

"Eigenkapitalersatz": Der lange Schatten aufgehobenen Rechts

Zum Urteil des BGH vom 26.01.2009 – II ZR 260/07, DB 2009, 670 - „Gut Buschow“

Blickt man heute auf der Suche nach den §§ 32a, 32b GmbHG in einen aktuell gehaltenen Schönfelder, so findet man bei diesen Vorschriften die Bemerkung „aufgehoben“. Das am 1. November 2008 in Kraft getretene MoMiG hat das praktisch wichtige Eigenkapitalersatzrecht aus dem GmbHG entfernt und in modifizierter Form in das Insolvenzrecht überführt. Zugleich hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung mit § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG verboten, ihre auf die §§ 30 f. GmbHG gestützten „Rechtsprechungsregeln“ weiter anzuwenden. Man könnte daher meinen, das GmbH-Eigenkapitalersatzrecht habe seinen Platz in der Rechtsgeschichte gefunden. Der vom BGH aktuell entschiedene Fall „Gut Buschow“ zeigt jedoch, dass diese Einschätzung nicht zutrifft.

Zum Sachverhalt: Im Jahr 1999 hatte eine später insolvent gewordene GmbH unter verlängertem Eigentumsvorbehalt Vieh gekauft. Die Gesellschaft hatte zudem über die Kaufpreisforderung einen Wechsel akzeptiert. Der GmbH-Gesellschaftergeschäftsführer verbürgte sich für die Wechselforderung als Wechselbürge (Art. 30 ff. WG). Von dieser Verpflichtung wurde er deshalb wieder frei, weil er im März 2000 unter Umgehung der inzwischen in der Krise befindlichen GmbH aus den Erlösen des Weiterverkaufs des Viehs deren Wechsel- und Kaufpreisschuld tilgte. Am Tag darauf stellte die GmbH (Eigen-)Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Verfahren wurde Anfang Juni 2000 eröffnet. Der Insolvenzverwalter verklagte im Jahr 2002 den GmbH-Gesellschafter auf Erstattung im Umfang der Wechselforderung. In den ersten beiden Instanzen hatte er keinen Erfolg. Der Senat hob das Berufungsurteil auf und verwies zurück.

Grund hierfür war, dass das Berufungsgericht sowohl die Novellen- (§§ 32a, 32b GmbHG) als auch die Rechtsprechungsregeln (§§ 30 f. GmbHG analog) mit der Erwägung beiseite geschoben hatte, es habe sich bei dem Viehkauf, der Wechselbegebung und der Wechselbürgschaft um ein „branchenübliches Austauschgeschäft“ gehandelt, das eigenkapitalersatzrechtlich unbedenklich sei. Das sah der Senat anders: Er bejahte einen Rückzahlungsanspruch der GmbH sowohl nach den §§ 32b Abs. 1, 32a Abs. 2, 3 GmbHG als auch – nach den Rechtsprechungsregeln – analog § 31 Abs. 1 GmbHG. Der GmbH-Gesellschafter war nämlich durch die Tilgung der Schuld aus gebundenem Vermögen der GmbH von seiner vorrangigen Sicherungspflicht aus der Wechselbürgschaft befreit worden.

Der hier zu referierende, dogmatische Kern des Falls war erst durch die lange Prozessdauer entstanden: Zum 1. November 2008 ist, wie bereits erwähnt, das MoMiG in Kraft getreten und hat das GmbH-Eigenkapitalersatzrecht abgeschafft. Wäre das auch für den Streitfall beachtlich gewesen, so hätte das Berufungsgericht, das noch im Jahr 2007 entschieden hatte, im Ergebnis doch recht gehabt. Die Revision wäre dann unbegründet gewesen, § 561 ZPO (so Hirte/Knof/Mock NZG 2009, 48, 49). Dem Rechtsempfinden des Senats entsprach das zu Recht nicht. Allerdings tat er sich mit der Herleitung des als richtig empfundenen Ergebnisses (Ausschluss der Rückwirkung) schwer. Der Gesetzgeber hat nämlich an der falschen Stelle gespart: Obwohl die Frage der intertemporalen Geltung des GmbH-Eigenkapitalersatzrechts ein wichtiges Regelungsthema ist und mit dem eingehend diskutierten MoMiG eigens ein Einführungsgesetz zum GmbH-Gesetz geschaffen wurde, das in § 3 Übergangsregelungen enthält, findet sich im EGGmbHG hierzu nichts.

Der Senat wurde aber im Insolvenzrecht, nämlich in Art. 103d EGlInsO, fündig. Dort ist in Satz 1 bestimmt, dass auf die vor dem Inkrafttreten des MoMiG eröffneten Insolvenzverfahren die „bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften“ weiter Anwendung finden. Dabei mag der Gesetzgeber in erster Linie an die Vorschriften der InsO gedacht haben (Holzer ZIP 2009, 206, 207). Der Wortlaut der Vorschrift lässt es jedoch zu, auch die §§ 32a, 32b GmbHG a.F. darunter zu fassen. Schwieriger war es, das gleiche Ergebnis für die „Rechtsprechungsregeln“ zu begründen. Allerdings sind diese Regeln keine freie richterliche Rechtsfortbildung. Sie beruhen auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 30 f. GmbHG. Das hielt der Senat für ausreichend, um Art. 103d Satz 1 EGlInsO anzuwenden. Hilfsweise für den Fall, dass man dies anders sehen sollte, folge das gleiche Ergebnis □ so der Senat □ aus den „allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts“. Danach untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt.

Der Grundsatz wird in Rechtsprechung und Schrifttum verbreitet befürwortet. Es gibt namentlich im EGBGB Überleitungsvorschriften, welche die Fortwirkung des alten Rechts in diesem Sinne regeln (z. B. Art. 170, Art. 229 § 5 Satz 1 sowie Art. 232 § 1 EGBGB). Gerade aus diesem Grund kann aber auch die Frage gestellt werden, weshalb diese Vorschriften überhaupt nötig waren, wenn die von dem Senat herangezogenen „allgemeinen Grundsätze“ fest gefügt wären. Zudem gibt es auch Gegenbeispiele (z. B. Art. 171 und 173 EGBGB), selbst im neuen EGGmbHG (siehe dort § 3 Abs. 4). Trotz dieser Unsicherheit ist dem Senat jedoch deshalb zuzustimmen, weil eine „rückwirkende“ Abschaffung des GmbH-Eigenkapitalersatzrechts, wie der Fall beispielhaft zeigt, einen schwerwiegenden Eingriff in bereits seit Jahren bestehende Schuldverhältnisse bedeutet hätte. Ein solcher Eingriff erscheint allenfalls dann legitim, wenn der Gesetzgeber ihn ausdrücklich anordnet (jüngst auch Thüringer OLG, Urt. v. 18.03.2009 □ 6 U 761/07, DStR 2009, 651). Ob eine solche rückwirkende Überleitungsvorschrift verfassungsrechtlich Bestand hätte, ist ein anderes Thema (zweifeln Goette DStR 2009, 702; ders. GWR 2009, 1, 2).

Welche Folgen hat das hier referierte Urteil für den Praktiker? Er muss □ wieder einmal □ neues Recht lernen, darf aber das alte Recht nicht vergessen. Gerade im Prozessgeschäft werden Fälle, auf die noch das „alte“ Eigenkapitalersatzrecht vor dem MoMiG anzuwenden ist, auf Jahre hinaus aufzuarbeiten sein. Es ist daher künftig zunächst zu prüfen und streng danach zu unterscheiden, ob es sich um einen „Altfall“ oder um einen „Neufall“ handelt. Ferner hat der Praktiker zu beachten, dass die Fortgeltung des bisherigen Eigenkapitalersatzrechts für Altfälle zu einer Zweispurigkeit der Rechtsfortbildung auf der Ebene des Bundesgerichtshofs führt: Für die Entscheidung der Altfälle, die in die Revisionsinstanz gelangen, wird weiterhin der II. Zivilsenat zuständig bleiben. Für die Anwendung des neuen, insolvenzrechtlich verorteten Rechts der Gesellschafterfinanzierung ist demgegenüber der IX. Zivilsenat zuständig. Der Gesellschaftsrechtler wird künftig die Urteile dieses Senats mit mehr Aufmerksamkeit zu verfolgen haben als bisher, ohne die Urteile des II. Zivilsenats zu vernachlässigen. Zum Glück sind in der eingangs erwähnten Textsammlung die §§ 32a, 32b GmbHG nicht völlig verschwunden, sondern vorausschauend in die Fußnoten verschoben worden. Auch bei Gesetzen muss man heute auf das Kleingedruckte achten.

RA(BGH) und StB Dr. Erich Waclawik, Karlsruhe