

Moritz Wollring*

Legitimation und Ziele des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des/der Gesellschafter(s/in) zur Finanzierungsvorsorgeverantwortung des Gesetzgebers

Die Legitimation und die Methodik der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft sind die Kernfragen des Fremdfinanzierungsrechts. Das MoMiG hat diesen Fragen eine neue Dimension verliehen. Obschon seit Inkrafttreten des MoMiG mittlerweile sechs Jahre vergangen sind, sind diese Fragen noch immer nicht abschließend geklärt. Um sie zu beantworten, nähert sich ihr der Autor in dem vorliegenden Beitrag mit einem kombinatorischen Ansatz: Mittels einer Mischung aus zivilrechtlichen, verfassungsrechtlichen und rechtsökonomischen Betrachtungsweisen wird nicht nur der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Regelungskomplexes des Rechts der Gesellschafterdarlehen nachgegangen, sondern auch dessen Zielsetzung und Wirkungsweise grundlegend hinterfragt und weiterentwickelt. Das Ergebnis ist ein Vorschlag für ein Regulationssystem, das Gläubiger vor den Risiken von Gesellschafterfremdfinanzierungen mit Hilfe eines anreiztechnischen und präventiven Mechanismus schützt, anstelle sich – wie gegenwärtig – auf repräsentative Sanktion im Insolvenzfall zu beschränken.

A. Einleitung

Um im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft in das Privileg der beschränkten Haftung zu kommen, müssen die Gesellschafter/innen diese mit dem sog. Stamm- oder Grundkapital ausstatten. Darüber hinaus besteht jedoch keine Pflicht für die Gesellschafter/innen, der Gesellschaft Vermögen zukommen zu lassen.

Vielmehr besteht insoweit Finanzierungsfreiheit, d. h. den Gesellschafter(n/innen) steht es frei, ob sie den weitergehenden Kapitalbedarf der Gesellschaft ebenfalls mit Hilfe dauerhafter Vermögensüberlassung oder mittels Fremdkapital decken.¹ Der Gesellschaft Teile ihres Privatvermögens permanent zu überlassen, ist für Gesellschafter/innen jedoch – aus diversen Gründen – un-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit des Autors, welche im Rahmen eines – von PD Dr. iur. Sebastian Mock geleiteten – Seminars zum Recht der Unternehmensfremdfinanzierung im Sommersemester 2014 an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg angefertigt wurde. Die Themavorgabe lautete: „Fremdkapitalinstrumente in der Insolvenz“. Die Arbeit wurde mit „sehr gut“ bewertet.

¹ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 5 Rn. 5; Hommelhoff, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, S. 25; K. Schmidt, Vom Eigenkapitalersatzrecht in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797 (798).

attraktiv. Soweit er nicht gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben ist, fällt die Wahl deshalb zumeist auf den Einsatz von Fremdkapital, insbesondere auf Gesellschafterdarlehen.²

Solange die Gesellschaft wirtschaftlich Erfolg hat, ist dies unbedenklich. Gerät sie aber in die Krise, liegt also ein die Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtfertigender Grund vor (sog. Insolvenzreife)³, kann die Finanzierungsfreiheit Probleme entfachen. Denn es besteht die Gefahr, dass die so erzeugte nominelle Unterkapitalisierung⁴ im Insolvenzfall zu einer Benachteiligung der Gläubiger der Gesellschaft führt.⁵ An der Schwelle des Gesellschafts- zum Insolvenzrecht entsteht auf diese Weise ein Spannungsverhältnis zwischen der Möglichkeit einer effektiven Fremdfinanzierung und dem Gläubigerschutz.⁶

Dabei geht es nicht nur um rein zivilrechtliche Interessenkonflikte, sondern auch um verfassungsrechtliche Fragen. Hilfreich ist zudem, über rein juristische Aspekte hinaus, eine Betrachtung aus rechtsökonomischer Perspektive. Diese Komplexität macht einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Interessen schwierig.

I. Finanzierungsfreiheit vs. Gläubigerschutz

Das Risiko, welches aus der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung für die Gläubiger entsteht, ist systemimmanent und volkswirtschaftlich gewollt.⁷ Zu einer übermäßig riskanten Situation kann es aber führen, wenn der Gesellschaft die Gefahr einer Insolvenz droht⁸:

Das im Rahmen der Gründung zunächst eingebrachte Eigenkapital in Form des Grund- oder Stammkapitals ist – entgegen einem weit verbreiteten Irrtum – keine

² Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2011, § 15 Rn. 39.

³ Gras, in: Nerlich/Kreplin, Münchner Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 1.

⁴ BGHZ 68, 312 (318) = NJW 1977, 1449 (1450).

⁵ Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz – Die Entwicklung seit Schaffung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892, 2011, S. 1.

⁶ Knof, Modernisierung des GmbH-Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, ZinsO 2007, 125 f.

⁷ Eidenmüller/Engert, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, 433 (434 f.); Vetter, Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung, ZGR 2005, 788 (790).

⁸ Gehde, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland und den USA, Diss., Univ. Potsdam 1997, S. 50 f.

Sicherheitseinlage.⁹ Vielmehr erschöpft sich sein Zweck weitgehend darin, Seriositätsschwelle zu sein.¹⁰ Zwar darf es nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, allerdings steht es im Rahmen der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Betriebsvermögen zur freien Disposition.¹¹ In einer Krise wird es deshalb regelmäßig schon verbraucht sein.¹² Um die Gesellschaft aus ihrer finanziellen Schieflage zu befreien, bedarf es daher neuen, zusätzlichen Kapitals. Beschränkt sich der/die Gesellschafter/in jedoch auch dann auf den Einsatz von Fremdkapital, so stellt sich folgendes Problem:

Der Informationsvorsprung, den der/die Gesellschafter/in aus seiner/ihrer „Insiderstellung“ zu gewinnen im Stande ist, ermöglicht es ihm/ihr die eingebrachten Finanzmittel im Vorfeld der Insolvenz wieder abzu ziehen.¹³ Derart werden sie jedoch dem Zugriff des/der Insolvenzverwalter(s/in) entzogen, und folglich auch dem der Gläubiger. Äußerstenfalls steht diesen in der Insolvenz dann keine Haftungssumme mehr zur Verfügung.

II. Eine kurze Geschichte des Eigenkapitalersatzrechts

Die Forderung, der Gesetzgeber solle sich des Themas annehmen, wurde deshalb schon früh laut. Bereits bei der Ausarbeitung des GmbH-Gesetzes von 1892 standen entsprechende Gläubigerschutzregeln in der Diskussion.¹⁴

Weil der Gesetzgeber sich aber nicht zu einer Lösung durchringen konnte, begann die Rechtsprechung in den 1930er Jahren selbst entsprechende Grundsätze zu prägen:

Das Reichsgericht erkannte zwar die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter/innen grundsätzlich an, ließ aber

⁹ *Blaurock*, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, 2005, S. 3 (9); *Kleindiek*, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335 (337).

¹⁰ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 14 Rn. 18; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 540.

¹¹ *Gehde*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, S. 42; *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, DK 2004, 162 (165).

¹² *Braunschweig*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA, 2012, S. 32.

¹³ BGHZ 90, 381 (388 f.) (*BuM ./ WestLB*) = NJW 1984, 1893 f.; *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 1, 127 m. w. N.; *Lutter/Hommelhoff*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung, ZGR 1979, 31 (35 ff.); *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung – Unter Berücksichtigung der Änderungen durch das MoMiG, 2009, S. 121 ff.; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 460; kritisch *Grunewald*, Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, GmbHR 1997, 7 (8 ff.).

¹⁴ *Bezler*, Die Bedeutung des Stammkapitals für die GmbH, 2009, S. 56 ff.; *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 1, 2; *Klausing*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – 2. Arbeitsbericht des „Ausschusses für Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 75; vgl. auch *Lutter*, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 49, 52, 53.

den Versuch, das fehlende Eigenkapital der Gesellschaft in der Krise durch Fremdkapital zu ersetzen, nicht gelten. Es bewertete in der Krise gewährte Gesellschafterdarlehen als Verstoß gegen § 826 BGB und behandelte sie als das, was sie nach dessen Ansicht eigentlich sein sollten: Gesellschaftereinlagen.¹⁵ Damit war sichergestellt, dass das in der Krise durch die Gesellschafter/innen eingebrachte Kapital einzig den Gläubigern zu Gute kam. Auch der Bundesgerichtshof propagierte zunächst eine solche Vorgehensweise, rechtfertigte sie aber über eine Analogie zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG a. F.¹⁶

Zu einer Kodifizierung dieses „Eigenkapitalersatzrechts“ kam es erst 1980 im Rahmen der damaligen GmbHG-Novelle. Der Gesetzgeber schuf – in Anlehnung an die Rechtsprechungsgrundsätze – die §§ 32 lit. a, 32 lit. b GmbHG a. F. den § 32 lit. a KO a. F.¹⁷ Weil diese jedoch hinter den vom BGH aufgestellten Grundsätzen zurückblieben¹⁸, entschied sich der BGH, seine Grundsätze in paralleler Anwendung beizubehalten.¹⁹ Die sich so ergebende Parallelität aus kodifiziertem Recht und Rechtsprechungsregeln erwies sich in der Tat als überaus gläubigerfreundlich. Gleichwohl führte sie zu einer sehr komplexen Rechtslage.

Deshalb wurde 1999 das Eigenkapitalersatzrecht radikal vereinfacht: Im Rahmen der neuen Insolvenzordnung wurden gemäß § 39 I Nr. 5 InsO „kapitalersetzende“ Gesellschafterdarlehen sowie gleichgestellte Forderungen im Insolvenzverfahren nachrangig. Für den Fall, dass es bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Rückzahlungen kommen sollte, wurden – in Ergänzung dazu – solche Rechtshandlungen gemäß § 135 InsO nachträglich anfechtbar.

III. Das Gläubigerschutzsystem der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO

Aufgrund der positiven Resonanz, die diese Neuorientierung hervorrief, entschied sich der Gesetzgeber, den insolvenzrechtlichen Ansatz auszubauen.²⁰ Im Rahmen des am 1.11.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und der Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)²¹ wurde auch die Behandlung von Gesellschafterdarlehen reformiert.

¹⁵ RG JW 1939, 354 (356); JW 1938, 862 (864 f.).

¹⁶ BGHZ 31, 258 f. (*Lufttaxi*) = NJW 1960, 285 f.; vgl. auch *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 56, 127.

¹⁷ BGBl. I 1980, S. 836; *Priester/K. Schmidt*, Die GmbH-Novelle, 1980, S. 3.

¹⁸ *Ballerstedt*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 1971, 383 (393); *Lutter/Hommelhoff*, in: dies., GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 32 lit. a/b Rn. 7.

¹⁹ BGHZ 90, 370 (380 f.) (*Nutzfahrzeuge*) = NJW 1984, 698 f.

²⁰ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 56.

²¹ BGBl. I 2008, S. 2026.

Zunächst wurden die aus den §§ 30, 31 GmbHG abgeleiteten Rechtsprechungsgrundsätze durch ein, in § 30 I 3 GmbHG kodifiziertes, Anwendungsverbot auf Gesellschafterdarlehen beseitigt. Darüber hinaus wurde – zurückgehend auf einen entsprechenden Vorschlag aus der Literatur²² – das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ normübergreifend gestrichen. Dies hatte nicht nur zur Folge, dass der Begriff des „Eigenkapitalersatzrechts“ durch denjenigen des „Rechts der Gesellschafterdarlehen“ ersetzt wurde.²³

Auch sind nunmehr sämtliche Gesellschafterdarlehen (gleich, ob im Rahmen einer Krise gewährt oder nicht) dem Nachrang des § 39 I Nr. 5 InsO unterworfen.²⁴ Die rechtliche Würdigung gesellschafterseitiger Besicherungen auf Darlehen von Dritten an die Gesellschaft wurden von § 32 lit. a II GmbHG in § 44 lit. a InsO verlagert. Mit § 135 II InsO wurde, parallel dazu, ein entsprechender Anfechtungstatbestand geschaffen. Auch die sog. kapitalersetzende Nutzungsüberlassung wurde in § 135 III InsO gesetzlich kodifiziert.

Die vollständige Verlagerung sämtlicher maßgeblicher Vorschriften in die Insolvenzordnung schuf ein universelles, gesellschaftsübergreifendes Konzept.²⁵ Das Resultat war ein System, das Gesellschaftsgläubiger bis heute effektiv vor den Gefahren von Gesellschafterfremdfinanzierungen schützt und zudem internationalen Standards gerecht wird.²⁶

B. Die Legitimation des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Bei aller ehrenvollen Intention des Gesetzgebers, Regeln zum Schutz der Gläubiger vor Gesellschafterfremdfinanzierungen zu schaffen, kann diese allein jedoch noch keine Rechtfertigung für den Erlass entsprechender Vorschriften darstellen.

Denn die Gläubigerschutzregeln haben eine Einschränkung der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter/innen zur Folge. Diese ist grundrechtssensibel: Sie ist nicht nur Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I

²² Huber/Habersack, Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, DB 2006, 1 (2).

²³ Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 179.

²⁴ BT-Drucks., 16/6140, S. 26; Neufßner, in: Graf-Schlicker, InsO, 5. Aufl. 2012, § 39 Rn. 16.

²⁵ Heckschen, Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442 ff.; Hirte, Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761 f.; Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 21; Hölzle, Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 729 f.

²⁶ Braunschweig, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 250.

GG. Forderungen aus Gesellschafterdarlehen sind auch – wie sämtliche anderen zivilrechtlichen Forderungen – von der Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG gedeckt.²⁷ Zwar besteht die generelle Möglichkeit, diese Grundrechte einzuschränken (sog. Schranken²⁸). Allerdings muss das einschränkende Gesetz selbst gewisse Maßstäbe wahren (sog. Schranken-Schranken²⁹). Ein solcher ist insbesondere die Verhältnismäßigkeit.³⁰

Diese verlangt u. a., dass – nach Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen – die mit dem verfolgten Ziel verbundenen Vorteile die durch den Rechtseinschnitt bewirkten Nachteile überwiegen.³¹ Die verfassungsrechtliche Dimension der Finanzierungsfreiheit macht es deshalb erforderlich, dass dem Gläubigerschutz, als von den infrage stehenden Regelungen verfolgtem Anliegen, mehr Bedeutung als der Finanzierungsfreiheit zukommt. Nur dann ist ihre Einschränkung zu rechtfertigen.

I. Die Finanzierungsfolgenverantwortung

Obwohl es grundsätzlich das gute Recht des/der Gesellschafter(s/in) ist, sein/ihr Risikokapital zu limitieren³², stellt sich das Beharren auf diesem Recht in der Krise als janusköpfig dar. Man kommt nicht umhin, einen gewissen Widerspruch in seinem/ihrem Verhalten zu verorten³³: Wenn er/sie der Gesellschaft wirklich in finanzieller Hinsicht helfen will – warum beschränkt er/sie sich dann auf Fremdkapital? Zwar ist nachvollziehbar, dass der/die Gesellschafter/in im Ernstfall nicht auch noch seine eigenen Verluste unnötig erhöhen möchte.³⁴ Dass er/sie diese Finanzierungserwägung auf Kosten der

²⁷ BVerfGE 45, 142 (179); 68, 123 (222) m. w. N.; für eine Tangierung der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG hingegen, fehlt es m. E. dem Recht der Gesellschafterdarlehen – bzw. dessen die Finanzierungsfreiheit einschränkende Regelungen – an der dazu erforderlichen berufsregelnden Tendenz (st. Rspr.), vgl. BVerfGE 13, 181 (185 f.); 38, 61 (79); 52, 42 (54).

²⁸ Die h. M. bezeichnet mit diesem Begriff die generelle Einschränkung des Grundrechts i. S. d. Ermächtigung zum Eingriff, s. Bleckmann, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 429; Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 41; Münch/Wagner, Staatsrecht II – Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 239; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014, S. 177; teilweise werden damit jedoch auch andere Bedeutungen verbunden, vgl. z. B. Alexy, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl. 1986, S. 254 f.; Höfling, Grundrechtstatbestand – Grundrechtsschranken – Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, 169 (171); R. Schmidt, Grundrechte, 16. Aufl. 2014, Rn. 154.

²⁹ Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 44 ff.; auch hier bestehen jedoch Uneinigheiten bzgl. der Terminologie, vgl. insoweit bspw. Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S. 14.

³⁰ Ipsen, Staatsrecht II – Grundrechte, 16. Aufl. 2013, Rn. 195.

³¹ BVerfGE 118, 168 (195); Wilms, Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 249.

³² Altmeppen, Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung aus „deutsch-europäischer“ Sicht, NJW 2005, 1911 (1913).

³³ Vgl. BGHZ 31, 258 f. (Lufttaxi) = NJW 1960, 285 f.

³⁴ Braunschweig, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 21; ähnlich Altmeppen, NJW 2005, 1911 (1913).

Gläubiger trifft, ist jedoch nicht zu dulden. Ihm/ihr obliegt eine „Finanzierungsfolgenverantwortung“.³⁵

Damit ist letztlich Folgendes gemeint: Die Finanzierungsfreiheit ist ggü. dem Gläubigerschutz nachrangig. Der/die Gesellschafter/in ist als Anteilsinhaber/in der Gesellschaft in deren Insolvenz vor allem Schuldner/in. Dem darf er/sie sich nicht entziehen, indem er/sie sich in die Schlinge der Insolvenzgläubiger/innen einreißt, um stattdessen deren Vorrechte zu genießen.³⁶

II. Legitimationsänderungen durch das MoMiG

So nahe dieser Schluss zunächst lag, so vehement steht er als Leitgedanke des Eigenkapitalersatzrechts mittlerweile in Frage. Die Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG hat die Frage aufgeworfen: Wollte sich der Gesetzgeber dergestalt nicht nur der ehemaligen Normen des Eigenkapitalersatzrechts, sondern auch der Finanzierungsfolgenverantwortung als deren Legitimation entledigen?³⁷

Die Gesetzgebungsmaterialien lassen eine klare Aussage diesbezüglich leider vermissen.³⁸ Erkennbar ist nur der Wunsch nach der „Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts“, um dieses durch eine vereinfachtere Regelungsmethodik zu ersetzen.³⁹ Die Frage nach der Legitimation hingegen, sollte ausdrücklich Rechtsprechung und Literatur überlassen werden.⁴⁰ Im Gegenzug für seinen Regelungsauftrag,⁴¹ hat der Gesetzgeber Judikative und Literatur gewissermaßen einen „Legitimationsfindungsauftrag“ erteilt.

³⁵ St. Rspr. seit BGHZ 127, 336 (344f.) = NJW 1995, 326f.; zunächst noch dezidiert anders BGHZ 90, 381 (388, 389f.) (*Bu. ./ West-LB*) = NJW 1984, 1893f.; vgl. auch zu den maßgeblichen Leitgedanken BGHZ 127, 17 (29) (*Lagergrundstück IV*) = NJW 1994, 2760 (2762).
³⁶ Haas, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617 (619, 621); Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 27.

³⁷ Georg, in: Becker (Hg.), *Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz*, 2011, S. 181; Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 24; bejahend Braunschweig, *Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen*, 2012, S. 48, 49; Gehrlein, *Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG*, BB 2008, 846 (849); Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 24; Huber, *Festschrift für Hans-Joachim Priester*, 2007, S. 259, 271 f.; Selzner/Leuering, in: Römermann, *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 25.

³⁸ Bitter, *Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG*, ZIP 2010, 1 (1) m.w.N.; Vogelsang, *Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten von § 39 I Nr. 5 InsO?*, HRN 2011, 49 (54).

³⁹ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42, 60; Bork, *Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts?*, ZGR 2007, 250 (251).

⁴⁰ Siehe insbesondere Seibert, *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG*, RWS-Dokumentation, Band 23, 2008, S. 41, der als für das MoMiG zuständiger Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz diese Frage ausdrücklich der Rechtswissenschaft übertragen wollte; vgl. auch Schröder, in: Balz/Kübler/Prütting/Timm (Hg.), *Beiträge zum Insolvenzrecht*, Band 42, *Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG – Gesellschafterforderungen in der Insolvenz nach neuem Recht* –, 2012, Rn. 338.

⁴¹ Vgl. dazu grds. Lutter/Wiedemann, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA*, 1998, S. 58.

Daher ist die Unterstellung präziser Absichten des Gesetzgebers diesbezüglich ist nicht nur überaus spekulativ. Sie steht auch im Widerspruch zu dessen ausdrücklichem Verzicht auf eine konkrete Stellungnahme. Mit Sicherheit sagen lässt sich nur, dass der Gesetzgeber zumindest annahm eine hinreichende Rechtfertigung existiere. Denn rechtswidrige Normen hätte er wohl nicht erlassen wollen. Sein Schweigen zu diesem Thema darf daher primär als pragmatische Zurückhaltung gewertet werden.

Letztlich ist die Auffassung des Gesetzgebers für die Rechtmäßigkeit der von ihm erlassenen Regelungen ohnehin nicht entscheidend. Maßgeblich ist einzig allein die Frage: Gibt es für den Umfang der Schlechterstellung des/der Gesellschafter(s/in) überhaupt eine hinreichende Rechtfertigung? Dabei gilt es zu unterscheiden:

Zum einen zwischen dem originären Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts, zum anderen zwischen seiner, durch das MoMiG erwirkten Erweiterung.

1. Die Relativierung der Finanzierungsfreiheit in der Krise

Hinsichtlich der Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen die im Zustand der Krise der Gesellschaft gewährt werden, ist dabei zunächst Folgendes zu rekapitulieren: Die Finanzierungsfolgenverantwortung besteht gerade darin, dass im Falle einer drohenden Insolvenz der Gläubigerschutz gegenüber der Finanzierungsfreiheit den Vorrang genießt.

Im Zuge des MoMiG haben sich die grundsätzlichen Gefahren, welche aus dem Einsatz von Fremdkapital in der Krise resultieren nicht geändert. Auch sind aus Anlass einer Krise gewährte Gesellschafterdarlehen nach wie vor vom Anwendungsbereich der infrage stehenden Vorschriften umfasst.

Vergleicht man den Umfang der Schlechterstellung von Fremdfinanzierungsmitteln in der Insolvenz vor und nach dem MoMiG, bilden die krisenkonnexen Gesellschafterdarlehen einen konstanten, gemeinsamen Nenner. Insoweit gibt es deshalb keinen Grund, warum die Finanzierungsfolgenverantwortung den Eingriff in die Rechtssphäre des/der Gesellschafter(s/in) nicht nach wie vor rechtfertigen sollte.

2. Die Relativierung der Finanzierungsfreiheit außerhalb der Krise

Als gänzlich andere Frage stellt sich jedoch die Legitimation der Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen dar, die nicht unter der Krisenprämisse stehen. Deren Sonderbehandlung wäre aufgrund von Art. 3 I GG nur dann tragbar, wenn sie entweder ebenfalls durch die Finanzierungsfolgenverantwortung oder durch einen an-

derweitigen Grund gerechtfertigt wäre.⁴² Anderenfalls würde es an einem entsprechenden Gleichstellungskriterium⁴³ fehlen.

a) Die Reichweite der Finanzierungsfolgenverantwortung

Entscheidend ist damit zunächst, wie die Grenzen der Finanzierungsfolgenverantwortung präzise zu definieren sind. Dazu bedarf es einer Rekapitulation ihrer *ratio*: Sie stellt ein besonderes Verantwortungsprinzip dar, welches aus der misslichen finanziellen Lage der Gesellschaft resultiert.⁴⁴ Solange eine derartige Situation nicht vorliegt, ist die Nutzung von Fremdkapital, insbesondere von Gesellschafterdarlehen, nicht nur ein legitimes Instrument der Unternehmensfinanzierung, sondern auch ökonomisch sinnvoll.⁴⁵ Sie ist *per se* weder schädlich noch verwerflich.

Erst wenn sie dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft abträglich zu sein beginnt, entsteht ein Bedürfnis für Gläubigerschutz.⁴⁶ Dies macht die Feststellung unausweichlich, dass der Begriff der Finanzierungsfolgenverantwortung an einer sprachlichen Ungenauigkeit leidet. Tatsächlich trifft den/die Gesellschafter/in ausschließlich eine „Krisenfinanzierungsfolgenverantwortung“.

Für diejenigen Gesellschafterdarlehen, die nicht den Zweck der Krisenfinanzierung verfolgen, vermag dieses Prinzip deshalb bereits Kraft Natur seines *telos* keinen Anknüpfungspunkt darzustellen.

b) Die Nähe zur Gesellschaft als Legitimation

Als Alternative zur Finanzierungsfolgenverantwortung wird teilweise als Begründungsmodell die Nähe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter/in ins Feld geführt.⁴⁷ Ein/e Gesellschafter/in sei typischerweise in stärkerem Umfang an den unternehmerischen Chancen und Risiken beteiligt als ein/e normale/r Kreditgeber/in.⁴⁸ Deshalb müsse er/sie, anders als ein/e außenstehende/r Finanzier/in, die Konsequenzen seiner/ihrer Finanzierung vollumfänglich verantworten.⁴⁹

42 Dem Grunde nach bereits *Altmeyen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601 (3602) m. w. N.

43 Vgl. dazu *Rüfner*, in: BK-GG, Band 1, Stand: 167. EL 5/2014, Art. 3 Rn. 11 f. und 89 f.

44 *Huber*, in: FS Priester, 2007, S. 259 (270); *Vogelsang*, HRN 2011, 49 (50, 51).

45 *Hommelhoff/Kleindiek*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 421 f.

46 *Schaefer/Fackler*, Durchgriffshaftung wegen allgemeiner Unterkapitalisierung?, NZG 2007, 377 (378 f.).

47 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. § 64 Rn. 115; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 32 lit. a/b a. F. Rn. 7; *Haas*, ZinsO 2007, 617 (618); *Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, GmbHR 2009, 397 (398 f.); *Noack*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395 (1398).

48 *Krolop*, GmbHR 2009, 397 (399).

49 *K. Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, 1009, (1015 f.).

Allerdings hat die Doppelstellung des/der Gesellschafter(s/in) bei Fremdfinanzierungen ausschließlich in der Krise bzw. in der Insolvenz Auswirkungen auf die Gläubiger. Im Übrigen bleiben sie für diese folgenlos. Für die – hier infrage stehende – Schlechterstellung des/der Gesellschafter(s/in) außerhalb einer Krise der Gesellschaft ist Nähe zur Gesellschaft deshalb als Rechtfertigung ebenso untauglich wie die Finanzierungsfolgenverantwortung.⁵⁰

c) Die Haftungsbeschränkung als Legitimation

Teilweise wird argumentiert, die Haftungsbeschränkung als solche sei seit dem MoMiG die maßgebliche Rechtfertigung für die Schlechterstellung der Gesellschafter/innen durch die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO. Diese Argumentation knüpft an die grundsätzliche Bedeutung der Haftungsbeschränkung für diesen Regelungskomplex an:

d) Die Haftungsbeschränkung als Grundvoraussetzung

Nur in solchen Gesellschaften, in denen eine beschränkte Haftung besteht, kann es überhaupt zu einem fremdfinanzierungsbedingten Problem für deren Gläubiger kommen.

Dort wo – im Gegensatz dazu – eine akzessorische Haftung gemäß oder analog § 128 HGB möglich ist, steht im Zweifel das Privatvermögen der Gesellschafter/innen als Haftungsmasse zur Verfügung.⁵¹ Folglich stellt sich dann auch nicht das Problem ihres zu geringen Umfangs im Insolvenzfall. Zwar kann auch das Privatvermögen des/der Gesellschafter(s/in) im Zweifel erschöpft sein. Diese Gefahr resultiert dann aber nicht mehr aus der Haftungsbeschränkung.

Deshalb hat der Gesetzgeber richtigerweise die beschränkte Haftung in § 39 IV 1 InsO zur universellen Anwendungsvoraussetzung für das Recht der Gesellschafterdarlehen gemacht. Ob die Haftungsbeschränkung aber darüber hinaus seine Legitimation ist, bedarf einer näheren Betrachtung.

e) Die Voraussetzung als Brücke zur Legitimation?

Zunächst kann nicht jeder Umstand, der Anlass eines Problems ist, zugleich Legitimation für dessen Lösung sein. Zudem ist die grundsätzliche Konsequenz der Haftungsbeschränkung – dass die Gesellschafter/innen ggf. als persönliche Schuldner ausfallen – gerade gewollt.⁵²

50 So auch BGHZ 188, 363 (365) = NJW 2011, 1503 (1505); *Neußner*, in: Graf-Schlicker, InsO, § 39 Rn. 17; *Kleindiek*, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 26.

51 *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 128 Rn. 1 ff.

52 *Eidenmüller/Engert*, GmbHR 2005, 433 (434 f.); *Vetter*, ZGR 2005, 788 (790).

Allenfalls kann sie daher Legitimation für die Regulierung einer Verhaltensweise des/der Gesellschafter(s/in) sein, die ihre Vorteile in einer Weise in Anspruch nimmt, welche über die durch sie bewusst in Kauf genommenen Risiken hinausgeht.

Oder m. a. W.: Nur Fälle des *Missbrauchs* der Haftungsbeschränkung können aus der Haftungsbeschränkung als eigenständige Legitimation abgeleitet werden. Denn dann macht es eine restriktive Auslegung möglich, die ursprüngliche Zielsetzung der Haftungsdurchgriffssperre zu korrigieren bzw. zu präzisieren. So wird ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung dann angenommen, wenn die Gesellschafter/innen die Gesellschaft einer *materiellen* Unterkapitalisierung aussetzen, d. h. mit völlig unzureichenden Kapitalmitteln ausstatten.⁵³

Ob aber auch der Abzug von Gesellschafterdarlehen – und somit eine lediglich *nominelle* Unterkapitalisierung⁵⁴ – einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung bedeutet, erscheint fraglich. Grund, daran zu zweifeln, gibt allerdings weniger, dass einem Missbrauch der Haftungsbeschränkung grundsätzlich eher mit einer Durchgriffshaftung zu begegnen ist.⁵⁵ Denn der Gesetzgeber ist aufgrund seiner Einschätzungsprärogative grundsätzlich frei, unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ggf. auch ein weniger passendes oder wirkungsvolles zu wählen.⁵⁶

Das Problem liegt vielmehr darin, dass die Haftungsbeschränkung nicht *allein* das Entstehen fremdfinanzierungsbedingter Gefahren für die Gläubiger möglich macht. Eine Gefahr ergibt sich erst aus dem Umstand, dass zusätzlich zu der fehlenden Möglichkeit, auf das Privatvermögen der Gesellschafter/innen zuzugreifen, keine gesetzliche Pflicht besteht, über das Grund- oder Stammkapital hinaus, der Gesellschaft Vermögen beizusteuern.

Damit geht es aber final nicht um einen Missbrauch der *Haftungsbeschränkung*, sondern um einen Missbrauch der *Finanzierungsfreiheit*. Dass Letzterer wiederum zu sanktionieren ist, ist gerade Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Haftungsbeschränkung – für sich genommen – kann daher die Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen nicht legitimieren.

3. Zwischenergebnis

Für die Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichwertigen Leistungen, der Krise der Gesellschaft im Zustand der Krise gewährt oder erbracht werden, stellt die Finanzierungsfolgenverantwortung auch nach der Streichung des Merkmals „kapitalersetzend“ die maßgebliche Rechtfertigung dar. Sofern ihnen aber keine Krise der Gesellschaft zu Grunde liegt, gibt es für die Schlechterstellung keine Rechtfertigung.

III. Das Bestehen einer Krise als unwiderlegbare Vermutung?

Für den Anwendungsbereich der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO tut sich damit zunächst ein Legitimationsdefizit auf.

Gleichwohl zieht der Großteil der Literatur – dies grundsätzlich anerkennend – daraus nicht den eigentlich naheliegenden Schluss der Verfassungswidrigkeit der Normen. Die bestehende Rechtfertigungslücke wäre zwar theoretisch präsent, praktisch aber gering. An den Regelfall der Krise angelehnt, werde deren Bestehen innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen nunmehr unwiderlegbar vermutet.⁵⁷ Mit der Einführung des MoMiG habe man insoweit nur die Prüfung einer Bedingung verzichtbar gemacht, die ohnehin regelmäßig erfüllt sei.⁵⁸

1. Die Krise als zeitlicher Umstand?

Diese Argumentation stellt sich jedoch in mehrfacher Hinsicht als zweifelhaft dar. Zunächst begegnet das Ruhenlassen der Rechtfertigung des Gesamtregelungskomplexes der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO auf den Anfechtungsfristen des § 135 InsO systematischen Bedenken. Denn die Anfechtung baut ausdrücklich auf dem Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO auf, kann diesen also ihrerseits nicht präzisieren. Nur wenn die Ausgestaltung von § 39 I Nr. 5 InsO gerechtfertigt ist, kann es demnach auch die Anfechtung sein, und nicht umgekehrt. Dies gilt umso mehr, als § 135 InsO starre Fristen festlegt. Die eigentlich umstandsbezogene Nachrangigstellung wird so auf einen rein zeitlichen Faktor reduziert.

Zudem verbleiben diverse Fragen: Bedeutet dies, dass die Vorschriften dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass solche Gesellschafterleistungen nicht von der Nachrangigstellung erfasst sind, deren Erbringung außerhalb der Anfechtungsfristen erfolgt? Muss außerhalb dieser das Bestehen einer Krise weiterhin positiv festgestellt

⁵³ Lutter/Hommelhoff, in: dies., GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 7.

⁵⁴ Braunschweig, in: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 37, 38.

⁵⁵ A. A. Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 183; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 32 lit. a/b a. F. Rn. 8.

⁵⁶ BVerfGE 115, 276 (308); 16, 147 (181); NJW 2012, 1062 (1063) (*Sonnenstudio-Verbot*); *Vofßkuhle*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430); *Wienbracke*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 2013, 148 (151) m. w. N.

⁵⁷ *Dahl/Schmitz*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325 (326f.); *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 11. Aufl. 2010, § 39 Rn. 33; K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009 (1016).

⁵⁸ *Bork*, ZGR 2007, 250 (257); *Hölzle*, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung nach dem MoMiG?, ZIP 2009, 1939 (1943f.); *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz – Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149 (153).

werden? Antworten darauf bleibt der ebendies suggerierende Lösungsansatz schuldig.

2. Praxistauglichkeit vs. effektiver Rechtsschutz

Darüber hinaus ist die Inanspruchnahme einer derartigen Vermutungsregelung auch generell bedenklich. Die Gefahr, dass die gesetzlich beabsichtigten Rechtsfolgen im Einzelfall nicht zu rechtfertigen sind, wird so letztlich nicht nur dementiert, sondern sogar bewusst in Kauf genommen. Gleichwohl ist eine Vermutungsregelung keine generell unzulässige Methode. Jeglicher gesetzlichen Regelung wohnt bereits kraft ihrer abstrahierenden Natur eine gewisse Grundvermutung inne.⁵⁹ Entscheidend ist bei einer tatbestandlichen Vermutung stets, ob dieses, ihr immanente Risiko hinter einer praxisgerechten Beweislastverteilung zurücktreten muss. Insoweit muss sie ebenso so verhältnismäßig sein wie jeder andere staatliche Eingriff auch.⁶⁰

Im vorliegenden Fall gilt es dabei zwei Aspekte zu trennen: Zum einen die generelle Vermutung hin zu einer Krise mittels einer formellen Typisierung, zum anderen ihre Unwiderlegbarkeit und die damit einhergehende materielle Typisierung.

Soweit man – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt⁶¹ – Insolvenzverwalter und -gerichte lediglich von einer Prüfung des Krisenumstands befreien will, reicht es grundsätzlich aus, eine latente wirtschaftliche Problemsituation zu unterstellen. Die Beweislast für das Nichtbestehen einer Krise als Ausnahme hätte, entsprechend den Grundsätzen der Beweislast⁶², der/die Gesellschafter/in.

Um auch den Verzicht auf dessen/deren Möglichkeit, diese Vermutung ggf. zu widerlegen, zu rechtfertigen, bedarf es deswegen eines Grundes, der über das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinausgeht. Der einzig ersichtliche – und auch einzig vorgebrachte – Mehrwert dieses Verzichts ist, dass auf diese Weise keine Verzögerungen durch Gerichtsverfahren zu befürchten sind.⁶³

Ob diese Sorge allein hinlänglich ist, darf jedoch bezweifelt werden. Denn es gilt zu beachten, dass sich die Qualität des staatlichen Eingriffs bei formellen und materiellen Typisierungen unterscheidet. Eine materielle Typisierung bedeutet – im Gegensatz zu einer formellen Typisierung – für den im Einzelfall unberechtigten Normadressaten überdies, der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes beraubt zu werden. Diese ist mit Art. 19 IV 1

GG jedoch nicht nur verfassungsrechtlich garantiert. Sie ist auch – mangels Gesetzesvorbehalts – nur durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar.⁶⁴

Zwar sind selbstredend auch die Forderungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren von Art. 2 I und 14 I 1 GG gedeckt.⁶⁵ Diese könnten damit grundsätzlich ein solches kollidierendes Verfassungsrecht darstellen. Allerdings muss rekapituliert werden, dass diejenige Besserstellung der Gläubiger, welche mitunter von der materiellen Typisierung bewirkt wird, ja eigentlich zu Unrecht erfolgt. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt kann die materielle Typisierung deshalb einzig dann sein, wenn man dem Verzicht auf Prozesse – und dem damit verbundenen Mehrwert für die Effektivität der Verwaltung gemäß Art. 20 III GG – den Vorrang ggü. Art. 19 IV GG einräumt.

M. E. n. überwiegt der Rechtseinschnitt für die Gesellschafter/innen die in Frage stehenden Erleichterungen für Insolvenzverwalter und -gerichte jedoch deutlich. Nicht zuletzt besteht gerade das Wesen effektiven Rechtsschutzes darin, dass materiell-rechtlich unbegründete Sachverhalte vor Gerichten gerügt werden können. Dass nicht jede Rüge im Einzelfall berechtigt oder erfolgreich ist, macht die Möglichkeit, einen Sachverhalt einer Überprüfung zugänglich zu machen, nicht disponibel. Das damit verbundene Verzögerungsrisiko ist Rechtsschutz i. A. immanent und ist zur Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit hinzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Eine unwiderlegbare Vermutung einer Krise innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen kann das Legitimationsdefizit des Rechts der Gesellschafterdarlehen nicht überbrücken.⁶⁶

IV. Verfassungskonforme Auslegung

Die endgültige Entscheidung über die Rechtskonformität der Regelung darf gleichwohl nicht vorschnell erfolgen. Ihr muss *favor legis* die Beantwortung einer letzten Frage vorausgehen: Lassen sich die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO verfassungskonform auslegen?⁶⁷ Dies würde voraussetzen, dass sich die Nachrangigstellung von Gesell-

⁵⁹ BVerfGE 11, 245 (254).

⁶⁰ BVerfGE 17, 1 (23 f.); 34, 62 (69); 44, 290 (295); Rüfner, in: BK-GG, Band 1, Stand: 167. EL 5/2014, Art. 3 Rn. 113, 114; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 20 m. w. N.

⁶¹ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42, 60.

⁶² Vgl. E. Schmidt, Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, 1007 (1010).

⁶³ Siehe nur Bork, ZGR 2007, 250 (256).

⁶⁴ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 105; vgl. auch Lorenz, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 IV GG, Jura 1983, 393 f.

⁶⁵ BVerfGE 51, 150 (156); 83, 201 (211 f.).

⁶⁶ A. A. die wohl h. M. in der Lit., vgl. Altmeyden, NJW 2008, 3601 (3603); Bork, ZGR 2007, 250 (256); Hirte, WM 2008, 1429 (1430); Vogel-sang, HRN 2011, 49 (53, 54); kritisch K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009 (1012, 1013).

⁶⁷ Vgl. zu diesem generellen Erfordernis Löwer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 126; Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), 177 (178, 183).

schafterdarlehen dahin gehend verstehen lässt, dass das Merkmal der Krisenfinanzierung auch weiterhin Bedingung für die Einräumung einer schlechteren Befriedigungsposition ist. Dem steht jedoch der – ausdrücklich gegenläufige – gesetzgeberische Wille als indisponible Maxime der verfassungskonformen Auslegung⁶⁸ entgegen: Dieser hat im Rahmen der MoMiG-Reform nicht nur das Merkmal „kapitalersetzend“ gestrichen, sondern, in Anlehnung an einen entsprechenden Vorschlag der Literatur⁶⁹, auch ausdrücklich auf ein inhaltsgleiches Surrogat verzichtet.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund mangelt es daher an dem notwendigen interpretativen Spielraum.

V. Ergebnis

Insoweit die Regelungen der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO betroffenen Gesellschaftern nicht die Möglichkeit offen halten darzulegen, dass die Gewährung des zu sanktionierenden Fremdkapitals nicht im Zustand der Krise der Gesellschaft erfolgte, sind sie verfassungswidrig.

VI. Die Einführung einer Beweislastumkehr

Dies wirft die Frage auf wie sich eine derartige Unterscheidung rechtskonform gestalten lässt. Naheliegender wäre zunächst, in Anlehnung an die vorherige Gesetzesfassung zur Krise als positivem Tatbestandsmerkmal zurückzukehren.

Eine solche Korrektur stünde aber nicht nur in offensichtlichen Widerspruch zu dem verfolgten Gesetzeszweck der Vereinfachung, sondern würde auch den praktischen Regelfall nur unangemessen würdigen. Überdies wäre sie auch keineswegs erforderlich, denn – wie gezeigt – ist einzig die materielle Typisierung der Krise problematisch, nicht jedoch die formelle. Um das Spannungsverhältnis zwischen Praxistauglichkeit und Legitimationsbedürfnis aufzulösen, dem die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO unterliegen, kommt deswegen nur ein Mittelweg aus vor-maliger und gegenwärtiger Rechtslage in Form einer einfachen Beweislastumkehr in Betracht.

C. Die Ziele des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Die Regelungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen avisieren zwar maßgeblich, den Gebrauch von Fremdkapital zu sanktionieren. Hält man sich jedoch die bilanztechnische Konzeption der Gesellschaft vor Augen wird v. a. eines deutlich: Erst der Mangel an Vermögen der Gesellschaft – und damit eine niedrige Eigenkapital-

quote – macht den Gläubigerschutz überhaupt zu einem Anliegen. M. a. W.: Zwischen der Eigenkapitalquote einer Gesellschaft und dem Schutzbedürfnis ihrer Gläubiger besteht eine Relation.⁷¹

I. Sanktion vs. Motivation

Für das Recht der Gesellschafterdarlehen bedeutet dies, dass das Regel-Ausnahmeverhältnis seines Gesamtregelungskomplexes eigentlich verkehrt herum ausgestaltet ist: Sein Schwerpunkt sollte nicht darauf gerichtet sein, Fremdkapital zu sanktionieren, sondern darauf Anreize für den Einsatz des Privatvermögens der Gesellschafter/innen zu schaffen.

Denn wenn diese der Gesellschaft bspw. eine Barschenkung zu Teil werden lassen, Forderungen übertragen oder auch Sachwerte vermachen, steigt das Eigenkapital der Gesellschaft automatisch. Für die wirtschaftliche Behandlung von Fremd- als Eigenkapital, besteht dann kein Bedarf mehr.

II. Repression vs. Prävention

Darüber hinaus ist nicht zu bezweifeln, dass zwar der Einsatz von Fremdkapital in der Krise als verwerflich anzusehen ist, er aber nur dann zur Konstruktion eines Vorwurfs führen kann, wenn er Hand in Hand mit einem vorherigen Fremdkapitaleinsatz geht. Denn wäre der Gesellschaft bereits vor einer Krise Vermögen – und nicht bloß Fremdkapital – zu Teil geworden, so wäre es vielleicht gar nicht erst zur Insolvenz gekommen. Damit gilt es eine gänzlich neue Zielsetzung ins Auge zu fassen: Die Krisenprävention.

Schließlich steht sowohl in der Betriebswirtschafts- als auch in der Rechtslehre übereinstimmend fest: Je eher in positiver Weise auf das Unternehmen eingewirkt wird, desto höher sind im Ernstfall die Chancen für den Erfolg einer Sanierung.⁷² Es lässt sich nicht leugnen: Sowie dem/der Gesellschafter/in eine Finanzierungsfolgenverantwortung obliegt, trägt auch der Gesetzgeber bis zu einem gewissen Maß eine – aus seinem Regelungsauftrag resultierende – Finanzierungsvorsorgeverantwortung.

III. Zwischenergebnis

Aus der *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO lässt sich schließen, dass es zielgerechter ist die Gesellschafter/innen zu mo-

⁶⁸ BVerfGE 110, 226 (267); 101, 312 (329); Steiner, in: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 569 (573).

⁶⁹ Huber/Habersack, BB 2006, 1 (2).

⁷⁰ BT-DruckS. 16/6140, S. 56.

⁷¹ Dieses Verhältnis resultiert letztlich aus der Natur der Bilanz einer Gesellschaft, vgl. bspw. Schels/Seidel, Das große Excel-Handbuch der Controller, 2009, S. 424.

⁷² Medla, Präventive Unternehmenssanierung im deutschen und im französischen Recht – Rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung des Code de Commerce durch das Gesetz vom 26. Juli 2005, 2008, S. 40, 41 m. w. N.; Rattunde, Sanierung durch Insolvenz?, ZIP 2003, 2103 f.

tivieren Vermögen in die Gesellschaft einzubringen, als lediglich Fremdkapital Nachrang und Anfechtung zu unterwerfen.

Um über den Zweck der Sanierung hinaus eine Krisenprävention zu betreiben, sollten Gesellschafter/innen motiviert werden, dieses Vermögen bereits im gesunden Zustand der Gesellschaft beizusteuern.

IV. Eine ökonomische Analyse der Gesellschafterfremdfinanzierung

Wenn Recht Verhaltensänderungen intendiert, ist es für die Analyse der Gesetzesfolgen notwendig, eine theoretische Grundlage heranzuziehen die über reine Gerechtigkeitsaspekte hinausgeht.⁷³ Für eine solche bietet sich einzig die ökonomische Theorie an.⁷⁴ Damit erweist sich eine Betrachtung der Gesellschafterfremdfinanzierung aus rechtsökonomischer Perspektive als unausweichlich.

1. Ausgangssituation

Betrachtet man zunächst den Kapitalzufluss (K) der Gesellschaft insgesamt, sowohl vor, als auch nach der Krise, ergibt sich folgendes Bild:

$$K_{\text{gesamt}} = K_{\text{gesund}} + K_{\text{Krise}}$$

Differenziert man nun darüber hinaus nach den beiden maßgeblichen Kapitalarten, gewinnt die Gleichung ein wenig mehr an Vielfalt:

$$K_{\text{gesamt}} = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + (V_{\text{Krise}} + D_{\text{Krise}})$$

Problematisch sind nun zweierlei Umstände. Lässt man das das Stamm- sowie das Grundkapital einmal außer Acht, so beträgt sowohl das im gesunden Zustand der Gesellschaft zugeführte Vermögen (V_{gesund}), als auch das in der Krise zugeführte Vermögen (V_{Krise}) regelmäßig Null. Beides gilt es zu modifizieren.

2. Die Situation des/der Gesellschafter(s/in) in der Krise

Dazu wiederum ist zu hinterfragen, warum ein/e Gesellschafter/in auf dessen Einsatz kontinuierlich verzichtet. Zunächst ist dabei die Krise ins Auge zu fassen. In der Erwartung eines positiven Sanierungsausgangs, aber mit einem gewissen Grad an Ungewissheit, ist er regelmäßig bereit der Gesellschaft einen festen Betrag (A) zur Verfügung zu stellen. Dieser stellt die Gesamtheit des in der Krise zugeführten Kapitals (K Krise) dar. Damit gilt grundsätzlich:

⁷³ KIRSTEIN, Ökonomische Analyse des Rechts – Discussion Paper 2003-06, http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications2003-06_oear.pdf (20.6.2014), S. 22.

⁷⁴ DERS., ebd.

$$K_{\text{Krise}} = A$$

A selbst definiert sich in Abhängigkeit mehrerer Faktoren. Zum einen ist eine faktische Grenze durch die dem/der Gesellschafter/in zur Verfügung stehenden Mittel gesetzt. Zum anderen hat die Risikobereitschaft des/der Gesellschafter(s/in), welche aus der Ungewissheit der wirtschaftlichen Zukunft des Unternehmens resultiert, maßgeblichen Einfluss.

$$A = \text{Faktische Mittel} + \text{Risikobereitschaft}$$

Gegenwärtig führen die mit dem Vermögenseinsatz in Aussicht gestellten Vorteile dazu, dass sich der Kapitaleinsatz in Form von Fremdkapital erschöpft. Das bedeutet, v. a. folgende Regelkorrelation ist problematisch:

$$A = D_{\text{Krise}}$$

3. Die Erhöhung der Risikobereitschaft

Während die finanziellen Ressourcen des/der Gesellschafter(s/in) nicht beeinflussbar – und damit notwendigerweise hinzunehmen – sind, ist seine/ihre Risikobereitschaft sehr wohl modifizierbar.

Um gerade diese zu ändern, bedarf es zweierlei Anknüpfungspunkten. Zum einen müssen solche Gesellschafter/innen von den nachteiligen Wirkungen der Nachrangigstellung ihrer Gesellschafterdarlehen befreit werden, die sich um die Zuführung von Vermögen in der Krise bemühen. Es bedarf somit der Möglichkeit, ein Vielfaches (X) des eingesetzten Eigenkapitals weitgehend risikofrei als Darlehen zu gewähren.

$$V_{\text{Krise}} \times X = D_{\text{Krise}} \text{ (ohne Nachrang)}$$

Damit diese Freistellung jedoch wirklich anreiztauglich ist, muss das von dem Nachrang befreite Fremdkapital umfangreicher sein, als das zugeführte Vermögen. Denn auf ein Nullsummenspiel würde sich kein/e rational handelnde/r Gesellschafter/in einlassen.

Gleichzeitig darf die Bevorzugung auch kein exzessives Ausmaß annehmen, um dem Missbrauch Einhalt zu gebieten. Dies legt den Schluss nahe, eine Freistellung in Höhe von zusätzlichen 100 % zu bestimmen. Dies würde bedeuten:

$$X = 2,0$$

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass die Motive für den Fremdkapitaleinsatz auch in gesellschaftsfremden Territorien liegen. Ein wesentlicher Grund sind die mit ihm verbundenen steuerrechtlichen Befreiungen.⁷⁵

⁷⁵ POHL/RAUPACH, in: Festschrift für Wolfram Reiß zum 65. Geburtstag, 2008, S. 431f.

In systematischer Ausnahme zu § 20 II EStG fallen aus Fremdkapitaleinsatz resultierenden Erträge gemäß § 32d II Nr. 1 lit. b S. 1 EStG nicht unter die Einkommenssteuerpflicht. Diese Befreiung sollte deshalb erschwert werden, indem man sie an die Vermögenszufuhr koppelt. Nur durch eine solche, dual wirkende, Vermögensprivilegierung lässt sich der notwendige Anreiz schaffen, der die Entscheidung des/der Gesellschafter(s/in) hin zu einer Finanzierung lenkt, die sowohl den dauerhaften Einsatz von Privatvermögen- als auch Fremdkapital umfasst. Final würde dies dann die gewünschte Folge hervorrufen:

$$A = V \text{ Krise} + D \text{ Krise (ohne Nachrang)}$$

In der Wirkung würde dies damit dazu führen, dass die Gesellschafter/innen zwar von ihrer Finanzierungsfreiheit frei Gebrauch machen können, allerdings für den Einsatz von Fremdkapital grundsätzlich nicht nur mit einem Nachrang ihrer Forderungen, sondern auch mit entsprechenden Steuerbelastungen sanktioniert werden.

Gegenüber der jetzigen Regelung hätte dies den Vorteil, dass sich dasjenige Kapital, welches der Gesellschaft insgesamt zur Verfügung gestellt wird erhöht. Gleichzeitig bliebe die Haftungsmasse, die den Gläubigern im Insolvenzfall zur Verfügung steht konstant. Auch die Steuervorteile – und damit auch die Belastungen für die Allgemeinheit – unterlägen in der Summe keiner Veränderung. Der Unterschied wäre nur, dass sie sich die Gesellschafter/innen diese erst mittels Vermögenseinsatzes „verdienen“ müssten.

4. Die Einführung eines Krisenpräventionsmechanismus

Weil nicht nur der fehlende Eigenkapitalzufluss ein wesentliches Finanzierungsdefizit darstellt, sondern insbesondere auch die Tatsache, dass auf dieses auch im Vorfeld einer Krise verzichtet wird, stellt sich zudem die Frage, wie man Gesellschafter/innen zu einer Vorfeldfinanzierung mittels Eigenkapitals anhält. Das Gesellschaftsrecht erweist sich diesbezüglich als herausfordernd.

a) Erhöhung des zur Gründung erforderlichen Stamm- oder Grundkapitals?

Zunächst ist zu erwägen, den Umfang des zur Gründung erforderlichen Stamm- oder Grundkapitals zu erhöhen. Allerdings stellt sich diesbezüglich folgendes Problem:

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV müssen im europäischen Ausland gegründete Gesellschaften hierzulande gesellschaftsrechtlich voll anerkannt werden.⁷⁶ Die De-

⁷⁶ EuGH, Slg. 2003, I-10155 (*Inspire Art*) = NJW 2003, 3331 f.; Slg. 2002, I-9919 (*Überseering*) = NJW 2002, 3614 f.; Slg. 1999, I-1459 (*Centros*) = NJW 1999, 2027 f.; *Weller*, Europäische Rechtsformwahl-

nunzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft zu einer Personengesellschaft mit der Folge der akzessorischen Haftung der Gesellschafter/innen – wie sie zunächst vom BGH vertreten wurde⁷⁷ – ist auf Grundlage der geltenden europäischen Rechtsprechung nicht (mehr) möglich.

Damit müssen aber auch solche Gesellschaften wie bspw. die englische Limited Company, deren Gesellschafter/innen ebenfalls beschränkt haften, obwohl für ihre Gründung lediglich ein Stammkapital von nur 1 £ aufgebracht werden muss, hierzulande anerkannt werden. Der deutsche Gesetzgeber ist dem begegnet, indem er die Unternehmensgesellschaft (UG) eingeführt hat, die zur Gründung ebenfalls nur 1 € Stammkapitals bedarf, jedoch demselben Haftungsmodell wie die GmbH unterliegt.⁷⁸

Dies zeigt: Die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung muss – um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Gesellschaftsrechts zu gewährleisten – auch praktisch ohne Privatvermögen möglich sein.⁷⁹ Die umfangreiche Inanspruchnahme der UG seit ihrer Einführung⁸⁰ unterstreicht dies.

b) Vorfeldanreize im Recht der Gesellschafterdarlehen

Damit verbleibt nur die Möglichkeit einen entsprechenden Anreiz auf eigenständige Weise im Recht der Gesellschafterdarlehen zu manifestieren. Allerdings ist es in dieser Hinsicht nicht gerade modifikationsfreundlich: Die Natur des insolvenzrechtlichen Ansatzes, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat, bringt es mit sich, dass seine Wirkungen erst im Nachhinein eintreten.⁸¹ Weil seine Funktion damit repressiv ist, müsste sie derart modifiziert werden, dass sie auch präventiv wirkt. Wie aber lässt sich das vollbringen?

Möglich wäre zunächst folgende Vorgehensweise: Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Eigenkapitalerhöhungsprivilegs und der Eintritt seiner Rechtsfolgen könnten einer zeitlichen Separierung unterzogen werden, d. h.: Das Vermögen müsste der Gesellschaft vor einer Krise zugeführt werden damit in einer Krise die befreienden Rechtsfolgen eintreten. Allerdings

freiheit und Gesellschafterhaftung – Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“, Diss., Univ. Heidelberg 2004, S. 11 ff.

⁷⁷ BGHZ 151, 204 f. = NJW 2002, 3539 f.; vgl. auch *Bergmann*, Wegzug und Zuzug von Gesellschaften in der EU, ZEuS 2012, 233 (236).

⁷⁸ BT-Drucksache 16/6140, S. 31 f.; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 14 Rn. 104 f.

⁷⁹ *Lutter*, Zur Entwicklung der GmbH in Europa und der Welt, GmbHR 2005, 1 (4).

⁸⁰ Vgl. dazu insbesondere *Bayer/Hoffmann*, Erste Unternehmensgesellschaften (haftungsbeschränkt) seit Inkrafttreten des MoMiG, GmbHR 2008, 1302 (1302); *Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbHR 2012, 728 f.

⁸¹ *Vetter*, ZGR 2005, 788 (797).

stellt sich dabei ein wesentliches Risiko: Die Gesellschafter/innen könnten es aufgrund einer falschen Einschätzung der wirtschaftlichen Zukunft des Unternehmens nicht nutzen. Eine solche Verweigerungsmethodik könnte somit dazu führen, dass die angestrebten Wirkungen im Zweifelsfall überhaupt nicht zum Tragen kommen.

Lässt man aber im Gegensatz dazu die Schaffung der Voraussetzungen des Kapitalmultiplikationsmechanismus uneingeschränkt, d. h. auch in der Krise, zu besteht für die Gesellschafter/innen kein Anreiz, sich um eine vorherige Vermögenseinbringung zu bemühen.

Das so entstehende Dilemma lässt sich nur auf eine Weise auflösen: Zum einen muss man die Möglichkeit in den Genuss dieses Privilegs zu kommen, in der Krise bestehen lassen, zum anderen die Zuführung von Vermögen im Vorfeld einer Krise erst Recht belohnt werden. Dies kann nur dann geschehen, wenn man den Freistellungsfaktor bei vorherigem Vermögen (Y) erhöht. Es muss also gewissermaßen eine Mehrbelohnung der Gesellschafter/innen erfolgen, wenn sie eine weitsichtige, nachhaltige Finanzierungsentscheidung treffen. Anbieten würde sich dabei eine hälftige Erhöhung der Freistellungsquote, was bedeuten würde:

$$Y = 2,5$$

Bei der Berechnung des in der Krise eingesetzten Fremdkapitals würde dann gelten:

$$D_{\text{Krise}} = (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)$$

Bezieht man noch das zu diesem Zweck eingebrachte Vermögen in die Gesamtberechnung der in der Krise eingesetzten Finanzmittel ein, gilt:

$$K_{\text{Krise}} = V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)$$

Eine nunmehr erneute Betrachtung des Gesamtkapitalzuflusses ergibt:

$$K_{\text{gesamt}} = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + [V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)] = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + [V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times 2,0) + (V_{\text{gesund}} \times 2,5)]$$

V. Zwischenergebnis

Um zu bewirken, dass die Gesellschafter/innen der Gesellschaft während der Krise Vermögen zur Verfügung stellen – anstelle sich auf Fremdkapital zu beschränken – könnte es zielführend sein, diese für die unbegrenzte Überlassung von Kapital bspw. in Form einer Schenkung an die Gesellschaft im Gegenzug mit einer Freistellung

von der Rechtsfolgen des Rechts der Gesellschafterdarlehen zu belohnen.

Zum Zwecke einer Krisenprävention könnte es sich überdies als förderlich erweisen, eine solche Freistellung im Umfang zu erhöhen, wenn das Vermögen der Gesellschaft bereits vor einer Krise zugeführt wurde.

D. Fazit

Im Ergebnis lässt sich folgendes resümieren:

1. Zwischen der Finanzierungsfreiheit und dem Gläubigerschutz entsteht in der Krise der Gesellschaft ein Spannungsverhältnis. Dieses ist dahingehend aufzulösen, dass die Finanzierungsfreiheit zurücktritt. Die Finanzierungsfolgenverantwortung ist die rechtssprachliche Präzisierung des Resultats dieser Interessenabwägung. Ihre Notwendigkeit resultiert aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO als zentrale Vorschriften des Rechts der Gesellschafterdarlehen zielen darauf ab, die Finanzierungsfolgenverantwortung durchzusetzen und werden gleichzeitig durch sie legitimiert.
2. Die Finanzierungsfreiheit ist erst auf der Basis der Haftungsbeschränkung effektiv im Stande gläubigergefährdende Wirkung zu entfalten. Die in § 39 IV 1 InsO manifestierte Reduzierung des Anwendungsbereichs des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf solche Gesellschaften, in denen eine beschränkte Haftung besteht, ist deshalb notwendig.
3. Soweit es Fremdkapital betrifft, das der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter/innen im Zustand der Krise zur Verfügung gestellt wird, ist die Finanzierungsfolgenverantwortung für dessen Sonderbehandlung auch nach der Reformierung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG maßgeblicher Legitimationsgrund.
4. Hinsichtlich Fremdkapitals, das der Gesellschaft durch die Gesellschafter/innen nicht im Zustand der Krise zur Verfügung gestellt wird, besteht kein Spannungsverhältnis zwischen der Finanzierungsfreiheit und dem Gläubigerschutz. Folglich tragen die Gesellschafter/innen außerhalb einer Krise der Gesellschaft auch keine Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Schlechterstellung von Gesellschafter(n/innen) aufgrund eines Einsatzes von Fremdkapital ist dann nicht zu rechtfertigen.
5. Insoweit die Regelungen §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO eine solche Schlechterstellung gleichwohl bewirken, unterliegen sie einem Legitimationsdefizit. Dieses kann durch die unwiderlegbare Vermutung einer Krise innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen nicht über-

brückt werden. Eine verfassungskonforme Auslegung der maßgeblichen Vorschriften scheitert an dem dafür erforderlichen interpretativen Spielraum. Folglich sind diese in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung verfassungswidrig. Um ihre Grundrechtskonformität zu gewährleisten, bedarf es jedoch nicht zwangsläufig der Wiedereinführung der „Krise“ als positives Tatbestandsmerkmal. Ausreichend – und auch sachgerechter – ist die Einführung einer einfachen Beweislastumkehr zu Lasten des/der Gesellschafter(s/in).

6. Zwischen der Eigenkapitalquote einer Gesellschaft und dem Schutzbedürfnis ihrer Gläubiger besteht eine Relation. Ein hoher Eigenkapitalanteil macht fremdkapitalbedingten Gläubigerschutz obsolet und umgekehrt. Anstelle Gesellschafter/innen lediglich für den Einsatz von Fremdkapital zu sanktionieren, sollten sie deshalb zur Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft motiviert werden. Dazu bedarf es der Schaffung eines ent-

sprechenden Anreizes. Darüber hinaus wäre es förderlich, wenn ein solcher Anreiz nicht nur während einer Krise, sondern auch bereits in ihrem Vorfeld bestehen würde.

7. Zu diesem Zweck bedarf es der Schaffung eines Eigenkapitalerhöhungsprivilegs in Form einer Freistellung von den Rechtsfolgen der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO im Gegenzug für in die Gesellschaft eingebrachtes Vermögen. Zudem sollte die Freistellung der daraus resultierenden Erträge von der Einkommensteuerpflicht gemäß § 32d II Nr. 1 lit. b S. 1 EStG ebenfalls an die Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft gekoppelt werden. Um einer Krise idealer Weise im Vorfeld zu begegnen, muss ein solches Privileg in seinen begünstigenden Rechtsfolgen solche Gesellschafter/innen zusätzlich besser stellen, die der Gesellschaft bereits vor einer finanziellen Problemsituation dauerhaft Vermögen zur Verfügung gestellt haben.

Olaf Muthorst*

Vertragsschluss auf eBay

BGB §§ 138, 242 Das bloße Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung macht einen auf eBay geschlossenen Kaufvertrag nicht sittenwidrig und begründet keinen Einwand des Rechtsmissbrauchs.

Wer etwas auf einer eBay-Auktion anbietet, trägt das Risiko, dass der Kaufvertrag zu einem Preis zustande kommt, der außer Verhältnis zum Wert der Leistung steht. Allein wegen dieses Missverhältnisses ist ein solcher Kaufvertrag nicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft sittenwidrig. Der Verkäufer kann dem Käufer auch nicht allein deshalb den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten.

BGH, Urteil vom 12.11.2014 – VIII ZR 42/14, NJW 2015, 548–549

Sachverhalt

V stellte bei eBay einen gebrauchten VW Passat mit einem Startpreis von 1 € ein. K nahm das Angebot mit einem Maximalgebot von 555,55 € wenige Minuten später an. Sieben Stunden später – K war noch immer der einzige Bieter – brach V die Auktion ab. Da er einen Käufer außerhalb der Auktion gefunden hatte, weigerte er sich, das Fahrzeug an K zu liefern. K verlangt Schadensersatz

in Höhe von 5.249 €, da das Fahrzeug 5.250 € wert gewesen sei. Zu Recht?

Problemaufriss

K verlangt von V einen Schadensersatz in Höhe des Wertes der geschuldeten Leistung (5.250 €) abzüglich der ersparten eigenen Gegenleistung (1 €). Ein Anspruch auf einen solchen Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann sich aus §§ 280 I, III, 281 BGB ergeben. Diese Norm setzt zunächst voraus, dass der Schuldner dadurch eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt, dass er die fällige Leistung nicht (oder nicht wie geschuldet) erbringt. Ferner muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzen (§ 281 I 1 BGB), wenn nicht der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen (§ 281 II BGB). Schließlich ist der Anspruch gemäß § 280 I 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Da V die Lieferung des Fahrzeugs verweigerte, ist eine Fristsetzung entbehrlich nach § 281 II, 1. Fall BGB. Da V

* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.