

erzielen. Da der Treuhänder in der Regel – ähnlich wie ein Insolvenzverwalter – keine Garantien zu den Verhältnissen des Unternehmens abgeben wird, kann eine Sicherung der Käuferinteressen mit dem Ziel der Vereinbarung eines höheren Kaufpreises nur über Garantien der Altgesellschafter erreicht werden. Hier gilt, dass die Altgesellschafter nur dann zur Abgabe von Garantien bereit sein werden, wenn sie am erhöhten Kaufpreis partizipieren oder durch die vollständige Befriedigung der Banken aus einer persönlichen Haftung entlassen werden. ■

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Dr. Eike Knolle und Rechtsanwalt Dr. Michael Lojowsky*

Gesellschafterdarlehen und Zahlungsunfähigkeit

– Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9. 10. 2012 – II ZR 298/11, NZI 2012, 1009

Das Urteil des II. Zivilsenats stellt klar, dass fällige und ernsthaft eingeforderte Gesellschafterforderungen immer im Liquiditätsstatus einer Gesellschaft zu berücksichtigen sind und deshalb ohne Weiteres deren Zahlungsunfähigkeit (mit) auslösen können. Ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber solchen Gesellschafterforderungen besteht nicht. In seinem Urteil definiert der BGH darüber hinaus den Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbH dahingehend, dass er nur dann eröffnet ist, wenn die Zahlung an einen Gesellschafter (und nicht schon die Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter) die Zahlungsunfähigkeit verursacht.

I. Sachverhalt

Die Alleingesellschafterin der beklagten GmbH und ihr Ehemann gewährten der GmbH ein befristetes Darlehen. Der Ehemann klagte auf Hinterlegung des Darlehensbetrags zuzüglich Zinsen zu seinen Gunsten und zu Gunsten seiner Ehefrau, nachdem das Darlehen zur Rückzahlung fällig geworden war. Die beklagte GmbH verteidigte sich unter anderem mit dem Argument, dass die Rückzahlung zu ihrer Zahlungsunfähigkeit führen würde, so dass sie die Rückzahlung nach § 64 S. 3 GmbHG verweigern könne. Das OLG Koblenz hatte die Klage in der Berufungsinstanz mit dem Hinweis auf § 64 S. 3 GmbHG abgewiesen, der als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein zwingendes Zahlungsverbot statuiere und ein Leistungsverweigerungsrecht zu Gunsten der GmbH begründe.

II. Urteil

1. Kein Leistungsverweigerungsrecht gegen Gesellschafterforderungen

Entgegen der Ansicht des OLG Koblenz vertritt der BGH die Auffassung, dass fällige und ernsthaft eingeforderte Gesellschafterforderungen stets im Liquiditätsstatus der Gesellschaft zu berücksichtigen sind. Der Gesellschaft steht daher kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber Gesellschafterforderungen zu, selbst wenn deren Einstellung in den Liquiditätsstatus zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nach § 17 InsO führt, da diese Einrede eine Durchsetzungssperre

begründen würde. Die Durchsetzungssperre ihrerseits würde aber dazu führen, dass die Forderung gerade nicht in der Liquiditätsbilanz berücksichtigt werden müsste, was wiederum zur Folge haben könnte, dass unter Umständen keine Zahlungsunfähigkeit vorläge und damit keine Insolvenzantragspflicht bestünde. Der BGH zieht damit einen Schlussstrich unter einen Meinungsstreit, der seit Inkrafttreten des MoMiG in der Literatur geführt wurde¹ und zu gegensätzlichen Urteilen in der Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte führte². Damit gibt der BGH ausdrücklich seine ständige Rechtsprechung aus der Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG im Jahr 2008³ auf. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, dass keine ernstzunehmenden Schutzlücken entstünden oder durch die neuen Regelungen im Anfechtungsrecht geschlossen würden.

2. Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG

Der BGH hält den Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbH entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift nur dann für eröffnet, wenn eine Zahlung der Gesellschaft an einen Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit verursacht. Die Vertiefung einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit fällt nach Ansicht des BGH hingegen nicht in den Tatbestand. Wenn die Gesellschaft also unter Einschluss fälliger und ernsthaft eingeforderter Gesellschafterforderungen bereits zahlungsunfähig i. S. des § 17 InsO ist, so haftet der Geschäftsführer bei einer dennoch geleisteten Zahlung an Gesellschafter schon nach § 64 S. 1 GmbHG. Für § 64 S. 3 GmbH ist in diesem (Regel-)Fall kein Platz.

Wenn hingegen ausnahmsweise einmal die Zahlung selbst erst die Zahlungsunfähigkeit auslöst, soll der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Gesellschafter zustehen. Nach Ansicht des BGH sollen die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG und das damit verbundene Zahlungsverbot der Gefahr vorbeugen, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit Mittel von den Gesellschaftern entnommen werden. Dieses Ziel könne nur erreicht werden, wenn die Gesellschaft den Mittelabfluss verweigern kann und der Geschäftsführer nicht den Mittelabfluss unter Inkaufnahme einer eigenen Haftung bewirken muss. Folgerichtig sei der Geschäftsführer insoweit auch nicht an Weisungen der Gesellschafter gebunden. Das über § 64 S. 3 GmbHG begründete Leistungsverweigerungsrecht bestehe unabhängig von sonstigen gegebenenfalls einschlägigen Leistungsverweigerungsrechten wie z. B. in Fällen der Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB. Es entfalle erst wieder, wenn die Gesellschaft der drohenden Zahlungsunfähigkeit begegnen könne und saniert werde.

III. Anmerkung

Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass Gesellschaften gegenüber fälligen und ernsthaft eingeforderten Gesellschafterforderungen kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Das vor Inkrafttreten des MoMiG von der Rechtsprechung gewährte

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater, Frankfurt a. M.

- 1 Pro Leistungsverweigerungsrecht z. B. Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. (2010), § 64 Rdnrn. 77, 91; Spliedt, ZIP 2009, 149 (160); Hölzle, GmbHR 2007, 729 (732); Greulich/Rau, NZG 2008, 284 (287); Dahl/Schmitz, NZG 2009, 567 (569); contra Leistungsverweigerungsrecht z. B. Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. (2010), § 64 Rdnr. 107; Scholz/Westermann, GmbHG, 10. Aufl. (2006), Nachtrag MoMiG § 30 Nr. 16; wohl auch Rotb/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. (2012), § 64 Rdnrn. 72 ff.
- 2 Pro Leistungsverweigerungsrecht OLG Koblenz in der Berufungsinstanz, Urt. v. 19. 9. 2011 – 12 U 246/10, BeckRS 2012, 23886; LG Berlin, Beschl. v. 16. 12. 2009 – 100 O 75/09, BeckRS 2010, 03522; contra Leistungsverweigerungsrecht OLG München, Urt. v. 6. 5. 2010 – 23 U 1564/10, BeckRS 2010, 11595; OLG München, Urt. v. 22. 10. 2010 – 7 U 4960/07, BeckRS 2011, 01437.
- 3 Z. B. BGHZ 31, 258 (268 ff.) = NJW 1960, 285; BGHZ 76, 326 (328 ff.) = NJW 1980, 1524; BGHZ 90, 370 (376 ff.) = NJW 1984, 1891.

Leistungsverweigerungsrecht gründete sich auf die Rechtsfigur des Eigenkapitalersatzes, die der Gesetzgeber durch die vom MoMiG bewirkten Änderungen im Insolvenz- und Gesellschaftsrecht ausdrücklich beseitigt hat. In den gesetzlichen Regelungen findet sich kein Anhaltspunkt mehr für ein solches Leistungsverweigerungsrecht. Es folgt insbesondere nicht aus § 64 S. 1 oder S. 3 GmbHG, die als Rechtsfolge ausdrücklich nur die Haftung des Geschäftsführers vorsehen. Zwar wäre es aus Sicht des Geschäftsführers einer insolvenzbedrohten Gesellschaft angenehm, eine Einwendung gegen Zahlungsansprüche von Gesellschaftern zu haben und so den Gang zum Insolvenzgericht vermeiden zu können. Die Intention des Gesetzgebers geht aber gerade dahin, den Geschäftsführer zu einem möglichst frühzeitigen Insolvenzantrag zu zwingen, um im Insolvenzverfahren bessere Sanierungschancen zu haben.

Dem *BGH* ist auch in der Definition des – nur sehr kleinen – Anwendungsbereichs des § 64 S. 3 GmbHG zuzustimmen. Wenn schon die fällige Verbindlichkeit gegenüber einem Gesellschafter zur Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO führt, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Gesellschaft ihre Verbindlichkeit tatsächlich bezahlt. Die Zahlung auf eine fällige Gesellschafterforderung führt zu einer Bilanzverkürzung, und zwar nicht nur im handelsrechtlichen Sinne, sondern auch im Liquiditätsstatus. Das heißt, dass der absolute Fehlbetrag, um den die fälligen Zahlungspflichten die liquiden Mittel der Gesellschaft übersteigen, nach der Zahlung an den Gesellschafter genauso groß ist wie vor der Zahlung. Der Einfluss der Zahlung auf den Status der Zahlungsunfähigkeit ist deshalb zu vernachlässigen, so dass für eine Ausweitung des Tatbestands des § 64 S. 3 GmbHG über seinen Wortlaut hinaus kein Anlass besteht.

In der Praxis wird deshalb eine Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen können. Der *BGH* stellt insoweit zwei Konstellationen vor, die in den Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG fallen können: erstens Zahlungen an Gesellschafter, die auf nicht bestehende oder nicht fällige Verbindlichkeiten geleistet werden. Zweitens könnten Drittgläubiger ihre Stundungen davon abhängig gemacht haben, dass auch die Gesellschafter keine Zahlungen erhalten. Zahlt nun die Gesellschaft dennoch an einen Gesellschafter, so entfällt die Stundung, und die Gesellschaft würde zahlungsunfähig. In diesen Fällen verursacht ausnahmsweise einmal nicht bereits eine Zahlungspflicht die Zahlungsunfähigkeit i. S. des § 17 InsO, sondern erst die Zahlung selbst.

Die Gewährung eines Leistungsverweigerungsrechts für den verbleibenden kleinen Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG ist im Ergebnis zu begrüßen. Die dogmatische Herleitung des *BGH* erscheint indes angreifbar. Nach dem Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG trifft den Geschäftsführer bei Zahlungen an Gesellschafter, welche die Zahlungsunfähigkeit auslösen, „die gleiche Verpflichtung“ wie aus § 64 S. 1 GmbHG. Aus § 64 S. 1 GmbHG folgt jedoch gerade kein Leistungsverweigerungsrecht, wie der *BGH* selbst in dem Urteil zutreffend feststellt. Deshalb ist nicht recht nachvollziehbar, weshalb aus § 64 S. 3 GmbHG trotz des eindeutigen Wortlauts („die gleiche Verpflichtung“) eine andere – nämlich zusätzliche – Rechtsfolge in Form eines Leistungsverweigerungsrechts folgen soll. Der *BGH* wäre wahrscheinlich besser gefahren, wenn er sich auf den Gesichtspunkt der ansonsten eintretenden Pflichtenkollision des Geschäftsführers beschränkt hätte. Mit diesem Kriterium lassen sich alle denkbaren Fallkonstellationen interessengerecht lösen. Wenn der Geschäftsführer z. B. Zahlungen an Gesellschafter veranlasst, die noch nicht fällig sind, bedarf es keines aus § 64 S. 3 GmbHG abgeleiteten Leistungsverweigerungsrechts, weil dieses schon aus der man-

gelnden Fälligkeit resultiert. Der Geschäftsführer würde der Gesellschaft in diesem Fall aber aus § 64 S. 3 GmbHG auf Ersatz der an den Gesellschafter geleisteten Zahlung haften, wenn diese Zahlung die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt hat. Wenn es sich hingegen um eine fällige und ernsthaft eingeforderte Gesellschafterforderung handelt, die nur im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren (z. B. entsprechender auflösender Bedingungen bei Stundungen sonstiger Gläubiger) die Zahlungsunfähigkeit begründen würde, bestünde für den Geschäftsführer eine Pflichtenkollision: Einerseits wäre die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter zur Zahlung verpflichtet, andererseits würde sich der Geschäftsführer im Falle der Zahlung nach § 64 S. 3 GmbHG haftbar machen. In diesem Fall muss der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, um den Geschäftsführer vor einer anderenfalls bestehenden Pflichtenkollision zu schützen. Allerdings ist nochmals zu betonen, dass der Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG nur sehr klein ist und dem auf diese Regelung beschränkten Leistungsverweigerungsrecht unabhängig von seiner dogmatischen Herleitung deshalb nur eine geringe praktische Bedeutung zukommen wird.

IV. Fazit

Der *BGH* hat für erfreuliche Rechtssicherheit gesorgt. Für die Praxis steht nun fest, dass fällige und ernsthaft eingeforderte Zahlungspflichten gegenüber Gesellschaftern stets im Liquiditätsstatus zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO zu berücksichtigen sind. Der insolvenzbedrohten Gesellschaft steht insoweit kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber Gesellschaftern zu. Klar ist nach dem Urteil auch, dass die in der Literatur viel diskutierte Vorschrift der § 64 S. 3 GmbHG und die aktienrechtliche Parallelvorschrift des § 92 II 3 AktG nur einen minimalen Anwendungsbereich haben. Nur wenige Ausnahmefälle werden so gelagert sein, dass nicht schon die Zahlungspflicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, sondern erst die Zahlung selbst. In diesen Ausnahmefällen – und nur in diesen – steht der Gesellschaft zwecks Vermeidung einer sonst für den Geschäftsführer bestehenden Pflichtenkollision ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Zahlungsverlangen des Gesellschafters zu. ■

Aktuelles Sozialrecht

Professor Dr. Andreas Rein, Ludwigshafen

Aktuelle sozialrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz

– Juli bis Dezember 2012

I. Rechtsweg für Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters gegen gesetzliche Krankenkasse

Mit Beschluss vom 4. 4. 2012 (B 12 SF 1/10 R, NZI 2013, 197 [unter R 9 in diesem Heft]) hat das BSG entschieden, dass für die Klage eines Insolvenzverwalters gegen eine Krankenkasse, mit der er gem. § 1 I 1 IFG Auskunft über die vom Schuldner an die Krankenkasse abgeführten Sozialversicherungsbeiträge geltend macht, gem. § 40 I 1 VwGO