

Passivierungspflicht und Rangordnung eigenkapitalersetzender Darlehen in der Insolvenz

Besprechung des Urteils BGHZ 146, 264*

von

Professor Dr. CHRISTOPH G. PAULUS, LL.M., Berlin**

GmbHG §§ 30, 31, 32a, 32b, 64 Abs. 2

1. Forderungen eines Gesellschafters aus der Gewährung eigenkapitalersetzender Leistungen sind, soweit für sie keine Rangrücktrittserklärung abgegeben worden ist, in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren.

2. Maßstab für die Prüfung, ob eine Zahlung des Geschäftsführers im Sinne von § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist, sind nicht allein die allgemeinen Verhaltenspflichten des Geschäftsführers, sondern insbesondere auch der Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG, Masseverkürzungen der insolvenzreifen Gesellschaft und eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gesellschaftsgläubiger zu verhindern.

3. Zahlungen, die der Geschäftsführer dem Verbot des § 64 Abs. 2 GmbHG zuwider geleistet hat, sind von ihm ungekürzt zu erstatten (Abweichung von BGHZ 143, 184). Ihm ist in dem Urteil vorzubehalten, seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen. Etwa bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten.

BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 – II ZR 88/99 (OLG Düsseldorf)

Gegenstand des Geschäftsbetriebs der im Jahr 1980 gegründeten und zuletzt mit einem Stammkapital von 750 000 DM ausgestatteten S. und B. GmbH, der späteren Gemeinschaftschuldnerin, war die Herstellung und der Vertrieb von elektrischen Anlagen. Gesellschafter und Geschäftsführer waren ursprünglich die Beklagten zu 1) und zu 2). Unter dem 25. Oktober 1993 hat der Beklagte zu 1) sein Geschäftsführeramt niedergelegt und zugleich seinen Geschäftsanteil auf seinen Sohn, den Beklagten zu 2), übertragen. Die Produktionsanlagen standen im Wesentlichen im Eigentum der S. und B. Handels GmbH

* Veröffentlicht weiterhin u. a. in DSrR 2001, 175 mit Anm. GOETTE; ZIP 2001, 235 mit Anm. ALTMEPPE; dazu PAPIER, EWIR 2001, 329 = GmbHR 2001, 190 mit Anm. FELL-EISEN; BB 2001, 430 mit Anm. HASSELBACH; JZ 2001, 1188 mit Anm. FLEISCHER; NZG 2001, 361 mit Anm. HABERSACK; DZWIR 2001, 2002 mit Anm. WESTERMANN.

** *Verf.* dankt seinem Assistenten, Herrn *W. Zenker*, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

& Co. KG, der Beklagten zu 3), die die Maschinen und Betriebsvorrichtungen an die Gemeinschuldnerin im Wege einer Betriebsaufspaltung zusammen mit dem durch sie selbst von einer BGB-Gesellschaft, bestehend aus dem Beklagten zu 1) und seiner Ehefrau, gemieteten Betriebsgrundstück auf Grund eines Miet- und Pachtvertrages überlassen hatte.

Erstmals im Geschäftsjahr 1991/1992 erwirtschaftete die bis dahin sehr erfolgreiche Gesellschaft ein negatives Betriebsergebnis von annähernd 1,5 Mio. DM, das nach Auflösung von Gewinnrückstellungen zum Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages von 85 702 DM in der Jahresbilanz zum 31. Januar 1992 führte. Beim nächsten Bilanzstichtag war der nicht gedeckte Fehlbetrag auf 1,272 Mio. DM angewachsen. Im November 1992 und im Mai 1993 gewährten die Gesellschafter der GmbH ein Darlehen i. H. v. jeweils 1 Mio. DM, wobei das Novembendarlehen mit einer Rangrücktrittserklärung versehen war. Außerdem leitete die Geschäftsführung im Laufe des Jahres 1993 Umstrukturierungsmaßnahmen ein, die langfristig die Personalkosten reduzieren sollten, zunächst die Gesellschaft aber mit Abfindungszahlungen an ausscheidende Arbeitnehmer in Millionenhöhe belasteten. In der zweiten Jahreshälfte desselben Jahres mit Interessenten wegen der Übernahme des gesamten Unternehmens geführte Verhandlungen sind spätestens Mitte Dezember 1993 gescheitert. Auf den am 20. Dezember 1993 gestellten Antrag des Beklagten zu 2) hin ist am 21. Januar 1994 das Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt worden.

Dieser hat von den Beklagten mit einer einheitlichen, aber auf unterschiedliche Sachverhalte gestützten Klage Zahlung verschiedener Beträge gefordert. Nachdem das Landgericht nach § 145 ZPO verfahren ist, geht es im vorliegenden Rechtsstreit um einen Anspruch auf Zahlung von 119 254 DM, den der Kläger auf folgenden Sachverhalt stützt:

Nach dem ursprünglich übereinstimmenden, erstmals gegen Ende des Berufungsverfahrens von den Beklagten bestrittenen Vortrag des Klägers bestand zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten zu 3) eine seit 1981 praktizierte umsatzsteuerliche Organschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG. Die an die Beklagte zu 3) als Organträgerin geleisteten Miet- und Pachtzahlungen, die ihr wesentliches Einkommen ausmachten, blieben danach wegen des Organschaftsverhältnisses umsatzsteuerfrei; zu den von der Gemeinschuldnerin erzielten Umsätzen gab die Beklagte zu 3) als Organträgerin die vorgeschriebenen Umsatzsteuererklärungen ab, während die fälligen Zahlungen absprachegemäß unmittelbar von der Gemeinschuldnerin an das Finanzamt geleistet wurden. Am 10. Dezember 1993 stellte der Beklagte zu 2) für die Gemeinschuldnerin einen Scheck über 119 254 DM aus und reichte ihn bei dem Finanzamt ein, um damit die fällige Umsatzsteuervorauszahlung für den Monat Oktober 1993 zu begleichen. Der Scheck wurde am 17. Dezember 1993 eingelöst. Nach Meinung des Klägers hat die Verfahrensweise des Beklagten zu 2) nicht nur auf § 64 Abs. 2 GmbHG gestützte Erstattungsansprüche gegen ihn selbst, sondern außerdem auch einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 3) ausgelöst, weil diese als Organträgerin und Steuerschuldnerin durch das Vorgehen der Gemeinschuldnerin von ihrer Umsatzsteuerverbindlichkeit befreit worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die zuletzt nur noch gegen die Beklagten zu 2) und zu 3) gerichtete Berufung des Klägers hatte gegenüber der Beklagten zu 3) lediglich i. H. v. 3 500 DM nebst Zinsen, gegenüber dem Beklagten zu 2) aber in vollem Umfang Erfolg. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten zu 2) (im Folgenden: Beklagter), der die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen will.

I. Das Umfeld

Das hier zu besprechende Urteil bewegt sich in einem Umfeld, dessen eminente Bedeutsamkeit für das gesamte Zivilrecht nicht nachdrücklich genug in Erinnerung gerufen werden kann. Die Rede ist von den Insolvenzeröffnungsgründen, die so etwas wie eine Trennungslinie rechtsgeschäftlichen Verhaltens und Gebarens darstellen. Im Bereich des allgemeinen Zivilrechts herrschen (wenigstens grundsätzlich) die allgemeine Privatautonomie und der Prioritätsgrundsatz des Vollstreckungsrechts; damit geht eine (gewisse) Laxheit hinsichtlich der Anforderungen an die beteiligten Akteure und ihr Verhalten einher, indem hier ein jeder in großer Freiheit bzw. Beliebigkeit handeln kann, ohne sich von Rechts wegen als besonders qualifiziert ausweisen zu müssen.

Diese Parameter ändern sich jedoch dramatisch, sobald die Befriedigung sämtlicher Beteiligter nicht mehr gewährleistet ist: Dann nämlich kommt es zum Insolvenzverfahren, das den Schuldner seiner Handlungsbefugnisse beraubt zu Gunsten einer Person, deren Integrität und Geschäftserfahrenheit außer Frage stehen muss, § 56 InsO, das ferner die Gläubiger aus der individuellen Handlungsfreiheit reißt, sie in das enge Korsett einer Zwangsgemeinschaft steckt und sie überdies zu einem kollektiven Stillhalten zwingt, und das schließlich auf diese Weise die zuvor noch zulässige individuelle Vorteilsuche des Schuldners durch eine am Vorteil der Gesamtgläubigerschaft ausgerichtete und durch eine von einer neutralen, dritten Person eingenommene Blickrichtung ersetzt.

Die exakte Festlegung dessen, wo dieser Schritt über den Rubikon erfolgen, wann also Freiheit durch Zwang, das Eigen- durch ein Kollektivinteresse ersetzt werden soll, stellte schon immer ein Problem dar, das auch heute noch recht eigentlich ungelöst ist. Die berühmten Acts of Bankruptcy wie etwa die Flucht des Schuldners waren und sind ebenso wenig präzise Vorgaben wie die hierzulande bevorzugten Eröffnungsgründe der §§ 17 ff InsO. Dies gilt insbesondere für die in § 19 InsO angesprochene Überschuldung, deren Feststellung im konkreten Einzelfall oftmals die allergrößten Schwierigkeiten bereitet.¹ Sie werden sogar noch vermehrt, wenn anlässlich der Bilanzierung eine Entscheidung über eine rechtliche Einordnung getroffen werden muss,

1 Es ist durchaus von Interesse, was die WELTBANK in ihren Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, 2001, S. 29f über den Überschuldungstatbestand schreibt: „... the balance sheet test as the sole measure of insolvency may invite arbitrariness, uncertainty and even corruption. The balance sheet test approach is also likely to be more costly and difficult because it generally requires an expert evaluator ...“.

die selbst unter juristischen Fachleuten höchst strittig ist. Und genau hier setzt die Entscheidung des BGH und ihre Bedeutsamkeit für Praxis und Wissenschaft² ein, indem sie diese schwierige Einordnung im Bereich der eigenkapitalersetzenden Darlehen durch ein von jedem juristischen Laien abfragbares Zeichen des Darlehensgebers ersetzt und damit die Handhabbarkeit dieses Insolvenzeröffnungsgrundes nachhaltig erleichtert.

II. Die Entscheidung

Ausgangspunkt der Entscheidung ist eine GmbH, die pleite ging, obgleich ihr die Gesellschafter zwei Millionenkredite gewährt hatten, von denen der eine mit, der andere ohne Rangrücktritt versehen war. Die Gesellschaft, die aus einer in den Gründen nicht näher präzisierten Betriebsaufspaltung³ hervorgegangen war, hatte durch ihren Geschäftsführer kurz vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens⁴ eine Zahlung an das Finanzamt geleistet, wobei nicht klar ist, ob dazu eine originäre Pflicht dieser Gesellschaft bestanden hat oder ob ihre Erfüllung der Betriebsgesellschaft als Organträger, §§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG, 73 AO, obliegen hätte.

Diese Zahlung ist es jedenfalls, für die der Verwalter vom Geschäftsführer auf der Grundlage des § 64 Abs. 2 GmbHG Ersatz verlangt. Der BGH gibt diesem Begehren Recht, indem er die Überschuldung zum Zeitpunkt der Zahlung bejaht⁵ und die Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers im Zusammenhang mit derartigen Leistungen präzisiert. Die Überschuldung sieht er deswegen als gegeben an, weil das ohne Rangrücktritt ausgereichte Darlehen in der Überschuldungsbilanz zu passivieren sei. Dass die Entscheidung unbeschadet ihrer grundlegenden Bedeutung Fragen offen lässt, liegt in der Natur einer jeden Einzelfallentscheidung⁶.

2 Für die Wissenschaft ist besonders bedeutsam, dass die Entscheidung die Funktionsüberschneidung von Eigenkapitalersatz- und Insolvenzrecht eindringlich vor Augen führt; dazu insbesondere FASTRICH, FS Zöllner, 2000, S. 151 ff.

3 Siehe dazu noch unten sub IV.2.

4 Das Urteil macht freilich mehrfach deutlich, dass unbeschadet der Einschlägigkeit der KO seine Ausführungen auch (und insbesondere) für die InsO gelten sollen.

5 Dazu sub III.

6 Dazu sub IV.

III. Die Überschuldungsbilanz

1. Überbeschleunigung

Während aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive die „einzig entscheidende“ Aussage des Urteils sein mag, dass dem darlehensgebenden Gesellschafter in der Krise mit der Entscheidung über einen Rangrücktritt der Entschluss abverlangt wird, ob er die Insolvenz der Gesellschaft beschleunigt herbeiführen oder sie abwenden will,⁷ springt dem insolvenzrechtlich orientierten Betrachter die Konsequenz des Urteils ins Auge, dass im Grundsatz Insolvenzverfahren nunmehr früher zu eröffnen sind. Wenn nämlich die eigenkapitalersetzenden Darlehen (ohne Rangrücktrittserklärung) unbeschadet ihrer in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordneten Nachrangigkeit zu passivieren sind, ist damit naturgemäß derjenige Zustand schneller erreicht, in dem „das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt“, § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO. Denn zu den Verbindlichkeiten zählen eben auch jene Darlehen.

Dieser Beschleunigungseffekt – und damit der erkennende II. Zivilsenat – darf für sich reklamieren, dass er einem Grundanliegen des neuen Insolvenzrechts vollauf gerecht wird. Denn von Anbeginn an war es eines der Ziele der Reformgesetzgebung, Verfahrenseröffnungen (d. h. den oben genannten Rubikon) auf einen Zeitpunkt vorzuverlegen, zu dem noch (hinreichend) verteilbare Masse vorhanden ist.⁸ Dies dient dem Schutz der Gläubiger und kommt damit dem Zweck von Insolvenzverfahren entgegen, eine faire Risikoverteilung vorzunehmen.⁹

Freilich könnte man unbeschadet des Umstandes, dass auch die Begründung des Regierungsentwurfes zu dem heutigen § 19 InsO die Passivierungspflicht kapitalersetzender Darlehen ausdrücklich vorsieht,¹⁰ einwenden, dass diese

7 So ALTMEPPEIN in seiner Anmerkung in ZIP 2001, 240.

8 Siehe etwa die Begründungen zu den §§ 22, 23 RegE (= §§ 18,19 InsO); abgedruckt etwa bei BALZ/LANDFERMANN, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl., 1999, S. 223 ff.

9 Der INTERNATIONALE WÄHRUNGSFONDS schreibt in seinem vom Legal Department herausgegebenen Buch, *Orderly and Effective Insolvency Procedures – Key Issues*, 1999, S. 5, diesbezüglich Folgendes: „... in term of creditor-debtor relationship, the ability of a creditor to commence insolvency proceedings against a debtor as a means of enforcing its claim reduces the risk of lending and, thereby, increases the availability of credit and the making of investments more generally.“

10 BALZ/LANDFERMANN, aaO (Fn. 8), S. 225: „Auf der Passivseite des Überschuldungsstatus sind auch die nachrangigen Verbindlichkeiten, ... z.B. Zahlungspflichten aus kapitalersetzenden Darlehen, zu berücksichtigen.“

Akzeleration eine Art von Überbeschleunigung darstellt, wie das als Stichwort schon einmal – und zwar mit nachhaltigem Erfolg – gegen den absoluten Verzögerungsbegriff im Rahmen der seinerzeit neu eingeführten Präklusionsregeln des § 296 ZPO angewendet worden war.¹¹ Bekanntlich hat sich die gesetzlich in § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vorgegebene Definition der Überschuldung bewusst von dem zuvor, unter der Ägide der KO weitgehend akzeptierten Verständnis von Überschuldung gelöst.¹² Es sei im Vorbeigehen darauf hingewiesen, dass aus diesem Grunde die zu einem „KO-Fall“ ergangene Entscheidung an und für sich nicht so ohne weiteres auf die Rechtslage unter der Insolvenzordnung übertragbar sein dürfte. Damals jedenfalls hatte sich das so genannte zweistufige Überschuldungsmodell durchgesetzt¹³, demzufolge eine Überschuldung regelmäßig dann ausgeschlossen war, wenn die „Überlebens“- oder „Fortbestehensprognose“ positiv ausfiel.¹⁴

Unter der Insolvenzordnung ist dagegen das Vorliegen einer Überschuldung vorverlagert, indem nunmehr eine neue, dreistufige Prüfungsreihenfolge vorgeschrieben ist.¹⁵ Sie beginnt damit, dass auf einer ersten Stufe der Überschuldungsstatus nach Maßgabe von Liquidationswerten festzustellen ist. Liegt danach eine Überschuldung vor, ist auf der zweiten Stufe eine Fortbestehensprognose zu erstellen. Fällt diese negativ aus, liegt endgültig eine Überschuldung vor, die die Konsequenzen u. a. des § 64 Abs. 1 GmbHG auslöst. Ist die Prognose dagegen positiv, ist auf der dritten Stufe erneut eine Bilanz zu erstellen – diesmal jedoch auf der Grundlage von Fortführungswerten. Ergibt allerdings auch sie eine Überschuldung, ist der Rubikon ebenfalls überschritten und das Insolvenzverfahren einzuleiten.

Die Konsequenz, dass auch bei prognostizierter „rosiger“ Zukunft das Gesamtbereinigungsverfahren durchzuführen ist, dient ausweislich der Begründung des Ausschussberichts zum heutigen § 19 InsO dem Schutz der Gläubiger:

„Wenn eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führen würde, könnte eine Gesellschaft trotz fehlender persönlicher Haftung weiter wirtschaften, ohne

11 Siehe nur ZÖLLER/GREGER, Komm. z. ZPO, 22. Aufl., 2001, § 296 Rdn. 19; PAULUS, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 2000, Rdn. 176.

12 Siehe nur PAPE, in: Kübler/Prütting, Komm. z. InsO, 10. Lieferung, § 19 Rdn. 5 f.

13 Siehe nur KILGER/K. SCHMIDT, Komm. z. Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, § 102 Anm. 3 m.w.N.

14 BGH, Urteil vom 13. Juli 1992, II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 = ZIP 1992, 1382.

15 Dazu insbesondere BORK, ZIP 2000, 1709; DERS., ZInsO 2001, 147. Siehe auch DRUKARCZYK/SCHÜLER, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2000, S. 119 ff, die allerdings nur zwei Stufen erkennen.

daß ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht. Dies würde sich erheblich zum Nachteil der Gläubiger auswirken, wenn sich die Prognose ... als falsch erweist.“¹⁶

Wenn nun aber die Gläubiger über den Vorverlagerungseffekt, der bereits durch dieses „Dreistufen-Modell“ erreicht wird, hinaus auch noch dadurch geschützt werden sollen, dass auf der Passivseite Forderungen einzustellen sind, die die außenstehenden Gläubiger ausweislich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO¹⁷ gar nicht gefährden, statt dessen vielmehr ein Insolvenzverfahren beschleunigt herbeiführen können, stellt sich schon die Frage, ob nicht damit des Guten ein wenig zu viel getan ist und die Gläubiger über Gebühr geschützt werden. Das wäre dann die oben so genannte Überbeschleunigung.

2. Der Ernsthaftigkeitsnachweis

a) Jedoch wird man einer derartigen Argumentation entgegenhalten können und müssen, dass der BGH die Entscheidung über den früheren oder späteren Eintritt in die Überschuldung ausdrücklich den Kredit gebenden Gesellschaftern überlässt, indem er ihnen die Möglichkeit einräumt, durch einen Rangrücktritt die Darlehen von der Passivierungspflicht auszunehmen (*volenti non fit iniuria*). Damit haben es die Gesellschafter in der Hand, den Zeitpunkt zu bestimmen, ab dem ihre Gesellschaft (genauer: ihr Geschäftsführer) dem Pflichtenkreis des § 64 GmbHG ausgesetzt ist. Wenn sie diesen Zeitpunkt hinausschieben wollen, müssen sie nur ihrer „Verantwortung für den Eigenkapitalcharakter“¹⁸ nachkommen und diesen Charakter ausdrücklich anerkennen. Damit ist der Geschäftsführer, wie schon zuvor erwähnt, der Notwendigkeit u. U. komplizierter rechtlicher Einordnungen entbunden, und die Gesellschafter haben den Nachweis erbracht, dass es ihnen mit dem Fortbestand ihrer Gesellschaft Ernst ist.¹⁹

Mit dem Rangrücktritt bringt der betreffende Gesellschafter nämlich zum Ausdruck, dass er – begrenzt freilich auf die Dauer der Krise²⁰ – nicht vor

16 Vgl. BALZ/LANDFERMANN, aaO (Fn. 8), S. 226.

17 Siehe auch noch die §§ 32 a/b GmbHG, 135 InsO.

18 Vgl. PRIESTER, EWiR 2001, 330.

19 Auf diesen praxisorientierten Vereinfachungseffekt weist auch WESTERMANN, DZWIR 2001, 207 hin.

20 In dieser Begrenzung könnte man eine Gläubiger benachteiligende Handlung erblicken wollen, falls es später doch noch zu einer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommen sollte. Doch werden dafür wohl im Regelfall die subjektiven Tatbestandsmerkmale – etwa des § 133 InsO – fehlen. Man könnte aber dennoch an eine Anfechtbarkeit nach dieser Norm denken, wenn man auf den vor dieser zur Verfahrenseröffnung führenden Insolvenz gegebenenfalls nicht erklärten, vgl. § 129 Abs. 2 InsO, Rangrücktritt abstellt. Die Gläubigerbenachteiligung ergäbe sich dann aus der unterlassenen Abwendung des Insolvenzverfahrens.

oder mit den Außengläubigern Befriedigung verlangen möchte, oder wie es das Urteil formuliert,

„daß er die Forderung nicht in Konkurrenz zu den außenstehenden Gläubigern geltend machen, sondern seine Hilfeleistung fortsetzen und verstärken und dadurch erreichen will, daß die Gesellschaft die Chance der Krisenüberwindung bewahrt.“

Ein derartiger den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften abverlangter Ernsthaftigkeitsnachweis ist im Übrigen nichts Neues – als Grundgedanke liegt er auch etwa der Bürgschaftsrechtsprechung des BGH zugrunde, wenn diese die Sittenwidrigkeit von Bürgschafts- und Mithaftungserklärungen von GmbH-Gesellschaftern auf Grund des wirtschaftlichen Eigeninteresses regelmäßig verneint.²¹

b) Es irritiert nun aber in der Tat,²² dass der erkennende Senat bei diesem Befund nicht stehen bleibt, sondern den Ernsthaftigkeitsnachweis in Gestalt eines „qualifizierten Rangrücktritts“ verlangt, der eine Befriedigungsreihenfolge festlegt, die lediglich die Gesellschafter untereinander betrifft. Das ist zumindest zum Schutz der Außengläubiger nicht erforderlich und dient auch nicht der Überwindung der Krise²³ – ganz abgesehen davon, dass der zu entscheidende Fall in dieser Hinsicht an und für sich nicht entscheidungsbedürftig war. Denn zum Streitgegenstand gehörte zwar die Feststellung einer eingetretenen Überschuldung, nicht aber, an welcher Rangstelle die kreditierenden Gesellschafter befriedigt werden sollten.

Als entsprechende Rangstellen kommen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in Betracht, gefolgt von § 39 Abs. 2 InsO und § 199 Abs. 2 InsO. Sie alle gefährden, wie schon erwähnt, die Außengläubiger nicht. Und doch verlangt der BGH offenbar den Rücktritt sogar auf die dritte Stelle – die des § 199 InsO –, indem er schreibt:

„wenn der betreffende Gesellschafter ... erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagenrückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital.“

Aus den weiteren Gründen sowie aus den Ausführungen von *Goette*²⁴ wird erkennbar, dass sich der Senat offenbar durch die Vorgaben des § 39 Abs. 1 InsO zur Aufstellung dieses Erfordernisses genötigt sah. Nachdem nämlich

21 Nachweise etwa bei NOBBE/KIRCHHOF, BKR 2001, 14 f.

22 Siehe nur ALTMIPPEN, ZIP 2001, 240, 241; WITTIG, ZInsO 2001, 172 ff; BORMANN, GmbHR 2001, 691, 693.

23 Daran denkt aber offenbar PRIESTER, EWIR 2001, 330.

24 GOETTE, DStR 2001, 179.

wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO klar ist, dass unbeschadet der Regelungen in den §§ 32a und b GmbHG die Gesellschafter-Darlehen „ihren Charakter als Verbindlichkeiten“ nicht verlieren, soll sich die Passivierungspflicht bereits schon aus diesem, ihren Charakter und der damit einhergehenden Erwähnung in § 39 Abs. 1 InsO ergeben. Abgesehen davon, dass dies eine doch etwas begriffsjuristische Gedankenführung ist, lässt sie sich auch nicht recht mit dem weiteren, zutreffenden Diktum vereinbaren, dass ein Forderungsverzicht nicht notwendig sei, weil das den Darlehensgeber über Gebühr benachteilige. Muss das dann also etwa so verstanden werden, dass die Darlehensforderung dann, wenn ein Rangrücktritt zur Gleichstellung mit statutarischem Kapital erklärt ist, die Qualifikation als Verbindlichkeit verliert? Wohl kaum, denn verlangt ist nur ein (wenn auch qualifizierter) Rangrücktritt und nicht etwa eine bis zur Überwindung der Krise auflösend bedingte Einlage, die mit Überwindung der Krise wieder in eine Forderung umgewandelt wird. Wäre das erforderlich, würde in dem praktisch nicht ausgeschlossenen, gleichwohl aber natürlich höchst seltenen Fall einer Verteilung nach § 199 InsO das Dargeliehene (oder ein Prozentsatz davon) allen Gesellschaftern in Gestalt einer erhöhten Quote zugute kommen, statt dass es allein – und vorrangig – dem Darleiher zuflösse. Das kann schwerlich gewollt sein.

Damit bleibt es dabei, dass das Urteil die Frage unbeantwortet lässt, warum eine, im „ranking“ bei § 39 InsO einzuordnende eigenkapitalersetzende Verbindlichkeit zu passivieren sein soll, nicht dagegen eine solche, die auf dem (Nach-)Rang des § 199 InsO steht. Da hilft auch der Gedanke nicht weiter, dass der in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einzuordnende Gläubiger in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht einbezogen sein soll;²⁵ denn was ist damit gewonnen, wenn der Gesellschafter als Gläubiger vor sich selbst geschützt wird, wo doch das Gesetz diesen Schutz für die Außengläubiger in Gestalt des Nachrangs bereits normiert hat? Für die Passivierungspflicht ergibt sich daraus nichts, weil es eben auch nicht jene Frage nach der Differenzierung zu beantworten vermag, nachdem alle drei Ränge allein die interne Abstufung betreffen. Weder der Schutz der Außengläubiger oder etwa der diesen gleich gesetzten Kleingesellschafter des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG²⁶ geben dafür eine Erklärung her noch auch das vom Senat so stark in den Vordergrund gerückte Bedürfnis des Geschäftsführers, vor deliktischer und strafrechtlicher Verantwortlichkeit bewahrt zu werden.²⁷

25 ALTMEPPEN, ZIP 2001, 240, 241.

26 Auf diese lenkt auch WESTERMANN, DZWIR 2001, 207, 209 die Aufmerksamkeit.

27 Dafür hat der Geschäftsführer aber nun ein Druckmittel gegen die Gesellschafter in der Hand; so zutreffend WESTERMANN, DZWIR 2001, 207, 208.

Auch wenn sich dem Urteil darüber keinerlei Hinweise entnehmen lassen, könnte man aber vielleicht daran denken, dass der dem Senat vorschwebende Rangrücktritt deswegen in dieser qualifizierten Form als erforderlich erachtet wird, um außenstehenden Gläubigern einen Sanierungsanreiz zu bieten. Denn wenn sich ein solcher Gläubiger zum Rangrücktritt bereit erklären sollte, befindet er sich, insolvenzrechtlich gesprochen, auf der Stufe des § 39 Abs. 2 InsO. Es erscheint dann durchaus angemessen, wenn der „Innengläubiger“ mit seinem Nachrang noch eine Stufe tiefer stünde. Dem widerspricht jedoch die anerkannte Tatsache, dass die Rangstelle beim relativen Rangrücktritt frei vereinbart werden kann.²⁸ Folglich braucht der Außengläubiger gar nicht auf diese rigide Weise geschützt zu werden; er kann seinen Rangrücktritt davon abhängig machen, dass die Gesellschafter-Gläubiger ihm im Rang nachfolgen. Für den Regelfall bleibt es dabei, dass ein Ernsthaftigkeitsnachweis dergestalt, dass der kreditierende Gesellschafter sein Darlehen als eigenkapitalersetzend anerkennt, dem Lösungsansatz des BGH vollauf genügt hätte.

IV. Paralipomena

1. Die Geschäftsführerhaftung

In dem entschiedenen Fall hatte das Finanzamt eine Zahlung von der alsbald in das Konkursverfahren getrudelten Gesellschaft erhalten. Dass sich die in diesem Zusammenhang einzuhaltende Sorgfaltspflicht auch und insbesondere an dem die potentiellen Gläubiger des Insolvenzverfahrens schützenden Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG auszurichten hat, ist eine Aussage des Urteils, die gleichfalls nachhaltige Hervorhebung verdient. Denn sie unterstreicht den Nachdruck, mit dem die Einhaltung der aus Abs. 1 resultierenden Kontrollpflicht gefordert wird, und sie korrespondiert überdies mit der erhöhten Sorgfaltsanforderung, die das bürgerliche Recht etwa in den §§ 818 Abs. 4, 989 BGB demjenigen auferlegt, der eine rechtshängige Sache in Händen hält. So wie in diesen Fällen der möglicherweise unterliegende Klagegegner den fraglichen Gegenstand in seinem derzeitigen Zustand erhalten soll, strebt § 64 Abs. 2 GmbHG den Schutz der Gläubiger vor einer Beeinträchtigung ihrer bereits in diesem Stadium vom Gesetz anerkannten Interessen an der Massewahrung an.

Diese, vom Insolvenzantrag her gesehene Vorwirkung des § 64 Abs. 2 GmbHG bringt die Vorschrift in Konkurrenz mit den Regeln der Insolvenz-

²⁸ Siehe nur die Nachweise bei WITTIG, ZInsO 2001, 169 f.

anfechtung, denen die Besonderheit zu eigen ist, dass sie – gewissermaßen wie eine dunkle Wolke – diesseits des oben erwähnten Rubikons dessen Uferbereich bis zu der stattlichen „Tiefe“ von zehn Jahren, § 133 InsO, überschatten, und zwar zum Wohle der Kargheit am jenseitigen Ufer. Weniger bildhaft gesprochen: Der Verwalter hätte im vorliegenden Fall möglicherweise ebenso gut gegen das Finanzamt vorgehen können, anstatt den Geschäftsführer zu belangen. Diese Wahlfreiheit ist ihm seit der Entscheidung desselben Senats vom 18. Dezember 1995²⁹ eingeräumt und sie besteht, wie insbesondere der vorliegende Fall dokumentiert, als Erleichterung für den Verwalter seither unangefochten.

Auch hier wird aber eine zur Konkursordnung ergangene Entscheidung unbesehen auf die Ägide des Nachfolgegesetzes übertragen – und das, obgleich das Anfechtungsrecht in der Insolvenzordnung bekanntlich zum Teil deutlich verschärft³⁰ und damit der Wille des Gesetzgebers recht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden ist, Empfänger anfechtbarer Rechtshandlungen nicht ungeschoren davon kommen zu lassen. Genau das ist aber eine der unbilligen Konsequenzen, die gegen das besagte Urteil aus dem Jahre 1995 auch schon unter der Konkursordnung gesprochen haben.³¹ Die weiteren Gegenargumente sollen an dieser Stelle nicht noch einmal wiederholt werden;³² es genügt die Wiedergabe des Ergebnisses, dass der vorliegende Beklagte hätte einwenden können müssen, dass der Verwalter vorrangig die Anfechtungsklage hätte erheben müssen. Diese hätte er wohl insbesondere auf § 30 Nr. 2 KO stützen können – mit der Folge, dass in diesem Prozess hätte geklärt müssen, ob die Inkongruenz daraus resultiert, dass das Finanzamt Leistung von einem nicht schuldenden Dritten erhalten hat.

2. Aufspaltung

Es wurde oben³³ bereits angedeutet, dass sich das Urteil nicht näher zu der Betriebsaufspaltung äußert, die die vorliegende Gemeinschuldnerin von ihrem potentiellen Organträger trennte. Vermutlich ist dieses Übergehen eines Sachverhaltes im konkreten Fall auch vollkommen berechtigt, doch soll es vorliegend als Anknüpfungspunkt für einen „Erinnerungsposten“ für

29 BGH, Urteil vom 18. Dezember 1995, II ZR 277/94, ZIP 1996, 420.

30 Vgl. nur PAULUS/SCHRÖDER, WM 1999, 253 ff.

31 Siehe dazu ausführlich bereits PAULUS, in: Prütting, RWS-Forum 9 Insolvenzrecht, 1996, S. 211, 223 f.

32 Vgl. PAULUS, aaO (Fn. 31), S. 219 ff und insbes. S. 226 f.

33 Sub II.

einen Tatbestand dienen, der leicht in Vergessenheit zu geraten droht. Die Rede ist von den in der Praxis offenbar durchaus weit verbreiteten Umwandlungen (bevorzugt wohl Auf- und Abspaltungen), die zu dem Zwecke vorgenommen werden, die „Spreu vom Weizen“ zu trennen – sprich: die fortführungswürdigen Teile des Unternehmens von den anderen zu trennen, um Letztere sodann in die Insolvenz fallen zu lassen.

Es ist angesichts dieser Übung mit Nachdruck zu betonen: Derartige Umwandlungen stellen anfechtbare Rechtshandlungen dar!³⁴ Das ist völlig unproblematisch und kann einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren vor Antragstellung abdecken, § 133 InsO. Problematisch ist allenfalls, wie sich in derartigen Fällen die Rückgewährpflicht des § 143 InsO darstellt. Richtigerweise wird sie darauf gerichtet sein, dass die überlebende Gesellschaft für die Ausfälle aufzukommen hat. Im Ergebnis kommt das einer Art von Nachschusspflicht gleich, die bis zu der Aufhebung des Insolvenzeröffnungsgrundes reicht. Dass dies zu Folgeinsolvenzen führen wird, liegt auf der Hand und ist ein weiterer Beleg für die durchaus dramatischen Verschärfungen des neuen Anfechtungsrechts.

34 Siehe nur PAULUS, in: Kübler/Prütting, Komm. z. InsO, 10. Lieferung, § 129 Rdn. 11 (der dort abgedruckte Verweis auf Rdn. 17 bezieht sich auf die Kommentierung des § 143 InsO).