

geheimnis. § 6 IFG wurde also von der Behörde und den Gerichten nicht richtig ausgelegt und angewandt. Dem K hätte die Auskunft über die Höhe der Subventionen erteilt werden müssen.

4. Zwischenergebnis

Die Verweigerung des Zugangs zu der Akte über die Bewilligung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, jedenfalls soweit sie Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthält. Enthält sie auch Informationen, die nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, so müssten geheimhaltungsbedürftige Informationen unkenntlich gemacht und dem K teilweiser Zugang zu den Informationen gewährt werden. Die Verweigerung der Auskunft über die Höhe der Subventionen lässt sich nicht mit § 6 IFG rechtfertigen. Dieser Eingriff war also verfassungswidrig.

II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG ist als Auffanggrundrecht subsidiär zur Informationsfreiheit aus Art. 5 I 1 Alt. 2 GG.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des K ist zulässig und zum Teil begründet. Die Behörde und die Gerichte haben mit der Verweigerung der Auskunft über die Höhe der Subventionen verfassungswidrig in sein Grundrecht auf Informationsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG eingegriffen. Die Behörde muss dem K die Auskunft über die Höhe der Subventionen erteilen. Sollte die Akte über die Bewilligung der Subventionen auch Informationen enthalten, die keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen, so wurde auch insofern verfassungswidrig in die Informationsfreiheit des K eingegriffen. Insoweit hat die Verfassungsbeschwerde des K Aussicht auf Erfolg.

Florian Vogelsang*

Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten von § 39 I Nr. 5 InsO?

Im Insolvenzverfahren sind Darlehensforderungen eines Gesellschafters stets nachrangig gemäß § 39 I Nr. 5 InsO. Dies gilt nach den letzten Gesetzesänderungen (MoMiG) unabhängig davon, ob das Darlehen kapitalersetzenden Charakter hat oder nicht. Folglich ist die dogmatische Grundlage des Rangrücktritts umstritten. Bedeutsam wird dieser Streit, wenn es um die Einbeziehung Dritter in den Anwendungsbereich von § 39 I Nr. 5 InsO geht. Der Beitrag untersucht das Problem am Beispiel einer darlehensgebenden Schwestergesellschaft, wobei er sich für ein Festhalten an den Grundsätzen der Finanzierungsfolgenverantwortung ausspricht und erste Anwendungskriterien entwickelt. Im Ergebnis wird der neueren Rechtsprechung zugestimmt, die auf den rechtlich fundierten Finanzierungseinfluss des gemeinsamen Gesellschafters abstellt.

A. Einleitung

Der Bundesgesetzgeber hat im Zuge des MoMiG¹ im Jahre 2008 die insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch § 39 I Nr. 5 InsO neu geregelt.² Der Gesellschafter einer Gesellschaft i. S. d. § 39 IV 1 InsO kann eine Forderung aus einem Darlehen, das er der Gesellschaft gewährt hat, gem. § 39 I Nr. 5 InsO im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen nur nachrangig geltend machen, sofern nicht die Ausnahmetatbestände des § 39 IV 2 InsO (sog. Sanierungsprivileg) oder des § 39 V InsO (sog. Kleinbeteiligungsprivileg) greifen. Damit verzichtet der Gesetzgeber auf die noch in § 39 I Nr. 5 InsO a. F. vorgesehene Beschränkung auf kapitalersetzende Darlehen und schafft durch Streichung von § 32a GmbHG a. F. eine rein insolvenzrechtliche Grundlage.³

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf der von Prof. Dr. iur. Reinhard Bork gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit des Verfassers, die im Sommersemester 2010 mit „sehr gut“ bewertet wurde.

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

² BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

³ Vgl. *Kaspar Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, in:

Es stellen sich daher alte Rechtsprobleme in neuem Lichte dar. Dies gilt auch für die bereits zu § 39 I Nr. 5 InsO a. F. umstrittene⁴ Frage, inwieweit auch Forderungen eines Nichtgesellschafters dieser Rechtsfolge unterliegen können. Dieser Problematik soll hier hinsichtlich der Einbeziehung von Schwestergesellschaften einer GmbH⁵ in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nachgegangen werden. Schwestergesellschaften sind solche, die selbst keine Gesellschaftsanteile an der darlehensnehmenden GmbH halten, aber über einen identischen Gesellschafter verfügen.

Es soll also die Frage beantwortet werden, ob § 39 I Nr. 5 InsO im Falle einer sogenannten horizontalen Unternehmensfinanzierung⁶ durch eine Schwestergesellschaft Wirkung entfaltet: Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO?

Da § 39 I Nr. 5 InsO an bestehende Regelungskomplexe anknüpft, werden diese zunächst dargestellt (B), um anschließend die neue Rechtslage hinsichtlich der Fragestellung zu analysieren (C) und differenziert darzustellen (D). Die Ergebnisse werden im Fazit (E) zusammengefasst.

B. Gesellschafterdarlehen vor dem MoMiG

I. Eigenkapitalersatzrecht

Bereits vor Inkrafttreten des MoMiG ordnete § 39 I Nr. 5 InsO a. F. die Nachrangigkeit von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen an. Diese Subordination galt allerdings nur für Forderungen aus Darlehen, die „kapitalersetzend“ waren.⁷ Damit verwies § 39 I Nr. 5 InsO a. F. auf § 32a I 1 GmbHG a. F., der die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehensforderungen im Insolvenzfall einer GmbH spezialgesetzlich regelte. Kapitalersetzend waren Gesellschafterdarlehen dann, wenn sie zu einem Zeitpunkt gewährt wurden, in dem der Gesellschafter als ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (Krise der Gesellschaft). Diese Formulierung konkretisierte die Rechtsprechung dahingehend, dass dieser Zeitpunkt vorlag, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig war, d. h. auf dem Kapitalmarkt ein Darlehen von dritter Seite nicht mehr bekommen hätte.⁸

GmbHR 2009, S. 397 (397).

⁴ Vgl. *Wolfram Henckel*, in: Jaeger, InsO, 2004, § 39 Rn. 84 ff.

⁵ Die GmbH ist der „Prototyp“ des Anwendungsbereichs, vgl. § 39 IV 1 InsO.

⁶ Vgl. *Ulrich Noack*, Kapitalersatz bei verbundenen Unternehmen, in: GmbHR 1996, S. 153 (156).

⁷ Das Recht der Gesellschafterdarlehen wurde daher als „Eigenkapitalersatzrecht“ bezeichnet, vgl. nur *Walter Bayer/Simone Graff*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, in: DStR 2006, S. 1654 (1654 f.).

⁸ BGH vom 24.03.1980, BGHZ 76, 326 (330).

Die maßgebliche tatbestandliche Voraussetzung für die Subordination von Gesellschafterdarlehensforderungen war demnach die Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter im Krisenzeitpunkt.⁹ In der Folge dehnte die Rechtsprechung den Begriff der Darlehensgewährung auch auf den Fall aus, dass ein gewährtes Darlehen im Krisenzeitpunkt nicht abgerufen, sondern bei der Gesellschaft belassen („stehengelassen“) wurde.¹⁰

II. Ratio der Finanzierungsfolgenverantwortung

Zentrales Merkmal der §§ 39 I Nr. 5 InsO, 32a I GmbHG a. F. war die Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters in der Krise der Gesellschaft. In diesem Merkmal spiegelte sich die inhaltliche Legitimation der Vorschriften wider.¹¹ Diese stellte eine besondere Ausprägung des Gläubigerschutzes dar:¹²

Der Gesellschafter steht in der Krise der Gesellschaft vor der Wahl, entweder die Liquidation der Gesellschaft einzuleiten oder sie mit eigenen Mitteln weiter zu finanzieren.¹³ Entscheidet er sich für die weitere Finanzierung, so kann er Eigenkapital in Form einer Kapitalerhöhung zuführen oder der Gesellschaft Fremdkapital in Form eines Darlehens zur Verfügung stellen. Zwischen diesen Varianten kann sich der Gesellschafter frei entscheiden (Grundsatz der Finanzierungsfreiheit).¹⁴

Aufgrund der Krisenlage muss aber der Gesellschafter Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nehmen. Für diese ist eine Verzögerung des drohenden Insolvenzverfahrens potenziell schädlich, da in dieser Zeit neue Verbindlichkeiten der Gesellschaft entstehen und Gesellschaftskapital abfließen kann.¹⁵ Der Gesellschafter hat daher ob der Krise eine besondere Verantwortung für die Folgen seiner Finanzierung (sog. Finanzierungsfolgenverantwortung).¹⁶ Er muss sich an seiner Finanzierungsentscheidung festhalten lassen und Darlehen an die Gesellschaft im Insolvenzfall vorrangig zur Gläubigerbefriedigung einsetzen. Keinesfalls kann der Gesellschafter zunächst die risikoärmere Finanzierung

⁹ Vgl. *Peter Hommelhoff*, in: v. Gerkan/ders. (Hg.), Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 1.11.

¹⁰ BGH vom 26.11.1979, BGHZ 75, 334 (337).

¹¹ *Detlef Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 101.

¹² Vgl. dazu *Ulrich Haas*, Der Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts, in: NZI 2001, S. 1 (2 ff.) und *Simon Markus Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechtes, 2006, S. 99 ff.

¹³ Vgl. dazu BGH vom 26.03.1984, BGHZ 90, 381 (390), sowie *Nicola Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 25, Stand: Februar 2010.

¹⁴ BGH vom 24.03.1980, BGHZ 76, 330 (334 f.).

¹⁵ *Holger Altmeppen*, Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung, in: NJW 2005, S. 1911 (1914).

¹⁶ Vgl. dazu BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (175 f.) sowie BGH vom 07.09.1994, BGHZ 127, 336 (344 f.).

durch Fremdmittel wählen, um im Insolvenzfall das Ausfallrisiko auf die übrigen Gläubiger zu verteilen.¹⁷

III. Einbeziehung Dritter

§ 32a III 1 GmbHG a.F. sah die Einbeziehung von Dritten in den Anwendungsbereich der Subordinationsvorschriften vor, sofern deren Forderung der eines Gesellschafters „wirtschaftlich entsprach“. Interpretiert wurde diese Formulierung entsprechend der Legitimationsgrundlage unter dem Gesichtspunkt der Finanzierungsfolgenverantwortung.¹⁸ Wann eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in Betracht kam, war unter dem Eigenkapitalersatzrecht jedoch nicht abschließend geklärt.¹⁹ Einer näheren Untersuchung dieses Ansatzes bedarf es aber nur, sofern das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung noch zu tragen vermag.

C. Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG

Der nunmehr einzig den Nachrang von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall regelnde § 39 I Nr. 5 InsO verzichtet auf das in § 39 I Nr. 5 InsO a.F. noch genannte Merkmal des Kapitalersatzes und damit auf den Verweis auf § 32a I GmbHG a.F., der ersatzlos gestrichen wurde. Zudem hat § 39 I Nr. 5 InsO zwar die Formulierung des § 32a III 1 GmbHG a.F. partiell übernommen, aber auf die Erwähnung Dritter verzichtet. Die hier im Mittelpunkt stehende Schwestergesellschaft ist indes Nichtgesellschafter und damit formal ein solcher „Drittdarlehensgeber“. Entscheidend ist daher, ob Forderungen von Nichtgesellschaftern noch vom Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO umfasst sind und nach welchen Grundsätzen sich eine mögliche Erstreckung auf Dritte bestimmt.

I. Dritteinbeziehung im Grundsatz

Mit Blick auf den Wortlaut des § 32a III 1 GmbHG a.F. und den Verzicht des Gesetzgebers, beim Übertragen dieser Norm in die Insolvenzordnung auch die Erwähnung des „Dritten“ mit zu übernehmen, wurde bezüglich des Referentenentwurfs des MoMiG vereinzelt vertreten, dass Forderungen von Nichtgesellschaftern nunmehr gar nicht in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO fielen.²⁰ Der Gesetzgeber habe bewusst auf die Er-

wähnung von Dritten und damit auf deren Einbeziehung verzichtet.²¹

Einer solchen Auffassung steht jedoch die Gesetzesbegründung entgegen: Nach den Materialien sollte in § 39 I Nr. 5 InsO mit der Formulierung „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ der Anwendungsbereich des § 32a III 1 GmbHG a.F. gerade mit Blick auf die Einbeziehung Dritter übernommen werden.²² Angesichts der insoweit eindeutigen Gesetzesbegründung wird eine Einbeziehung Dritter unter der Entsprechungsklausel des § 39 I Nr. 5 InsO daher allgemein als zulässig erachtet.²³

II. Voraussetzungen der Dritteinbeziehung

Fraglich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen Dritte in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO fallen. Zu bestimmen sind Kriterien, die den Kreis der einbezogenen Nichtgesellschafter begrenzen und an denen eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften gemessen werden kann. Naheliegend ist es, § 39 I Nr. 5 InsO mit den gängigen Methoden juristischer Auslegung zu analysieren.

1. Wortlaut der Norm

Hinsichtlich maßgeblicher Kriterien für die Einbeziehung Dritter ist der Wortlaut unergiebig. Tatsächlich liegt mit der Formel des „wirtschaftlichen Entsprechens“ eine offen gehaltene Formulierung, mithin ein unbestimmter Rechtsbegriff vor.²⁴ Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber die Einbeziehung Dritter von wirtschaftlichen Aspekten abhängig macht. Die Forderung einer Schwestergesellschaft muss demnach wirtschaftlich einer Gesellschafterdarlehensforderung entsprechen.

2. Normhistorie und Gesetzesmaterialien

Aus den Gesetzesmaterialien ist zwar ersichtlich, dass der Gesetzgeber Dritte in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO einbeziehen wollte. Allerdings schweigt die Gesetzesbegründung zur Frage nach den Kriterien für eine solche Einbeziehung.

Fraglich könnte sein, ob der Gesetzgeber an die Grundsätze der Dritteinbeziehung vor dem MoMiG anknüpfen und damit die bestehende Rechtslage in dieser Hinsicht unverändert lassen wollte. Dafür könnte die knappe Formulierung der Gesetzesbegründung²⁵ sprechen, der An-

¹⁷ BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (175).

¹⁸ Adolf Baumbach/Alfred Hueck, in: dies., GmbHG, 19. Aufl. 2010, Anh. § 30 Rn. 34.

¹⁹ Alexander Schall, Die Zurechnung von Dritten im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, in: ZIP 2010, S. 205 (205 f.).

²⁰ Eckhard Wälzholz, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, in: DStR 2007, S. 1914 (1918); Roland Kammerer/Werner Geißelmeier, Der Rangrücktritt – Bestandsaufnahme und Auswirkungen des MoMiG im Handelsbilanz- und Steuerrecht, in: NZI 2007, S. 214 (218).

²¹ Eckhard Wälzholz, in: DStR 2007, S. 1914 (1918).

²² BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

²³ Vgl. statt aller nur Holger Altmeyen, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a,b Rn. 19.

²⁴ Jan Thiessen, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, Anh. § 30 Rn. 15.

²⁵ BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

wendungsbereich werde in sachlicher wie persönlicher Hinsicht übernommen.²⁶

In dieser Weise kann das Schweigen des Gesetzgebers in Bezug auf die Kriterien nach einer Einbeziehung Dritter jedoch nicht verstanden werden. Der Gesetzgeber hat mit einer generalklauselartigen Formulierung zwar die Einbeziehung Dritter eröffnet. Zu füllen ist diese jedoch anhand der Wertungen, die der Regelungsmaterie zu Grunde liegen.²⁷ Maßgeblich für die Einbeziehung von Schwestergesellschaften müssen demnach Systematik und Zweck der Regelung sein. Nur insoweit diese an die Rechtslage vor dem MoMiG anknüpfen, kann auf die vormaligen Kriterien für die Einbeziehung Dritter zurückgegriffen werden.

3. Systematischer Vergleich

Fraglich ist damit, inwieweit sich aus dem systematischen Vergleich mit anderen Normen Hinweise auf die Kriterien für die Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO auf Schwestergesellschaften ergeben.

Ein Rekurs auf § 138 InsO verbietet sich aufgrund der Besonderheiten des Insolvenzanfechtungsrechts: Die Anfechtbarkeit in der Fallkonstellation des § 39 I Nr. 5 InsO regelt speziell § 135 I InsO, der gerade auf dessen Anwendungsbereich verweist und damit nicht auf § 138 InsO Bezug nimmt. Insofern kann § 138 InsO für die Dritteinbeziehung nicht maßgeblich sein.²⁸

Der Vergleich mit § 44a InsO zeigt lediglich die Tatsache, dass die bloße Besicherung einer Forderung durch den Gesellschafter für die Gleichstellung im Rahmen des § 39 I Nr. 5 InsO nicht ausreicht, da andernfalls § 44a InsO überflüssig wäre.

Die systematische Analyse liefert damit keine Kriterien, an denen eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO gemessen werden könnte.

²⁶ So Bayer/Graff, in: DStR 2006, S. 1654 (1659); Markus Gehrlein, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, in: BB 2008, S. 846 (850); Silvia Schumacher, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2009, § 39 Rn. 10b; ähnlich auch Ulrich Ehrlicke, in: MüKo, InsO, 2. Aufl. 2007, § 39 Rn. 57.

²⁷ Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 121; Anette Neußner, in: Graf-Schlicker, InsO, 2. Aufl. 2010, § 39 Rn. 26.

²⁸ Heribert Hirte, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in: ZInsO 2008, S. 689 (693); zumindest erwägend dagegen Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 127.

4. Bestimmung des Normzwecks

Damit dürfte die Einbeziehung Dritter, also auch Schwestergesellschaften, in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO maßgeblich vom Normzweck abhängen.²⁹

a) Meinungsspektrum

Der *telos* des § 39 I Nr. 5 InsO ist jedoch nach der Neufassung durch das MoMiG infolge der Streichung des Merkmals „kapitalersetzend“ umstritten.³⁰

aa) Prinzip der Haftungsbeschränkung

So wird in der Literatur teilweise angenommen, dass der Gesetzgeber einen grundlegenden Wechsel des dogmatischen Fundaments vorgenommen habe.³¹ Es komme nunmehr zentral auf den Anwendungsbereich der Regelung an: Dieser setze gem. § 39 IV 1 InsO einzig eine beschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter voraus.³² Die Subordination seiner Darlehensforderung im Insolvenzfall sei aus Gläubigerschutzgründen der Preis des Gesellschafters dafür, dass er seine Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt habe (Theorie der beschränkten Haftung).³³ Die Regelung solle aus Gründen des Gläubigerschutzes ein missbräuchliches Ausnutzen der Haftungsbeschränkung verhindern.³⁴

Die Einbeziehung eines mit dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens, insbesondere einer Schwestergesellschaft, in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO komme daher nur in Betracht, wenn diese sich die beschränkte Haftung des Gesellschafters zunutze mache.³⁵ Dies sei aber nur dann der Fall, wenn ein Haftungsverband zwischen Gesellschafter und Darlehensgeber besteht.³⁶ Ein solcher sei nur beim Vertragskonzern (§ 291 AktG) oder beim Eingliederungskonzern (§ 319 AktG) aufgrund der Verlustausgleichspflicht (§ 302 AktG) bzw. Eingliederungshaftung (§ 322 AktG) gegeben.³⁷ Nur un-

²⁹ Treffend Alexander Schall, in: ZIP 2010, S. 205 (208), der von „teleologischer Akzessorität“ spricht.

³⁰ Vgl. Nicola Preuß, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 27 ff., Stand: Februar 2010.

³¹ Mathias Habersack, Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, in: ZIP 2007, S. 2145 (2147).

³² Ulrich Huber/Mathias Habersack, Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Lutter (Hg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 370 (405); Tibor Fedke, Konzerninnenfinanzierung nach dem MoMiG in insolvenznahen Szenarien, in: NZG 2009, S. 928 (930).

³³ Mathias Habersack, in: ZIP 2007, S. 2145 (2147).

³⁴ Ulrich Huber, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (277).

³⁵ Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (280).

³⁶ Mathias Habersack, Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund, in: ZIP 2008, S. 2385 (2389).

³⁷ Mathias Habersack, in: ZIP 2008, S. 2385 (2389); Markus Lüdtke, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2009, § 39 Rn. 39; Nicola Preuß, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 76, Stand: Februar 2010.

ter dieser Voraussetzung könnte demnach eine Schwestergesellschaft Normadressat von § 39 I Nr. 5 InsO sein.

bb) Theorie der Doppelrolle des Gesellschafters

Eine andere Ansicht betont als für den Normzweck maßgebliche Elemente die Darlehensvergabe als Finanzierungsentscheidung sowie die Doppelrolle des Gesellschafters.³⁸ Der Gesetzgeber legitimiere § 39 I Nr. 5 InsO (nur) über die Tatsache, dass der Gesellschafter „näher dran“ sei.³⁹ Ihm komme daher eine Finanzierungsfolgenverantwortung in dem reduzierten Sinne zu, dass er für die Finanzierung der Gesellschaft zuständig sei.⁴⁰ Auch treffe er nach wie vor eine Finanzierungsentscheidung.⁴¹ Diese Erwägungen könne man rechtspolitisch kritisieren (etwa ihnen insbesondere einen Mangel an inhaltlicher Legitimation für die Rechtsfolge des § 39 I Nr. 5 InsO vorwerfen⁴²), müsse sie aber *de lege lata* akzeptieren.⁴³

Für die Frage der Einbeziehung Dritter in den Adressatenkreis des § 39 I Nr. 5 InsO sollen aber weiterhin die auf der Grundlage der Finanzierungsfolgenverantwortung entwickelten Grundsätze gelten. Zum einen seien die nunmehr den Normzweck tragenden Elemente (Finanzierungszuständigkeit und Finanzierungsentscheidung) bereits darin enthalten gewesen.⁴⁴ Zum anderen werden diese Konzepte auch über die Finanzierungsfolgenverantwortung hinaus als tragfähig angesehen.⁴⁵ Die Einbeziehung von Schwestergesellschaften hänge demnach auch weiterhin von den früher geltenden Grundsätzen ab.

cc) Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung

Andere Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung noch immer tragende *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO ist.⁴⁶ Die Streichung des

Merkmals des Kapitalersatzes entbinde nur den Rechtsanwender von der Prüfung eines Merkmals, das im Falle eines Gesellschafterdarlehens ohnehin regelmäßig vorliege.⁴⁷ Tatsächlich werde das Vorliegen einer Krise und damit der Kapitalersatzcharakter des Darlehens nunmehr im Insolvenzfall unwiderleglich vermutet.⁴⁸

Wenn demnach der *telos* des Rangrücktritts von Gesellschafterdarlehen immer noch von der Finanzierungsfolgenverantwortung geprägt sei, dann bestimme sich auch die Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nach diesen Grundsätzen.⁴⁹ Sie sei damit abhängig von der Idee einer Finanzierungsfolgenverantwortung.

b) Die Normzweckintention des Gesetzgebers

Werden § 39 I Nr. 5 InsO demnach unterschiedliche Zwecke unterstellt, so fragt sich zunächst, welcher dieser Zwecke dem Gesetzgeber bei der Neufassung vor Augen stand.

Zwar betont der Gesetzgeber, es solle nach dem MoMiG keine eigenkapitalersetzenden Darlehen mehr geben.⁵⁰ In diesem Sinne konsequent hat er das den Gedanken des Eigenkapitalersatzes prägende Tatbestandsmerkmal bewusst gestrichen.⁵¹ Diese Tatsache wird von den Befürwortern anderer Legitimationsgrundlagen als bewusste Abkehr vom Prinzip der Finanzierungsfolgenverantwortung verstanden.⁵²

Jedoch ist festzustellen, dass die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren eine klare Aussage hinsichtlich des Normzwecks vermissen lassen.⁵³ Ihnen ist im Wesentlichen ein Bestreben nach Vereinfachung der Rechtslage und Verfahrensbeschleunigung zu entnehmen.⁵⁴ Damit lässt sich jedoch auch die Annahme der Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung durchaus in Einklang bringen.⁵⁵ Die Streichung eines Tatbestandsmerkmals hat stets eine vereinfachende Wirkung. Auch den Hinweis auf ein Anknüpfen an die Rechtslage vor dem MoMiG hinsichtlich der Einbeziehung Dritter könnte man so deuten, dass der Gesetzgeber zwar hinsichtlich des Prüfungsumfanges des Rechtsanwenders, nicht aber hinsichtlich der inhaltlichen Legitimation Änderungen vornehmen wollte.

38 Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, §§ 32a/b a. F. Rn. 7; Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 115.

39 Karsten Schmidt, Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht?, in: ZIP 2006, S. 1925 (1934).

40 Karsten Schmidt, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1015 f.).

41 Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1016).

42 Karsten Schmidt, in: ZIP 2006, S. 1925 (1934).

43 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 116.

44 Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1018).

45 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 124.

46 Holger Altmeyen, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, in: NJW 2008, S. 3601 (3602 f.); Reinhard Bork, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, in: ZGR 2007, S. 250 (257); Gerrit Hölzle, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung nach dem MoMiG?, in: ZIP 2009, S. 1939 (1940); Christoph Keller/Thomas Schulz, Darlehen im Konzernverbund – Zum Begriff des Gesellschafters in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO, in: Festschrift für Sebastian Spiegelberger, 2009, S. 761 (765 Fn. 29); Jürgen Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, in: ZIP 2009, S. 149 (153).

47 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (257).

48 Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602 f.).

49 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (258).

50 BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

51 BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

52 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 116.

53 Vgl. Georg Bitter, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG, in: ZIP 2010, S. 1 (1) m. w. N.

54 BT-Drucks. 16/6140, S. 26; 42; 56.

55 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (257). Deziert anders Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602).

Insgesamt muss man konstatieren, dass der Gesetzgeber selbst keine Aussage über die hinter § 39 I Nr. 5 InsO stehenden Erwägungen gemacht hat. Weder kann sich eine der oben genannten Ansichten auf den klaren Willen des Gesetzgebers berufen, noch stehen sie im Widerspruch zu einem solchen.

c) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Hinsichtlich der Interpretation von Rechtsnormen gilt der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung: Von mehreren möglichen Deutungen einer Rechtsnorm gelten (nur) diejenigen, die mit der Verfassung im Einklang stehen.⁵⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die vorgestellten Ansätze ergeben sich in zweierlei Hinsicht:

Die Theorien, die eine Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung ablehnen, könnten an einem Legitimationsdefizit leiden, das einen möglichen Grundrechtseingriff nicht zu tragen vermag.⁵⁷ Dieser Einwand wird insbesondere gegen die Theorie der Haftungsbeschränkung im Hinblick auf Art. 3 I GG (aber auch Art. 12 I, 14 I GG) erhoben,⁵⁸ gilt aber grundsätzlich für alle Ansätze, die auf eine originäre Legitimation des § 39 I Nr. 5 InsO verzichten. Grundgedanke dabei ist die Annahme einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung von Gesellschaftergläubigern und Nichtgesellschaftergläubigern im Insolvenzverfahren.

Indes könnte die Unterstellung des Krisenmerkmals in Form einer unwiderleglichen Vermutung hinsichtlich ihres pauschalierenden Charakters ebenfalls bedenklich im Hinblick auf Art. 3 I GG sein.⁵⁹ Sofern nämlich eine Krise nicht vorliegt, könnte die gleiche Rechtsfolge in verfassungswidriger Weise ungleiche Sachverhalte erfassen.

aa) Kein Bedürfnis einer Finanzierungsfolgenverantwortung

M. E. bedarf es der Finanzierungsfolgenverantwortung als inhaltliche Legitimation des § 39 I Nr. 5 InsO hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grenzen nicht. Diejenigen, die eben dieses behaupten, gehen davon aus, dass in grundrechtliche Schutzbereiche eingegriffen werde und ein solcher Eingriff nicht durch die bloße Doppel-

stellung des Gesellschafters bzw. den Verweis auf dessen beschränkte Haftung zu rechtfertigen sei.⁶⁰

Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick richtig: Tatsächlich hat der Gesetzgeber die Schutzbereiche der hier vermeintlich betroffenen Grundrechte bereits durch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ausgestaltet.

Die Haftungsbeschränkung des Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen weicht von dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder (nur und voll) mit seinem Vermögen haftet, ab: Sie erlaubt es dem Gesellschafter durch Errichtung eines neuen Haftungssubjekts, der Gesellschaft, unternehmerisch tätig zu werden, ohne für diese Tätigkeit mit dem eigenen Vermögen zu haften. Es liegt also bereits eine (legitimierte) Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 I GG, eine Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 I GG bzw. der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG vor. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 39 I Nr. 5 InsO nur bloße Modifikation einer bereits durch die Haftungsbeschränkung geschaffenen Ausgestaltung, aber keine eigene Beschränkung der Schutzbereiche der gegebenenfalls betroffenen Grundrechte.

Dies verdeutlicht folgende Überlegung: Gäbe es keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, so würde das Vermögen des Gesellschafters, das er im Falle des § 39 I Nr. 5 InsO partiell der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellt hat, ohnehin dem Zugriff der Gläubiger offenstehen. Der beschränkt haftende Gesellschafter wird daher nur insoweit schlechter gestellt, als er vorher aufgrund seiner Haftungsbeschränkung besser gestellt war. Einer besonderen Legitimation bedarf es dafür nicht.

bb) Erlaubte Pauschalierung durch den Gesetzgeber

Fraglich ist jedoch, ob die Annahme einer unwiderleglich vermuteten Krise verfassungsgemäß ist.⁶¹ Dieser Legitimationsansatz müsste ja zumindest in Fällen nicht krisenbedingter Finanzierung zu unstimmigen Ergebnissen führen.

Dem Gesetzgeber ist jedoch eine gewisse Typisierung von Lebenssachverhalten erlaubt. Maßgeblich ist, inwieweit die gesetzliche Normierung tatsächlich dem Regelfall entspricht und wie groß die Zahl der Ausnahmen ist.⁶²

Unter Hinweis auf die Ausweitung des Krisenbegriffs und der Einbeziehung des „Stehenlassens“ von Darlehen durch die Rechtsprechung wird überwiegend davon ausgegangen, dass offene Darlehensforderungen des Ge-

⁵⁶ Vgl. etwa BVerfG vom 08.03.1972, BVerfGE 32, 373 (383 f.).

⁵⁷ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602); Gerrit Hölzle, Die Legitimation des Gesellschaftersonderopfers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung, in: ZIP 2010, S. 913 (915); Wolfgang Marotzke, Im Überblick: Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse im Spiegel der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 103, 108 ff., 135 Abs. 1 und Abs. 3 InsO, in: ZInsO 2009, S. 2073 (2078).

⁵⁸ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602).

⁵⁹ Wolfgang Marotzke, Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – eine alte Rechtsfrage in neuem Kontext, in: JZ 2010, S. 592 (599 f.).

⁶⁰ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3061 (3602).

⁶¹ Wolfgang Marotzke, in: JZ 2010, S. 592 (600).

⁶² Christian Stark, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 23.

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSPRECHUNG
REZENSIONEN

sellschafters im Insolvenzfall regelmäßig eine „Krisenfinanzierung“ darstellen.⁶³ Auch der Gesetzgeber nahm an, dass sich die Situation der Gesellschafter nicht verschlechtern werde. Er ging ebenfalls davon aus, dass i. F. von Gesellschafterdarlehen regelmäßig eine Krise vorliegt.⁶⁴ Sogar die Stimmen in der Literatur, die sich gegen eine Fortgeltung des Prinzips der Finanzierungsfolgenverantwortung aussprechen, sind der Ansicht, dass sachlich in den Anwendungsfällen des § 39 I Nr. 5 InsO regelmäßig von einer Finanzierung in Krisenzeiten auszugehen ist.⁶⁵ Wenn die Rangrückstufung damit ohnehin stets nur in Fällen in Betracht kommt, in denen eine Krisenfinanzierung vorliegt, also auch § 39 I Nr. 5 InsO a. F. gegriffen hätte, dann wird man dem Gesetzgeber eine typisierende Betrachtung und den Verzicht auf die Prüfung des Krisenmerkmals erlauben müssen.⁶⁶

c) Zwischenergebnis

Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung zwingt nicht zu einem bestimmten Verständnis der *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO.

d) Der Normzweck im systematischen Zusammenhang

Möglich erscheint jedoch, dass sich aus dem systematischen Zusammenhang Rückschlüsse auf den Normzweck ziehen lassen.

Die Übernahme der Ausnahmeregelungen des Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivilegs (§ 39 IV 1, V InsO) im Zuge des MoMiG scheint für die Annahme einer Finanzierungsfolgenverantwortung zu sprechen. Beide Regelungen waren als Konkretisierungen der Finanzierungsfolgenverantwortung angesehen worden.⁶⁷ Das Kleinbeteiligungsprivileg etwa sollte dem Unternehmer zugute kommen, den aufgrund seiner nur minimalen Beteiligung eben keine Verantwortung für die Finanzierungsfolgen der Gesellschaft trifft.⁶⁸ Die Übernahme dieser Ausnahmeregelungen spricht tendenziell dafür, im Sinne eines konsistenten Normverständnisses⁶⁹ als Normratio weiterhin die Finanzierungsfolgenverantwortung anzusehen.

Die Verfechter anderer Erklärungsansätze begründen das Kleinbeteiligungsprivileg hingegen damit, dass bei

⁶³ Vgl. *Béla Knof*, Modernisierung des GmbH-Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, in: *ZInsO* 2007, S. 125 (133); *Ulrich Haas*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, in: *ZInsO* 2007, S. 617 (621).

⁶⁴ BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

⁶⁵ Vgl. nur *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, in: Lutter (Hg.), *Kapital der Aktiengesellschaft*, 2006, S. 370 (408 f.).

⁶⁶ *Holger Altmeyen*, in: *NJW* 2008, S. 3601 (3603); kritisch *Wolfgang Marotzke*, in: *JZ* 2010, S. 592 (599).

⁶⁷ *Jan Thiessen*, *Johann Buddenbrook* und die Reform des GmbH-Rechts (Teil 1), in: *DStR* 2007, S. 202 (208).

⁶⁸ *Holger Altmeyen*, in: *Roth/ders.*, *GmbHG*, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a, b Rn. 29.

⁶⁹ Kritisch zur Neuregelung daher *Wulf Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn. 58.

reinen Finanzbeteiligungen (und solche beschreibe eben diese Regelung) mangels unternehmerischer Tätigkeit die beschränkte Haftung ohnehin gerechtfertigt sei und keiner Kompensation durch § 39 I Nr. 5 InsO bedürfe.⁷⁰ § 39 IV 2 InsO sei Ausdruck eines allgemeinen Sanierungsgedankens und könne insofern für den Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO keine Aussagen liefern.⁷¹

Manches mag daher bei systematischer Betrachtung für die Annahme der Finanzierungsfolgenverantwortung sprechen, eine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Normzweck vermag jedoch auch die Gesetzessystematik nicht zu liefern.

e) Zwischenergebnis

Entscheidend für die Frage, ob Schwestergesellschaften Adressaten des § 39 I Nr. 5 InsO sind, ist der Normzweck. Dieser ist seit der Neufassung umstritten. Ein bestimmter gesetzgeberischer Wille ist nicht ersichtlich. Weder Verfassung noch Gesetzessystematik zwingen zu einem bestimmten Verständnis.

5. Stellungnahme

Damit stellt sich die Frage, welche der unterschiedlichen Auffassung unter wertender Betrachtung zu überzeugen vermag.

a) Zum Prinzip der Haftungsbeschränkung

Die Herleitung des Normtelos aus dem Prinzip der beschränkten Haftung kann für sich beanspruchen, sich am Normtext zu orientieren, indem sie auf den Anwendungsbereich (§ 39 IV 1 InsO) als entscheidenden Zu rechnungsgrund abstellt.

Allerdings leidet dieser Ansatz an einem Wertungswiderspruch in doppelter Hinsicht:

Zum einen können die Verfechter des haftungsrechtlichen Prinzips nicht erklären, warum nur Darlehensforderungen zum Ausgleich für die beschränkte Haftung herangezogen werden und nicht alle Gesellschafterforderungen dem Nachrang des § 39 I Nr. 5 InsO unterliegen.⁷² Das Prinzip der beschränkten Haftung kommt dem Gesellschafter schließlich nicht nur in Bezug auf Darlehensforderungen, sondern stets zugute. Konsequenterweise müssten insofern alle Gesellschafterforderungen im Insolvenzverfahren nachrangig sein.⁷³ Zu er-

⁷⁰ *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, in: Lutter (Hg.), *Kapital der Aktiengesellschaft*, 2006, S. 370 (394).

⁷¹ *Karsten Schmidt*, in: *GmbHR* 2009, S. 1009 (1017).

⁷² *Reinhard Bork*, in: *ZGR* 2007, S. 250 (257).

⁷³ Genau dies forderten denn auch die Verfechter des Prinzips der Haftungsbeschränkung, vgl. *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, *GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen*, in: *BB* 2006, S. 1 (2). Dass der Gesetzgeber ihnen in diesem Punkt nicht gefolgt ist, spricht gegen ihren Begründungsansatz.

klären ist die Beschränkung auf Darlehensforderungen nur dann, wenn das Darlehen kapitalersetzend ist und deswegen voll haften soll. Das ist indes der Grundgedanke des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob ein krisenunabhängiges Darlehen eines Gesellschafters gegenüber einem (möglicherweise krisenbedingten) Darlehen eines Dritten tatsächlich Nachrangigkeit verdient hat.⁷⁴ Der Gesellschaftergläubiger ist in diesem Fall genauso schützenswert wie jeder andere Fremdkapitalgeber. Die Tatsache, dass ein Nichtgesellschafter vom Darlehen eines Gesellschafters gem. § 39 I Nr. 5 InsO im Insolvenzfall profitiert, kann nur mit einem erhöhten Schutzbedürfnis des Nichtgesellschafters erklärt werden. Ein solches besteht gerade bei einer Vermögensgefährdung des Schuldners (vgl. nur die Wertung des § 490 I BGB) und damit in der Krise der Gesellschaft.

Letztlich spricht entscheidend gegen die Theorie der beschränkten Haftung, dass sie systemwidrig in die Haftungsverfassung beschränkt haftender Gesellschaften eingreift. Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen speist sich aus dem Gedanken des Mindestkapitals, d. h. der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Wenn der Gesetzgeber diese Regelungen als für den Gläubigerschutz nicht ausreichend erachtet hätte, dann wäre dort der richtige Ansatzpunkt für eine Korrektur gewesen. Über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall eine Art dynamisches Haftkapital einzuführen, war weder Absicht des Gesetzgebers noch trifft es den richtigen Punkt: Wenn kein Gesellschafterdarlehen ausgegeben wurde, die Gesellschaft aber trotzdem unterkapitalisiert ist, läuft der so vorgesehene Gläubigerschutz leer.

Insofern vermag die Theorie der beschränkten Haftung als dogmatische Grundlage des § 39 I Nr. 5 InsO nicht zu überzeugen.

b) Zur Theorie der Doppelrolle des Gesellschafters

Diese Argumente treffen zum Teil auch auf die Ansicht zu, die das dogmatische Fundament in der Doppelrolle des Gesellschafters erblicken will. Auch sie kann nicht erklären, warum nicht alle Forderungen des Gesellschafters vom Rangrücktritt erfasst sind: Die Doppelstellung des Gesellschafters trifft für alle seine Forderungen gegen die Gesellschaft zu, der Gesellschafter ist letztlich immer „näher dran“.

Tatsächlich beklagen denn auch die Vertreter dieser Ansicht ein Legitimationsdefizit auf Seiten des Gesetzge-

⁷⁴ Holger Altmeyden, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a, b Rn. 8.

bers, sehen sich aber aufgrund des Wortlauts zu anderen Begründungsansätzen nicht instande.⁷⁵ Damit stellt sich die grundlegende Frage, inwieweit man einer unter einem solchen Defizit leidenden Norm ohne Rückkopplung an den Wortlaut einen bestimmten Normzweck unterstellen darf.⁷⁶

Dies ist zunächst eine methodische Frage. Eine Auslegung kann nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers zuwider laufen.⁷⁷ Ein klarer Wille des Gesetzgebers ist indes hinsichtlich des Normzwecks nicht ersichtlich.⁷⁸

Besteht insofern Raum dafür, die Regelung durch Interpretation mit einer überzeugenden Wertung⁷⁹ zu füllen, so spricht nichts dagegen, eben dies zu tun.⁸⁰ Weder Wortlaut noch gesetzgeberisches Ermessen entbinden den Interpreten von der Einkleidung einer Norm in ein überzeugendes Konzept.⁸¹ Ein Legitimationsdefizit muss nicht in Kauf genommen werden. Die Zurückhaltung, die sich die Theorie der Doppelstellung des Gesellschafters im Hinblick auf die inhaltliche Begründung auferlegt, ist nicht gerechtfertigt.

c) Zur Finanzierungsfolgenverantwortung

Fraglich bleibt, ob und inwieweit man einer Fortgeltung des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung unter einer unwiderleglichen Vermutung des Krisenmerkmals zustimmen darf.

Entgegen den Kritikern dieser Ansicht steht sie nicht im Widerspruch zum erklärten Willen des Gesetzgebers.⁸² Allerdings verzichtet der Wortlaut des § 39 I Nr. 5 InsO auf das Merkmal des Kapitalersatzes. Insofern kann man berechtigterweise die Frage stellen, inwieweit man es nun im Wege der Vermutung noch in den Tatbestand hineinlesen darf.⁸³

Allerdings kann die fehlende Anbindung im Wortlaut zumindest dann nicht entgegenstehen, wenn der Begründungsansatz historisch erklärbar ist und ein insgesamt schlüssiges Bild der gesetzlichen Konzeption erlaubt. Genau dies ist hier der Fall: Vor dem Hintergrund der bisherigen Legitimation der Subordination von Gesellschafterdarlehen ist ein Anknüpfen an das Konzept

⁷⁵ Vgl. oben C. II. 4. a. bb).

⁷⁶ Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1014).

⁷⁷ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 149.

⁷⁸ Vgl. oben C. II. 4. b).

⁷⁹ Und für eine solche erachten die Vertreter dieser Ansicht gerade das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung, vgl. etwa Karsten Schmidt, in: ZIP 2006, S. 1925 (1926).

⁸⁰ Ähnlich Wolfgang Servatius, Gläubigereinfluss durch Covenants, 2008, S. 497.

⁸¹ Holger Altmeyden, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a, b Rn. 8 (gegen Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (275)).

⁸² Vgl. oben C. II. 4. b).

⁸³ Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (274).

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

der Finanzierungsfolgenverantwortung naheliegend. Die Streichung des Krisenmerkmals kann überzeugend mit dem gesetzgeberischen Willen nach Vereinfachung erklärt werden. Die Krisenfinanzierung (und damit die Finanzierungsfolgenverantwortung als inhaltliche Legitimation) weiterhin und unwiderleglich zu vermuten, stößt auch insofern auf keine Bedenken, als dass lediglich auf eine ohnehin im Regelfall erfüllte Tatbestandsvoraussetzung verzichtet wird.

Aus der Idee der Finanzierungsfolgenverantwortung heraus lässt sich die Beschränkung auf Darlehensforderungen sowie das Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg schlüssig erklären. Es schafft einen Ausgleich zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen dort, wo dies aufgrund besonderer Umstände notwendig ist, nämlich in der (nunmehr unwiderleglich vermuteten) Krise der Gesellschaft.⁸⁴

Es liefert insofern das überzeugende Konzept einer *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO.

III. Ergebnis

Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO ist auch nach der Neufassung durch das MoMiG der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Frage, ob Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO sind, kann also unter Rückgriff auf die dazu entwickelten Grundsätze bestimmt werden.

D. Differenzierung nach Fallgruppen

Die Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO ist demnach maßgeblich vom Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung abhängig. Aus den dazu bereits bezüglich der §§ 39 I Nr. 5 InsO, 32a GmbHG a.F. entwickelten Grundsätzen lassen sich verschiedene Fallgruppen unterscheiden.

I. Mittelbare Stellvertretung

Eine Schwestergesellschaft ist zumindest dann Adressatin des § 39 I Nr. 5 InsO, wenn sie das Darlehen mit Mitteln oder für Rechnung des Gesellschafters gewährt.⁸⁵ In diesem Fall ist sie als mittelbare Stellvertreterin oder als „Strohmann“, d. h. als bloße Zahlungsmittlerin des Gesellschafters, tätig. Insofern ergibt sich die Einbeziehung

⁸⁴ Peter Hommelhoff, Für eine minimalinvasive und dennoch höchst effektive Reform des Eigenkapitalersatzrechts, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 115 (118).

⁸⁵ Allg. Meinung, vgl. nur Heribert Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 39 Rn. 41.

der Schwestergesellschaft zwanglos aus dem Gedanken der Finanzierungsfolgenverantwortung und dem des Umgehungsschutzes: Hier löst in Wahrheit der Gesellschafter seine Finanzierungsfolgenverantwortung aus. Er trägt das wirtschaftliche Risiko, da es sich entweder um seine Mittel handelt oder aber die Schwestergesellschaft im Innenverhältnisses einen Ausgleichanspruch (§ 670 BGB) hat. Durch die bloße Delegation der Mittelvergabe kann der Gesellschafter der Rechtsfolge des § 39 I Nr. 5 InsO nicht entgehen, die in diesem Fall auf die Schwestergesellschaft zu erstrecken ist.

II. Vertragskonzern

Einigkeit besteht auch darin, dass zumindest im Vertragskonzern gem. § 291 AktG, im Eingliederungskonzern gem. § 321 AktG sowie im qualifiziert faktischen Konzern⁸⁶ die darlehensgebende Schwestergesellschaft als Normadressatin des § 39 I Nr. 5 InsO anzusehen ist.⁸⁷ Dies ist sachgerecht, da in diesen Fällen aufgrund der Verlustausgleichspflicht bzw. der Eingliederungshaftung der §§ 302, 322 AktG kaum differenziert werden kann, ob das Darlehen aus dem Vermögen der Schwestergesellschaft oder des Gesellschafters stammt. Durch die vertragliche Konzerneinbindung ist die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Schwestergesellschaft aufgehoben, das wirtschaftliche Risiko liegt beim Gesellschafter.⁸⁸ Damit entspricht gem. § 39 I Nr. 5 InsO das Darlehen der Schwestergesellschaft wirtschaftlich einem solchen des Gesellschafters.⁸⁹ Infolge der wirtschaftlichen Einheit zwischen Gesellschafter und Schwestergesellschaft ist die Darlehensgewährung durch einen der beiden als Finanzierungsentscheidung anzusehen, die die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters auslöst.

III. Sonstige Konstellationen

Damit verbleibt eine Betrachtung der Fallgestaltungen, in denen das der GmbH gewährte Darlehen wirtschaftlich aus dem Vermögen der Schwestergesellschaft entstammt und die Verbindung zwischen letzterer und Gesellschafter sich einzig über die Beteiligung ergibt. Die rechtliche Beurteilung dieser Konstellationen auf Basis der Finanzierungsfolgenverantwortung ist umstritten.⁹⁰

⁸⁶ Vgl. zu dieser Rechtsfigur Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 4 ff.

⁸⁷ Vgl. Holger Fleischer, in: v. Gerkan/Hommelhoff (Hg.), Kapitalersatzrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 12.25. Selbst die Vertreter der Theorie der beschränkten Haftung halten diese Konstellation für umfasst, siehe oben C. II. 4. a) aa).

⁸⁸ Holger Altmeppen, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, §§ 32a, b Rn. 163.

⁸⁹ Holger Fleischer, in: v. Gerkan/Hommelhoff (Hg.), Kapitalersatzrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 12.25.

⁹⁰ Vgl. Alexander Schall, in: ZIP 2010, S. 205 (205 f.).

1. Rechtsprechung und Teile der Literatur

Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zu § 32a GmbHG a. F.⁹¹ hatte die Rechtsprechung zunächst angenommen, dass Darlehensforderungen Dritter im Insolvenzverfahren ebenfalls nachrangig waren, sofern der Dritte mit dem Gesellschafter i. S. d. §§ 15 ff. AktG⁹² verbunden war.⁹³ Diese weite Einbeziehung schränkte die Rechtsprechung dann auf den Fall einer wirtschaftlichen Einheit zwischen verbundenem Unternehmen und Gesellschafter ein.⁹⁴ Diese sei gegeben, wenn der Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf das darlehensgebende Verbundunternehmen ausüben könne.⁹⁵

Diese zunächst für die sog. vertikale Unternehmensfinanzierung entwickelten Grundsätze hat die Rechtsprechung auf die horizontale Unternehmensfinanzierung, insbesondere auf darlehensgebende Schwestergesellschaften, erstreckt.⁹⁶ Maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters sollte dann gegeben sein, wenn dieser die Schwestergesellschaft durch seine Beteiligung zur Darlehensvergabe bestimmen konnte, insbesondere durch eine nach Gesetz oder Gesellschaftssatzung ausreichende Mehrheitsbeteiligung.⁹⁷ Diesen Grundsatz hat der BGH jüngst auf die rechtlich fundierte Möglichkeit der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Schwestergesellschaft reduziert.⁹⁸ So soll etwa für eine mit dem Gesellschafter durch Mehrheitsbeteiligung verbundene AG ein Einbezug in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO ausscheiden, da in einer AG der Vorstand gem. § 76 I AktG unabhängig vom Gesellschafter agiere.⁹⁹ Die Literatur ist der Rechtsprechung teilweise gefolgt.¹⁰⁰

2. Abweichende Ansätze in der Literatur

Teilweise werden jedoch auch andere Kriterien als für die Einbeziehung von „einfachen“ Schwestergesellschaften maßgeblich erachtet. So wird vereinzelt die Einbeziehung aller i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbundener Unternehmen verlangt.¹⁰¹ Eine Verbundenheit von Gesellschafter und darlehensgebender Gesellschaft nach §§ 16, 17 AktG würde die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Umgehungsschutz, namentlich §§ 56 II, 71d S. 2 AktG eröffnen, deren Rechtsgedanke auch für § 39 I Nr. 5 InsO maßgeblich sei.¹⁰² Andererseits wird

an dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit festgehalten, der eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nur im Vertragskonzern (§ 291 AktG) gebiete und darüber hinaus nur erlaube, wenn zusätzliche Kriterien hinzutreten.¹⁰³ Das sei etwa dann der Fall, wenn die Schwestergesellschaft ähnlich einem mittelbaren Stellvertreter zur Finanzierung der darlehensnehmenden Tochtergesellschaft eingesetzt werde.¹⁰⁴ Schließlich wird vertreten, die §§ 15 ff. AktG als abgestufte Vermutungsregel hinsichtlich der Adressierung von Schwestergesellschaften durch § 39 I Nr. 5 InsO zu nutzen.¹⁰⁵

3. Stellungnahme

Im Falle der „einfachen“ Schwestergesellschaft zeigt sich die Bedeutung des dogmatischen Konzepts des § 39 I Nr. 5 InsO in aller Deutlichkeit: Leitet man die darin angeordnete Rechtsfolge aus dem Prinzip der beschränkten Haftung ab, so käme eine Einbeziehung mangels Haftungsverbandes zwischen Gesellschafter und Schwestergesellschaft nicht in Betracht.¹⁰⁶ Nach hier vertretener Ansicht beruht § 39 I Nr. 5 InsO aber weiterhin auf dem Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung. Dieses muss denn auch den Lösungsansatz liefern.

a) Die Struktur der Finanzierungsfolgenverantwortung

Die Finanzierungsfolgenverantwortung realisiert sich durch die (in der nunmehr unwiderleglich vermuteten Krise getroffene) Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters.¹⁰⁷ Sofern nicht der Gesellschafter, sondern die Schwestergesellschaft die Finanzierung einer GmbH übernimmt, kommt es zum Auseinanderfallen der entscheidenden Elemente: Die Finanzierungsentscheidung trifft nicht der Gesellschafter, sondern die Schwestergesellschaft. Nur die Überwindung dieser Disparität stellt die Finanzierungsfolgenverantwortung her, die es rechtfertigt, Schwestergesellschaften als Normadressat des § 39 I Nr. 5 InsO anzusehen. Überwunden wird dieses Auseinanderfallen dann, wenn sich die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft als eine solche des Gesellschafters darstellt.

b) Tatsächliche Beeinflussung

Sofern sich feststellen lässt, dass die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter beeinflusst wurde, muss die Schwestergesellschaft ebenfalls Normadressat des § 39 I Nr. 5 InsO sein. Soweit in diesem Fall nicht bereits eine mittelbare Stellvertretung vorliegt, überwindet die Beeinflussung durch den Gesellschafter die Trennung von Finanzierungsent-

91 BT-Drucks. 8/1347, S. 10 und 43.

92 Für deren rechtsformübergreifende Geltung vgl. *Thomas Raiser/Rüdiger Veil*, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 50 Rn. 2f.

93 BGH vom 21.09.1981, BGHZ 81, 311 (315 f.).

94 BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (176 f.).

95 BGH vom 24.09.1990, ZIP 1990, 1467 (1468 f.).

96 BGH vom 21.06.1999, NJW 1999, 2822 (2822).

97 BGH vom 21.06.1999, NJW 1999, 2822 (2822).

98 BGH vom 05.05.2008, NJW-RR 2008, 1134 (1134 f.); vgl. auch OLG Köln vom 24.09.2009, ZInsO 2010, 238 (240).

99 BGH vom 05.05.2008, NJW-RR 2008, 1134 (1134 f.).

100 *Holger Altmeppen*, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 32a Rn. 169.

101 *Peter Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 32a Rn. 121.

102 So jüngst *Alexander Schall*, in: ZIP 2010, S. 205 (209).

103 *Marcus Lutter/Peter Hommelhoff*, in: dies., GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a, b Rn. 64.

104 *Ulrich Noack*, in: GmbHR 1996, S. 153 (157).

105 *Karsten Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, 32b Rn. 149.

106 Vgl. oben C. II. 4. a) aa).

107 *Karsten Schmidt*, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1016).

scheidung und Gesellschafterstellung und stellt so die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters her. Problematisch dürfte sich indessen die Beweissituation darstellen: Die Beweislast liegt beim Insolvenzverwalter der darlehensnehmenden GmbH, dem der Nachweis einer Beeinflussung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter oftmals schwerfallen dürfte.

c) Vermutete Beeinflussung

Damit stellt sich die Frage, inwieweit man aufgrund der bloßen Stellung der Darlehensgeberin als Schwestergesellschaft die Beeinflussung durch den Gesellschafter vermuten darf.

aa) Die Vermutungswirkung der §§ 15 ff. AktG

Naheliegender wäre es, eine Beeinflussung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter stets anzunehmen, sofern diese mit dem Gesellschafter i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbunden ist.

Sofern der Gesellschafter an der Schwestergesellschaft mehrheitlich beteiligt (§ 16 I AktG) ist oder sie von ihm abhängig (§ 17 I AktG) ist, vermutet § 18 I 3 AktG (ggf. i. V. m. § 17 II AktG) die einheitliche Leitung der Schwestergesellschaft im Rahmen eines (faktischen) Konzerns. Eine einheitliche Leitung könnte es rechtfertigen, Entscheidungen der Schwestergesellschaft als solche der Konzernleitung anzusehen und damit die hier entscheidende Trennung zwischen Gesellschafter und Finanzierungsentscheidung aufzuheben.

Allerdings geht die Vermutungswirkung der §§ 15 ff. AktG nur soweit, wie rechtlich vermittelte Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter bestehen.¹⁰⁸ Diese Normen stellen eine Vermutung darüber auf, inwieweit verbundene Unternehmen auf der Grundlage der rechtlich vorgesehenen Möglichkeiten vom Gesellschafter fremdbestimmt werden können.¹⁰⁹

bb) Finanzierungsentscheidung und Gesellschaftsrecht

Damit wird deutlich, dass die §§ 15 ff. AktG jeweils und nur dann für eine Vermutung der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft streiten, wenn die Vermutungswirkung eben diese Möglichkeit auch umfasst.

Dies setzt zunächst voraus, dass der Gesellschafter die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft tatsächlich rechtlich beeinflussen kann. Diese Frage beantwortet das maßgebliche Gesellschaftsrecht: Die Gesellschaftsform der Schwestergesellschaft und der damit

verbundene Regelungsrahmen entscheiden zum einen darüber, welches Organ der Schwestergesellschaft die Finanzierungsentscheidung trifft, zum anderen darüber, inwieweit Gesellschafter diese Entscheidung beeinflussen können.

So ist etwa in der GmbH der Geschäftsführer, dem die Besorgung der Geschäfte und damit auch die Finanzierungsentscheidung obliegt, im Rahmen der §§ 37 I, 45, 47 GmbHG den Weisungen der Gesellschafter unterworfen.¹¹⁰ Insofern besteht für den Gesellschafter in Abhängigkeit der gesetzlich oder durch Satzung bestimmten Mehrheitsverhältnisse rechtlich die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Finanzierungsentscheidung. Es ist damit gerechtfertigt, §§ 15 ff. AktG und die Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft zu vermuten.

Bei Personengesellschaften gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft. Ist die darlehensgewährende Schwestergesellschaft also eine Personengesellschaft, so trifft die Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter selbst. In diesem Fall liegt ein Auseinanderfallen von Gesellschafter und Finanzierungsentscheidung ohnehin nicht vor. Etwas anderes kann gelten, wenn abweichende Regelungen zur Anwendung gelangen wie etwa §§ 116 II, 119 HGB. Sofern etwa im Falle des § 119 II HGB Mehrheitsverhältnisse entscheidend sind, kann auch hier abhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der Vermutung der §§ 15 ff. AktG gefolgt werden.

Anders verhält es sich bei der AG: Hier entscheidet der Vorstand gemäß § 76 I AktG in eigener Verantwortung. Eben diese Unabhängigkeit bleibt von den §§ 15 ff. AktG gänzlich unberührt.¹¹¹ Daran ändert auch § 311 AktG, der die Einflussnahme des Gesellschafters in Grenzen erlaubt, nichts.¹¹² Ist die darlehensgewährende Schwestergesellschaft also eine AG, so hat der Gesellschafter auf die Finanzierungsentscheidung keinen rechtlichen Einfluss. Die Vermutungen der §§ 15 ff. AktG, die ja gerade einen gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss antizipieren, können also keine Anwendung finden. Anderes gilt nur, sofern es eine Personalidentität zwischen Gesellschafter und Vorstand gibt (Doppelmanats-Verbund), da in diesem Fall ebenfalls keine Trennung zwischen Finanzierungsentscheidung und Gesellschafterstellung gibt.

cc) Zwischenergebnis

Die Vermutung der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft

¹⁰⁸ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 51 Rn. 16.

¹⁰⁹ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 51 Rn. 16.

¹¹⁰ Christine Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 22 Rn. 11.

¹¹¹ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 10.

¹¹² Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 10.

schaft und damit verbunden die Herstellung der Finanzierungsfolgenverantwortung setzt die rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme des Gesellschafters voraus. Diese Möglichkeit wird über das für die Schwestergesellschaft maßgebliche Gesellschaftsrecht definiert. Sofern dieses eine Einflussnahme zulässt, kann auf die §§ 15 ff. AktG zurückgegriffen werden. Da es sich i. F. d. §§ 15 ff. AktG um widerlegliche Vermutungen handelt, kann die Schwestergesellschaft diese widerlegen.

4. Ergebnis

Auch „einfache“ Schwestergesellschaften sind vom Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO umfasst. Entscheidend ist, dass die in dieser Konstellation auftretende Trennung von Finanzierungsentscheidung und Gesellschafterstellung überwunden wird und so die Finanzierungsfolgenverantwortung begründet wird. Dies gilt stets, wenn der Gesellschafter tatsächlich auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft Einfluss hat. Sofern der Gesellschafter die gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit der Einflussnahme auf die Schwestergesellschaft hat, kann die Wahrnehmung dieses Einflusses bei der Finanzierungsentscheidung (widerleglich) vermutet werden. Im Ergebnis ist damit der jüngeren Rechtsprechung zuzustimmen, die eine Einbeziehung verbundener Unternehmen zunächst von gesellschaftsrechtlich vermitteltem Einfluss und danach vom Beteiligungsausmaß abhängig macht.

E. Fazit

1. Schwestergesellschaften einer GmbH sind Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO, wenn ihre Forderung der Darlehensforderung eines Gesellschafters wirtschaftlich entspricht.
2. Die Kriterien zur Ausfüllung dieser Generalklausel müssen durch Auslegung ermittelt werden. Entscheidend ist dabei der Normzweck.
3. Der Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO ist nach der Neufassung durch das MoMiG umstritten. Weder der gesetzgeberische Wille, noch die Systematik oder das Gebot der verfassungskonformen Auslegung können den Normzweck eingrenzen.
4. Überzeugen kann nur die Annahme einer nunmehr unwiderleglich vermuteten Krisenfinanzierung und damit das Anknüpfen an das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung.
5. Unter dieser Prämisse sind Schwestergesellschaften einer GmbH zumindest dann Normadressaten des § 39 I

Nr. 5 InsO, wenn sie als Zahlungsmittler des Gesellschafters auftreten.

6. Gleiches gilt für Schwestergesellschaften, die mit dem Gesellschafter einen Vertragskonzern, Eingliederungskonzern oder qualifizierten faktischen Konzern bilden.

7. Für „einfache“ Schwestergesellschaften ist die Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO abhängig von einer Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung. Sofern gesellschaftsrechtlich die Möglichkeit einer Einflussnahme besteht, kann sie bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen hinsichtlich i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbundener Unternehmen (widerleglich) vermutet werden.