig sein, in einem Insolvenzplan Kapitalmaßnahmen vorzusehen, insbesondere die Umwandlung von Forderungen in Gesellschaftsanteile – den so genannten Debt-Equity-Swap«. Diese Umwandlung sei »ein wichtiges Instrument zur Sanierung von Unternehmen, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten« seien.¹²⁷⁵ Eine gewisse, letztlich nicht durchschlagende Skepsis kommt freilich im Beschluss des Deutschen Bundestages v. 27.10.2011 zum ESUG zum Ausdruck, wo es heißt: »Teilweise wird jedoch auch die Befürchtung geäußert, Hedgefonds oder vergleichbare Akteure könnten gezielt Forderungen aufkaufen, um so die Herrschaft über das Schuldnerunternehmen zu erlangen mit dem Ziel, nicht gerechtfertigte Sondervorteile für sich zu erreichen, auch um den Preis einer erneuten Existenzgefährdung des Unternehmens. Dies würde letztlich auch zulasten der im Schuldnerunternehmen tätigen Arbeitnehmer gehen«. ¹²⁷⁶ Hierauf gestützt wird die Bundesregierung in diesem Beschluss dazu aufgefordert, unverzüglich nach dem Ablauf von fünf Jahren nach dem 1.3.2012 dem Deutschen Bundestag Bericht darüber zu erstatten, »[i]n welchem Umfang [...] Forderungen in Eigenkapital umgewandelt« wurden, und ob »dieser Debt-Equity-Swap im nennenswerten Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht« hat, »die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben«. ¹²⁷⁷

1. Funktionsweise

611-612

Bei einem »klassischen« sog. Debt-Equity-Swap wird die Darlehensforderung des Darlehensgebers (Investors), der (Alt-) Gesellschafter oder Nichtgesellschafter sein kann, im Rahmen einer Kapitalerhöhung, insb. aufgrund genehmigten Kapitals, mit Bezugsrechtsausschluss (§§ 202 ff. AktG) als

1270 Näher hierzu *Büttner/Aigner*, BB 2005, 119 ff.

1271 BGBl. I 2010, S. 1900.

1272 BGBl. 2011, I S. 2582, berichtet S. 2800.

1273 Auf die Zustimmung der bisherigen Aktionäre wird es gem. dem Obstruktionsverbot des § 245 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. § 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO demgegenüber regelmäßig nicht ankommen.

1274 Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31. S. auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/5712, S. 55: Der Debt Equity Swap könne »in der Zukunft ein zentrales Element für die Sanierung von Unternehmen im Rahmen eines Insolvenzplans darstellen«.

1275 S. Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 18 (Allgemeiner Teil).

1276 Beschluss entsprechend lit. a (unter I.) der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/7511, S. 4.

1277 Beschluss des Deutschen Bundestags entsprechend der lit. a (unter II.) der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/7511, S. 5.

(Sach-) Einlage in die Schuldnergesellschaft eingebracht. Diese effektive Kapitalerhöhung durch Sacheinlage wird dabei i. d. R. kombiniert mit einer vorausgehenden, meist im vereinfachten Verfahren nach den §§ 229 ff. AktG erfolgenden, nominellen Kapitalherabsetzung, bei der das nominelle Grundkapital dem durch Verluste geminderten Realvermögen angeglichen wird (sog. Kapitalschnitt), damit der Investor ohne Verstoß gegen das Verbot der Unterpriemission (§ 9 Abs. 1 AktG) Anteile erhalten kann, die im Wert seiner eingebrachten Darlehensforderung entsprechen.¹²⁷⁸ Die als Sacheinlage im Wege der Abtretung (§ 398 BGB) eingebrachte Darlehensforderung gegen die Gesellschaft erlischt durch Konfusion. Alternativ kann der Investor die Forderung auch durch Erlassvertrag mit der Gesellschaft (§ 387 BGB) zum Erlöschen bringen.¹²⁷⁹ Der Beitrag des Darlehensgläubigers und neuen Gesellschafters besteht also darin, dass er in der Bilanz Aktiva frei werden lässt, die zuvor durch das nun weggefallene Passivum neutralisiert wurden.¹²⁸⁰

608 612 Eine andere mögliche Ausgestaltung eines Debt-Equity-Swap sieht so aus, dass Altgesellschafter einen Teil ihrer (nahezu wertlosen¹²⁸¹) Anteile direkt auf den Investor übertragen und dieser im Gegenzug durch Erlassvertrag (§ 387 BGB) auf seine Darlehensforderungen gegen die Gesellschaft verzichtet. Weitere, dem Debt-Equity-Swap ähnliche Ausgestaltungen könnten etwa eine Barkapitalerhöhung vorsehen, bei der die Gesellschaft die Bareinlage für die Rückzahlung des Darlehens verwendet oder ihre Einlageforderung gegen die Forderung des Gesellschafters aufrechnet (hierzu weiter unten **Rdn. 634**).

613-616 2. Vor- und Nachteile im Rahmen eines Debt-Equity-Swap

609 613 Die Durchführung eines Debt-Equity-Swap bringt Vorteile und Chancen, aber auch Nachteile und Risiken für die beteiligten Parteien mit sich. Für die (i. d. R. sanierungsbedürftige) Schuldnergesellschaft verringert sich durch die Maßnahme die Zinsbelastung, wodurch die Liquiditätsreserven geschont werden. Außerdem ergibt sich eine günstigere Bilanzstruktur, da die Eigenkapitalquote bei gleichzeitiger Verringerung der Summe der Verbindlichkeiten erhöht wird. Insgesamt verbessert sich die Bonität der Gesellschaft, was sich ggf. auf deren Ratings auswirken kann. Darüber hinaus bringt der Neugesellschafter mit der Übernahme unternehmerischer Verantwortung meist wertvolles Know-how in Bezug auf die anstehende Restrukturierung mit ein.

610 614 Die Kehrseite der Medaille trifft vor allem die Altaktionäre. Sie verlieren Einfluss in ihrer Gesellschaft an den Investor und neuen Mitgesellschafter. Daneben treffen sie unmittelbare wirtschaftliche Nachteile, wenn sie durch die nominelle Kapitalherabsetzung die bisherigen Verluste des Unternehmens endgültig realisieren. Ihr Anteil an den stillen Reserven des Unternehmens, soweit vorhanden, verringert sich ebenfalls. Ein praktisches Problem liegt oftmals in der Koordinierung der Aktionärsinteressen bei der Festlegung der mittel- und langfristigen Strategien. Während die Altaktionäre eher auf eine unbefristete erfolgreiche Fortführung des Unternehmens aus sind, verfolgen Sanierungsinvestoren auf längere Sicht meist eine »Exit«-Strategie.

1278 Hierzu auch *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 591 f.; *Paape*, DZWIR 2009, 9 (9).

1279 Vgl. auch ausdrücklich Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31, zu § 225a InsO-E: Die »technische Umsetzung« der »Umwandlung einer Forderung in Eigenkapital« erfolge »üblicherweise durch eine Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung, wobei die Forderung als Sacheinlage eingebracht« werde. Die Einbringung erfolge »entweder durch eine Forderungsübertragung, wobei die Forderung durch Konfusion erlischt, oder durch einen Erlassvertrag«.

1280 Hierzu auch *Redeker*, BB 2007, 673, 674; OLG Schleswig, Urt. v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 566, juris-Rn. 79 (zur GmbH): Durch eine solche Umwandlung von »Fremdkapital in Eigenkapital« entfalle »ein entsprechendes Passivum, was einer Kapitalzufuhr« gleichstehe.

1281 Vgl. Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32, zur Möglichkeit, entsprechend der Ermächtigung des § 225a Abs. 2 InsO-E im Insolvenzplan die Einziehung von Anteilen vorzusehen, für die ggf. eine angemessene »finanzielle Kompensation« zu gewähren und gem. § 251 Abs. 3 InsO-E im gestaltenden Teil des Plans bereitzustellen sei: Im Insolvenzverfahren sei »regelmäßig von einer Wertlosigkeit der Anteile auszugehen«.

Aus Sicht des Investors stellen sich die Chancen und Risiken eines Debt-Equity-Swap naturgemäß anders dar. Die Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmens bietet die Möglichkeit eines günstigen Anteilsanwerbs. Mit der Beteiligung einher geht ein wachsender Einfluss auf die Gesellschaft. Gelingt die Sanierung, kann der Investor seine Anteile später gewinnbringend verkaufen.¹²⁸² Dieser Chance stehen das Risiko des Scheiterns der Sanierung und damit das Risiko einer verlustreichen Investition ggü. Hinzu kommen rechtliche Risiken für den Investor. Beim Eintritt in börsennotierte AGen sind übernahmerechtliche Aspekte zu bedenken, auf die nachfolgend nicht näher eingegangen wird. So muss bei Erreichen der Kontrollschwelle von 30 % nach § 35 Abs. 2 WpÜG ein Pflichtangebot erfolgen, womit regelmäßig hohe Kosten verbunden sind. Hierbei können dem Investor ggf. unter dem Gesichtspunkt eines abgestimmten Verhaltens (»acting in concert«) Stimmrechte von Mitaktionären zuzurechnen sein (§ 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG).

Ebenfalls zu berücksichtigen sind ggf. ertragsteuerliche Nachteile des Debt-Equity-Swap für die Gesellschaft. Genannt werden diesbezüglich die Steuerpflichtigkeit von Sanierungsgewinnen seit der Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG a. F. (hierzu oben Teil C, Rdn. 456) und der mögliche Untergang von Verlust- und Zinsvorträgen nach der Mantelkaufregelung des § 8c KStG, soweit der Debt-Equity-Swap die engen Voraussetzungen der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG nicht erfüllt.¹²⁸³ Die Behauptung, der Debt-Equity-Swap führe zu einem (steuerpflichtigen) Ertrag in Höhe des nicht werthaltigen Teils der eingebrachten Darlehensforderung,¹²⁸⁴ ist allerdings nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Zwar wird auf der Passivseite der Bilanz der Wegfall der zum Nennwert angesetzten Verbindlichkeit (§ 266 Abs. 3, C.6.-8 HGB) nur maximal in Höhe des Realwertes der Forderung durch einen Zuwachs des Postens »Gezeichnetes Kapital« (§ 266 Abs. 3, A. I. HGB) ausgeglichen (unten Rdn. 627 f.). Ein ertragswirksames Absinken des Gesamtbetrags der Passiva wird aber dadurch verhindert, dass die Differenz in die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 1) einzustellen ist (unten Rdn. 629), die nach § 270 HGB bereits bei Aufstellen der Bilanz zu bilden ist. Diese Vorschrift gilt nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, 5 Abs. 1 Satz 1 EStG auch für die Steuerbilanz.¹²⁸⁵ Nachfolgend (Rdn. 617 ff.) wird der aktienrechtliche Rahmen von Debt-Equity-Swaps näher beleuchtet.

II. Aktienrechtlicher Rahmen

617-638

1. Sacheinlagefähigkeit von Gesellschafterforderungen und Zulässigkeit von Sacheinlagen bei Kapitalschnitt

617

Darüber, dass es grds. möglich ist, als Inferent eigene Forderungen gegen die Gesellschaft aus Darlehen oder sonstigem Rechtsgrund als Sacheinlage in eine AG – sei es bei der Gründung oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung – einzubringen, besteht heute kein Zweifel mehr.¹²⁸⁶ Auch i. R. d. bei Debt-Equity-Swaps typischerweise durchgeführten sog. »Kapitalschnitts« (oben Rdn. 611) sind

617 612

1282 S. dazu die Befürchtungen des Deutschen Bundestages vor »grob egoistischen Strategien«, die sich »letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer« auswirken, BT-Drucks. 17/7511, S. 4 f. (oben Rdn. 610).

1283 Zu beiden Aspekten *Oelke/Wöhlert/Degen*, BB 2010, 299, 299 f.

1284 So etwa *Oelke/Wöhlert/Degen*, BB 2010, 299, 299, unter Berufung auf »*Scheunemann/Hoffmann*, DB 2009, 983«, die sich allerdings nicht zu bilanziellen Details äußern (s. gleich nachfolgend): Bei Durchführung des Debt-Equity-Swap entstehe »regelmäßig ein steuerpflichtiger Ertrag« Erfolge der Swap »durch Einlage der Forderung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB«, entstehe »auf Ebene der Gesellschaft ein betrieblicher Ertrag in Höhe des nicht werthaltigen Teils der eingebrachten Darlehensforderung«; *Scheunemann/Hoffmann*, DB 2009, 983, 985: »Der Bestimmung des Teilwertes und somit der Werthaltigkeit der Darlehensforderung« komme beim Debt-Equity-Swap besondere Bedeutung zu, da es i. H. des nicht werthaltigen Teils der Darlehensforderung zu einem grds. steuerwirksamen Ertrag auf der Ebene der Gesellschaft [...] (sog. Sanierungsgewinn)« komme.

1285 Z. B. *Förschle/Taetzner/Kozikowski/Kreber*, in: BeckBilKomm, § 270 Rn. 22.

1286 BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 60, unter A. V.2. Dass der »Erlass von Gesellschaftsverbindlichkeiten als feststellbarer wirtschaftlicher Wert grundsätzlich einlagefähig« sei, stehe »außer Zweifel«; *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 588: In den §§ 194 Abs. 3, 205 Abs. 5 AktG werde sie als selbst-

Sacheinlagen nicht ausgeschlossen. Zwar sind Kapitalschnitte denkbar, bei denen das Grundkapital vorübergehend unter den gesetzlichen Mindestnennbetrag von 50.000 € (§ 7 AktG) herabsinkt, sodass nach dem Wortlaut von § 228 Abs. 1 i. V. m. § 229 Abs. 3 AktG bei der anschließenden Kapitalerhöhung eine Festsetzung von Sacheinlagen unzulässig ist. Nach heute einhelliger Ansicht¹²⁸⁷ gilt diese Beschränkung aber aufgrund ihres Telos nur so weit, wie die Einlage zum Erreichen des Mindestnennbetrags erforderlich ist. Wird dieser also bei der Kapitalherabsetzung vorübergehend unterschritten, muss die zugleich beschlossene anschließende Kapitalerhöhung in bar erfolgen, bis der Mindestnennbetrag wieder erreicht ist, und darf nur darüber hinaus Sacheinlagen vorsehen, sodass dann insgesamt eine gemischte Einlage erbracht wird. Soweit sie also nicht zum Ausgleich einer unterschrittenen gesetzlichen Mindestgrundkapitalziffer erforderlich ist, kann eine Forderung gegen die AG auch im Rahmen eines Kapitalschnitts eingebracht werden.

618-626 2. Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen

613 618 Neben § 228 Abs. 1 AktG (oben **Rdn. 617**) sollten Investoren bei der Durchführung eines Debt-Equity-Swap immer die Restriktionen des insolvenz- bzw. – bis zum MoMiG – auch aktienrechtlichen Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen (ausführlich oben B., **Rdn. 159 ff.**) im Auge behalten. Es könnte sich in zweierlei Hinsicht auswirken: zum einen bei der Frage, ob die Einbringung der Darlehensforderung als Sacheinlage an ihrer Verstrickung scheitert, und zum anderen im Hinblick auf das Schicksal von etwaigen Restforderungen, die dem Investor nach Durchführung des Swap verbleiben könnten.

619-622 a) Verstrickung der Forderung

614 619 War die Darlehensforderung bereits im Zeitpunkt ihres Erwerbs durch den Investor verstrickt, weil der Kreditgeber Gesellschafter war und – soweit diese Voraussetzung wegen Anwendbarkeit des alten Eigenkapitalersatzrechts (oben B., **Rdn. 162 ff.**) nicht ausreichte – weil er zusätzlich das Darlehen erst in der Krise (**Rdn. 185**) gewährt oder in der Krise zurechenbar stehen gelassen hat, bleibt diese Verstrickung auch in der Person des Investors als *Rechtsnachfolger* bestehen (oben **Rdn. 271**).

615 620 Ebenfalls zu einer Verstrickung der Darlehensforderung in der Person des Investors kommt es, wenn dieser – was regelmäßig der Fall sein wird – die Forderung *im Hinblick* auf seine zukünftige Gesellschafterstellung erwirbt (oben **Rdn. 272**),¹²⁸⁸ selbst wenn er seine Forderung nachfolgend in dem Moment wieder durch Konfusion oder Erlass verliert, in dem er durch Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung (§ 189 AktG) Gesellschafter wird.¹²⁸⁹ Nach altem Recht ist hier wieder zusätzlich vorzusetzen, dass sich die Gesellschaft bei Erwerb der Darlehensforderung in der Krise befindet (was beim Kauf notleidender Darlehen regelmäßig der Fall sein wird) oder dass sie bis zur Durchführung des Debt-Equity-Swap in die Krise gerät und der Investor das Darlehen dann (im Hinblick auf seine zukünftige Gesellschafterstellung) zurechenbar stehen lässt.

verständlich vorausgesetzt. S. auch Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31: Es sei »allgemein anerkannt, dass auch Forderungen, die gegen die Gesellschaft selbst gerichtet« seien, »einlagefähig« seien.

1287 Z. B. *Hüffer*, AktG, § 228 **Rn. 3**; *Oechsler*, in: MünchkommAktG, § 228 **Rn. 7**; *Ekkenga*, in ZGR 2009, 581, 592.

1288 Zusätzlich zu den oben wiedergegebenen Nachweisen s. *Paape*, DZWIR 2009, 9, 12, speziell zu Debt-Equity-Swaps (mit im Einzelnen allerdings nicht ganz klaren Differenzierungen).

1289 Vgl. zur Wirkungsweise der Umwandlung des Darlehens in eine (GmbH-) Beteiligung OLG Schleswig, Urt. v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 566, juris-**Rn. 80** (im Rahmen einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage einer Darlehensforderung): »Erlöschen der Schuld durch eine auf den Moment der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister zu beziehende Konfusion«. Im Gegensatz zum AktG kennt das GmbHG bei Kapitalerhöhungen gegen Einlagen nur die einheitliche Eintragung der Kapitalerhöhung (§ 57 GmbHG). Die separate Eintragung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung und der Durchführung der Kapitalerhöhung (vgl. §§ 184 und 188 AktG) ist nicht vorgesehen.

Längst nicht immer wird die Verstrickung von Gesellschafterdarlehen durch die 10 %-Grenze des *Kleinbeteiligungsprivilegs* (§ 39 Abs. 5 InsO n. F., § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.; oben [Rdn. 192 f.](#) und [Rdn. 283](#)) verhindert werden.¹²⁹⁰ Der nach altem Recht von der Rechtsprechung für das Fehlen einer »unternehmerischen Beteiligung« an einer AG (oben [Rdn. 240](#)) entwickelte Richtwert von 25 % ist zwar recht hoch; die Anforderungen, unter denen auch ein unterhalb dieser Schwelle liegender »nicht unbeträchtlicher Aktienbesitz« als »Grundlage einer unternehmerischen Beteiligung« anzusehen ist, dürften aber gerade bei Debt-Equity-Swap-Investoren, denen typischerweise daran gelegen ist, Einfluss auf die Gesellschaft zu gewinnen (oben [Rdn. 613–615](#)), immer wieder erfüllt sein. 621 616

Auch das *Sanierungsprivileg* (§ 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F., § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F.; s. o. [Rdn. 194 ff.](#) und [Rdn. 279 ff.](#)) wird bei der Durchführung von Debt-Equity-Swaps häufig, infolge seiner strengen Voraussetzungen – Beteiligungserwerb »bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung [...] zum Zweck ihrer Sanierung« – aber bei Weitem nicht immer eingreifen; zudem wird die Beweislage diesbezüglich als problematisch empfunden.¹²⁹¹ Eindeutig dürfte die Lage immerhin in den Fällen des § 225a Abs. 2 InsO sein, wenn der Debt-Equity-Swap Gegenstand des gestaltenden Teils eines Insolvenzplans ist.¹²⁹² Im Schrifttum aufgeworfene Zweifel daran, ob § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO nicht nur auf nach Anteilserwerb fortbestehende, sondern auch auf später in Gesellschaftsanteile umgewandelte Darlehensforderung anwendbar ist,¹²⁹³ erscheinen unbegründet. Zwar passt die Formulierung »Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen« tatsächlich nicht auf Forderungen, die mit dem Anteilserwerb untergehen. Dies erklärt sich aber bereits daraus, dass es bei § 39 InsO primär um den Nachrang bei der Verteilung geht und die Rangfrage bei untergegangenen Forderungen gegenstandslos ist. Im vorliegenden Kontext von Debt-Equity-Swaps geht es nicht um Nachrang, sondern primär um die Frage ihrer Anfechtbarkeit der nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Rahmen einer späteren Insolvenz, bzw. bei Debt-Equity-Swaps gem. § 225a Abs. 2 InsO, einer späteren Folgeinsolvenz.¹²⁹⁴ Dort aber erlangt das Sanierungsprivileg nur indirekt über die Verweisung in § 135 Abs. 4 InsO Bedeutung. Wie regelmäßig bei Verweisungen mit der Anordnung einer nur »entsprechenden« Anwendung tritt hier der Wortlaut der Norm, auf die verwiesen wird, zugunsten des Zwecks der Verweisung in den Hintergrund. Warum es zwar privilegiert sein soll, wenn die Gesellschaft (Alt- oder Neu-) Darlehen des Gesellschafter-Sanierers nachträglich erfüllt, nicht aber, wenn sie die Erfüllung bereits im Gegenzug zu seinem Eintritt in die Gesellschaft leistet, ist nicht ersichtlich. 622 617

b) Einbringung der verstrickten Forderung

623-625

Vor Einfügung des § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG durch das MoMiG war es umstritten, ob die Einbringung von Forderungen aus verstrickten Gesellschafterdarlehen im Rahmen von Debt-Equity-Swaps am eigenkapitalersatzrechtlichen Ausschüttungsverbot des § 57 Abs. 1 AktG analog (wohl i. V. m. § 134 BGB) scheitern musste. Überwiegend wurde dies so gesehen,¹²⁹⁵ obwohl es auf den ersten Blick kei- 623 618

1290 Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32: Den Gläubigern, die durch eine Umwandlung ihrer Forderungen (im Insolvenzplanverfahren gem. § 225a InsO) zu Anteilsinhabern würden, komme »das Sanierungsprivileg des § 39 Absatz 4 Satz 2 InsO und ggf. das Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Absatz 5 InsO zugute«, Hervorhebung hinzugefügt.

1291 *Paape*, DZWIR 2009, 9, 10.

1292 S. Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32 (vorausgehende Fn.); s. auch *dies.*, ebenda: Erwerbe der Gläubiger die Anteile aufgrund eines Debt-Equity-Swap in einem Insolvenzplan, sei »davon auszugehen, dass sie zum Zweck der Sanierung im Sinne des § 39 Abs. 4 InsO erworben« worden seien.

1293 So z. B. *Bauer/Dimmling*, NZI 2011, 517, 519, die deshalb – offensichtlich erfolglos – eine entsprechende »Erweiterung von § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO im weiteren [ESUG-] Gesetzgebungsverfahren« angeregt hatten.

1294 So auch *Bauer/Dimmling*, NZI 2011, 517, 519.

1295 Z. B. *K. Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 254 [Rn. 2.225](#): Analog § 30 GmbHG [a.F.] gebundene eigenkapitalersetzende Forderungen hätten »nicht

neswegs selbstverständlich ist, das Erlöschen der Darlehensverpflichtung durch Konfusion bzw. Erlassvertrag ihrer (nach §§ 30 Abs. 1 GmbHG, 57 Abs. 1 AktG analog verbotenen) Erfüllung durch Auszahlung aus dem Gesellschaftsvermögen gleichzustellen. Verbotswidrig ist jedenfalls nicht der Umstand, dass die Darlehensverpflichtung zum Erlöschen gebracht wird – dies kann der Gesellschaft nur nutzen –, sondern die fehlende Werthaltigkeit der eingebrachten Forderung, denn das Auszahlungsverbot blockiert die Geltendmachung der Forderung zumindest vorübergehend, wenn nicht sogar, nämlich bei Scheitern der Sanierung, endgültig.¹²⁹⁶

- ⁶¹⁹ 624 Im Anwendungsbereich des neuen Rechts hat sich wegen der »Aufhebung« der Rechtsprechungsregeln (§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG, § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) der Meinungsstreit erledigt, denn der Gesellschafter kann seinen Darlehensrückforderungsanspruch, sofern er fällig ist, nun auch in Krisenzeiten ohne gesellschaftsrechtliche Restriktionen geltend machen.¹²⁹⁷ Damit sind Ansprüche aus verstrickten Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.) nach neuem Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen einlagefähig. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (bzw. § 6 AnfG) steht dieser Einschätzung schon deshalb nicht entgegen, weil sich aus der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, die zur Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs geführt hat und im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (bzw. im letzten Jahr vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder vor dem mangels Masse abgelehnten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens) oder später vorgenommen wurde, kein vorwirkendes Erfüllungsverbot ableiten lässt.
- ⁶²⁰ 625 Auch eine nachfolgende Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung der Einbringung der Forderung ist nicht zu befürchten, weil diese Maßnahme für sich genommen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft reduziert und daher die Gläubiger gerade nicht benachteiligt hat.¹²⁹⁸ Eine andere, weiter unten (Rdn. 631) behandelte Frage ist, ob sich der gesetzliche Nachrang der Forderung auf ihre Bewertung i. R. d. Sachkapitalerhöhung auswirkt.

für eine Sachkapitalerhöhung verwendet werden« können; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5 Rn. 28; aus der Rechtsprechung OLG Schleswig, Urt. v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 566, juris-Rn. 89; Nach »ganz h. M.« stellten kapitalersetzende Darlehen, die unter die Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG) fielen, »keine taugliche Sacheinlage dar«. Nicht einschlägig (und daher zu Unrecht im Schrifttum z. T. in Bezug genommen) sind dagegen die Urteile des BGH v. 26.03.1984 (II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 376, unter III.2., zur GmbH) und 08.07.1985 (II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 191, unter IV., zur GmbH & Co. KG), wo es jeweils um die (unzulässige) Verrechnung einer Bareinlagepflicht mit einem Darlehensanspruch des Gesellschafters ging.

- ¹²⁹⁶ Ähnlich OLG Schleswig, Urt. v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 566, juris-Rn. 89: Die Einlage von Forderungen gegen die GmbH beruhe »darauf, dass die Entlastung der Gesellschaft von einer Verbindlichkeit der Zufuhr von Vermögenswerten gleichzuachten« sei. Soweit ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen unter die Rechtsprechungsregeln falle, stelle »es nur eine latente Verbindlichkeit dar«. »Im Hinblick auf § 30 GmbHG wären der Gesellschaft Zahlungen verboten, so dass der Gesellschafter keinen Zahlungsanspruch hätte«.
- ¹²⁹⁷ So auch, wenngleich vorsichtiger formulierend, *Ekkenga*, in ZGR 2009, 581, 590 (»dürfte sich indes erledigt haben«). Dazu, dass § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG insoweit keine neuen Restriktionen geschaffen hat, oben Rdn. 327 ff.
- ¹²⁹⁸ Ebenso, mit abweichender Begründung, *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 56 Rn. 10: Der Gesellschafter habe »keine »Befriedigung« i. S. der Vorschrift [§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO] erlangt«, weil »sein jetziger Geschäftsanteil [...] im Insolvenzverfahren den gleichen Nachrang« habe »wie es sein Darlehen gehabt hätte«. Anders wohl *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 587: Die Frage der Insolvenzanfechtung der »(Teil-) Regulierung einer Gesellschaftsverbindlichkeit« im Rahmen eines Debt-to-Equity-Swap »mit der Folge der Rückführung empfangener Leistungen (§ 143 Abs. 1 InsO)« lasse sich »nicht von vornherein ausblenden«. Es falle »schwer, die Anfechtbarkeit des Vorganges nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur deshalb abzulehnen, weil die Akteure die Abtretungs- oder Verzichtslösung gewählt« hätten »und eine »Befriedigung« des Darlehensgebers im wörtlich-technischen Sinne somit nicht stattgefunden« habe.

c) Verstrickung von Restforderungen

626

Eine *Restforderung*, die der Investor nach Durchführung des Swap noch besitzt, weil er nur einen Teil des Darlehens in Eigenkapital umgewandelt hat, bleibt nach altem und neuen Recht in dem Maße verstrickt, wie es die Darlehensforderung vor ihrer Teilumwandlung bereits war (oben Rdn. 620 ff.). Sollte die Darlehensforderung bis zur Teilumwandlung noch nicht verstrickt gewesen sein, weil der Investor die Darlehensforderungen ausnahmsweise nicht im Hinblick auf ihre nachfolgende Umwandlung erworben hat und – nach altem Recht – auch nicht im Hinblick darauf auf eine vorzeitige Beendigung des Darlehens verzichtet hat (Stehenlassen), kommt es – vorbehaltlich des Kleinbeteiligungs- oder Sanierungsprivilegs (oben Rdn. 621 f.) – spätestens mit Durchführung der Kapitalerhöhung und dem damit verbundenen Erwerb einer Beteiligung zu einer Verstrickung mit der Folge, dass die Forderung in der Insolvenz der Gesellschaft nur noch nachrangig geltend gemacht werden kann (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und etwaige Erfüllungs- und Befriedigungshandlungen innerhalb der Anfechtungsfrist anfechtbar sind (§ 135 Abs. 1 InsO).

3. Bewertung der als Sacheinlage einzubringenden Forderung

627-633

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Bewertung der (Darlehens-) Forderung i. R. d. Sacheinlage. Maßgebend ist nach Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum nicht der Nominalwert der Forderung, sondern ihr gegenwärtiger objektiver Wert (Realwert, Marktwert).¹²⁹⁹ Bleibt der Realwert hinter dem Betrag (vgl. § 9 Abs. 1 AktG), um den das Kapital erhöht werden soll, wesentlich zurück, darf die Kapitalerhöhung nicht in dem geplanten Umfang durchgeführt werden. Ist das Registergericht von der wesentlichen Unterdeckung überzeugt, »kann« es die Eintragung des Beschlusses über die Erhöhung des Grundkapitals ablehnen (§ 184 Abs. 3 Satz 1 AktG) und *muss* dies auch tun.¹³⁰⁰ Andernfalls würden »potentielle Gläubiger in ihrer Erwartung getäuscht, der Gesellschaft werde neues Kapital zugeführt«.¹³⁰¹

Der hiergegen vorgebrachte Einwand, »ein Gläubigervertrauen, das auf eine bestimmte Art der Werthaltigkeitskontrolle gerichtet wäre, wäre mangels Übereinstimmung mit den maßgeblichen rechtlichen Regelungen nicht schutzwürdig«,¹³⁰² besagt doch im Klartext nichts anderes, als dass ein Ver-

1299 Aus der Rspr. u. a. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, »IBH/Lemmerz«, unter A.II.2.: Der Aktionär könne »eine Umwandlung seiner Darlehensforderung nur in einer Höhe verlangen, in der die Gesellschaft sie entsprechend ihrem Leistungsvermögen erfüllen« könne, denn danach bemesse sich ihre »Werthaltigkeit«; aus dem Schrifttum z. B. eingehend *Priester*, DB 2010, 1445 ff., m. w. N., insb. S. 1450: Der Gläubiger dürfe »nur in Höhe des werthaltigen Teils seiner Forderung Anteile am Nennkapital erwerben«; *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 598; *ders.*, DB 2012, 331 ff.; *Redeker*, BB 2007, 673, 675; s. auch *von Dryander/Niggemann*, in: Hölters, AktG, § 183 Rn. 19: »zu einem Wert, der den Marktwert nicht übersteigt«; *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 56 Rn. 9, zur GmbH (Abstellen auf »wirklichen Wert«); a. A. *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629 ff., die eine Einbringung zum Nennwert verlangen; ebenso *dies.*, DB 2012, 501 ff.; *Karollus*, ZIP 1994, 589, 595 f.

1300 Z. B. *Peifer*, in: MünchKommAktG, § 183 Rn. 69: Komme der Registerrichter »nach pflichtgemäßem Ermessen [...] zu dem Ergebnis, dass die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben« seien, verdicke »sich das Ermessen auf die allein mögliche Entscheidung, die Eintragung abzulehnen«; insofern ebenso *Servattus*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 183 Rn. 66 (sinngemäß): Das »Ermessen«, das § 184 Abs. 3 Satz 1 AktG dem Registergericht gewähre, reduziere sich zu einem Eintragungsverbot, wenn die Unterdeckung ungeachtet etwaiger Bewertungsschwierigkeiten oder Wertschwankungen »endgültig« feststehe.

1301 So überzeugend BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, »IBH/Lemmerz«, unter A.II.2. In diesem Sinn wohl auch Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31 f., zu § 225a Inso-E: »Zur Frage der Werthaltigkeit des Anspruchs« seien »ggf. Gutachten einzuholen«. Die »Werthaltigkeit der Forderung« werde »aufgrund der Insolvenz des Schuldners regelmäßig reduziert sein« und der Wert werde »nicht dem buchmäßigen Nennwert entsprechen, sondern deutlich darunter liegen«. »Hierbei« könne »auch die Quotenerwartung berücksichtigt werden«. Relativierend *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2012, 501, 503: »Schlüsse auf die zutreffende kapitalaufbringungsrechtliche Behandlung des Debt Equity Swap« ließen sich »aus den Neuregelungen des ESUG nicht ableiten«.

1302 *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629, 1631.

trauen, das rechtlich nicht geschützt ist, auch nicht schutzwürdig ist, weil der Vertrauende die Rechtslage kennen sollte. Damit ließe sich jede vertrauensschützende Vorschrift aushebeln, was nicht richtig sein kann. Auch das Argument, dem berechtigten Informationsinteresse künftiger Gläubiger werde bereits durch »Offenlegung der im Zuge des Debt-Equity-Swap eingelegten Forderung als Sachkapitalerhöhung unter Bezeichnung des Einlagegegenstandes Rechnung getragen«,¹³⁰³ überzeugt nicht. Die gesetzliche Publizität der Sacheinlage (§§ 183 Abs. 2, 121 Abs. 4 AktG) ist mit der deutlich weiter gehenden (vgl. insb. § 39 Abs. 1 Satz 1: »Höhe des Grundkapitals«; ferner § 80 Abs. 1 Satz 3 AktG) Publizitätswirkung der Grundkapitalziffer kaum vergleichbar. Ob »im Interesse der Glaubwürdigkeit des Gläubigerschutzes durch ein festes Kapital« vom Grundsatz der realen Kapitalaufbringung abgewichen werden sollte,¹³⁰⁴ mag rechtspolitisch betrachtet eine berechnete Überlegung sein; mit dem geltenden Recht, jüngst bestätigt durch § 27 Abs. 4 AktG n. F., ist sie jedenfalls nicht vereinbar. Im Übrigen ist die Lösung der Rechtsprechung und h. M. kohärent mit der Behandlung eigener Verbindlichkeiten der AG gegenüber dem Gesellschafter bei der Frage, ob deren Erfüllung durch Aufrechnung mit dem Verzichtverbot des § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG in Konflikt gerät (unten Rdn. 635). Maßgebend für die Kapitalaufbringung ist auch dort nicht etwa der bilanzielle Effekt des Wegfalls der Forderung (nach § 389 BGB), sondern dessen ökonomischer Wert.

- 623a 629 Die (positive) Differenz zwischen dem (bis zu ihrer Einbringung passivierten) Nennwert der eingebrachten Forderung (bzw. ggf. ihr aktueller, bereits durch eine Abschreibung reduzierter Bilanzwert, § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB) und ihrem Marktwert oder, sollte der Kapitalerhöhungsbetrag noch darunter bleiben, und diesem Betrag ist in die Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB einzustellen,¹³⁰⁵ weil die Ausgabe neuer Aktien ergebnisneutral sein soll.¹³⁰⁶ Die Gegenmeinung, die die einzubringende Forderung zum Nennwert veranschlagt, erreicht dieses Ergebnis bereits ohne Bildung einer Rücklage.
- 624 630 Zur Ermittlung des Realwerts (Zeitwerts) der Forderung gegen die regelmäßig überschuldete AG ist das Aktivvermögen mit den Verbindlichkeiten (einschließlich der zu bewertenden Forderung) zu verrechnen; daraus ist die auf die Forderung entfallende Deckungsquote zu ermitteln.¹³⁰⁷ Maßgebend ist eine bilanzielle Betrachtungsweise.¹³⁰⁸ Auf fortgeführte Buchwerte ist dabei allerdings nur dann abzustellen, wenn die Fortführung des Unternehmens ausnahmsweise schon ohne den Debt-Equity-Swap überwiegend wahrscheinlich war (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Andernfalls bemisst sich die zu erwartende Deckungsquote nach Liquidationswerten.¹³⁰⁹ Es erscheint i. S. einer effektiven Kapitalaufbringung nicht sachgerecht, eine erfolgreiche Sanierung, die erst durch die Einbringung einer Forderung im Rahmen der Kapitalerhöhung bewirkt werden soll, bei der Bewertung dieser Forderung im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der (Durchführung der) Sachkapitalerhöhung zum Handelsregister bereits zu antizipieren.¹³¹⁰ Dass dieses Vorgehen nicht richtig sein kann, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass es im Ergebnis auf eine Bewertung zum Nennwert hinauslaufen würde

1303 *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629, 1631.

1304 *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629, 1631, dort Fn. 16.

1305 *Von Dryander/Niggemann*, in: Hölters, AktG, § 183 Rn. 19 (allerdings zu Unrecht unter Berufung auf *Kropff*; in: MünchKommAktG, § 272 HGB Rn. 80, der den Sonderfall der Einbringung von Forderungen gegen die AG gar nicht anspricht); ebenso *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 613 f., zur »Wertdifferenz zwischen dem (minimierten) Kapitalerhöhungsbetrag und der eingebrachten Forderung«.

1306 *Reiner*, in: MünchKommHGB, § 272 Rn. 69.

1307 Ähnlich Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 31 f., zu § 225a Inso-E, S. 32 (oben Fn. 36 a. E.).

1308 So auch *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 599, freilich ohne wie hier (s. nachfolgend) nach der Fortführungsprognose zu differenzieren.

1309 In diesem Sinne *Kleindiek*, FS Hommelhoff, 2012, S. 543, 555, m. w. N. zum Streitstand (sich dabei für seine eigene Meinung zu Unrecht u. a. auf *Ekkenga*, oben Fn. 43 stützend). Speziell im Kontext des § 225a InsO scheint *Kleindiek* die (wenn auch schwache) Möglichkeit einer bereits unter Außerachtlassung des Sanierungs-Swap sichergestellten positiven Fortführungsprognose gar nicht zu sehen, wenn er sich *generell* ohne weitere Differenzierung für das »Liquidationsszenario« ausspricht.

1310 So überzeugend *Kleindiek*, FS Hommelhoff, 2012, S. 543, 555 f.

(hierzu kritisch oben **Rdn. 628**).¹³¹¹ Als Anhaltspunkt für den Zeitwert der Forderung kann aber der Kaufpreis dienen, den der Investor zum Erwerb des notleidenden Kredites bezahlt hat.¹³¹²

Nicht bei der Bewertung zu berücksichtigen ist der gesetzliche Nachrang (oben **Rdn. 620 ff.**) der Darlehensforderung, solange die Forderung mangels Rangrücktritts (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO) in der Überschuldungsbilanz passivierungspflichtig ist (hierzu oben C., **Rdn. 434 ff.**); in diesem Maße nämlich erhält die Gesellschaft durch die Konfusion bzw. durch den Erlass einen bilanzwirksamen Vermögenszufluss (bilanzielle Betrachtung). Dass dieses Ergebnis sachgerecht ist, zeigt die Überlegung, dass auch nachrangige Verbindlichkeiten zu erfüllen sind, selbst wenn sie die Befriedigung der vorrangigen Gläubiger nicht gefährden. Der mit der gesetzlichen Kapitalaufbringungskontrolle bezweckte Gläubigerschutz beschränkt sich nicht auf Gläubiger der Rangstufen nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 4. 631 625

Nach § 183 Abs. 3 AktG ist die Kapitalerhöhung, weil sie mit Sacheinlagen erfolgt, grds. durch qualifizierte externe Personen zu *prüfen*. Die hierfür aufzuwendenden Kosten lassen sich jedoch gemäß den Befreiungsvorschriften der §§ 183a Abs. 1, 33a Abs. 1 Nr. 2 AktG dadurch vermeiden, dass der Darlehensforderung der Wert zugrunde gelegt wird, der ihr im letzten testierten Jahresabschluss des Investors beigelegt wurde, wenn der Bewertungsstichtag nicht mehr als sechs Monate vor dem Tag der tatsächlichen Einbringung liegt. Der Jahresabschluss der darlehensnehmenden AG eignet sich hierfür nicht, denn Verbindlichkeiten sind zu ihrem Erfüllungsbetrag anzusetzen (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB). 632 626

Eine korrekte Bewertung der einzubringenden Forderung ist für den einbringenden Investor besonders wichtig. Wird sie überbewertet und die Kapitalerhöhung irrtümlich gleichwohl ins Handelsregister eingetragen, trifft den Investor nach aktienrechtlichen Grundsätzen eine verschuldens-unabhängige Haftung auf Zahlung des Unterschieds zwischen dem Wert der Einlage und dem Aktiennennbetrag bzw. bei Stückaktien den anteiligen Betrag des Grundkapitals in bar,¹³¹³ die aus dem Verbot der Unterpriemission (§ 9 Abs. 1 AktG)¹³¹⁴ bzw. aus einer Analogie zu § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG¹³¹⁵ abgeleitet wird. Da die Differenzhaftung kein Verschulden erfordert, kann sie auch durch das Werthaltigkeitsgutachten eines Wirtschaftsprüfers nicht sicher abgewendet werden.¹³¹⁶ Nur für den Sonderfall, dass die Kapitalerhöhung nicht über den normalen Weg des Hauptversammlungsbeschlusses, sondern durch Aufnahme in den gestaltenden Teil eines Insolvenzplans nach §§ 225a Abs. 2, 254 Abs. 1 InsO bewirkt wurde, entfällt die Differenzhaftung (§ 254 Abs. 4 InsO). Die Überbewertung der Sacheinlage ist dann nur im Rahmen der Rechtsmittel gegen den Plan (§ 253 InsO) angreifbar.¹³¹⁷ 633 627

4. Barkapitalerhöhung

634-638

Die »Umwandlung« von (Darlehens-) Forderungen in Eigenkapital lässt sich auch in der Form gestalten, dass der Investor bei der Schuldnergesellschaft eine Barkapitalerhöhung in Höhe seiner Forderung zeichnet und die Gesellschaft ihre Einlageforderung gegen die Darlehensforderung aufrechnet, oder alternativ der Investor (als Inferent) zunächst seine Bareinlage erbringt und die AG diese dann 634 628

1311 Zu Recht *Kleindiek*, FS Hommelhoff, 2012, S. 543, 555.

1312 *Redeker*, BB 2007, 673, 675.

1313 Z. B. BGH, Urt. v. 27.02.1975 – II ZR 111/72, BGHZ 64, 52, 62; Insofern enthalte »das Sacheinlageversprechen zugleich eine Kapitaldeckungszusage«; BGH, Urt. v. 14.03.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 195; aus dem Schrifttum z. B. *Hüffner*, AktG, § 9 **Rn. 6**; *Heider*, in: MünchKommAktG, § 9 **Rn. 27**; *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 586; *Redeker*, BB 2007, 676, unter III.1.

1314 BGH, Urt. v. 27.02.1975 – II ZR 111/72, BGHZ 64, 52, 62; BGH, Urt. v. 14.03.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 195.

1315 So z. B. *Hüffner*, AktG, § 9 **Rn. 6**; *Heider*, in: MünchKommAktG, § 9 **Rn. 27** m. w. N.

1316 *Redeker*, BB 2007, 676, unter III.1.

1317 S. Begr. RegE ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 32: »Im Interesse der Kalkulationssicherheit« sei »die Bewertung der Sacheinlage nur innerhalb des Planverfahrens angreifbar«.

zur Tilgung des Darlehensrückzahlungsanspruchs verwendet. Für diese Konstruktionen bestehen besondere rechtliche Grenzen.

635-636 a) *Aufrechnungsbeschränkungen*

629 635 Dem Investor ist es nach § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG versagt, seine Einlagepflicht selbst durch Aufrechnung mit seiner Darlehensforderung zum Erlöschen zu bringen. Zweck dieser Regelung ist der Schutz der realen Kapitalaufbringung.¹³¹⁸ Eine Aufrechnung durch die AG sowie eine vereinbarte Verrechnung wird von § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG hingegen nicht erfasst und unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Zahlungen, die vor der Anmeldung geleistet sein müssen (§§ 36 Abs. 2, 36a Abs. 1, 188 Abs. 2 AktG, bei genehmigtem Kapital i. V. m. § 203 Abs. 1 AktG), müssen in der qualifizierten Form des § 54 Abs. 3 AktG (Barzahlung, Kontogutschrift) geleistet werden, sodass die AG gegen sie nicht aufrechnen darf. Darüber hinaus ist eine Aufrechnung der AG möglich, sofern dadurch das Verbot der Befreiung der Aktionäre von ihren Leistungspflichten (§ 66 Abs. 1 Satz 1 AktG) nicht verletzt wird (d. h. der Aktionär auf Kosten der AG keinen Vorteil bezieht), die AG also den vollen wirtschaftlichen Wert der geschuldeten Leistung tatsächlich erhält. Das ist der Fall, soweit die Forderungen der Aktionäre liquide, fällig und vollwertig sind.¹³¹⁹

630 636 Eine andere Frage ist, ob der Weg über die Barkapitalerhöhung als Umgehung der Sacheinlagevorschriften (oben 3., Rdn. 627 ff.) gewertet werden muss (nachfolgend Rdn. 637 f.). Sie stellt sich unabhängig davon, ob die gegenseitigen Zahlungspflichten aus der Barkapitalerhöhung und aus dem Darlehensvertrag durch Leistung in Natur oder durch Aufrechnung erfüllt werden. In letzterem Fall werden die vorgenannten allgemeinen Grundsätze zur Aufrechnung durch die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage überlagert.¹³²⁰

637-638 b) *Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage*

631 637 Wählen die Beteiligten für den Debt-Equity-Swap den Weg einer Barkapitalerhöhung, bei der die Bareinlage tatsächlich erbracht, aber anschließend zur Tilgung des Darlehens verwendet wird, erreichen sie wirtschaftlich den gleichen Umwandlungseffekt wie bei der Bareinlageleistung durch Aufrechnung (oben Rdn. 635 f.), aber auch wie bei einer Sacheinlage, ohne die besonderen Anforderungen (Publizität, Prüfung der Werthaltigkeit) zu erfüllen. Tatsächlich ist diese Konstruktion regelmäßig als verdeckte Sacheinlage (»in Form des Hin- und Herzählens«¹³²¹) i. S. d. § 27 Abs. 3 AktG n. F. (bei Altfällen i. V. m. § 20 Abs. 7 EGAktG) zu qualifizieren (zum Tatbestand dieser Norm schon oben Rdn. 525 f.).¹³²² Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, dass die Gesellschaft zu-

1318 Z. B. Hüffer, AktG, § 66 Rn. 1, 5.

1319 RG, Urt. v. 22.10.1918 – II 158/18, RGZ 94, 61, 63; RG, Urt. v. 04.12.1931 – II 135/31, RGZ 132, 262, 168; zur GmbH z. B. BGH, Urt. v. 21.02.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 143, zur Parallelregelung in § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG: »liquide, fällig und vollwertig« (Ls. 1); aus dem Schrifttum mit näheren Angaben zu den drei Voraussetzungen im Einzelnen z. B. Hüffer, AktG, § 66 Rn. 7, m. w. N.; Bayer, in: MünchkommAktG, § 66 Rn. 41 – 44.

1320 S. z. B. zu den §§ 19 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 GmbHG a. F. OLG Celle, Urt. v. 16.11.2005 – 9 U 69/05, DB 2006, 40, juris-Rn. 4 (zu Darlehensansprüchen des Gesellschafters): Eine Aufrechnung der Verpflichtung zur Leistung einer Bareinlage mit einer Gegenforderung des Gesellschafters, die zum Zeitpunkt der Begründung der Einlageschuld bereits bestehe, sei »stets unzulässig«, weil »faktisch eine Sacheinlage« vorliege.

1321 So die Terminologie nach BGH, Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10, NJW 2012, 3035, juris-Rn. 35, zu § 19 Abs. 4 GmbHG in Zusammenhang mit der Tilgung einer Bereicherungsforderung der (Einnann-)Gesellschafterin aus einer fehlgeschlagenen Voreinzahlung auf eine Kapitalerhöhung.

1322 S. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, »IBH/Lemmerz«, unter A.III.1., zur Tilgung eines Aktionärdarlehens mit der Einlageleistung aus einer Barkapitalerhöhung; OLG Potsdam, Urt. v. 01.07.1998 – 7 U 17/98, GmbHR 1998, 1033, Ls. 1, zur GmbH.

nächst das Darlehen zurückzahlt und die Gesellschaft dieses Geld anschließend als Einlage (zurück-) erhält.¹³²³

Die auch nach der Reform des § 27 AktG für die »verdeckte Sacheinlage« weiterhin notwendige »Abrede« (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG) zur Umgehung der Sacheinlagevorschriften besteht regelmäßig in der Swap-Vereinbarung, die darauf gerichtet ist, dass das Darlehen mit den vom Investor geleisteten Einlagemitteln getilgt werden soll, denn darin liegt gleichzeitig eine Abrede, die den von den umgangenen Sacheinlagevorschriften »regelmäßig wirtschaftlichen Erfolg« umfasst.¹³²⁴ Eine zusätzliche Absicht der Gesetzesumgehung wird bei der verdeckten Sacheinlage nicht verlangt.¹³²⁵ Als Rechtsfolge reduziert sich die Bareinlageforderung gegen den Investor gem. § 27 Abs. 3 Satz 3 AktG dann *ipso iure* um den Wert der von der Gesellschaft durch Barzahlung oder Aufrechnung getilgten Darlehensforderung im Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt der Tilgung (zur Anrechnungslösung nach § 27 Abs. 3 AktG s. im Kontext des Cash Pooling bereits oben **Rdn. 529 f.**).

1323 Vgl. zur GmbH OLG Hamburg, Urt. v. 28.04.2006 – 11 U 291/05, ZIP 2006, 1908, juris-Rn. 15 f.; Der Erfüllung der Bareinlageverpflichtung und der Darlehensrückzahlung an den Gesellschafter »am selben Tage« (ohne Bestimmung der Zahlungsreihenfolge) komme Aufrechnungscharakter i. S. d. § 19 Abs. 5 GmbHG a. F. zu.

1324 So ausdrücklich BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, unter A.III.1., zur Tilgung einer im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung ggü. der Gesellschaft bestehenden Darlehensforderung; s. a. – u. a. unter Berufung auf das vorgenannte Urteil – *Ekkenga*, ZGR 2009, 581, 588, noch zur Rechtslage vor dem ARUG (explizit zu Debt-Equity-Swaps): Eine Bareinlage, die zum Zwecke der Forderungstilgung sogleich wieder an den zeichnenden Gläubiger ausgezahlt würde, hätte »als verdeckte Sacheinlage oder als Umgehung des Aufrechnungsverbots nach § 66 Abs. 1 AktG keinen Bestand«. Eine Umgehung des »Aufrechnungsverbots« bzw. genauer der aus Art. 66 Abs. 1 Satz 1 AktG herausgelesenen Aufrechnungsbeschränkung (oben **Rdn. 635**) mit der Folge, dass auf die Liquidität, Fälligkeit und Vollwertigkeit der Darlehensforderung abzustellen ist (vgl. BGH, 21.02.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, unter I.1., vor a. und a.), wird in den Debt-Equity-Swap-Fällen regelmäßig nicht in Betracht kommen, weil die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage mit der ihr mittlerweile immanenten Werthaltigkeitskontrolle spezieller ist (s. o. **Rdn. 636 a. E.**).

1325 Z. B. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, Ls. 1; OLG Potsdam, Urt. v. 01.07.1998 – 7 U 17/98, GmbHR 1998, 1033, Ls. 2.