

5. November 2007

**Gutachterliche Stellungnahme für den
VID zu insolvenzrechtlichen Aspekten des ReG MoMiG**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung		3
II. Folgen und Defizite des Systemwechsels beim Gläubigerschutz		3-23
1. Präventiver und ex post-Gläubigerschutz		4, 5
2. Gefahren für den ex post-Gläubigerschutz		6-20
a) Das Problem der masselosen Insolvenzen		6-13
aa) Abweichung gegenüber der bisherigen Rechtslage		6
bb) Folgen des § 19 Abs. 2 S. 3 Inso-E		6-12
(1) Unwägbarkeiten des Kapitalersatzrechts		8
(2) Sinn und Zweck des Überschuldungstatbestandes		8-10
(3) Sinn und Zweck des Nachrangs		10-12
(4) Regelungszusammenhang		12
cc) Abhilfe		12, 13
b) Illiquide Massen		13-20
aa) Die Billigkeitsprüfung in der Praxis		13-17
(1) Die einzelnen Prüfungsschritte		14-16
(2) Folgen für den Gläubigerschutz		16, 17
bb) Abhilfe		17-20
(1) Abwägung der verschiedenen Optionen		18, 19
(2) Kostengesichtspunkte		19, 20
3. Verlagerung des Gläubigerschutzes in das Insolvenzrecht		20-23
a) Zuständigkeitsrechtliche Auswirkungen dieser Verlagerung		21, 22
b) Abhilfe		22, 23



III. Die Reform des Kapitalersatzrechts	23-32
1. Der zeitliche Anwendungsbereich	23-26
a) Fallgruppe: Nichtabzug bis zur Insolvenzeröffnung	24
b) Fallgruppe: Abzug vor Insolvenzeröffnung	24-26
aa) Überblick über den Umgehungsschutz nach geltendem Recht	24, 25
bb) Überblick über den Umgehungsschutz nach künftigem Recht	25
cc) Schutzlücke	25, 26
(1) Vorschläge zur Beseitigung der Schutzlücke	26
(2) Stellungnahme	26
2. Kapitalersetzende Nutzungsüberlassungen	27-32
a) Mietzinszahlungen vor Insolvenzeröffnung	28-30
aa) Die Begründung im RegE	28, 29
bb) Das Kriterium der „wirtschaftlichen Vergleichbarkeit“	29, 30
b) Überlassung zur Nutzung für die Zeit nach Insolvenzeröffnung	30-32
aa) Keine Grundlage der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung im neuen Tatbestand?	30
bb) Keine Grundlage der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung in den neuen Rechtsfolgen?	31, 32
cc) Schutzlücke	32
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	32, 33

I. Einleitung

Am 23.5.2007 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) veröffentlicht.¹ Modernisierungsbedarf sieht der Gesetzgeber insbesondere an zwei Fronten. Zum einen steht die GmbH – seit der Rspr des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften –² nicht mehr nur in Konkurrenz mit ihrer „großen Schwester“, der AG, sondern zu den verwandten Rechtsformen aus allen Mitgliedstaaten.³ Letztere werden mitunter als „attraktiver“ empfunden als die deutsche GmbH mit der Folge, dass ein Teil des „Geschäfts mit Gesellschaften“ in fremde Rechtsordnungen abzuwandern droht.⁴ Zum anderen zeigt die bisherige Praxis, dass die Entscheidungsträger einer GmbH zunehmend Strategien entwickelt haben, den gesetzlichen Gläubigerschutz zu unterlaufen.⁵ Das Gesetz tritt nun an, beide Missstände zu beseitigen nach dem Motto „so viel Liberalisierung wie möglich bei so viel Gläubigerschutz wie nötig“. Auch wenn dem Gesetzgeber in Bezug auf das Gesetzesvorhaben insgesamt ganz überwiegend befriedigende bis gute Noten ausgestellt werden,⁶ findet sich auch eine ganze Reihe kritischer Töne,⁷ wonach die richtige Balance zwischen Liberalisierung und hinreichendem Gläubigerschutz nicht durchweg gelungen sei. Nachfolgend sollen einige dieser Punkte – begrenzt auf die GmbH – aufgegriffen und einer kritischen Prüfung unterzogen werden.

II. Folgen und Defizite des Systemwechsels beim Gläubigerschutz

Das Wirtschaften mit beschränkter Haftung ist mit besonderen Risiken für die außenstehenden Gläubiger verbunden. Dennoch wird das Prinzip der beschränkten Haftung – auf-

¹ <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>; siehe auch ZIP-Beilage zu Heft 23/2007. Siehe hierzu Noack DB 2007, 1395 ff.

² EuGH Slg. 1999, I-1459 (Centros); Slg. 2002, I-9919 (Überseering); Slg. 2003, I-10155 (Inspire Art).

³ Begründung RegE, S. 55.

⁴ Vgl. *Triebel/Otte* GmbHHR 2006, 311 ff.; kritisch *Pentz*, in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2006, 2007, S. 115, 118).

⁵ Begründung RegE, S. 55; *Seibert*, in FS Röhrich, 2005, S. 585 ff.; *Haas* GmbHHR 2006, 729 ff.; *Kleindiek* ZGR 2007, 276 ff.

⁶ *Heckschen* NotBZ 2006, 381 ff.; *Mülbert* WM 2006 1977 ff.; *Breitenstein/Mendine* BB 2007, 1457 ff.; *Noack* DB 2007, 1395 ff.

⁷ Vgl. etwa *Heckschen* DStR 2007, 1442 ff.; vgl. auch die Beiträge zur GmbH-Reform in *Status:Recht* 7/2007, S. 239 ff.

grund der mit der Haftungsbeschränkung ebenfalls einhergehenden positiven volkswirtschaftlichen Effekte – nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt.⁸ Es besteht vielmehr Einigkeit darüber, dass das „normale“ Risiko, das mit einer jeden wirtschaftlichen Unternehmung verbunden ist, nicht nur von den Gesellschaftern, sondern auch von den Gläubigern zu tragen ist. Darüber hinaus besteht Einigkeit auch dahingehend, dass jenseits dieses „normalen“ Risikos ein gesetzlicher Gläubigerschutz notwendig ist. Dies ist auch - mehr oder weniger - Konsens in den ausländischen Rechtsordnungen.⁹ Problematisch und kontrovers diskutiert wird jedoch – neben dem Schutzniveau – insbesondere auch die Frage, wann im Leben der GmbH der (erforderliche) Gläubigerschutz eingreifen soll.

1. Präventiver und ex post-Gläubigerschutz

Vielfach findet man die Differenzierung zwischen „präventivem“ und „repressivem“ Gläubigerschutz.¹⁰ Gemeint ist damit, dass es gläubigerschützende Regelungen gibt, die das unternehmerische Verhalten ex ante lenken und solche, die erst im Nachhinein, also ex post eingreifen und eine Korrektur eines bereits erfolgten unternehmerischen Fehlverhaltens vornehmen. Im Mittelpunkt eines ex ante-Systems steht – im Grundsatz – das Bestreben, die Risiken der Gläubiger von vornherein dadurch zu reduzieren, dass diesen ein gewisses Haftungssubstrat zur Verfügung gestellt wird. Letzteres wird vor allem durch Vorschriften zur Kapitalaufbringung und –erhaltung angestrebt.¹¹ Ein ex post-System zielt demgegenüber primär darauf ab, opportunistisches Verhalten der Entscheidungsträger der GmbH im Nachhinein, dh (insbesondere) im Insolvenzverfahren zu sanktionieren. Keine Rechtsordnung baut freilich allein auf dem einen oder anderen System auf.¹² Entscheidend ist vielmehr der richtige „Mix“. Darüber hinaus weisen beide Gläubigerschutzsysteme auch Überschneidungen auf;¹³ denn jeder (ex post wirkenden) Sanktion wohnt auch eine präventive Komponente inne, da der Entscheidungsträger die Sanktion idR bereits im Vorfeld in sein ökonomisches Kalkül aufnehmen wird. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass jedes ex ante-System durch einen Umgehungsschutz meist in

⁸ Siehe *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd I, E 12 ff.; *Spindler* JZ 2006, 839, 840 f.

⁹ *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd I, E 13.

¹⁰ *Vetter* ZGR 2005, 788, 797; *Pentz/Priester/Schwanna*, in Lutter (Hrsg) Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 42, 69; siehe tendenziell auch *Kleindiek* DStR 2005, 1366, 1369; *Fischer* ZIP 2004, 1477 ff.

¹¹ *Spindler* JZ 2006, 839, 841 f.; *Pentz/Priester/Schwanna*, in Lutter (Hrsg) Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 42, 45 ff.

¹² *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd I, E 16 f.

¹³ Vgl. *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd I, E 17 f.

Form von Haftungsnormen flankiert werden muss, um die Entscheidungsträger davon abzuhalten, den ex ante-wirkenden Gläubigerschutz zu unterlaufen.

Im Verhältnis der beiden Systeme zueinander nimmt das MoMiG eine Neujustierung vor. Der Trend geht weg von einem ex ante-Gläubigerschutzsystem hin zu einem ex post-wirkenden Gläubigerschutz.¹⁴ Beispiele hierfür sind etwa:

- **Mindestkapital:** Das MoMiG will das Mindestkapitalerfordernis von derzeit noch EUR 25.000 auf EUR 10.000 herabsetzen (§ 5 Abs 1 GmbH-E). Ganz überwiegend wird der Sinn und Zweck des Mindestkapitals in einer „Seriositätsschwelle“ gesehen.¹⁵ Die Regelung soll eine Art Zugangskontrolle zum Markt der Beschränkten bewirken und – von vornherein – unseriöse Gesellschaftsgründungen vom Markt fern halten. Ob und inwieweit das Mindestkapital in der derzeitigen und künftigen Höhe geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen, sei hier dahingestellt.¹⁶ Der Gesetzgeber, der dem Mindestkapital nach wie vor eine solche präventive Wirkung attestiert,¹⁷ setzt dieses jedenfalls deutlich herab und schwächt dadurch den präventiven Gläubigerschutz.
- **UG:** Nach künftigem Recht soll eine Gesellschaft auch mit einem geringeren Stammkapital als EUR 10.000 gegründet werden können (siehe § 5a Abs. 1 GmbHG-E). Sie muss dann aber in die Firma den Rechtsformzusatz „Untermergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ aufnehmen. Die UG ist – ihrer Identität nach – eine GmbH, auch wenn sie sich nicht so nennen darf.¹⁸ Der Gesetzgeber will mit der UG den Zugang von Existenzgründern zur Rechtsform der GmbH erleichtern. Zwar wird die Schwächung des am Kapitalschutz anknüpfenden Gläubigerschutzes durch andere Gläubigerschutzinstrumente (teilweise) flankiert (ua Firmierung, Thesaurierungspflicht von Gewinnen). Ganz überwiegend werden aber diese Maßnahmen als unzureichend empfunden, um

¹⁴ Siehe zu dem Trend auch *K. Schmidt* GmbHHR 2007, 1; *ders.* ZIP 2006, 1925, 1932; *Thole* ZIP 2007, 1590; *Spindler* JZ 2006, 839, 841 f.

¹⁵ Nachweise bei *Pentz/Priester/Schwanna*, in Lutter (Hrsg) Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 42, 51 f.; *Heckschen* DStR 2007, 1442, 1445; *Kleindiek*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd II/1, P 48 ff.; *ders.*, ZGR 2006, 335, 341 ff.; *Haas* DStR 2006, 993 ff.;

¹⁶ Eher kritisch *Hirte*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd II/1, P 18 ff.; *Haas* DStR 2006, 993 ff.

¹⁷ Begründung RegE, S 55 ff.

¹⁸ *Kleindiek* BB 2007 (Die erste Seite).siehe auch Begründung RegE, S. 70: „Die GmbH in der Variante der haftungsbeschränkten Untermergesellschaft...“.

die mit der Freigabe des Stammkapitals einhergehende Schwächung des präventiven Gläubigerschutzes zu kompensieren.¹⁹

- **Registerkontrolle:** Nach gegenwärtigem Recht findet vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister eine (beschränkte) inhaltliche Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht statt. Dabei ist zu beachten, dass die in § 9c Abs. 2 GmbHG genannten Versagungsgründe abschließend sind.²⁰ (§ 9c Abs. 2 GmbHG). Das Gesetz weist dem Registergericht etwa die (eingehende) Prüfung von Sacheinlagen auf der Grundlage des Sachgründungsberichts (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG) zu. Darüber hinaus hat das Gericht die Versicherung zu prüfen, dass die (entsprechenden) Einlagen geleistet wurden und zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Bei Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung über die Einzahlung gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG ist das Registergericht berechtigt und auch verpflichtet, nähere Informationen und Nachweise zu verlangen.²¹ Das MoMiG reduziert nun den Prüfungsstandard des Registergerichts deutlich. Nach dem neuen § 9c Abs. 1 GmbHG-E beschränkt sich die Prüfungspflicht des Registergerichts nunmehr auf „*nicht unwesentliche*“ Überbewertungen der Sacheinlage. Zudem sieht der neue § 8 Abs. 2 vor, dass das Registergericht nur bei „*erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung Nachweise verlangen [kann]*“. Mit dieser Beschränkung der Prüfungspflicht des Registergerichts geht ebenfalls eine Schwächung des präventiven Gläubigerschutzes einher.²²

Aufgrund des Abbaus des präventiven Gläubigerschutzes wird künftig dem ex post-Gläubigerschutz eine größere Bedeutung zukommen. Ob nämlich dem Unternehmen eine „seriöse“ Konzeption zugrunde liegt, ob es – im Hinblick auf die Gläubigerinteressen – „seriös“ gewirtschaftet hat oder ob die Entscheidungsträger die Vorschriften über die Kapitalaufbringung eingehalten haben, wird künftig vornehmlich im Nachhinein, dh am Ende des „Lebens“ einer Gesellschaft und damit im (grundsätzlich) Insolvenzverfahren geprüft werden. Für eine derartige Verlagerung des Gläubigerschutzes in das Insolvenzverfahren sprechen – zumindest im Grundsatz - gute Gründe; denn in aller Regel ist der von einer (im Insolvenzverfahren) realisierten Verhaltenshaftung ausgehende Gläubigerschutz

¹⁹ Heckschen DStR 2007, 1445 f.; Kleindiek BB 2007 (Die erste Seite); siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks 354/07 (B), S. 7 f.

²⁰ Lutter/Bayer, in Lutter/Hommelhoff (Hrsg) GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 9c Rn. 13; Michalski/Heyder, GmbHG, 2002, § 9 c Rn. 9.

²¹ BGHZ 113, 335, 352; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2002, § 9 c Rn. 3 f.; Lutter/Bayer, in Lutter/Hommelhoff (Hrsg) GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 9c Rn. 4; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 9 c Rn 2.

²² Vgl. Wirsch GmbHR 2007, 736, 738 ff.

„punktgenauer“ als der diffuse durch Kapitalaufbringung und Registerprüfung bewirkte Gläubigerschutz.

2. Gefahren für den ex post-Gläubigerschutz

Die Schwächung des ex ante-Gläubigerschutzes durch das MoMiG kann nur dann durch den (punktgenaueren) ex post-Schutz aufgefangen werden, wenn ein Insolvenzverfahren tatsächlich stattfindet bzw. mit der Durchsetzung der Haftungsansprüche im Insolvenzverfahren auch tatsächlich zu rechnen ist.²³ Beides trifft jedoch vielfach nicht zu.

a) Das Problem der masselosen Insolvenzen

Der Anteil der masselosen GmbH-Insolvenzen hat sich über die letzten Jahre auf hohem Niveau (ca. 50%) stabilisiert.²⁴ Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH nicht eröffnet, findet in der Praxis ein ex post-Schutz der Gläubigerinteressen nicht statt; denn es fehlt an einem Insolvenzverwalter, der die Haftungsansprüche gegen die Entscheidungsträger der Gesellschaft bzw. insolvenzrechtliche Anfechtungsansprüche geltend machen könnte. Die gesellschaftsrechtlichen Liquidationsvorschriften sowie das AnfG sind insoweit kein adäquater Ersatz.²⁵ Wenn es auch wenig Instrumente gibt, um die Zahl von masselosen Verfahren zu reduzieren,²⁶ so sollte der Gesetzgeber doch tunlichst alles unterlassen, was zu einer Erhöhung der Abweisungsquote mangels Masse führt. Leider geht der Vorschlag in Art. 9 Nr. 4 MoMiG in eben diese Richtung. Danach soll dem § 19 Abs. 2 InsO folgender Satz angefügt werden: *„Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 berichtigt werden, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“*

²³ Siehe *Hirte*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd II/1 P 14; *Burgard/Gundlach ZIP* 2006, 1568, 1569; *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd I, E 38; vgl. Begründung RefE zum MoMiG, S. 35: *„Hauptproblem der Verlagerung des Schutzes vor Auszahlung in die Insolvenzanfechtung sind allerdings die Fälle der Masselosigkeit. Wo es keine Eröffnung gibt, gibt es auch keine Insolvenzanfechtung.“*

²⁴ Vgl. Nachweise bei *Burgard/Gundlach ZIP* 2006, 1568; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn 2.

²⁵ Siehe *Hirte*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd II/1, P 14 f.; *Haas GmbHR* 2006, 505 f.,

²⁶ Siehe aber den Vorschlag von *Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, 1986

aa) Abweichung gegenüber der bisherigen Rechtslage

Der Vorschlag im MoMiG weicht erheblich von der gegenwärtigen Rechtslage ab. Danach sind nämlich – ohne ausdrückliche und „qualifizierte“ Rangrücktrittserklärung – Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus zu passivieren.²⁷ Der BGH hatte dies in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 ausdrücklich festgestellt und damit einen Schlusspunkt unter eine in der Literatur²⁸ zum Teil recht kontrovers geführte Debatte gesetzt.²⁹

bb) Folgen des § 19 Abs. 2 S. 3 InsO-E

Durch den Vorschlag, kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus nicht mehr zu passivieren, wird der Zeitpunkt der (Insolvenz-)Antragstellung nach „hinten“ verschoben.³⁰ Das lässt sich anhand eines – kürzlich - vom BGH entschiedenen Falles anschaulich verdeutlichen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:³¹

Die Klägerin war seit etwa 1980 die Hausbank der Mitte 2003 in Insolvenz geratenen A-GmbH. Der Beklagte war ihr Geschäftsführer. Der Jahresabschluss der Schuldnerin per 31. 12. 1996 wies einen durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag i. H. von ca. 485 000 DM aus, wobei Gesellschafterdarlehen von ca. 963 000 DM passiviert waren. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG mit der Begründung, dass er bereits Anfang 1997 angesichts der damaligen Überschuldung der GmbH hätte Konkurs- bzw. Insolvenzantrag stellen müssen.

²⁷ BGHZ 146, 264, 272 ff.; siehe auch GroßKommGmbHG/Habersack, 2006, § 32a/b Rn. 27; Jaeger/HF.Müller, InsO, 2004, § 19 Rn. 96 ff.; Gottwald/Haas, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 442.

²⁸ Siehe hierzu, Jaeger/H. F. Müller, InsO, 2004, § 19 Rn. 88 ff; K. Schmidt GmbHR 1999, 9 ff; Niesert InVo 1999, 242 ff, Kleindiek, in Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn 7.28 ff; Hirte DStR 2000, 1829 ff; Haas NZI 1999, 209, 210 f.

²⁹ BGHZ 146, 264 ff.

³⁰ Haas ZInsO 2007, 617, 626; Béla ZInsO 2007, 125, 127; Bork ZGR 2007, 250, 261 f.

³¹ BGH DStR 2007, 728 = EWiR 2007, 305 (Haas/Reiche).

Sind eigenkapitalersetzende Darlehen nicht zu passivieren, dann läge im vorstehenden Fall für das Jahr 1996 keine Überschuldung vor. Der Insolvenzantrag wäre mithin – lässt man einmal die Zahlungsunfähigkeit außer Betracht – erst zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt von dem Geschäftsführer zu stellen. Eine spätere Antragstellung wiederum hat mehr masselose Verfahren zur Folge; denn je später im Rahmen einer wirtschaftlichen Abwärtsentwicklung das Insolvenzverfahren eröffnet wird, desto geringer wird in aller Regel auch das zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehende Gesellschaftsvermögen sein. Was dies wiederum für den Gläubigerschutz bedeutet, hat der Gesetzgeber seinerzeit bei der Reform des Konkurs- bzw. Insolvenzrechts plastisch wie folgt umschrieben:³²

„Das Versagen der Konkursordnung führt zu schweren Missständen. Nahezu vermögenslose Schuldner, vor allem insolvente GmbH, können am Rechtsverkehr teilnehmen und andere schädigen; ihr Marktaustritt kann nicht erzwungen werden. Haftungsansprüche des Schuldnerunternehmens gegen Geschäftsführer, Gesellschafter oder Muttergesellschaften werden nicht geltend gemacht. Vermögensmanipulationen bleiben unentdeckt und können nicht rückgängig gemacht werden. Wirtschaftsstraftaten werden nicht geahndet. Es zehrt an der Rechts- und Wirtschaftsmoral, dass gerade diejenigen Schuldner von den Folgen illoyalen Verhaltens verschont bleiben, deren Vermögen die Kosten eines Verfahrens nicht mehr deckt.“

Nicht umsonst war daher seinerzeit die Vorverlagerung der Insolvenzauslösung eines der wichtigen Reformziele des Insolvenzrechtsgesetzgebers. So heißt es in der Gesetzesbegründung zur InsO:³³

„Aus wirtschaftlichen, sozialen und rechtsstaatlichen Gründen ist es ein bedeutsames Reformziel, in einem weit größeren Teil der Insolvenzen als heute die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen. ... Es wird allgemein als wünschenswert angesehen, dass insolvente Schuldner früher als heute in das Insolvenzverfahren gelangen. Hiervon kann eine wesentliche Verbesserung der Sanierungschance erwartet werden; aber auch wenn das Vermögen des Schuldners liquidiert werden muss, lassen sich bessere Verfahrensergebnisse erzielen.“

Im Hinblick auf dieses Verfahrensziel hat der Gesetzgeber zum einen den Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit eingeführt³⁴ und zum anderen die Tatbestandsvoraussetzungen von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zeitlich vorverlagert.³⁵ Dieses mit den Reformen verfolgte Verfahrensziel wird durch die geplante Ände-

³² BT-Drucks 12/2243, S. 72/73.

³³ BT-Drucks 12/2243, S. 80 f.

³⁴ BT-Drucks. 12/2243, S. 84.

³⁵ Siehe hierzu BT-Drucks. 12/2443, S. 114 und S. 115.

nung in § 19 Abs. 2 InsO-E unterlaufen.³⁶ Sinn macht diese Änderung daher nur dann, wenn die hierdurch hervorgerufenen negativen Folgen für die Gläubigersamtheit durch andere Erwägungen gerechtfertigt werden.

(1) Unwägbarkeiten des Kapitalersatzrechts

Der RegE begründet den neuen § 19 Abs. 2 S. 3 InsO-E wie folgt:³⁷

„Die Entscheidung, ob eine Forderung dem gesetzlich angeordneten Rangrücktritt nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterfällt, wird ... künftig wesentlich einfacher und rechtssicherer zu treffen sein, so dass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die von § 39 Abs. 1 Nr. 5 erfasst werden, auch ohne Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters generell nicht als Passiva in der Überschuldungsbilanz zu erfassen sind.“

Der Reformgesetzgeber beruft sich mit dieser Begründung (unmittelbar) auf die BGH-Entscheidung von 2001. Diese hatte seinerzeit die Passivierungspflicht – ua – damit begründet, dass das Kapitalersatzrecht eine Fülle tatbestandlicher Unwägbarkeiten enthalte und der Geschäftsführer angesichts seiner haftungsrechtlichen Stellung im Fadenkreuz von Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger mit diesen Schwierigkeiten nicht belastet werden dürfe.³⁸ Mit der Neufassung der Regeln zum „Kapitalersatzrecht“ seien – so die Ansicht des Gesetzgebers - diese Unwägbarkeiten entfallen mit der Folge, dass nun auch auf die Passivierungspflicht (zum Schutz des Geschäftsführers) verzichtet werden könne. Diese Schlussfolgerung des Reformgesetzgebers geht allerdings fehl. Er verkennt, dass zur Zeit der BGH-Entscheidung die (rechtliche) Ausgangslage eine andere war. Die Berufung des BGH auf die Unschärfe des Tatbestands war nämlich seinerzeit notwendig, um die aus den Rechtsprechungsregeln resultierende Durchsetzungssperre analog § 30 Abs. 1 GmbHG „auszuschalten“. Letztere hätte nämlich – streng genommen – mit Eintritt der Krise in der (Überschuldungs-)Bilanz abgebildet werden müssen mit der Folge, dass die Passivierungspflicht entfallen wäre. Im Anwendungsbereich des MoMiG stellt sich die Rechtslage – im Vergleich zum geltenden Rechtszustand – völlig anders dar. Nach der geplanten Neuregelung entfallen die Rechtsprechungsregeln nämlich vollständig.³⁹ Damit gibt es aber kein Auszahlungsverbot mehr, das in der Überschuldungsbilanz abzubilden

³⁶ Siehe *Bork ZGR* 2007, 250, 261 f.; *Haas ZInsO* 2007, 617, 626 ff.

³⁷ RegE-Begründung, S. 129; siehe auch RefE-Begründung, S. 82.

³⁸ BGHZ 146, 264, 272 ff.

³⁹ Siehe § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG-E; *Huber* in FS *Priester*, 2007, 259, 260; *Bayer/Graff DStR* 2006, 1654, 1656; *Haas ZInsO* 2007, 617; kritisch hierzu *Kleindiek ZGR* 2006, 335, 355 ff.; *K. Schmidt ZIP* 2006, 1925, 1930 ff..

wäre. Der „Trick“ mit der (angeblichen) tatbestandlichen Unschärfe des Kapitalersatzrechts ist folglich nach neuem Recht überhaupt nicht mehr notwendig, um zu einer Passivierungspflicht kapitalersetzender Forderungen zu gelangen. Soweit der Regierungsentwurf daher darauf abstellt, dass sich künftig die Voraussetzungen des Kapitalersatzrechts „rechtssicher feststellen lassen“, kann hieraus für die Frage der (Nicht-)Passivierung kapitalersetzender Forderungen nichts abgeleitet werden.⁴⁰

(2) Sinn und Zweck des Überschuldungstatbestandes

Die (künftige) Nichtpassivierung von „eigenkapitalersetzenden“ Forderungen steht zudem mit dem Sinn und Zweck des Überschuldungstatbestandes im Widerspruch. Letzterer will Gefährdungen der Positionen der Gläubiger von „Beschränkthaftern“ vorbeugen, die – dem gesetzlichen Leitbild zufolge – aus der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung erwachsen.⁴¹ Notwendig hierfür ist freilich, dass das Schuldendeckungspotential der GmbH zum maßgebenden Stichtag, dh der Erstellung der Überschuldungsbilanz wirklichkeitsgetreu abgebildet wird. Aufzunehmen sind daher auf der Passivseite des Überschuldungsstatus alle durchsetzbaren Forderungen. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber in der Überschuldungsbilanz solche Ansprüche bzw. Folgen, die erst mit Insolvenzeröffnung entstehen. Der durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordnete Nachrang ist jedoch Folge der Insolvenzeröffnung. Im Vorfeld der Insolvenzeröffnung zeitigt das künftige „Kapitalersatzrecht“ – ex ante gesehen - demgegenüber keine Wirkungen. Kann aber der Nachrang einer Gesellschafterforderung im eröffneten Insolvenzverfahren nicht verhindern, dass auf eine durchsetzbare Forderung im Vorfeld der Insolvenzeröffnung gezahlt wird und die Gesellschaft hierdurch Mittel einbüßt, die sie zur Befriedigung der (übrigen) Gläubiger benötigt, so muss dies in der Überschuldungsbilanz abgebildet werden, soll nicht ein verzerrtes Bild von der von der Unternehmensfortführung ausgehenden Gefährdungslage zu Lasten der Gläubiger gezeichnet werden.⁴²

Dass es im Rahmen der Überschuldungsbilanz ganz entscheidend auf die wirklichkeitsgetreue Abbildung der Gefährdungslage der Gläubiger ankommt, zeigt auch die hM zu Rangrücktrittsvereinbarungen. Unstreitig kann ein Gläubiger mit der Gesellschaft eine Vereinbarung treffen, dass seine Forderung im eröffneten Verfahren nur nachrangig zu befriedigen ist. Letzteres geht nicht zuletzt aus § 39 Abs. 2 InsO hervor und gilt unabhän-

⁴⁰ AA aber *Habersack* ZHR 2006, 607, 612 f.

⁴¹ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2002, Rn. 7.23; *Hölzle* GmbHR 2007, 729, 735.

gig davon, ob es sich bei dem Gläubiger (auch) um einen Gesellschafter handelt oder nicht.⁴³ Von der Frage, in welchem Rang die Forderung im eröffneten Verfahren zu befriedigen ist, ist jedoch die weitere zu unterscheiden, nämlich ob die Forderung im Überschuldungsstatus zu passivieren ist.⁴⁴ Insoweit hat der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2001 über § 39 Abs 2 InsO hinausgehende Anforderungen aufgestellt, sowohl was die Rangtiefe⁴⁵ als auch was die zeitliche Dauer⁴⁶ des Rangrücktritts anbelangt. Insbesondere in Bezug auf die zeitliche Reichweite des Rangrücktritts hat der BGH zu Recht klargestellt, dass allein der Rangrücktritt für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung nicht ausreicht, um die Passivierungspflicht im Rahmen der Überschuldungsprüfung entfallen zu lassen.⁴⁷ Vielmehr geschieht dies erst dann, wenn sich der Gläubiger auch für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung verpflichtet, die Forderung nicht bzw. nur nachrangig geltend zu machen.⁴⁸ Diesen der Insolvenzeröffnung vorgelagerten Zeitraum umschreibt der BGH mit dem Begriff der „Krise“. Dieser Begriff ist nicht allein auf das (bisherige) Kapitalersatzrecht bezogen. Vielmehr ist auch der Überschuldungstatbestand – aufgrund seiner prognostischen Elemente – krisenbezogen.⁴⁹ Zu Recht geht daher die ganz hM davon aus, dass die Anforderungen an einen die Passivierungspflicht neutralisierenden Rangrücktritt nicht nur für kapitalersetzende Forderungen, sondern auch für (reguläre) Drittforderungen gelten.⁵⁰ Damit wird aber deutlich, dass dem die Passivierungspflicht neutralisierenden Rangrücktritt nicht nur das Bestreben zugrunde liegt, die (tatbestandlichen) Unwägbarkeiten der in Frage stehenden Forderung zu beseitigen; denn Letzteres ist außerhalb des Kapitalersatzrechts wohl kaum gegeben. Vielmehr dient der qualifizierte Rangrücktritt vor allem dazu, die von einer Forderung (in der Krise und im Insolvenzverfahren) ausgehende Gefahrenlage auszuschalten. Die Annahme also, „*das Erfordernis des qualifizierten Rangrücktritts beruhe auf dem bisherigen Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen*“ und habe „*mit der Neuregelung seine Berechtigung verloren*“,⁵¹

⁴² Siehe *Hölzle* GmbHR 2007, 729, 735 f.; *Haas* ZInsO 2007, 617, 627.

⁴³ Siehe hierzu *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, § 39 Rn. 97.

⁴⁴ So völlig zu Recht, *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. b) (im Erscheinen).

⁴⁵ BGHZ 146, 264, 271; kritisch insoweit *Wittig* NZI 2001, 196, 173 f.; *Fleischer* JZ 2001, 1192, 1193; *Paulus* ZGR 2002, 320, 327; siehe auch *Haas/Scholl* ZInsO 2002, 645, 649.

⁴⁶ BGHZ 146, 264, 271, 273; *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. b) (im Erscheinen); *Haas/Scholl* ZInsO 2002, 645, 649.

⁴⁷ *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. b) (im Erscheinen). Siehe auch schon *Priester* DB 1977, 2429 ff.; *Hartung* NJW 1995, 1186, 1187.

⁴⁸ BGHZ 146, 264, 271, 272; in diesem Sinne auch HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 26; *Wittig* NZI 2001, 169, 173 ff.; *Haas/Scholl* ZInsO 2002, 645, 649.

⁴⁹ Zur weitgehenden Übereinstimmung der prognostischen Elemente im kapitalersatzrechtlichen Krisen- und Überschuldungsbegriff, siehe *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn 360 ff.

⁵⁰ *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 7. Aufl. 2007, Rn. 1.1013 ff.; *Habersack/Mayer* NZG 2001, 361, 366; *Wittig* NZI 2001, 169, 174; *Haas/Scholl* ZInsO 2002, 645, 649.

⁵¹ *Huber*, in FS *Priester*, 2007, 259, 282.

ist daher schlichtweg falsch. Sie verkennt, dass die Überschuldungsprüfung eine auf die Dauer der Krise, und nicht (nur) auf das Insolvenzverfahren bezogene Funktion hat.⁵²

Gegen die hier vertretene Ansicht wird mitunter eingewandt, dass es nicht Sinn und Zweck des „Kapitalersatzrechts“ sein könne, das Unternehmen wegen einer nachrangigen Forderung in die Insolvenz zu treiben.⁵³ Dieses Argument ist freilich nicht neu. Eben dieser Einwand wurde bzw. wird ja auch gegen die Passivierungspflicht kapitalersetzender Forderungen nach geltendem Recht vorgebracht.⁵⁴ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei – so die Behauptung – nicht gerechtfertigt, solange das Schuldendeckungspotential groß genug ist, um außenstehende Gläubiger zu bedienen, zu deren Gunsten das Unternehmensvermögen vorrangig hafte.⁵⁵ Würden kapitalersetzende Forderungen im Überschuldungsstatus berücksichtigt, dann erfolge – so die Befürchtung – die Insolvenzauslösung zu früh.

Angesichts der gegenwärtigen Eröffnungs-, Befriedigungs- und Sanierungsquoten in der Insolvenzpraxis⁵⁶ ist diese Befürchtung kaum nachvollziehbar. Letztlich liegt dieser Ansicht ein (falsches, weil) idealisiertes Bild der Wirklichkeit zugrunde. Die Ansicht überschätzt nämlich das, was die Auslösegründe zu leisten vermögen. Letztere greifen in zeitlicher Hinsicht nicht erst dann, wenn ein Verteilungskonflikt unter den Gläubigern droht. Vielmehr ist aufgrund der im Überschuldungstatbestand enthaltenen vielfältigen prognostischen Elemente ein Verteilungskonflikt unter den Gläubigern immer schon voll im Gange, wenn die Überschuldung dann auch durch die Geschäftsführer festgestellt ist.⁵⁷

(3) Sinn und Zweck des Nachrangs

Fraglich ist, ob sich die Nichtpassivierung aus den Wertungsgrundlagen des Kapitalersatzrechts ergibt. Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten; denn die Wertungsgrundlage sowohl zum bisherigen⁵⁸ als auch zum neuen Recht⁵⁹ sind reichlich verschwommen.

⁵² So zu Recht *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. b) (im Erscheinen).

⁵³ Siehe *Habersack* ZIP 2007 (im Erscheinen).

⁵⁴ Siehe etwa *Lutter* ZIP 1999, 641, 645; *Noack*, RWS-Forum 9, Insolvenzrecht, 1996, S. 209.

⁵⁵ Siehe in diesem Sinne etwa *Kleindiek*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Teil 7 Rn. 7.30; vgl. auch *Fleischer* JZ 2001, 1191, 1192.

⁵⁶ Vgl. Nachweise bei *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568; *Gottwald/Haas* Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn 1 f.

⁵⁷ Siehe auch *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. b).

⁵⁸ Siehe zu dem Ausfüllungsbedürftigen Begriff der Finanzierungs(-folgen-)verantwortung und seiner Kritik die verschiedenen Ansätze etwa bei *K. Schmidt* GmbHR 2005, 797 ff.; *Cahn* AG 2005,

Für das künftige Recht lassen sich im Rahmen der Suche nach dem Normzweck – im Grundsatz – zwei Strömungen ausmachen.⁶⁰ Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass sowohl dem neuen wie auch dem bisherigen Recht ein einheitliches (Wertungs-)Fundament zugrunde liegt, nämlich die Finanzierungsfolgenverantwortung.⁶¹ Folgt man dieser Ansicht, dann müssen Gesellschafterforderungen passiviert werden. Der Nachrang ist nämlich – dieser Konzeption zufolge – (gesetzlich angeordneter) Ausgleich für die auf die Darlehensgewährung seitens des Gesellschafters zurückgehende Gläubigerbenachteiligung. Dieser vom Gesellschafter zu leistende Beitrag würde der Gläubiger-gesamtheit aber wieder genommen, müsste die Verbindlichkeit nicht passiviert werden; denn dann kann die Gesellschaft trotz wirtschaftlicher Schiefelage weiter wirtschaften.⁶² Was mit der einen Hand als Schutz zugunsten der Gläubiger gewährt würde, würde also mit der anderen den Gläubigern wieder als Nachteil zugefügt.

Anderer Ansicht nach hat sich der Entwurf des MoMiG von dem Gedanken der Finanzierungsfolgenverantwortung völlig gelöst.⁶³ An seine Stelle ist – so diese Ansicht –⁶⁴ ein völlig neues Konzept getreten. Danach besteht der Grundgedanke der Neuregelung darin, dass *„die gesetzlichen Bestimmungen über das Eigenkapital bei Gesellschaften ohne persönliche Haftung ... einer Ergänzung durch eine Regel bedürfen, die auch Gesellschaftersfremdkapital als Risikokapital behandelt, um einer missbräuchlichen Ausnutzung der Haftungsbeschränkung entgegenzutreten.“*⁶⁵ Diese Deutung des Normzwecks gleicht einer Nebelkerze. Sie verbirgt nämlich mehr als sie erhellt. Sie bleibt eine Erklärung auf die zentralen Fragen schuldig, warum überhaupt „Gesellschaften ohne persönliche Haftung“ ergänzenden Regeln in Bezug auf das Fremdkapital bedürfen und worin die behauptete „missbräuchliche Ausnutzung der Haftungsbeschränkung“ liegt. So lange diese Fragen unbeantwortet bleiben, kann man für sich aber nicht ernsthaft in Anspruch nehmen, „die Voraussetzungen und die Tragweite der Haftung klar herausgearbeitet und das Haftungsprinzip von anderen Haftungsgrundsätzen abgegrenzt zu haben“⁶⁶ oder gar behaupten, dass „die Passivierungspflicht von Gesellschafterdarlehen mit der Neuregelung

217, 218; *Huber*, in FS *Priester*, 2007, 259, 264 ff.; *Eidenmüller*, in FS *Canaris*, 2007, 49 ff.; *Haas* NZI 2001, 1 ff.; *ders.*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E 57 f.

⁵⁹ Siehe hierzu die verschiedenen Ansätze, etwa bei *Bork* ZGR 2007, 251 ff.; *K. Schmidt* ZIP 2006, 1925, 1927 ff.; *Huber*, in FS *Priester*, 2007, S. 259, 271 ff.; *Haas* ZInsO 2007, 617, 618 f.

⁶⁰ *Huber*, in FS *Priester*, 2007, S. 259, 263 f.

⁶¹ So zB *Bork* ZGR 2007, 250 ff.; *Haas* ZInsO 2007, 617, 618 f.; siehe auch *ders.*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E 57 ff.

⁶² AA aber *Habersack* ZHR 2006, 607, 613.

⁶³ *Huber*, in FS *Priester*, 2007, S. 259, 271 ff.; *Habersack* ZIP 2007 (im Erscheinen).

⁶⁴ Siehe vorstehende Fn.

⁶⁵ *Huber*, in FS *Priester*, 2007, S. 259, 277; ebenso *Habersack* ZIP 2007 (im Erscheinen).

⁶⁶ AA *Habersack* ZIP 2007 (im Erscheinen): eine darüber hinausgehende Begründung bedarf es nicht.

ihre Berechtigung verloren habe.⁶⁷ Dies gilt umso mehr, als auch dieser Ansatz nicht eine (zeitlich) uneingeschränkte Sonderregelung für das von dem Gesellschafter stammende Fremdkapital verlangt. Vielmehr soll dieses Fremdkapital ja nur ab Insolvenzeröffnung zugunsten der Gläubigergesamtheit gebunden sein. Eine Aussage zu der Frage, ob Gesellschafterforderungen für Zeiträume vor Insolvenzeröffnung passiviert werden sollen oder nicht, kann daher dem Normzweck – allein schon in zeitlicher Hinsicht – nicht entnommen werden. Freilich enthält das (neue) „Kapitalersatzrecht“ mit den Anfechtungsvorschriften auch Normen, die – wenn einmal das Verfahren eröffnet wurde – weit in das Vorfeld der Insolvenzeröffnung reichen. Die Anfechtung führt aber nicht zu einer Änderung der Rechtslage ex tunc oder Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts.⁶⁸ Vielmehr will die Anfechtung allein die (gläubigerbenachteiligenden) Folgen einer Rechtshandlung rückgängig machen (für den Fall, dass das Insolvenzverfahren eröffnet wurde). Die Rechtslage ist damit nicht viel anders als im Falle der Geschäftsführerhaftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. § 15a Abs. 1 InsO-E) oder wegen verbotswidriger Auszahlung. Auch diese Ansprüche knüpfen an ein Verhalten im Vorfeld der Insolvenzeröffnung an und wollen – nur für den Fall, dass es zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oder zu dessen Abweisung mangels Masse) kommt – die auf dieses Verhalten zurück gehenden negativen Folgen für die Gläubigergesamtheit kompensieren. So wie niemand aus dem Normzweck dieser Haftungsansprüche ableiten kann, dass aufgrund der Vorwirkung derselben die Ansprüche in der Überschuldungsbilanz zu aktivieren sind, kann auch nicht aus der Vorwirkung der Anfechtungsansprüche gefolgert werden, dass die Gesellschafterforderungen nicht zu passivieren sind.

(4) Regelungszusammenhang

Kritisch anzumerken ist in Bezug auf die Neuregelung auch, dass mit ihr wohl kaum die gewünschte Vereinfachung einhergeht, die ja gerade eine der Antriebsfedern für die Reform des Kapitalersatzrechts war.⁶⁹ Für die Passivierungspflicht ist nämlich fortan danach zu unterscheiden, ob es sich um ein Darlehen oder aber um eine Rechtshandlung handelt, die einer „Darlehensgewährung wirtschaftlich entspricht“. Damit stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft eine (Nichtdarlehens-)Forderung stundet. Ganz überwiegend wird diese Rechtshandlung nicht als Darlehen,

⁶⁷ So aber *Huber*, in FS *Priester*, 2007, S. 259, 282.

⁶⁸ BGH *ZInsO* 2006, 1217, 1218.

⁶⁹ Begründung *RegE*, S. 58, 129 f.

sondern als wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung eingeordnet.⁷⁰ Anders als ein an die Gesellschaft ausgereichtes Darlehen müsste eine solche Forderung mithin weiter passiviert werden. Fraglich ist auch die Einordnung einer Darlehens(-rück-)forderung, die der Gesellschafter einfach stundet bzw. „stehen lässt“.⁷¹ Hat der Gesellschafter ein Fremddarlehen besichert, so müsste die Gesellschaft wohl den Freistellungsanspruch des Gesellschafters bilanzieren; denn bei diesem Anspruch handelt es sich ja nicht um ein Darlehen iS des § 488 BGB.⁷² Ob diese Differenzierungen für die Frage sinnvoll sind, ob die Passivierungspflicht nur mit oder auch ohne qualifizierten Rangrücktritt entfallen können soll, erscheint mehr als fraglich.

Der neue § 19 Abs. 2 InsO-E verkompliziert aber nicht nur die Rechtslage. Vielmehr fügt sich die Vorschrift kaum spannungsfrei in den Kontext anderer Vorschriften ein. Dies gilt etwa im Hinblick auf den Auslösetatbestand der Zahlungsunfähigkeit. Hier stellt sich das Problem, wie die Gesellschafterdarlehen (ohne Rangrücktritt) im Zusammenhang mit der Zahlungsfähigkeitsprüfung zu behandeln sind. Sind die Forderungen hier bei der Gegenüberstellung der liquiden Mittel und der fälligen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen oder nicht? Hierzu enthält das MoMiG inkonsequenter Weise keine Aussage.⁷³ Wenig überzeugend ist auch das Verhältnis des § 19 Abs. 2 InsO-E zu § 39 Abs. 4 S. 2 InsO-E (Privilegierung der Sanierungskredite). Anders nämlich als kapitalersetzende Forderungen sind Sanierungskredite im Überschuldungsstatus anzusetzen mit der Folge, dass der „seriöse“ Sanierungsversuch schlechter steht als der „unseriöse“.⁷⁴

cc) Abhilfe

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der geplante § 19 Abs. 2 S. 3 InsO-E die Zahl der masselosen Insolvenzen vergrößern und damit den ex post-Gläubigerschutz deutlich schwächen wird. Dieser Benachteiligung der Gläubigerinteressen stehen keine

⁷⁰ Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 39 Rn. 79; GroßkommGmbHG/Habersack, 2006, §§ 32a/b Rn 110 f.; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2002, §§ 32a, 32b Rn. 157.

⁷¹ Teilweise wird dies als „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung“ eingeordnet, siehe Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 32a Rn. 37; Lutter/Hommelhoff, in Lutter/Hommelhoff (Hrsg) GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn. 45; Gottwald/Haas, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 386 ff.; aA Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 39 Rn. 79; offen gelassen in GroßkommGmbHG/Habersack, 2006, §§ 32a/b Rn 45.

⁷² Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 39 Rn. 80.

⁷³ Siehe zu der umstrittenen Rechtslage nach geltendem Recht einerseits GroßkommGmbHG/Habersack, 2006, §§ 32a/b Rn. 68; Scholz/K.Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, Vor § 64 Rn. 7 f.; andererseits Gottwald/Haas, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 443; Haas NZI 1999, 209, 214; Jaeger/H.F.Müller, InsO, § 17 Rn. 12.

entsprechende Vorteile zur Seite. Die besseren Gründe sprechen daher dafür § 19 Abs. 2 S. 3 InsO-E komplett zu streichen.⁷⁵

b) Illiquide Massen

In der Praxis stehen die Insolvenzverwalter (bzw. vorläufigen Insolvenzverwalter) häufig vor dem Problem, dass zwar Masse vorhanden ist, diese aber nicht hinreichend liquide ist. Dann besteht die Gefahr, dass die Kosten der Rechtsverfolgung für die dem Gläubigerschutz dienenden Ansprüche aus der Masse nicht aufgebracht werden können und eine Durchsetzung des ex post wirkenden Gläubigerschutzes vollständig unterbleibt. Die Gründe hierfür können vielfältig sein (keine liquiden Mittel vorhanden, vorhandenen liquiden Mittel werden zur Begleichung von Masseverbindlichkeiten benötigt oder vorhandenen Vermögenswerte können nur unter (hohen) Verlusten - schnell - in liquide Mittel umgewandelt werden). In allen diesen Fällen ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf Hilfe angewiesen, um die Gläubigerschutzansprüche durchzusetzen.⁷⁶ Bleibt die Hilfe aus, so scheitert die Geltendmachung der Ansprüche im eröffneten Verfahren. Im Insolvenzeröffnungsverfahren droht die Gefahr, dass das Verfahren mangels Masse überhaupt nicht erst eröffnet wird.

Dieser Notlage in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung trägt das Gesetz in § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO im Grundsatz Rechnung. Die Vorschrift bestimmt, dass der Insolvenzverwalter - sieht man mal von den allgemeinen Voraussetzungen ab -⁷⁷ PKH beanspruchen kann, wenn zum einen die Kosten aus der Vermögensmasse nicht aufgebracht werden können⁷⁸ und zum anderen den so genannten „wirtschaftlich Beteiligten“ nicht zuzumuten ist, die Kosten des Rechtsstreits aufzubringen.

⁷⁴ Siehe auch *Bittmann* GmbHR 2007, 70, 72.

⁷⁵ *Hölzle* GmbHR 2007, 729, 736; *Bork* ZGR 2007, 250, 262; *Mülbert* WM 2006, 1977, 1979; *Haas*, Editorial zu NZI 2006 Heft 10; *ders.* ZInsO 2007, 617, 627; *K. Schmidt* ZIP 2006, 1925, 1931; *ders.* GmbHR 2007, 1, 10; Beschluss IV Nr. 23, Verhandlungen des 66 DJT Stuttgart 2006, Bd. II/2, P 292; *Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 1. Teil, 3. Kap. D. II. c) (im Erscheinen); *aA Flitsch* DZWIR 2006, 397, 398; *Habersack* ZIP 2007 (im Erscheinen).

⁷⁶ Vgl. *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rz. 76.

⁷⁷ Vgl. § 114 ZPO (Rechtsverfolgung hinreichend Aussicht auf Erfolg und nicht mutwillig).

⁷⁸ Siehe hierzu etwa OLG Köln ZIP 2007, 1030; *Musielak/Fischer*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 116 Rn. 4 f.; *Zöller/Philippi*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 116 Rn. 4; *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 686. Fragwürdig, was den maßgebenden Stichtag der Prüfung anbelangt, BVerwG ZIP 2006, 1542, 1543.

aa) Die Billigkeitsprüfung in der Praxis

In der Praxis bereitet insbesondere das zweite Tatbestandsmerkmal des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO Schwierigkeiten, nämlich die Prüfung der (Un-)Zumutbarkeit eines Kostenvorschusses durch die „wirtschaftlich Beteiligten“ (sog. Billigkeitsprüfung)⁷⁹. Diese Prüfung ist nämlich kompliziert und mit zahlreichen Unwägbarkeiten belastet.⁸⁰ Verfahren, in denen über diese Frage gestritten wird, sind daher außerordentlich häufig.⁸¹ In der Praxis hat sich die „Billigkeitsprüfung“ im Rahmen des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO daher „zu einem allgegenwärtigen Ärgernis“⁸² für die Insolvenzverwalter entwickelt.⁸³

(1) Die einzelnen Prüfungsschritte

Auf den ersten Blick vollzieht sich die Billigkeitsprüfung in überschaubaren Schritten.⁸⁴ Zunächst ist abstrakt der Kreis berücksichtigungsfähigen „wirtschaftlich Beteiligten“ zu ermitteln. Sodann ist zu prüfen, ob und inwieweit diesen wirtschaftlich Beteiligten der Kostenvorschuss im konkreten Fall zumutbar ist. Bei Lichte betrachtet sind jedoch mit jedem Prüfungsschritt zum Teil erhebliche Unsicherheiten verbunden.

Zu den Unwägbarkeiten auf der ersten Stufe zählt die Festlegung der potentiell vorschusspflichtigen Gläubiger (z.B. Abgrenzung Klein- /Großgläubiger, Berücksichtigung öffentlicher Insolvenzgläubiger bzw. von Insolvenzgläubigern, deren Forderung bestritten bzw. nicht festgestellt ist, Massegläubiger)⁸⁵. Die Tendenz in der Gerichtspraxis geht dahin, den relevanten Kreis vergleichsweise weit zu ziehen. Das birgt praktische und rechtli-

⁷⁹ Die nachfolgenden Grundsätze gelten sowohl für den Insolvenzverwalter als auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter, siehe OLG Köln ZIP 2004, 2450; OLG Hamm NZI 2004, 35.

⁸⁰ Vgl. OLG Hamm ZIP 2005, 1711; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NJW 2003, 2412, 2415; siehe auch *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rn. 181: Sachverhalte werden in der Rspr. höchst unterschiedlich beurteilt.

⁸¹ Vgl. OLG Hamm ZIP 2005, 1711.

⁸² *Ringstmeier/Homann* ZIP 2005, 284.

⁸³ *Gundlach/Frenzel/Schmidt* NJW 2003, 2142, 2414. Vgl. z.B. die völlig abwegige Ansicht des OLG Celle, wonach eine Prozesskostenhilfe im Falle einer Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter stets unzumutbar sei, ZIP 2004, 2149 (aufgehoben durch BGH ZIP 2005, 1519) oder die Ansicht, dass im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, ob die Rechtsverfolgung durch den Insolvenzverwalter im Allgemeininteresse liege, siehe Nachweise bei OLG Nürnberg ZInsO 2005, 102, 103 (ausdrücklich anders bereits BGH NJW 1991, 40, 41).

⁸⁴ *Zöller/Philippi*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 116 Rn. 4 ff.

⁸⁵ Siehe hierzu BVerwG ZIP 2006, 1542, 1544; OLG Hamm ZIP 2005, 1711; KG Berlin ZInsO 2005, 992, 993; *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 681 ff.; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rn. 79 f.

che Probleme für den Insolvenzverwalter. In praktischer Hinsicht muss er nun - um seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der konkreten Zumutbarkeitsprüfung zu genügen - eine Vielzahl (potentieller) Gläubiger durch Rundschreiben auffordern, sich entsprechend zu erklären.⁸⁶ Je größer der Kreis der Betroffenen ist, desto höher ist damit der Koordinierungs- und Prüfungsaufwand für den Insolvenzverwalter.⁸⁷ Mit der Erweiterung des Kreises der „wirtschaftlich Berechtigten“ steigt überdies die Wahrscheinlichkeit, dass bestimmte Gläubiger (obwohl ihnen der Vorschuss zumutbar ist) ihre Mitwirkung verweigern. Dann stellt sich die Frage, wie sich dies auf die „Vorschusspflicht“ der restlichen „wirtschaftlich Beteiligten“ auswirkt.⁸⁸ Im Grundsatz geht die hM hier von einer Risikogemeinschaft aus mit der Folge, dass diese - unabhängig von der Zahl der leistungsfähigen und -bereiten Beteiligten - den gesamten Vorschuss aufzubringen haben.⁸⁹ Mithin besteht ein Anreiz für die „Vorschusspflichtigen“ zum „Trittbrettfahren“.⁹⁰ Sorgen sich nämlich die „anderen“ darum, dass die Kosten aufgebracht werden, so ändert dies nichts daran, dass derjenige, der sich dem Kostenvorschuss verweigert hat, ebenfalls von der erfolgreichen Klage des Insolvenzverwalters profitiert. Mit steigender Zahl der berücksichtigungsfähigen Gläubiger wird es also immer unwahrscheinlicher, dass der Kostenvorschuss auch tatsächlich aufgebracht wird.

Sind die (wenigen) nicht berücksichtigungsfähigen Gläubiger ausgesondert, folgt in einem zweiten Schritt die konkrete Kosten/Nutzen-Analyse für die verbleibenden Gläubiger (Zumutbarkeitsprüfung). Dabei geht die Tendenz in der Gerichtspraxis dahin, für alle Gläubiger (dh insbesondere auch für die öffentlich-rechtlichen Gläubiger, zB Sozialversicherungsträger oder den Fiskus) die gleichen Grundsätze anzuwenden.⁹¹ Für öffentlich-rechtliche Gläubiger gilt mithin (vielfach) keine gesonderte oder höhere Zumutbarkeitschwelle. Weder der Umstand, dass hinter diesen Gläubigern zweckgebundene öffentliche Sondervermögen stehen noch die Tatsache, dass diese in aller Regel mangels entsprechender Haushaltsansätze nicht in der Lage sind, für die Prozesskosten in Vorleistung zu treten,⁹² begründet eine Sonderstellung im Rahmen der konkreten Zumutbar-

⁸⁶ Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rn. 81.

⁸⁷ BGH ZInsO 2006, 369, 370; OLG Hamm ZIP 2007, 147, 148. Dies stellt etwa den vorläufigen Insolvenzverwalter vor nicht unbeträchtliche Probleme, gehört doch die Ermittlung der Verbindlichkeiten nicht zu seinen Aufgaben in diesem Verfahrensstadium.

⁸⁸ Siehe hierzu OLG Nürnberg ZInsO 2005, 102.

⁸⁹ KG NZI 2003, 148, 149; KG ZIP 2003, 270; siehe auch Zöller/Philippi, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 116 Rn. 7a; Gelpcke ZIP 2006, 1522; Küpper/Heinze ZInsO 2007, 680, 685.

⁹⁰ BGH ZInsO 2006, 369, 370; Pape ZIP 1988, 1293, 1301; Küpper/Heinze ZInsO 2007, 680, 685.

⁹¹ Küpper/Heinze ZInsO 2007, 680, 684 f.

⁹² Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rz. 81.

keitsprüfung.⁹³ Es kann daher kaum verwundern, dass diese öffentlich-rechtlichen Gläubiger fast immer den ihnen rechtlich zumutbaren Kostenvorschuss verweigern.

Die Zumutbarkeitsprüfung selbst ist ebenfalls mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.⁹⁴ Einigkeit besteht allenfalls im Ausgangspunkt. Danach ist dem (wirtschaftlich) Beteiligten die Aufbringung der Kosten zumutbar, wenn er die Mittel unschwer aufbringen kann und für ihn der zu erwartende Nutzen bei vernünftiger, auch das Eigeninteresse sowie das Prozesskostenrisiko angemessen berücksichtigender Betrachtungsweise bei Erfolg der Rechtsverfolgung voraussichtlich deutlich größer sein wird.⁹⁵ Fraglich ist zunächst, wie der Insolvenzverwalter überhaupt herausfinden soll, ob die jeweiligen „wirtschaftlichen Beteiligten“ leistungsfähig sind.⁹⁶ Darüber hinaus ist unklar, nach welcher Methode das Kosten-Nutzen-Verhältnis zu bewerten ist. Im Wesentlichen stehen sich hier zwei Modelle gegenüber. Teilweise wird der Versuch unternommen, das zumutbare Kosten-Nutzen-Verhältnis mathematisch (genau) zu berechnen. Das OLG Hamm etwa geht wie folgt vor:⁹⁷ Zunächst ist der im Fall einer erfolgreichen Klage des Insolvenzverwalters auf den jeweiligen Gläubiger entfallende (Mehr-)Betrag zu ermitteln. Sodann sind die (fiktiven) Prozesskosten zu errechnen, die dieser Gläubiger aufwenden müsste, um eben diesen auf ihn entfallenden Vorteil gerichtlich durchzusetzen. Schließlich sind diese (fiktiven) Prozesskosten mit dem erforderlichen Prozesskostenvorschuss ins Verhältnis zu setzen, wobei die fiktiven Prozesskosten die Obergrenze der Zumutbarkeit darstellen.⁹⁸ Das BVerwG stellt demgegenüber darauf ab, ob im Fall des Obsiegens die Forderung des Gläubigers zumindest teilweise befriedigt wird und der zu erwartende Massezuwachs jedenfalls deutlich über den Verfahrenskosten liegt.⁹⁹

Der BGH sympathisiert mit diesen eher mathematischen Bewertungsmethoden nicht. Er nimmt vielmehr eine (mehr oder weniger) flexible Abwägung der Umstände des Einzelfalles vor.¹⁰⁰ Im Rahmen der Abwägung spielt dabei freilich die Quotenerhöhung und die Höhe des auf den jeweiligen Gläubiger entfallenden Kostenvorschusses eine wichtige

⁹³ BGH ZIP 1998, 789 ff (Fiskus); NZI 1999, 450 (Fiskus); BVerwG ZIP 2006, 1542, 1543 (Fiskus); OLG Karlsruhe ZInsO 2007, 822; KG NJW-RR 2000, 1001 f. (Sozialversicherungsträger); *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 684 f.; aA BGH NJW 1991, 40, 41 (Sozialversicherungsträger); *Musielak/Fischer*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 115 Rn. 7; OLG Hamm ZIP 2007, 147, 148.

⁹⁴ *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NJW 2003, 2412 (2415).

⁹⁵ BGH NJW 1991, 40, 41; ZInsO 2007, 369; BAG ZIP 2003, 1947, 1948; OLG Hamm ZInsO 2006, 164; OLG Köln ZIP 2007, 1030; *Mitlehner* NZI 2001, 617, 620.

⁹⁶ *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rn. 81; *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 684.

⁹⁷ OLG Hamm ZIP 2007, 147, 148; ZInsO 2005, 1050, 1051 f.; siehe hierzu *Gelpcke* ZIP 2006, 1522 ff. *Gelpcke* ZIP 2006, 1522

⁹⁸ Kritisch insoweit BGH ZInsO 2006, 369.

⁹⁹ BVerwG ZIP 2006, 1542, 1544 (ablehnend zu Recht *Undritz/Meyer-Sommer* EWiR 2006, 671, 672)

¹⁰⁰ BGH ZInsO 2007, 369, 370.

Rolle. In welchem Verhältnis beide zu einander stehen müssen, um den Kostenvorschuss unzumutbar zu machen, ist nicht eindeutig. Teilweise wird darauf abgestellt, ob Kosten und Nutzen des Verfahrens in einem „Missverhältnis“ zueinander stehen.¹⁰¹ Auch die Gewichtung der einzelnen Aspekte ist nicht immer klar. Teilweise wird für relevant gehalten, ob infolge des Prozesses eine „nennenswerte“ Befriedigungsquote besteht.¹⁰² Mitunter soll es auch darauf ankommen, ob eine deutliche bzw. „erhebliche“ Quotenverbesserung eintritt¹⁰³ oder ein „deutlicher Unterschied“ zwischen den einzusetzenden Kosten und der zu erwartenden Deckungsquote besteht.¹⁰⁴

Unabhängig von der Bewertungsmethode (konkret oder flexibel) stellt sich auch die Frage, mit welchem Wert der von Insolvenzverwalter verfolgte Anspruch in die Abwägung einzustellen ist. Mitunter wird davon ausgegangen, dass sich die Verteilungsmasse um den vollen im Erfolgsfall zu titulierenden Betrag (samt Nebenforderungen) erhöht.¹⁰⁵ Richtiger Ansicht nach ist aber im Rahmen der Gegenüberstellung von Nutzen und Kosten keine formale, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (Prozess- oder Vollstreckungsrisiko, Risiko des weiteren Fortgangs des Verfahrens, etc.) vorzunehmen.¹⁰⁶ Dies gilt besonders, wenn die Forderung nicht auf Geld, sondern auf Herausgabe oder Erstattung bestimmter Gegenstände gerichtet ist, deren Verwertung sich besonders schwierig gestaltet. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, welche Anforderungen an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Insolvenzverwalters zu stellen sind.¹⁰⁷

Insbesondere im Fall der „mathematischen Zumutbarkeitsberechnungen“,¹⁰⁸ erscheint es angezeigt, das gefundene Ergebnis einer Schlussabwägung zu unterziehen. Danach ist das Ergebnis etwa vor dem Hintergrund der jeweiligen Gläubigerstruktur auf seine praktische Aussagekraft zu hinterfragen. Sind etwa viele zu berücksichtigende Gläubiger vorhanden, dann ist nämlich das Risiko, den Kostenvorschuss beizubringen besonders hoch.¹⁰⁹ Einzustellen in diese Schlussbetrachtung ist uU auch das schutzwürdige Interesse an der Verfolgung gerade dieses Anspruchs.¹¹⁰

¹⁰¹ OLG Düsseldorf NZI 2002, 661.

¹⁰² KG NZI 2003, 148, 149. Zu den recht unterschiedlichen Prozentzahlen in der Rspr, wann dies der Fall sein soll, siehe FK-InsO/*Schmerbach*, 4. Aufl. 2006, § 26 Rn. 38 f.

¹⁰³ KG NZI 2003, 148, 149.

¹⁰⁴ OLG Oldenburg ZInsO 2004, 1084; *Pape* ZIP 1990, 1529, 1532.

¹⁰⁵ OLG Hamm ZIP 2005, 1711, 1712.

¹⁰⁶ BGH ZInsO 2007, 369, 370; OLG Köln ZIP 2007, 1030, 1031; OLG Hamm ZInsO 2006, 164; OLG Hamm ZIP 2007, 147, 148; *Mitlehner*, NZI 2001, 617 (621).

¹⁰⁷ OLG Hamm ZIP 2007, 147, 148.

¹⁰⁸ Soweit die Gerichte von vornherein eine offene Abwägung vornehmen, können diese Punkte schon hier eingestellt werden.

¹⁰⁹ BGH ZInsO 2007, 369, 370; *Undritz/Meyer-Sommer* EWiR 2006, 671, 672; *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 685.

¹¹⁰ BGH ZInsO 2007, 369, 370; *Undritz/Meyer-Sommer* EWiR 2006, 671, 672.

(2) Folgen für den Gläubigerschutz

Die Handhabung des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO in der Praxis erfüllt das von dem Gesetzgeber seinerzeit intendierte Ziel kaum.¹¹¹ Angedacht war vom Gesetzgeber ursprünglich, dass im Falle der Bedürftigkeit der Masse die Gewährung von PKH zugunsten des Insolvenzverwalters die Regel, deren Verweigerung hingegen die Ausnahme sein solle.¹¹² Die Gründe für das Auseinanderfallen von Anspruch des Gesetzgebers und Wirklichkeit sind schnell ausgemacht. Dem § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO fehlt es an der erforderlichen Rechtssicherheit.¹¹³ Zwar wird darauf hingewiesen, dass die obergerichtliche Rspr zwischenzeitlich klare Leitlinien für eine Entscheidung zur Prozesskostenhilfe geschaffen habe. In der Praxis sind aber – gerade bei den Eingangsgerichten – die Erfolgsaussichten eines Antrags auf PKH regelmäßig unberechenbar. Dabei spielt es keine Rolle, welche Methode man der Zumutbarkeitsprüfung zugrunde legt; denn auch die eher mathematischen orientierten Prüfungen vermitteln nur eine Scheinsicherheit.¹¹⁴ Letztlich beruht die Rechtsunsicherheit darauf, dass die Billigkeitsprüfung zu komplex und damit fehleranfällig ist.¹¹⁵ Darüber hinaus nutzen die Gerichte immer wieder bestehende¹¹⁶ oder auch nicht¹¹⁷ bestehende Spielräume im Rahmen der Billigkeitsprüfung, um den Antrag auf PKH abzulehnen. Motiv hierfür scheint vielfach der Wunsch zu sein, die knappen öffentlichen Kassen zu schützen.¹¹⁸ Mitunter fehlt es aber auch schlicht am Verständnis und Interesse dafür, welche zentrale

¹¹¹ *Mittlehner*, NZI 2001, 617 (621); *Gottwald/Baumann*, JZ 1998, 1179 ff.; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NJW 2003, 2412 (2413 ff.).

¹¹² Siehe BT-Drucks. 8/3068, S. 26. Inwieweit der Gesetzgeber dieses Ziel auch tatsächlich umgesetzt hat, wird in mitunter kontrovers beurteilt, siehe einerseits BGH NJW 1991, 40, 41; NZI 2006, 341; *Gundlach/Frenzel/Schmidt* NJW 2003, 2412, 2413; a.A. BGH NJW 1998, 1868, 1869; OLG Dresden ZIP 2004, 187, 188; offen gelassen in BVerwG ZIP 2006, 1542, 1543.

¹¹³ *Undritz/Meyer-Sommer* EWiR 2006, 671, 672.

¹¹⁴ So zu Recht *Gelpcke* ZIP 2006, 1522, 1524 f.

¹¹⁵ Siehe in diesem Sinne auch BGH ZInsO 2007, 369; *Gelpcke* ZIP 2006, 1522, 1525.

¹¹⁶ Dies gilt etwa für die Einschätzung der Prozess- und Vollstreckungsrisiken oder für die Verbesserungschancen einer erfolgreichen Klage, siehe *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 685. Auch der (in § 114 ZPO enthaltene) Missbrauchsvorbehalt wird von den Gerichten immer wieder großzügig zu Lasten des Insolvenzverwalters und der Gläubigergesamtheit gehandhabt, siehe zB OLG Oldenburg ZInsO 2004, 1084; OLG Hamburg ZInsO 2005, 323, 324: Antrag auf PKH für eine Klage nach § 64 Abs. 2 GmbHG „mutwillig“, wenn Geschäftsführer angeblich zahlungsunfähig ist (sehr viel restriktiver OLG Hamm ZInsO 2006, 1164, 165); OLG Celle ZInsO 2007, 331: zur Erhebung einer Teilklage; Klage, die zur Verbesserung der Befriedigungsquote der Gläubiger von 0 auf (nur) 1,53% führt, sei mutwillig, Vorinstanz OLG Hamm ZInsO 2006, 164.

¹¹⁷ Obwohl der BGH ausdrücklich festgestellt hat, dass ein Insolvenzverwalter nicht zu den „wirtschaftlich Beteiligten“ zählt (NJW-RR 2004, 136), entscheiden die erstinstanzlichen Gerichte immer wieder anders, siehe Vorinstanz zu OLG Celle ZInsO 2007, 331. Siehe zum (angeblichen) Erfordernis trotz Unzumutbarkeit des Kostenvorschusses die Gläubiger nach deren Leistungsbereitschaft bzw -fähigkeit zu befragen, Vorinstanz OLG Hamm ZInsO 2006, 164.

¹¹⁸ Siehe zu diesem Gesichtspunkt etwa, OLG Celle ZInsO 2007, 331.

Rolle das Gesetz dem Insolvenzverwalter im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Gläubigerschutzes zgedacht hat.¹¹⁹

Die Praxis der Gerichte hat weit reichende Konsequenzen für den (ex post-wirkenden) Gläubigerschutz, handelt es sich doch bei der (großen) Mehrheit der Verfahren um masselose, masseunzulängliche bzw um solche Verfahren mit wenig liquider Masse. Hier droht die Gefahr, dass die Geltendmachung der gläubigerschützenden Ansprüche unterbleibt.¹²⁰ Dies läuft freilich der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers diametral entgegen. Der hatte seinerzeit die Einführung des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO mit der sehr zurückhaltenden Bewilligung von PKH durch die Gerichte begründet. Letztere habe - so die Gesetzesbegründung - dazu geführt, dass Geschäftspartner des Gemeinschuldners oder auch die Organmitglieder sich häufig rechtswidrige Vorteile in der Erwartung verschafft hätten, dem Insolvenzverwalter werde es schon nicht gelingen, die erforderlichen finanziellen Mittel zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands aufzubringen.¹²¹ Darüber hinaus sei – so die Begründung des Gesetzgebers – zu berücksichtigen, dass das Insolvenzverfahren im öffentlichen Interesse mit der Aufgabe betraut ist, die geordnete und rechtliche Abwicklung eines - wenn auch massearmen oder masselosen - Unternehmen vor allem zum Schutz sozial Schwächerer herbeizuführen.¹²²

bb) Abhilfe

Um die Durchsetzung von Gläubigerschutzansprüchen auch bei illiquiden Massen zu erleichtern, werden in der Literatur verschiedene Optionen diskutiert:

- Teilweise ist etwa vorgeschlagen worden, nicht erst die Durchsetzung der Gläubigerschutzansprüche „staatlich“ zu finanzieren, sondern bereits das Liquidations-

¹¹⁹ LG Itzehohe, Beschluss v. 18.7.2001 – 2 O 71/01: „Es mag für den Insolvenzverwalter im Einzelfall misslich sein, in massearmen Verfahren keine angemessene Vergütung zu erhalten. Dies liegt jedoch in der Natur der Insolvenzverfahren und wird in der Praxis dadurch ausgeglichen, dass die Verwalter in der Regel von den Konkursgerichten öfter eingesetzt werden und damit aus den in massereichen Verfahren anfallenden lukrativen Vergütungen Kompensation erfahren.“

¹²⁰ Siehe auch FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. 2006, § 26 Rn. 28.

¹²¹ BT-Drucks 8/3068, S. 36; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2002, § 80 Rn. 76.

¹²² BT-Drucks 8/3068, S. 36; in diesem Sinne auch BGH NJW 1991, 40, 41 f.; ZInsO 2006, 369, 370; OLG Hamm ZInsO 2006, 164; OLG Nürnberg ZInsO 2005, 102, 103; LG Koblenz ZInsO 1999, 45; Mitlehner NZI 2001, 617 f.

bzw. Insolvenzverfahren selbst.¹²³ Neuerdings ist angeregt worden, den notwendigen Vorschuss nicht von staatlicher Seite, sondern im Wege einer Umlagefinanzierung durch eine Insolvenzkosten-Pflichtversicherung aufzubringen. Danach sollen die Gründer bei jeder Eintragung einer neuen Kapitalgesellschaft einen Beitrag von € 1.000 für die mögliche spätere Bestellung eines Insolvenzverwalters einer privaten Zwangsversicherung zuführen.¹²⁴

- Im Lichte der Rspr, die die Aufgabe des Insolvenzverwalters bei der Durchsetzung von Gläubigerschutzansprüchen zu Recht als im „öffentlichen Interesse liegend“ bezeichnet hat (siehe oben), könnte auch erwogen werden, den Insolvenzverwalter – ebenso wie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften – entsprechend § 2 GKG von der Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses zu befreien.¹²⁵ Hierdurch würde jedenfalls die Kostenschwelle für die Erhebung von Gläubigerschutzklagen deutlich herabgesetzt.
- Schließlich wird vertreten, dem Insolvenzverwalter die Rechtsdurchsetzung dadurch zu erleichtern, dass im Rahmen des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO die Billigkeitsprüfung abgeschafft wird.¹²⁶ Dann wäre, falls die Kosten für das Verfahren nicht aus der Masse aufgebracht werden können und die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von PKH gegeben sind, PKH zugunsten des Insolvenzverwalters zu gewähren.

(1) Abwägung der verschiedenen Optionen

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die verschiedenen Alternativen sich wechselseitig nicht ausschließen, sondern durchaus auch nebeneinander Anwendung finden können.¹²⁷ Insbesondere der Vorschlag für einen staatlich bzw. durch ein Umlageverfahren finanzierten Massekostenvorschuss hat viel für sich; denn hierdurch würden die mit massearmen

¹²³ *Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, 1986: Einsetzung eines staatlich bezahlten Zwangsliquidators. Zustimmung *K. Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990, S. 177 f.

¹²⁴ *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568, 1571 ff.; *Hirte*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. II/1, P 15.

¹²⁵ *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568, 1571.

¹²⁶ *Haas* GmbHR 2006, 505, 511 f.; zustimmend *Hirte*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. II/1, P 14; *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568, 1569: „bedarf der gesetzlichen Klarstellung, um dieser sinnwidrigen Praxis den Boden zu entziehen“.

¹²⁷ *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568, 1571.

Verfahren einhergehenden Probleme weitgehend gelöst.¹²⁸ Politisch machbar erscheint diese Option momentan jedoch nicht. Auch der 66. DJT in Stuttgart hat sich - leider - gegen ein solches Modell ausgesprochen.¹²⁹ Im Rahmen der verbleibenden Optionen sprechen für eine Modifizierung des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO und damit für eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung innerhalb der bestehenden rechtlichen Koordinaten die besseren Gründe.¹³⁰ Die Befreiung des Insolvenzverwalters von den Gerichtskosten analog § 2 GKG springt nämlich zu kurz. Belastet wird die Rechtsdurchsetzung im Falle illiquider Massen nämlich nicht nur durch die Gerichts-, sondern auch durch die Anwaltskosten. Insoweit reicht die Gewährung von PKH weiter. Wird nämlich PKH bewilligt, so sind gemäß § 122 ZPO keine Vorschüsse auf die Gerichtsgebühren zu leisten und die „eigenen“ Rechtsanwaltskosten im Fall der Beiordnung aus der Justizkasse zu zahlen (§ 45 Abs. 1 iVm § 49 RVG).¹³¹ Hinsichtlich der Beiordnung eines Rechtsanwalts differenziert das Gesetz in § 121 ZPO zwischen den Fällen, in denen eine Vertretung durch Anwälte vorgeschrieben ist oder nicht. Im ersten Fall besteht ein Anspruch auf Beiordnung (Abs. 1). Ansonsten hat der Antragsteller nur einen Ermessensanspruch auf Beiordnung (Abs. 2). Letzterer verdichtet sich aber zu einem Anspruch auf Beiordnung, wenn es um die Durchsetzung von Ansprüchen geht, „*die ein Insolvenzverwalter ohne volljuristische Ausbildung im Allgemeinen nicht lösen kann.*“¹³² Dies wird man etwa bei der Verfolgung gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutzansprüche oder aber bei Insolvenzanfechtungsansprüchen¹³³ annehmen können.

Ein Anspruch auf Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 121 Abs. 1 und 2 ZPO besteht auch dann, wenn der Insolvenzverwalter selbst Volljurist ist.¹³⁴ Anderenfalls liefe der § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO für einen Insolvenzverwalter, der zugleich den Beruf eines Rechtsanwalts ausübt, weitgehend leer. Er wäre nämlich gezwungen, die mit dem Ziel der Masseanreicherung geführten Prozesse weitgehend aus privaten Mitteln zu finanzieren. Freilich kann der Insolvenzverwalter in diesen Fällen - vorausgesetzt ein Beiordnungsanspruch besteht - die Durchsetzung des Anspruchs auch selbst vornehmen. Dann erhält er dafür die Gebühren nach dem RVG gemäß § 5 Abs. 1 InsVV und macht diese nicht gegenüber der Insolvenzmasse, sondern gegenüber der Justizkasse geltend.¹³⁵

¹²⁸ Siehe insb. *Burgard/Gundlach* ZIP 2006, 1568, 1571 ff.

¹²⁹ Siehe Bd. II/2, P 289.

¹³⁰ Auch der DJT hat diesen Vorschlag mit überwältigender Mehrheit befürwortet, siehe Beschluss I Nr. 4, Verhandlungen des 66 DJT Stuttgart 2006, Bd. II/2, P 289.

¹³¹ Vgl. *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 687.

¹³² BGH NZI 2006, 341 f. Siehe zu dem Kriterium auch BGH NZI 2005, 103, 104 f. Ein Anspruch besteht auch dann, wenn der Gegner anwaltlich vertreten ist, siehe BGH NZI 2006, 420.

¹³³ BGH NZI 2006, 341 f.

¹³⁴ BGH NZI 2006, 341.

¹³⁵ *Küpper/Heinze* ZInsO 2007, 680, 687.

(2) Kostengesichtspunkte

Auch wenn an der (verbesserten) Durchsetzung von Gläubigerschutzansprüchen im Fall von illiquiden Massen ein überragendes öffentliches Interesse besteht, stellt sich die Frage nach den Kosten einer solchen Aufwertung des ex post-Gläubigerschutzes. Auf den ersten Blick sind mit der Modifizierung des § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO nur Vorteile verbunden; denn durch die Abschaffung der komplexen und rechtsunsicheren „Billigkeitsprüfung“ wird die knappe Ressource Justiz geschont, indem eine Vielzahl unnötiger (vorgeschalteter Bewilligungsverfahren und) Prozesse vermieden wird. Darüber hinaus sind mit der Nichtverfolgung von Gläubigerschutzansprüchen erhebliche Nachteile verbunden, die ebenfalls wegfallen, wenn die Rechtsdurchsetzung erleichtert wird. Kosten sind mit Abschaffung der Billigkeitsprüfung hingegen kaum verbunden. Zwar weisen die Bundesländer in letzter Zeit vermehrt darauf hin, dass die Ausgaben im Zusammenhang mit der Gewährung von PKH über die letzten Jahre beträchtlich gestiegen sind.¹³⁶ Auch wenn die Bundesländer die Ausgaben für die PKH nicht präzise erfassen,¹³⁷ so lässt sich doch mit einiger Sicherheit sagen, dass dieser Anstieg in keinem Zusammenhang mit § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO steht. Vielmehr geht dieser zum einen auf die Zusammenlegung der Arbeitslosen- und Sozialhilfe und die damit einhergehende Änderung der Freibeträge und zum anderen auf den Umstand zurück, dass mit dem am 1.4.2004 in Kraft getretenen RVG die Rechtsanwaltsgebühren und damit die Kosten der Beiordnung von Rechtsanwälten gestiegen sind.¹³⁸ Teilweise beruhen die hohen Ausgaben aber auch auf „hausgemachten“ Problemen, nämlich darauf dass die Gerichte die Möglichkeiten zur Erstattung von PKH nach der bestehenden Rechtslage (insb. nach § 120 Abs. 4 ZPO) nicht hinreichend ausschöpfen.

Die Gefahr, dass durch Abschaffung der Billigkeitsprüfung vermehrt Anträge auf PKH gestellt werden, besteht nicht; denn zum einen bleibt es dabei, dass PKH nur zu gewähren ist, wenn die Masse nicht liquide ist. Zum anderen besteht für den Insolvenzverwalter gar kein Anreiz, die Vermögenslage im Rahmen des PKH-Verfahrens schlechter darzustellen als sie ist; denn das RVG sieht ja für den Fall der Beiordnung in § 49 RVG eine Vergütungsreduzierung und Deckelung ab einem bestimmten Gegenstandsstreitwert vor, so dass sich der Insolvenzverwalter grundsätzlich besser stellt, wenn er die Anwaltskosten nicht der Justizkasse, sondern der Masse in Rechnung stellt. Auch geht die Abschaffung

¹³⁶ Siehe hierzu *Creutz AnwBI* 2007, 267 f.

¹³⁷ *Creutz AnwBI* 2007, 267 f.

der Billigkeitsprüfung nicht zu Lasten der Prozessgegner; denn insoweit bleibt es dabei, dass PKH nur zu gewähren ist, wenn die Klage hinreichend Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO). Selbst wenn die Abschaffung der Billigkeitsprüfung die öffentlichen Haushalte zusätzlich belasten sollte, ist zu berücksichtigen, dass einem solchen (uU möglichen) Mehraufwand auch Einsparungen aufgrund des Rückbaus des präventiven Gläubigerschutzes (siehe oben) gegenüberstehen. Auch ließe sich überlegen, ob – entgegen der jetzigen Rechtslage¹³⁹ dem Insolvenzverwalter die Pflicht auferlegt wird, den Ertrag eines erfolgreichen Prozesses vorrangig zur Tilgung der von der Staatskasse vorfinanzierten Prozesskosten einzusetzen. Letztlich gibt es damit keine triftigen Gründe, dem sinnwidrigen Treiben der Praxis nicht durch eine entsprechende gesetzliche Änderung den Boden zu entziehen.

3. Verlagerung des Gläubigerschutzes in das Insolvenzrecht

Das MoMiG schickt sich nicht nur an, den Gläubigerschutz ans „Ende des Lebens einer GmbH“ zu verlagern, sondern geht auch dazu über, den Gläubigerschutz zunehmend auch gesetzlich im Insolvenzrecht zu verorten.¹⁴⁰ Teilweise geschieht dies bewusst (zB für das „Kapitalersatzrecht“ oder die Insolvenzverschleppungshaftung),¹⁴¹ teilweise geschieht dies aber auch unbewusst. Letzteres gilt etwa für die „Kapitalsicherung“. So haben schon bislang die Vorschriften zur Kapitalerhaltung in der GmbH mit den Insolvenzanfechtungsvorschriften konkurriert.¹⁴² Dabei kam den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit der „Kapitalsicherung“ in der Praxis zumeist die wichtigere Funktion zu, da der durch sie gezogene vermögensrechtliche „Sicherungsring“ (zum Schutz der Gesellschaft und der Gläubiger) in zeitlicher Hinsicht zumeist weiter reichte als die §§ 129 ff. InsO.

Dieses Verhältnis von Kapitalerhaltungs- und Insolvenzanfechtungsrecht wird sich in Zukunft ändern; denn das MoMiG senkt das Mindestkapitalerfordernis deutlich herab (siehe oben). Da ein Großteil der GmbH zumeist nur über das gesetzliche Mindestkapital verfügt, wird künftig die Auszahlungssperre in § 30 Abs. 1 GmbHG kaum noch einen Beitrag zur

¹³⁸ Creutz AnwBl 2007, 267 f.

¹³⁹ BGH ZInsO 2006, 1165.

¹⁴⁰ Kritisch insoweit K.Schmidt GmbHR 2007, 1; ders ZIP 2006, 1925, 1932; siehe aber auch Fischer ZIP 2004, 1477 ff.; Röhrich ZIP 2005, 505 ff.; Flitsch DZWIR 2006, 397, 400.

¹⁴¹ Siehe hierzu etwa die Neuregelung in §§ 39, 44a, 135 InsO-E oder § 15a InsO-E.

¹⁴² Siehe hierzu Hirte ZInsO 2004, 1164 ff.; Haas/Oechsler NZG 2006, 806, 811; Haas ZIP 2006, 1373, 1374 ff.; siehe auch GroßKommGmbHG/Habersack, 2006, § 31 Rn. 10.

Insolvenzprophylaxe leisten.¹⁴³ Vielmehr wird sich der Zweck der §§ 30, 31 GmbHG zunehmend darauf beschränken, zu verhindern, dass die Gesellschaft in unmittelbar zeitlicher Nähe zur Insolvenz auf Kosten der Gläubiger (aber zugunsten der Gesellschafter) „freigiebig“ ist. Steht aber nicht mehr die Insolvenzprophylaxe, sondern die Sicherung des Vorrangs der Fremdgäubiger in der Insolvenz der Gesellschaft im Mittelpunkt der §§ 30 f. GmbHG, dann nähert sich der Normzweck der Kapitalerhaltungsvorschriften zunehmend dem der §§ 129 ff. InsO an mit der Folge, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften und dem Insolvenzanfechtungsrecht an Schärfe gewinnen wird. Im Rahmen dieses Konkurrenzverhältnisses wird den insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften in Bezug auf die „Kapitalsicherung“ eine weitaus bedeutendere Rolle zufallen als bislang; denn zum einen geht der insolvenzrechtliche Schutz vor Vermögensverschiebungen – heute schon – in inhaltlicher Hinsicht teilweise über §§ 30 f. GmbHG hinaus.¹⁴⁴ Zum anderen plant das MoMiG eine deutliche Schwächung des in §§ 30 f. GmbHG verankerten Vermögensschutzes. Der Gesetzgeber will sich nämlich – in weiten Teilen – von der vom BGH über die Jahre begründeten wirtschaftlichen Betrachtungsweise¹⁴⁵ lösen und zu einer bilanziellen Sichtweise zurückkehren.¹⁴⁶ Damit ist davon auszugehen, dass weite Teile der bisherigen gesellschaftsrechtlichen „Kapitalsicherung“ in das Insolvenzanfechtungsrecht abwandern werden.

a) Zuständigkeitsrechtliche Auswirkungen dieser Verlagerung

Die Abwanderung des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes in das Insolvenzrecht hat viele Auswirkungen. Eine – bislang wenig beachtete – ist jedoch, dass damit auch zuständigkeitsrechtliche Änderungen bei der Geltendmachung dieser Ansprüche einhergehen.

So können beispielsweise Ansprüche auf Rückerstattung verbotswidriger Auszahlungen gegen den Gesellschafter nach §§ 30 f. GmbHG am (Wahl-)Gerichtsstand der Mitglied-

¹⁴³ Haas ZIP 2006, 1373, 1374; ders., in Verhandlungen zum 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E 125 ff.

¹⁴⁴ Haas ZIP 2006, 1373, 1382.

¹⁴⁵ Siehe hierzu Koch, Die Abkehr von der „bilanziellen Betrachtungsweise“ und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung (im Erscheinen); GroßkommGmbHG/Habersack, 2006, § 30 Rn. 43 ff.; Sernetz/Haas, Kapitalaufbringung und –erhaltung in der GmbH, Rn. 419 ff.; siehe auch Haas/Oechsler NZG 2006, 806, 810.

¹⁴⁶ Begründung RegE, S. 93: „Der Entwurf kehrt daher eindeutig zum bilanziellen Denken zurück.“; siehe hierzu auch Drygala/Kremer ZIP 2007, 1289, 1292 ff.; Noack DB 2007, 1395, 1397.

schaft (§ 22 ZPO) und damit am Sitz der Gesellschaft geltend gemacht werden.¹⁴⁷ Bei diesen Ansprüchen im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung handelt es sich um solche, die auf der Eigenschaft des Gesellschafters als Mitglied der Gesellschaft beruhen. Da es sich darüber hinaus um Ansprüche der Gesellschaft handelt, ist der Anwendungsbereich des § 22 ZPO auch dann eröffnet, wenn der Insolvenzverwalter diese Ansprüche (quasi als Rechtsnachfolger) der Gesellschaft gegen den Gesellschafter geltend macht.¹⁴⁸ HM nach ist § 22 ZPO auch anwendbar, wenn es um die analoge Anwendung der §§ 30 f. GmbHG im Zusammenhang mit den kapitalersatzrechtlichen Rechtsprechungsregeln geht. Damit können Klagen auf Rückzahlung verbotswidrig erstatteter kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen am Sitz der Gesellschaft vom Insolvenzverwalter erhoben werden.¹⁴⁹ Überwiegender Ansicht nach gilt dies selbst dann, wenn der Rückerstattungsanspruch auf die so genannten (modifizierten) Novellenregelungen gestützt wird (insb. § 135 InsO).¹⁵⁰ Begründet wird dies – wenn überhaupt – damit, dass die Rechtsprechungsregeln und die (modifizierten) Novellenregelungen einen weitgehenden (inhaltlichen) „Überschneidungsbereich“ aufweisen.¹⁵¹

Soweit künftig das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht an die Stelle der Kapitalerhaltungsvorschriften treten wird, stellt sich die Frage, ob und welcher besondere Gerichtsstand neben dem allgemeinen Anwendung finden kann. HM nach ist für den Anspruch aus § 143 InsO der Deliktgerichtsstand nicht gegeben; denn – hM zufolge – begründet das Anfechtungsrecht keinen deliktischen Schadensersatzanspruch.¹⁵² § 22 ZPO ist ebenfalls nicht einschlägig. Die Vorschrift will Streitigkeiten, die die inneren Rechtsbeziehungen einer Gesellschaft betreffen, am Sitz der Gesellschaft konzentrieren.¹⁵³ Dies gilt jedoch nicht für Drittrechtsbeziehungen, sondern – nach dem Wortlaut der Vorschrift – nur für solche Klagen, die im Mitgliedschaftsverhältnis selbst wurzeln. Letzteres ist beispielsweise nicht gegeben, wenn der Insolvenzverwalter einer insolventen KG den Kommandi-

¹⁴⁷ *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 22 Rn. 12; *Sernetz/Haas*, Kapitalaufbungung und –erhaltung in der GmbH, 2003, Rn. 579.

¹⁴⁸ *Musielak/Heinrich*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 5; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 22 Rn. 12.

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1005, 1006; *Johlke/Schröder*, in Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 14.13; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 434; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 22 Rn. 12.

¹⁵⁰ OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1005, 1006; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 22 Rn. 12; *Johlke/Schröder*, in Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 14.13.

¹⁵¹ OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1005, 1006.

¹⁵² BGH ZIP 1990, 246, 247; HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. 2006, § 143 Rn. 20; siehe auch *Johlke/Schröder*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 14.16.

¹⁵³ BGHZ 76, 231, 235; OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1005, 1006; OLG Schleswig ZIP 1980, 257, 258; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 22 Rn. 1.

tisten auf Zahlung der Einlage verklagt.¹⁵⁴ Dies liegt daran, dass bei Wahrnehmung der Befugnis aus § 171 Abs. 2 HGB der Konkursverwalter ein „*selbständiges ihm vom Gesetz übertragenes Recht im eigenen Namen für Rechnung derjenigen Gläubiger ausübt, denen dieses Recht außerhalb der Insolvenz zusteht*“.¹⁵⁵ Letztlich macht der Insolvenzverwalter daher nicht ein Recht der Gesellschaft geltend, sondern „*einen auf Gesetz beruhenden Anspruch der Gläubiger*“.¹⁵⁶ Nicht anders wird man im Fall des § 143 InsO entscheiden können; denn auch dieser Anspruch ist ein solcher der Gläubigergesamtheit¹⁵⁷ mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter diesen nicht als Rechtsnachfolger der Gesellschaft geltend macht. Mit Wegfall der so genannten Rechtsprechungsregeln wird man sich künftig daher schwer tun, Rückerstattungsansprüche nach dem künftigen „Kapitalersatzrecht“ unter § 22 ZPO zu subsumieren; denn fortan wird es an dem engen Zusammenhang zu den §§ 30 f. GmbHG fehlen, der bislang „eine einheitliche Bewertung“ und Zuweisung der Ansprüche zu § 22 ZPO notwendig machte.¹⁵⁸ Der Wegfall des § 22 ZPO wird auch nicht durch § 29 ZPO (Gerichtsstand des Erfüllungsortes) aufgefangen; denn der Anfechtungsanspruch nach §§ 143, 135 Nr. 2 InsO ist kein solcher aus „Vertrag“ iS des § 29 ZPO.¹⁵⁹

b) Abhilfe

Durch die Verschiebung des Gläubigerschutzes vom Gesellschaftsrecht in das Insolvenzrecht entsteht eine verfahrensrechtliche Zuständigkeitslücke. Vom Sinn und Zweck besteht zwar ein enger Zusammenhang dieser Klagen zu den „inneren Beziehung der Gesellschaft“. Einer analogen Anwendung bzw. erweiternden Auslegung des § 22 ZPO sind jedoch enge Grenzen gesetzt.¹⁶⁰ Die Vorschriften über die Gerichtsstände sollen nämlich den Beklagten – im Grundsatz - davor schützen, außerhalb seines Wohnsitzes mit einer Klage überzogen zu werden. Überwiegender Ansicht nach ist dieser Grundsatz auch bei der Auslegung der gesetzlichen Ausnahmen vom Beklagtenschutz zu berücksichtigen. Folglich haben sich die Gerichte grundsätzlich eng am Wortlaut der Ausnahmebestim-

¹⁵⁴ OLG Naumburg NZG 2000, 1218, 1219; OLG Schleswig ZIP 1980, 256, 257; *Musielak/Heinrich*, ZPO, 5. Aufl. 2005, § 22 Rn. 5.

¹⁵⁵ OLG Schleswig ZIP 1980, 256, 257.

¹⁵⁶ OLG Schleswig ZIP 1980, 256, 257.

¹⁵⁷ Siehe den Wortlaut des § 129 InsO.

¹⁵⁸ S zum bisherigen Recht OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1005, 1006.

¹⁵⁹ RGZ 30, 402, 404; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 29 Rn. 6. Der infolge der Anfechtung entstehende Rückgewähranspruch ist hM ein gesetzliches Schuldverhältnis mit der Folge, dass § 29 ZPO nicht anwendbar ist, siehe RGZ 30, 402, 403 f.; BGH NJW 1956, 1920, 1921; *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 321; HK-InsO/*Kreft*, 4. Aufl. 2006, § 129 Rn. 95; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2002, § 146 Rn. 31.

¹⁶⁰ Siehe aber auch BGH DB 1980, 1117, 1118.

mungen zu orientieren.¹⁶¹ Diesen dogmatischen Bedenken an einer Ausweitung des § 22 ZPO stehen aber materielle Gesichtspunkte entgegen. Auch für die vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Ansprüche wegen „Kapitalersatz“ oder Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besteht eine besondere Sachnähe zum allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft, der es angezeigt erscheinen lässt, den Wahlgerichtsstand auch für diese Klagen zu eröffnen. Letzteres sollte der Gesetzgeber durch eine entsprechende Modifizierung des § 22 ZPO klarstellen. Dieser könnte etwa lauten:¹⁶²

„Das Gericht, bei dem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, die von ihnen oder von dem Insolvenzverwalter gegen ihre die Mitglieder als solche, oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegeneinander erhoben werden.“

III. Die Reform des Kapitalersatzrechts

Das Kapitalersatzrecht bisheriger Prägung erfährt in dem MoMiG eine grundlegende Änderung. Ganz überwiegend wird der Reformansatz des Gesetzgebers gutgeheißen und in der Abschaffung der so genannten Rechtsprechungsregeln eine erhebliche Vereinfachung gesehen,¹⁶³ ohne dass das Gläubigerschutzniveau dramatische Einbußen erfährt.¹⁶⁴ Letzteres gilt jedoch nur im Grundsatz; denn in einigen Punkten schraubt das MoMiG das bisherige Schutzniveau deutlich herunter, ohne hierfür eine hinreichende Rechtfertigung zu geben.

¹⁶¹ OLG Schleswig ZIP 1980, 256, 257.

¹⁶² Weitergehend *Hirte*, Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. II/1, P 34 f., der für die Einführung eines allgemeinen Wahlgerichtsstands des Insolvenzverwalters für alle Anfechtungslagen plädiert

¹⁶³ *Heckschen* NotBZ 2006, 381, 387.

¹⁶⁴ *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 3; *Haas* ZInsO 2007, 617, 619; *ders.*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E 60 ff.

1. Der zeitliche Anwendungsbereich

Im bisherigen Kapitalersatzrecht wird der zeitliche Anwendungsbereich durch das Tatbestandsmerkmal der Finanzierungsentscheidung in der Krise umschrieben.¹⁶⁵ Der Begriff „Finanzierungsentscheidung“ umschreibt – hM zufolge - sowohl ein positives Tun als auch ein Unterlassen. Ein Unterlassen steht jedoch – zumindest auf den ersten Blick – dem positiven Tun nicht stets gleich. Deutlich wird dies etwa an den Fällen des so genannten „Stehenlassens“ von Gesellschafterhilfen. Voraussetzung ist hier, dass der Gesellschafter objektiv die Möglichkeit hatte, die Gesellschafterhilfe in der Krise abziehen und subjektiv erkennen konnte,¹⁶⁶ dass sich die Gesellschaft in der Krise befand.¹⁶⁷ Der Begriff „Krise“ umschreibt eine wirtschaftlich Schieflage im Vorfeld der Insolvenzeröffnung. Diese ist stets gegeben, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist.¹⁶⁸ HM zufolge kann sich eine Gesellschaft aber auch jenseits dieser Insolvenzauslösetatbestände in der „Krise“, dh im Stadium der Kreditunwürdigkeit bzw. Überlassungsunwürdigkeit befinden.¹⁶⁹

Der RegE verzichtet auf das Tatbestandsmerkmal „Finanzierungsentscheidung in der Krise“ und bezieht – grundsätzlich - alle Darlehensforderungen eines Gesellschafters (bzw. Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen) in den Anwendungsbereich des Kapitalersatzrechts ein. Für die Frage, ob in der Aufgabe dieses Tatbestandsmerkmal eine Aufweichung des Gläubigerschutzes liegt, ist zwischen zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden, nämlich dem Nichtabzug der Forderung bis zur Insolvenzeröffnung einerseits und der Rückzahlung des Darlehens vor Insolvenzeröffnung andererseits.

¹⁶⁵ Siehe nur *Habersack* ZGR 2000, 384, 390; *GroßKommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 58 ff.; *K. Schmidt* GmbHR 2005, 797, 800; *Hommelhoff*, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung* (Hrsg) *Die GmbH-Reform in der Diskussion*, 2006, S. 115, 124 f.

¹⁶⁶ Darüber hinaus gewährt die hM dem Gesellschafter auch eine Überlegungsfrist, siehe nur *Lutter/Hommelhoff*, in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg) *GmbHG*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn 49; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, *GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 41.

¹⁶⁷ Siehe *Hommelhoff*, in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg) *GmbHG*, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn 45 ff; *Gottwald/Haas*, *Insolvenzrechtshandbuch*, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn 368 ff.

¹⁶⁸ BGH BB 2004, 1240, 1242; BGHZ 31, 258, 272.

¹⁶⁹ Siehe Nachweise bei *GroßKommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 62; *Gottwald/Haas*, *Insolvenzrechtshandbuch*, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 352 ff.

a) Fallgruppe: Nichtabzug bis zur Insolvenzeröffnung

Rspr (und hL) haben zum geltenden Recht das Merkmal „Finanzierungsentscheidung“ beständig abgesenkt.¹⁷⁰ Unstreitig liegt eine solche vor, wenn der Gesellschafter das Darlehen in der Krise der Gesellschaft gewährt. Gleiches gilt aber auch, wenn der Gesellschafter das Darlehen der Gesellschaft „stehen lässt“. Die Anforderungen an solches „Stehenlassen sind sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht gering.¹⁷¹ Bedenkt man darüber hinaus, dass die „Krise“ ein notwendiges Durchgangsstadium in der wirtschaftlichen Abwärtsentwicklung hin zur Insolvenzeröffnung ist, dann liegt fast immer eine Finanzierungsentscheidung (entweder in der Form des Gewährens oder Belassens) in der Krise vor, wenn das Gesellschafterdarlehen bis zur Insolvenzeröffnung nicht abgezogen wurde. Wenn also für diese Fallgestaltung das neue „Kapitalersatzrecht“ auf das Tatbestandsmerkmal verzichtet, dann liegt hierin weder eine Verschärfung noch eine Abschwächung des Gläubigerschutzes.¹⁷² Vielmehr ändert sich – im Ergebnis – durch die neue Rechtslage insoweit nichts.

b) Fallgruppe: Abzug vor Insolvenzeröffnung

Würde das Gesetz als Rechtsfolge des Kapitalersatzes allein den Nachrang der (offenen) Forderung im eröffneten Verfahren anordnen, könnte eine solche Regel leicht umgangen werden. Der Gesellschafter könnte sich nämlich dem Nachrang einfach dadurch entziehen, indem er Rückzahlung des Darlehens im Vorfeld der Insolvenzeröffnung verlangt. Unstreitig bedarf daher der in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordnete Nachrang eines Umgehungsschutzes. Fraglich kann allenfalls sein, wie dieser auszugestaltet ist.

¹⁷⁰ *Haas*, in Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 68 f und E 73 ff.; siehe auch *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 59 ff.

¹⁷¹ *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 65 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, in Lutter/Hommelhoff (Hrsg) GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn. 45 ff.; *Haas* ZInsO 2007, 617, 621.

¹⁷² *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 2; *Habersack* ZHR 2006, 607, 611; *Haas*, in Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 74 f.; *ders.* ZInsO 2007, 617, 621; *Noack* DB 2006, 1475, 1480. Im Ergebnis wohl auch *Schäfer* DStR 2006, 2085, 2087.

aa) Überblick über den Umgehungsschutz nach geltendem Recht

Nach bisherigem Recht liegt eine „Umgehung“ vor, wenn das (kapitalersetzende) Darlehen an den Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft zurückbezahlt wird. Dann muss es an die Gesellschaft zurück erstattet werden. Rechtsgrundlagen hierfür sind – sieht man einmal vom AnfG ab - entweder die so genannten Rechtsprechungsregeln (§ 31 GmbHG analog) oder § 135 Nr. 2 InsO. Beide Anspruchsgrundlagen unterscheiden sich im Detail.¹⁷³ Dass die Rückzahlung des kapitalersetzenden Darlehens tatsächlich im Zeitpunkt der Krise erfolgte, ist im Anwendungsbereich der so genannten Rechtsprechungsregeln positiv festzustellen. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Insolvenzverwalter. Im Anwendungsbereich des § 135 Nr. 2 InsO hingegen kommt dem Insolvenzverwalter hM zufolge eine Darlegungs- und Beweiserleichterung zugute. Ist danach der eigenkapitalersetzende Charakter einmal eingetreten, so wird – im Anwendungsbereich des § 135 Nr. 2 InsO - unwiderleglich vermutet, dass die Forderung auch noch im Zeitpunkt der Rückzahlung eigenkapitalersetzend war und damit nicht entsperert ist.¹⁷⁴ Zu beachten ist aber, dass in einem anderen Punkt die Rechtsprechungsregeln deutlich über § 135 Nr. 2 InsO hinausgehen. Nach § 135 Nr. 2 InsO werden nämlich nur Rückzahlungen solcher kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen erfasst, die innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantragstellung erfolgt sind.¹⁷⁵ Dagegen kann nach den Rechtsprechungsregeln auch die Erstattung solcher Gesellschafterdarlehen verlangt werden, die weit vor dieser Jahresfrist an den Gesellschafter zurückbezahlt wurden. Äußerste Grenze bildet insoweit die Verjährungsfrist in § 31 Abs. 5 GmbHG.¹⁷⁶

bb) Überblick über den Umgehungsschutz nach künftigem Recht

Der RegE verzichtet auch für die Fallgruppe der Rückzahlung vor Insolvenzeröffnung auf das Merkmal der Finanzierungsentscheidung und der Krise. Eine Umgehung des in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordneten Nachrangs liegt nach dem Willen des Gesetzgeber stets

¹⁷³ *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 153 ff.; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 416 ff.

¹⁷⁴ BGH NZI 2006, 311, 312; BGHZ 90, 370, 381 (für das alte Recht); OLG Hamm OLG-Report 2004, 46, 47; *Goette* KTS 2006, 217, 232; *Johlke/Schröder*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 14.51.

¹⁷⁵ *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 180.

¹⁷⁶ *Bork* ZGR 2007, 250, 263; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 92; *GroßkommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 220. Voraussetzung ist aber freilich, dass im Zeitpunkt der Rückzahlung das Darlehen (noch) kapitalersetzend war.

dann vor, wenn der Gesellschafter in dem Jahr vor Insolvenzantragstellung Befriedigung seiner Darlehensforderung erhält (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E). Diese Bestimmung geht – zumindest auf den ersten Blick – über die Typisierung des bisherigen § 135 Nr. 2 InsO hinaus,¹⁷⁷ denn die (neue) Vorschrift unterstellt (letztlich) nicht nur, dass die einmal eingetretene Krise (innerhalb der Jahresfrist) bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung „noch“ anhält. Vielmehr geht die Bestimmung davon aus, dass die Krise bereits innerhalb des Jahreszeitraums eingetreten ist.¹⁷⁸ In dieser Typisierung liegt – entgegen dem ersten Anschein – keine dramatische Haftungsverschärfung im Vergleich zum gegenwärtigen Recht.¹⁷⁹ Zum einen wird das Krisenstadium notwendig auf dem Weg hin zur Insolvenzeröffnung durchschritten. Zum anderen entspricht es der – auch durch empirische Daten belegbaren Erkenntnis - dass das Insolvenzverfahren in aller Regel zu einem Zeitpunkt eröffnet wird, indem die Krise bereits seit längerer Zeit eingetreten ist.¹⁸⁰ Die Annahme, dass die Krise einen Zeitraum bis zu einem Jahr vor Insolvenzeröffnung umspannt, ist jedenfalls nicht aus der Luft gegriffen, wie ein Vergleich mit der Vorschrift in § 136 InsO zeigt. Danach wird nämlich vermutet, dass die Vereinbarung zwischen dem Inhaber eines Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter, die Einlage zurückzuzahlen, mit Blick auf die bevorstehende Insolvenzeröffnung und damit anfechtbar erfolgt ist, wenn zwischen der Vereinbarung und der Antragstellung ein Zeitraum bis zu einem Jahr liegt.¹⁸¹ Auch hier geht das Gesetz maW davon aus, dass für einen „Insider“ die Insolvenzeröffnung grundsätzlich bis zu einem Jahr vor Antragstellung voraussehbar ist.¹⁸²

cc) Schutzlücke

Die starre zeitliche Begrenzung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E auf maximal ein Jahr vor Insolvenzantragstellung begegnet jedoch Bedenken; denn aus der Gerichtspraxis sind durchaus Fälle bekannt, die es nahelegen, dass die Krise im Vorfeld der Insolvenzantragstellung bzw. –eröffnung länger als ein Jahr anhalten kann.¹⁸³ Der Todeskampf der Ge-

¹⁷⁷ *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 180; *Noack* DB 2006, 1475, 1480; siehe auch *Habersack* ZHR 2006, 607, 611.

¹⁷⁸ Kritisch daher *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 180.

¹⁷⁹ *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 2; *Haas* ZInsO 2007, 617, 621.

¹⁸⁰ *Haas*, in Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 79. Siehe auch *Bayer/Graff* DStR 2006, 1654, 1657.

¹⁸¹ *Haas*, in Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 80; *BK-Haas*, § 136 InsO Rn. 16 f.

¹⁸² *BK-Haas*, § 136 InsO Rn. 2.

¹⁸³ Vgl. zB den Sachverhalt bei BGH NZG 1999, 1029; DStR 2005, 706 f.; NZG 2007, 29; OLG Düsseldorf NZG 2000, 430, 431; OLG Bamberg NJOZ 2003, 2406 f. Vgl. auch *Hölzle* GmbHR 2007, 729, 733; *Schröder/Grau* ZInsO 2007, 353, 355; *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E 81.

sellschaft kann sich also durchaus in die Länge ziehen. Mögen diese Fälle auch nicht die Regel sein, so handelt es sich hierbei aber auch nicht um absolute oder gar seltene Ausnahmefälle. Dass hiervon auch der (Insolvenzrechts-)Gesetzgeber im Grundsatz ausgeht, zeigt ein Blick auf die zweijährige Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 2 InsO. Ist dem aber so, so bedarf das Zurückfahren des Gläubigerschutzes einer stichhaltigen Begründung. Hiernach sucht man sowohl im RefE als auch im RegE vergeblich. Letztlich haftet der Begrenzung des Umgehungsschutzes auf ein Jahr etwas Willkürliches an. Warum soll der Gesellschafter, der durch seine Gesellschafterhilfe einen Beitrag zur Verlängerung des Todeskampfes der Gesellschaft und damit zur Schädigung der Gläubiger geleistet hat, die Folgen für dieses Verhalten nur deshalb nicht mehr übernehmen müssen, weil eine (willkürlich gesetzte) Frist verstrichen ist? Warum soll der Gesellschafter von einer (besonders krassen) Verschleppung der Insolvenzantragstellung profitieren können? All dies macht wenig Sinn. Dieser Widerspruch wäre allenfalls dann hinnehmbar, wenn es sich bei den Problemfällen jenseits der Jahresfrist um akademisch konstruierte, nicht aber um in der Praxis relevante Fälle handeln würde. Dies ist aber – wie ein Blick auf das Entscheidungsmaterial der Gerichte zeigt –¹⁸⁴ nicht der Fall. Dann aber ist diese Gläubigerschutzlücke nicht hinnehmbar.¹⁸⁵

(1) Vorschläge zur Beseitigung der Schutzlücke

In der Literatur sind verschiedene Vorschläge gemacht worden, um dieses Schutzdefizit zu beheben. Teilweise gehen diese dahin, den Anfechtungszeitraum auf 2 Jahre zu erweitern.¹⁸⁶ Angedacht werden aber auch differenzierte Lösungen. Danach soll es im Grundsatz bei der Einjahresfrist bleiben. Jedoch soll die Anfechtung auch für davor liegende Zeiträume möglich sein, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Rückzahlung bereits insolvenzreif war.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Siehe vorhergehende Fn.

¹⁸⁵ Im Ergebnis auch *Hölzle* GmbHR 2007, 729, 733; *K. Schmidt* GmbHR 2007, 1, 9.

¹⁸⁶ *Altmeyden* NJW 2005, 1911, 1914; *Bayer/Graff* DStR 2006, 1654, 1657 f.; *Bork* ZGR 2007, 250, 265.

¹⁸⁷ Siehe *Haas*, in Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. I, E. 81; zustimmend *Hirte*, Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart 2006, Bd. II/1, P 33.

(2) Stellungnahme

Dem neuen „Kapitalersatzrecht“ liegt das Bestreben nach Typisierung zugrunde. Dies zeigt sich insbesondere in der Regel des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E. Danach wird unterstellt, dass sich eine Gesellschaft bereits ein Jahr im Vorfeld der Insolvenzeröffnung in der Krise befunden hat und daher Rückzahlungen des Gesellschafterdarlehen eine Umgehung der in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordneten Rechtsfolge darstellen. Mit einer derartigen Typisierung geht einerseits eine erleichterte Rechtsanwendung einher. Andererseits stellt jede Typisierung eine Verkürzung der Lebenswirklichkeit dar mit der Folge, dass notwendig Ungerechtigkeiten damit einhergehen. Einer Typisierung wird man daher nur insoweit das Wort reden können, als sie auf einem typischen Geschehensablauf aufbaut. Dies wird man für die Jahresfrist noch annehmen können (siehe oben). Eine Ausdehnung der Anfechtungsfrist auf zwei Jahre (unter Beibehaltung der unwiderleglichen Vermutung) hat dagegen mit der Lebenswirklichkeit nur noch wenig gemeinsam; denn es entspricht nun mal nicht dem Normalfall, dass bereits zwei Jahre vor Insolvenzantragstellung die Insolvenz des Unternehmens für einen Gesellschafter absehbar ist, der mit mehr als 10% am Stammkapital beteiligt ist.¹⁸⁸ Letzteres würde zudem den Gläubigerschutz gegenüber der jetzige Rechtslage (ohne Begründung) deutliche verschärfen. Die besseren Gründe sprechen daher für eine differenzierte Lösung, wonach eine Anfechtung auch jenseits der Jahresfrist möglich ist, wenn der Insolvenzverwalter nachweist, dass die Gesellschaft im Rückzahlungszeitpunkt insolvenzreif war. Nur so lassen sich Gesellschafter- und Gläubigerschutz angemessen zum Ausgleich bringen.¹⁸⁹

2. Kapitalersetzende Nutzungsüberlassungen

Im Geltungsbereich des bisherigen Kapitalersatzrechts hat die Rspr den sachlichen Anwendungsbereich beständig ausgeweitet.¹⁹⁰ Grundlage für diese Entwicklung war und ist – ua – der § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG. Danach unterfallen auch solche Gesellschafterhilfen dem Kapitalersatzrecht, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. Die Rspr hat die wirtschaftliche Vergleichbarkeit für eine Vielzahl von Gesellschafterhilfen

¹⁸⁸ Ablehnend daher *Haas*, in Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 81; *ders.* ZInsO 2007, 617, 622; *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 5; *Kleindiek* ZGR 2006, 335, 358 f.

¹⁸⁹ Tendenziell jetzt auch *Altmeyen*, in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, S. 93, 103.

¹⁹⁰ Siehe Überblick bei *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 77 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl, 2006, §§ 32a, 32b Rn. 120 ff.

bejaht, denen eine Kreditfunktion zukommt.¹⁹¹ Hierzu zählen etwa die Stundungsvereinbarung, das Stehenlassen bzw. Nichtgeltendmachen von Forderungen, stille Beteiligungen oder das Factoring. Die Rspr hat aber auch solche Gesellschafterleistungen in den Anwendungsbereich des Kapitalersatzrechts einbezogen, denen eindeutig keine Kreditfunktion zukommt, sondern die als Austauschgeschäfte einzuordnen sind. Im Mittelpunkt steht insoweit die kapitaleretzende Nutzungsüberlassung.¹⁹² Zu dem „Schicksal“ der kapitaleretzenden Nutzungsüberlassung nach dem künftigen Recht äußert sich der RegE wie folgt:¹⁹³

„Hinsichtlich der ... unter dem Stichwort ‚eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassung‘ diskutierten Fallgruppe werden die Neuregelungen ... hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht ohne Auswirkungen bleiben: Bislang nimmt die Rechtsprechung ... ua eine Verpflichtung des Gesellschafters an, der Gesellschaft das Wirtschaftsgut für den vertraglich vereinbarten Zeitraum ... unentgeltlich zu belassen. Diese Begründung für eine für eine von den Grundregeln der §§ 103 ff. InsO abweichende Rechtsfolge findet in den Neuregelungen keine Grundlage, da diese nach ihrer Systematik durchgängig nicht mehr an einem ‚eigenkapitaleretzenden‘ Charakter der Leistung anknüpfen und die Insolvenz selbstverständlich auch weiterhin keine Auswirkung auf die Eigentümerstellung des Gesellschafters hinsichtlich des überlassenen Gegenstands hat. Eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung in dem (etwa in § 3 Abs. 3 des österr. EKEG enthaltenen) Sinne, dass im Fall einer Nutzungsüberlassung die ‚Kreditgewährung nur das Entgelt betreffen‘, nicht aber in der Nutzungsüberlassung selbst liegen könne, ist vor diesem Hintergrund nicht geboten.“

In der Literatur werden diese Ausführungen des Gesetzgebers dahin gedeutet, dass „die Rechtsfigur der eigenkapitaleretzenden Nutzungsüberlassung passé [ist].“¹⁹⁴ Dies wäre freilich eine weit reichende Änderung der bisherigen Rechtslage. Für die Frage, ob dies zutrifft (und falls ja, ob dies auch sinnvoll ist), ist eine differenzierte Betrachtung anzustellen; denn hinter dem Phänomen eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassungen verbirgt sich eine komplexe Erscheinung. Kapitaleretzende Nutzungsüberlassung löst – soweit man vom typischen Praxisfall eines Mietvertrages ausgeht - nach geltendem Recht unterschiedliche Rechtsfolgen aus:¹⁹⁵

¹⁹¹ Nachweise bei *Gottwald/Haas*, Insolvenzhandbuch, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 384 ff.

¹⁹² Siehe hierzu *Haas/Dittrich*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 8.01 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, 32b Rn. 128 ff.

¹⁹³ RegE-Begründung, S. 130.

¹⁹⁴ *Noack* DB 2007, 1395, 1398.

¹⁹⁵ *Großkomm GmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 130 ff.; *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 169; *Lutter/Hommelhoff*, in *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg) GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a/b Rn. 145 ff.; *Knof* ZInsO 2007, 125, 129 ff.; *Haas/Dittrich*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 8.54 ff.

- (1) Zum einen werden die Mietzinsansprüche aus dem der Nutzungsüberlassung zugrunde liegenden Mietvertrag mit Insolvenzeröffnung einem Nachrang belegt, wenn der Gesellschafter diese (in der Krise) stehen gelassen hat;
- (2) zum anderen hat der Gesellschafter die im Zeitraum zwischen Eintritt der Krise und Insolvenzeröffnung erhaltenen Mietzinszahlungen an die Gesellschaft zurück zu erstatten und schließlich
- (3) führt die kapitalersetzende Nutzungsüberlassung auch zu einer (befristeten) „Verhaftung des Nutzungsrecht“ zugunsten der Gläubigergesamtheit für die Zeiträume nach Insolvenzeröffnung.

Unstreitig gelten die unter (1) beschriebenen Folgen nach den Vorstellungen des MoMiG-Gesetzgebers auch für das künftige Recht; denn bei dem Stehenlassen von Gesellschafterforderungen (gleichgültig aus welchem Rechtsgrund diese herrühren), handelt es sich um eine dem Darlehen wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung iS des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E. Lässt sich die Rechtsfolge aber schon aus dem Grundtatbestand zum bisherigen Kapitalersatzrecht ableiten, so ändert sich an der Rechtslage durch die künftige (angebliche) „Abschaffung der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“ nichts.¹⁹⁶ Problematisch sind hingegen die unter (2) und (3) genannten Fallgruppen. Welches Schicksal diese nach dem künftigen Recht erfahren, ist weniger eindeutig.

a) Mietzinszahlungen vor Insolvenzeröffnung

Ob in Zukunft der Gesellschafter vor Insolvenzeröffnung von der Gesellschaft erhaltene Mietzinszahlungen zurückzahlen muss und zwar unabhängig davon, ob die zugrunde liegende Forderung stehen gelassen wurde oder nicht, ist unklar.

aa) Die Begründung im RegE

Die Begründung im RegE nimmt zu der Frage keine Stellung. Einerseits ist zwar davon die Rede, dass die Fallgruppe der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung künftig nicht mehr anerkannt werden soll. Andererseits bezieht sich die Begründung des RegE aber nur auf die Frage, ob und inwieweit der Gesellschafter künftig verpflichtet sein soll, dem

¹⁹⁶ Bork ZGR 2007, 250, 266; Knof ZInsO 2007, 125, 129.

Insolvenzverwalter den überlassenen Gegenstand für die Zeiträume nach Insolvenzeröffnung (unentgeltlich) zu überlassen. Ausdrücklich heißt es insoweit:¹⁹⁷

„Bislang nimmt die Rechtsprechung ... ua eine Verpflichtung des Gesellschafters an, der Gesellschaft das Wirtschaftsgut für den vertraglich vereinbarten Zeitraum ... unentgeltlich zu belassen. Diese Begründung für eine von den Grundregeln der §§ 103 ff. InsO abweichende Rechtsfolge findet in den Neuregelungen keine Grundlage ...“.

Aus der Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf die §§ 103 ff. InsO wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich über die durch die kapitaleretzende Nutzungsüberlassung ausgelösten Rechtsfolgen für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung überhaupt keine Gedanken gemacht hat. Damit ist unklar, ob diese Mietzinszahlungen künftig nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E angefochten werden können. Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur geht jedenfalls davon aus, dass die (angebliche) Abschaffung der kapitaleretzenden Nutzungsüberlassung insoweit nichts an der geltenden Rechtslage ändern wird.¹⁹⁸

bb) Das Kriterium der „wirtschaftlichen Vergleichbarkeit“

Bleibt der Wille des Gesetzgebers aufgrund der unklaren Begründung im RegE im Dunkeln, muss zur Beantwortung der Frage auf das Kriterium der „wirtschaftlichen Vergleichbarkeit“ in den §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zurück gegriffen werden. Fraglich ist freilich, was sich hinter der in diesen Vorschriften angeordneten „wirtschaftlichen Betrachtung“ verbirgt. Da es sich sowohl bei dem neuen als auch bei dem alten „Kapitalersatzrecht“ um ein Instrument des Gläubigerschutzes handelt, wird man das Kriterium der „wirtschaftlichen Vergleichbarkeit“ wohl dahin verstehen müssen, dass hiervon alle Rechtshandlungen erfasst werden, die ähnlich nachteilige Wirkungen für die Gläubigersamtheit zeitigen wie eine Darlehensgewährung. Ist dies der Fall, dann muss der Gesellschafter hierfür eine Verantwortung in Form der §§ 39, 135 RegE-InsO (bzw. nach dem AnfG) übernehmen.

¹⁹⁷ Begründung RegE, S. 130.

¹⁹⁸ *Knof* ZInsO 2007, 125, 129 f.; *Bormann* DB 2006, 2616, 2617; *Bayer/Graff* DStR 2006, 1654, 1659; *Haas* ZInsO 2007, 617, 623 f.; wohl auch *Noack* DB 2007, 1395, 1398; im Ergebnis auch *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 5.

Nun kann zwar eine entgeltliche Nutzungsüberlassung – ganz anders als ein Darlehen – keinen Beitrag zur Insolvenzverschleppung leisten; denn was der Gesellschafter hier der Gesellschaft uU lebensverlängernd durch Überlassung des Gegenstands gewährt, wird ihm in Form eines Mietzinses aus dem Gesellschaftsvermögen lebensverkürzend wieder gegeben. Dennoch kann ein solches (im Vorfeld der Insolvenzeröffnung durchgeführtes) Austauschgeschäft – selbst wenn das gewährte Entgelt angemessen ist – die Gläubiger schädigen. Der Schaden ist hier zwar kein „unmittelbarer“, wohl aber ein „mittelbarer“ Schaden.¹⁹⁹ Ein solcher reicht aber – grundsätzlich – aus, um ein Anfechtungsrecht nach den §§ 129 ff. InsO zu begründen.²⁰⁰ Ein mittelbarer Nachteil im anfechtungsrechtlichen Sinne liegt etwa vor, wenn zwar zum Zeitpunkt der Veräußerung eines Gegenstandes aus dem Gesellschaftsvermögen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners fließt, diese Gegenleistung aber im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden ist, sei es, dass er irgendwie in Verlust geraten ist, von dem Schuldner beiseite geschafft wurde oder sonst wie dem Vollstreckungszugriff der Gläubiger nicht zur Verfügung steht.²⁰¹ Damit liegt in einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung ohne Weiteres eine mittelbare Gläubigerschädigung; denn die für vergangenen Zeitabschnitte gewährte Überlassung ist quasi „selbstverzehrend“²⁰² und steht der Gläubigerbefriedigung nicht mehr zur Verfügung.²⁰³

Nun hat ein „normaler“ Gläubiger das mit einem Austauschgeschäft verbundene Risiko einer mittelbaren Gläubigerschädigung nur eingeschränkt zu tragen.²⁰⁴ Nach § 142 InsO wird ihm dieses Risiko in den Fällen kongruenter Deckung (und vorbehaltlich § 133 InsO) abgenommen, wenn ein Bargeschäft iS des § 142 InsO vorliegt. Hinter der Vorschrift steht die Überlegung, dass zum Schutz des einzelnen Vertragspartners die Benachteiligung der Gläubigergesamtheit außer Betracht bleiben soll, wenn die Leistung des Schuldners durch eine wertäquivalente Gegenleistung des Gläubigers ausgeglichen wird.²⁰⁵ Diese Wertungsgesichtspunkte passen auf einen (unternehmerischen) Gesellschafter-Gläubiger

¹⁹⁹ Letztlich ist auch der auf der Darlehensgewährung beruhende – erst durch die Insolvenzverschleppung ausgelöste – Schaden ein „mittelbarer“.

²⁰⁰ HK-Kreft, InsO, 4. Aufl. 2006, § 129 Rn. 36 ff.; Kübler/Prütting/Paulus, InsO, § 129 Rn. 20 ff.

²⁰¹ MünchKommInsO/Kirchhof, 2002, § 129 Rn. 122; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl. 2002, § 129 Rn. 127.

²⁰² K.Schmidt ZIP 1993, 161, 165.

²⁰³ Es handelt sich hier um eine Gläubigerbenachteiligung infolge Vermögensumschichtung, siehe hierzu Haas/Dittrich, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 8.18.

²⁰⁴ Nichts anderes gilt für die Insolvenzverschleppung. Auch hier werden an den außenstehenden das Darlehen ausreichenden Dritte (etwa die Bank) andere (Haftungs-)Anforderungen gestellt als an den Gesellschafter.

²⁰⁵ HK-Kreft, InsO, 4. Aufl. 2006, § 142 Rn. 2; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl. 2002, § 142 Rn. 2; Ehrlicke, in Bork (Hrsg) Handbuch des Anfechtungsrechts, 2006, Kap. 4 Rn. 37.

nicht.²⁰⁶ Letzterer bedarf nämlich zum einen im Hinblick auf seinen Wissens- und Informationsvorsprungs keines auf den Normalgläubiger zugeschnittenen Schutzes. Zum anderen ist der Gesellschafter-Gläubiger mit einem normalen (außenstehenden) Gläubiger schon insoweit nicht vergleichbar, als dem Gesellschafter – ganz anders als dem Gläubiger – aufgrund seiner Mitgliedschaft die Pflicht obliegt, mit Eintritt der Insolvenzkrise Einwirkungen auf das Gesellschaftsvermögen zum Nachteil der Gläubigergesamtheit zu unterlassen. Dann aber kann dem Gesellschafter – ganz anders als einem außenstehenden Gläubiger - nicht gestattet sein, in der Insolvenzkrise noch sanktionslos Austauschgeschäfte auf Kosten der Gläubigergesamtheit (und zu seinen Gunsten) vorzunehmen. Richtiger Ansicht nach folgt mithin aus dem Kriterium der „wirtschaftlichen Vergleichbarkeit“ dass „gläubigerschädigende“ Austauschgeschäfte ebenso zu behandeln sind wie „insolvenzverschleppende“ Kreditgeschäfte. Dies wiederum muss dann aber zu Folge haben, dass auch Mietzinszahlungen der Gesellschaft an den Gesellschafter im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E anfechtbar sind. Das dem so ist, sollte unbedingt klar gestellt werden; denn die jetzige Formulierung in der Begründung zum RegE ist mehr als missverständlich und wird zu endlosen Rechtsstreitigkeiten bis zum BGH Anlass geben.

b) Überlassung zur Nutzung für die Zeit nach Insolvenzeröffnung

Hinsichtlich der Zielrichtung eindeutig ist die Begründung zum RegE, was die aus der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung abgeleitete Pflicht des Gesellschafters anbelangt, den Gegenstand auch nach Insolvenzeröffnung der Gesellschaft unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen. Hier sollen – entsprechend den Vorstellungen des RegE - die bisherigen Regeln zum Kapitalersatzrecht durch die §§ 103 ff. InsO „ersetzt“ werden (siehe oben).²⁰⁷ Die hierfür gegebene Begründung überzeugt jedoch nicht.

²⁰⁶ *Haas/Dittrich* DStR 2001, 623, 629 f.; *dies*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 8.18; im Ergebnis auch *Schröder/Grau* ZInsO 2007, 353, 358.

²⁰⁷ Im geltenden Recht „überlagern“ die Regeln zum Kapitalersatzrecht die §§ 103 ff. InsO, siehe *Knof* ZInsO 2007, 125, 130.

aa) Keine Grundlage der kapitaleretzenden Nutzungsüberlassung im neuen Tatbestand?

Der Gesetzgeber folgert die Anwendung der §§ 103 ff. InsO ua daraus, dass die bisherige Rspr zu kapitaleretzenden Nutzungsüberlassungen im neuen Tatbestand des „Kapitalersatzrechts“ keine Grundlage mehr finde (siehe oben). Diese Annahme überrascht auf den ersten Blick; denn § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E übernimmt - in Bezug auf die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kapitalersatzrechts – nahezu wörtlich die bisherige Vorschrift in § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG. Dem gesetzlichen Nachrang unterliegen danach neben dem Rückzahlungsanspruch aus einem Darlehen auch *„Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“*. Zum bisherigen Recht ist jedoch die ganz hM davon ausgegangen, dass die Überlassung eines Gegenstands zur Nutzung einem Darlehen wirtschaftlich entspricht.²⁰⁸ Warum dies fortan nicht mehr so sein soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Dies gilt umso mehr bei einem Blick auf den neuen § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG-E. Soweit diese Bestimmung nämlich klarstellt, dass das Ausschüttungsverbot keine Anwendung finden soll auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens sowie auf *„Leistungen auf Forderungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen“* darf doch wohl davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechungsregeln künftig auch nicht mehr auf kapitaleretzende Nutzungsüberlassungen angewandt wissen will. Was jedoch im Zusammenhang mit § 30 Abs. 1 GmbHG-E *„wirtschaftlich einem Darlehen vergleichbar ist“*, muss es doch wohl auch im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG-E sein.

bb) Keine Grundlage der kapitaleretzenden Nutzungsüberlassung in den neuen Rechtsfolgen?

Mitunter wird die Ansicht vertreten, dass die bisherige Rspr zu kapitaleretzenden Nutzungsüberlassungen in der Neuregelung der Rechtsfolgen des „Kapitalersatzrechts“ keine Grundlage mehr finde. Mit der Abschaffung der Rechtsprechungsregeln – so die Behauptung - sei *„die einzig (dogmatisch allerdings zweifelhafte) Grundlage für eine solche künftige Überlassungspflicht“* entfallen.²⁰⁹ Dieser Ansicht wird man jedoch nur folgen können, wenn sich eine Überlassungspflicht zugunsten des Insolvenzverwalters in den Fällen der

²⁰⁸ Siehe GroßKommGmbHG/Habersack, 2006, §§ 32a/b Rn. 121 ff.

²⁰⁹ Bayer/Graff DStR 2006, 1654, 1659; siehe auch Noack DB 2006, 1475, 1481.

eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung allein auf die (künftig abgeschafften) Rechtsprechungsregeln stützen ließe.²¹⁰ Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Ausführungen in der Literatur zu der Frage, aus welchem Regelungskomplex (Novellenregelungen oder Rechtsprechungsregeln) sich nach bisherigem Recht die Überlassungspflicht des Gesellschafters in den Fällen der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung ableitet, sind nämlich mehr als widersprüchlich. Begehrt der Insolvenzverwalter die Rückgewähr des vormals vom Gesellschafter der Gesellschaft zur Nutzung überlassenen Gegenstands oder begehrt der Insolvenzverwalter Rückzahlung der an den Gesellschafter in der Krise geleisteten Miet- oder Pachtzinszahlungen, so kann dieses Verlangen nach geltendem Kapitalersatzrecht (unstreitig) sowohl auf die Rechtsprechungsregeln als auch auf § 135 InsO gestützt werden.²¹¹ Belässt der Gesellschafter hingegen den Gegenstand der Gesellschaft zur Nutzung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so wird mitunter behauptet, dass sich die Befugnis des Insolvenzverwalters, das Nutzungsrecht verwerten zu können, allein aus den Rechtsprechungsregeln ergebe.²¹² Der Aussonderungsanspruch des Gesellschafters nach § 47 S. 1 InsO werde nämlich – so die Begründung – in den Fällen der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung von den Folgen des Kapitalersatzrechts nicht berührt.²¹³ Insbesondere sei § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf den Herausgabeanspruch nicht anzuwenden.²¹⁴ Verweigern können soll der Insolvenzverwalter die Herausgabe des Gegenstands jedoch trotzdem, weil er – so diese Ansicht – dem Herausgabeverlangen des Gesellschafters über § 47 S. 2 InsO iVm § 986 Abs. 1 BGB das Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenhalten kann.²¹⁵

Diese Begründung ist mehr als fragwürdig; denn nach Insolvenzeröffnung findet das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG an sich keine Anwendung mehr. Dieses richtet sich nämlich allein an die Entscheidungsträger der Gesellschaft, nicht aber an den Insolvenzverwalter. Letztlich bedarf es aber des Umweges über § 47 S. 2 InsO iVm § 986 Abs. 2 BGB, iVm § 30 Abs. 1 GmbHG gar nicht, um eine (unentgeltliche) Überlassungspflicht des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft zu konstruieren. Ist nämlich die (auch nach Insolvenzantragstellung erfolgte) Rückgewähr des zur Nutzung überlassenen Ge-

²¹⁰ In diesem Sinne *Huber/Habersack* BB 2006, 1, 5; *Noack* DB 2006, 1475, 1481; *Bayer/Graff* DStR 2006, 1654, 1659; *Mülbert* WM 2006, 1977, 1980.

²¹¹ *GroßKommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 130; *Scholz/K.Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, 32b Rn. 139; *Michalski/Heidinger*, GmbHG, 2002, §§ 32a, 32b Rn. 281; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 70.

²¹² *GroßKommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 131.

²¹³ BGHZ 127, 1, 8 f.

²¹⁴ Unklar, *Michalski/Heidinger*, GmbHG, 2002, §§ 32a, 32b Rn. 281 und 285.

²¹⁵ *GroßKommGmbHG/Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 131; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 72.

genstands nach § 135 Nr. 2 InsO anfechtbar, so kann der Insolvenzverwalter diese Anfechtbarkeit auch dem Aussonderungsanspruch nach § 47 S. 1 InsO einredeweise nach § 146 Abs. 2 InsO entgegen halten.²¹⁶ Damit ist auch die Annahme, dass die Pflicht zur Nutzungsüberlassung in den (künftigen) Rechtsfolgen keine Grundlage mehr findet, widerlegt.

cc) Schutzlücken

Ungeachtet dessen, ob die künftigen Vorschriften zum Kapitalersatzrecht eine „Verhaftung“ des Nutzungsrechts für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung ermöglichen oder nicht, hat die Rechtsprechung zu den kapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen einen – unbestreitbaren – positiven Effekt. Sie sichert nämlich, dass nach Insolvenzeröffnung das Unternehmen als Einheit erhalten bleibt. Das gilt insbesondere für die in der Praxis häufigen Fälle der Betriebsaufspaltung,²¹⁷ an denen die Rspr zu kapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen entwickelt wurde. Hier verhindert nämlich die aus dem Kapitalersatzrecht folgende Überlassungspflicht, dass die Besitzgesellschaft in der Insolvenz der Betriebsgesellschaft die für die Fortführung und Sanierung des Unternehmens notwendigen Mittel aus der Betriebsgesellschaft herauszieht. Die §§ 103 ff InsO, die fortan an die Stelle des Kapitalersatzrechts treten sollen, haben nicht durchweg den Effekt, die Betriebsmittel des Unternehmens beisammen zu halten. Hat der Gesellschafter etwa der Gesellschaft die Betriebsmittel geliehen oder ohne zugrundeliegendes Verpflichtungsgeschäft einfach überlassen, so richtet sich die Rückabwicklung dieser „Verhältnisse“ in der Insolvenz nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Die §§ 103 ff. InsO greifen hier nicht. Dies kann nun aber dazu führen, dass dem Unternehmen für die Fortführung dringend benötigte Betriebsmittel entzogen werden. Ob und inwieweit man hier mithilfe der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht,²¹⁸ der gesellschaftsrechtlichen Nebenabrede,²¹⁹ der Finanzplanrechtsprechung²²⁰ oder aber der Anfechtung der Besitzübertragung zu angemessenen Ergebnissen kommen kann, ist völlig offen. Daher sollte sicher gestellt werden,

²¹⁶ Der Einwand nach § 146 Abs. 2 InsO richtet sich auch gegen Aussonderungsansprüche, siehe BGHZ 30, 238, 240; BK-*Haas*, § 146 InsO Rn. 19.

²¹⁷ *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2007, Rn. 106; GroßKommGmbHG/*Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 121; siehe auch *Haas/Dittrich*, in von Gerkan/Hommelhoff (Hrsg) Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 8.1.

²¹⁸ Ob es eine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der allein im Interesse der Gläubigergemeinschaft verwalteten Gesellschaft gibt, ist fraglich, siehe *Haas*, in FS Konzen, 2006, 157, 175 f.

²¹⁹ Siehe hierzu *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch. 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 322 ff.

²²⁰ Siehe hierzu GroßKommGmbHG/*Habersack*, 2006, §§ 32a/b Rn. 129; *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechtshandbuch. 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 524 ff.

dass der Insolvenzverwalter – und sei es entgeltlich – die für die Unternehmensfortführung notwendigen Betriebsmittel weiter nutzen kann.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die geplante Regelung in § 19 Abs. 2 S. 3 InsO-E, wonach Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus nicht mehr zu passivieren sind, ist ersatzlos zu streichen. Anderenfalls würde der Gesetzgeber Vorschub zur Insolvenzverschleppung und damit zu mehr masselosen Verfahren leisten, was im offensichtlichen Widerspruch zu den Reformzielen der InsO steht.
2. Die Billigkeitsprüfung in § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO sollte abgeschafft werden. Die Gewährung von PKH zugunsten des Insolvenzverwalters sollte allein unter dem Vorbehalt der allgemeinen Voraussetzungen des § 114 ZPO stehen. Nur so lässt sich der ursprünglich vom Gesetzgeber intendierte Zweck umsetzen, in Fällen illiquider Masse grundsätzlich PKH zu gewähren, damit die im öffentlichen Interesse liegende insolvenzrechtliche Haftungsordnung realisiert werden kann.
3. Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom GmbH-Recht in das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht führt zu einem zuständigkeitsrechtlichen Notstand; denn anders als Ansprüche aus Kapitalerhaltung oder im Zusammenhang mit dem Kapitalersatzrecht können Insolvenzanfechtungsansprüche nicht am Gerichtsstand der Mitgliedschaft (§ 22 ZPO) geltend gemacht werden. Dieser Missstand ist durch eine entsprechende Änderung des § 22 ZPO zu beseitigen.
4. Die Begrenzung der Anfechtungsfrist in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E auf ein Jahr vor Insolvenzantragstellung ist willkürlich und übersieht, dass in der (durch Gerichtsentscheidungen belegbaren) Praxis die Insolvenzeröffnung des Öfteren über längere Zeiträume verschleppt wird. Mit der Jahresfrist wird der Gläubigerschutz ohne Not und ohne sachliche Rechtfertigung unangemessen begrenzt. Es sollte daher klar gestellt werden, dass eine Anfechtung auch jenseits der Jahresfrist zulässig ist, wenn im Zeitpunkt der Rückzahlung die Gesellschaft insolvenzreif gewesen ist.
5. Welche Intentionen der Gesetzgeber mit der „Abschaffung der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“ verfolgt, ist nicht eindeutig. In jedem Fall muss klar gestellt

werden, dass auch Austauschgeschäfte – wie etwa die Miete – als „wirtschaftlich entsprechende“ Rechtshandlung iS der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E einzuordnen sind, mit der Folge, dass zumindest Zahlungen an den Gesellschafter binnen Jahresfrist vor Insolvenzantragstellung zu erstatten sind.

6. Die Begründung des Gesetzgebers, die Verhaftung des Nutzungsrechts ab Insolvenzeröffnung abzuschaffen, überzeugt nicht. In jedem Fall aber sollten die §§ 103 ff. InsO durch Vorschriften flankiert werden, die in den Fällen der Leihe bzw. tatsächlichen Gebrauchsüberlassung eine Betriebsfortführung nach Insolvenzeröffnung möglich machen.