

Redaktion

Rechtsanwältin
Dr. Karen Kuder,
Frankfurt a. M.

Rechtsanwalt
Dr. Andreas Lange,
Frankfurt a. M.

Redaktionsbeirat

Rechtsanwalt
Thorsten Höche,
Berlin

Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder,
Tübingen

Vizepräsident des BGH
Prof. Dr. Jürgen Ellenberger,
Karlsruhe

Rechtsanwältin
Dr. Anna Heidelberg,
Frankfurt a. M.

Richterin am BGH
Ilse Lohmann,
Karlsruhe

Prof. Dr. Peter O. Mülbert,
Mainz

Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht

Aus dem Inhalt

Bankrecht und Kreditsicherungsrecht

Seite 353

Einordnung der Vereinbarung von Verwarentgelten für Kontoguthaben auf Girokonten als Preishauptabrede und AGB-rechtliche Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung
OLG Düsseldorf 30.03.2023 – I-20 U 16/22 (WM 2023, 1266)
RA Tony Beyer, Berlin

Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Seite 369

Anwendbarkeit der Dolo-agit-Einrede gegen Ansprüche auf Erstattung eigenkapitalersetzender Darlehen
BGH 18.04.2023 – II ZR 37/22 (WM 2023, 1374)
RA Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.), München

Prozessrecht

Seite 385

Rechtsbeschwerde im Kapitalanleger-Musterverfahren;
Beschwer als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung
BGH 13.09.2022 – XI ZB 13/21 (WM 2023, 1370)
RA Dr. Ferdinand Kruis, München

Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Seite 389

Scheinbarer Zahlungsdienstleister erbringt erlaubnispflichtigen Zahlungsdienst
BGH 28.02.2023 – 2 StR 371/22 (WM 2023, 1313)
RA Dr. Christopher Danwerth, LL.M., Berlin

Amtl. Leitsatz

Der Gesellschafter kann gegen die Inanspruchnahme aus einem vor dem 1. November 2008 entstandenen Erstattungsanspruch nach den sog. Rechtsprechungsregeln entsprechend §§ 30, 31 GmbHG in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung gemäß § 242 BGB einwenden, dass das zu Erstattende im Hinblick auf einen Darlehensrückzahlungsanspruch gleich wieder zurückzugewähren wäre.

B G H, Beschluss vom 18. April 2023
(II ZR 37/22, Zweibrücken) – WM 2023, 1374

An der Klägerin, einer GmbH, waren der vormalige Erstbeklagte M. mit 55 % und dessen drei Töchter, die nach dem Tod M. am 19.2.2019 mit dessen Ehefrau als Erbinnen in den Prozess eingetreten sind, mit 45 % des Stammkapitals beteiligt. M. war von 1996 bis zum 29.11.2005 zudem alleiniger, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der Klägerin. Zwischen 1997 und 2005 veranlasste M. über Verrechnungskonten („passive Bestandskonten“) Auszahlungen der Klägerin an ihn in Höhe von insgesamt 541.603,56 € und an die Beklagte zu 2 in Höhe von 209.577,79 €. Die Klägerin behauptet, mit Ausnahme zweier Teilrückzahlungen habe es sich bei den Auszahlungen um willkürliche Entnahmen gehandelt. Selbst wenn den Auszahlungen entsprechend der Behauptung der Beklagten Darlehen in übersteigender Höhe vorausgegangen sein sollten, handele es sich um verbotene Zahlungen im Sinne des § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung, weil zum Zeitpunkt der jeweiligen Auszahlung eine ihre Höhe übersteigende Unterbilanz bestanden habe, was M. bewusst gewesen sei. Sie verlangt von den Erbinnen M. insbesondere die Rückzahlung der an diesen geleisteten Zahlungen, von den Beklagten als Gesamtschuldner die Erstattung der an die Beklagte zu 2 geleisteten Zahlungen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage unter Zurückweisung des weiter-

gehenden Rechtsmittels nur hinsichtlich der Zinsen und Kosten teilweise stattgegeben. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin wendet sich gegen die Zurückweisung der Berufung, soweit hinsichtlich der verfolgten Erstattungsansprüche zu ihrem Nachteil entschieden wurde.

Aus den Gründen

II. [5] Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen. Die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg und Zulassungsgründe liegen nicht vor (§ 552a ZPO).

[6] 1. Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, zur Begründung ausgeführt:

[7] Bei den an M. und die Beklagte zu 2 geleisteten Zahlungen habe es sich sämtlich um Rückzahlungen auf von diesen gewährten Darlehen gehandelt. Die Verrechnungskonten hätten stets einen Saldo zu Gunsten des Zahlungsempfängers aufgewiesen, der bis Ende 2005 nicht auf null reduziert gewesen sei.

[8] Ein Anspruch auf Zahlung von 541.603,56 € (Antrag zu 1) sei entstanden und nicht wieder entfallen, aber nicht mehr durchsetzbar. Die Anspruchsverfolgung sei treuwidrig, weil dasjenige, was der Klägerin zu erstatten sei, auf der Stelle wieder zurückgegeben werden müsste. Außerhalb des Insolvenzverfahrens, das über das Vermögen der Klägerin zu keinem Zeitpunkt eröffnet worden sei, stehe einem Gesellschafter und Darlehensgeber seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1. November 2008 ein uneingeschränkt durchsetzbarer Erfüllungsanspruch aus dem der Auszahlung zugrundeliegenden Kausalgeschäft zu. Die Darlehen seien durch M. stillschweigend gekündigt worden. Dies sei zwar mit zu kurzer Frist erfolgt, die Fälligkeit sei aber mit Inkrafttreten des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG am 1. November 2008 eingetreten. Die Darlehensrückzahlungsansprüche bestünden dem Erstattungsanspruch gegenüberstehend fort.

[9] Die Klägerin könne weder von den Beklagten zu 1 a) bis d) als Rechtsnachfolgerinnen des verstorbenen M. noch von den Beklagten zu 2 und 3 Zahlung von 50.000 € ver-

langen ... M. sei durch die Auszahlung zwar nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG schadensersatzpflichtig geworden, die Rechtswidrigkeit der erfolgten Rückzahlung sei aber mit Inkrafttreten von § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG am 1.11.2008 ex nunc entfallen, so dass seit diesem Zeitpunkt auch ein Auszahlungsschaden nicht mehr bestehe bzw. zugunsten M. bzw. seiner Rechtsnachfolgerinnen der erhobene Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zum Tragen komme ...

[11] 2. Ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts ...

[21] 3. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg

...
[29] d) Die Revision hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

[30] aa) Ob der Gesellschafter seiner Inanspruchnahme wegen eines vor dem 1. November 2008 entstandenen Erstattungsanspruchs nach den sog. Rechtsprechungsregeln entsprechend §§ 30, 31 GmbHG a.F. den Dolo-agit-Einwand aus § 242 BGB entgegenhalten kann, ist allerdings umstritten.

[31] (1) Teilweise wird vertreten, gegen einen nach altem Recht entstandenen Anspruch auf Rückgewähr eines eigenkapitalersetzenden Darlehens könne entsprechend § 19 Abs. 2 GmbHG weder die Aufrechnung erklärt werden noch sei der Einwand eröffnet, dass das zu Leistende im Hinblick auf den Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens unmittelbar wieder zurückzugewähren sei. Ein nach altem Recht entstandener Anspruch unterliege weiterhin besonderen Bindungen, daran habe § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG nichts geändert (HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl., § 39 Rdn. 36; *Kleindiek*, in: Festschr. Hopt, 2010, S. 941, 950; *Lorenz*, GmbHR 2009, 135, 136f.) ...

[32] (2) Demgegenüber wird mit unterschiedlicher Begründung angenommen, der Gesellschafter könne im Hinblick auf den Darlehensrückzahlungsanspruch gegen das Erstattungsverlangen den Dolo-agit-Einwand erheben (*Orlowski-Wolf*, GmbHR 2009, 902, 907; *Rellermeyer/Gröbblinghoff*, ZIP 2009, 1933, 1935f.; *Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1366; *Clemens*, Das neue Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, 2012, S. 170; MünchHdbGesR III/*Gummert*, 5. Aufl., § 52 Rdn. 9; *Ulbrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, 2011, S. 222; *Michalski/Dahl*, GmbHG, 2. Aufl., Anh. II §§ 32a, 32b a.F. Rdn. 63; schon den Erstattungsan-

spruch nach Ablauf einer Jahresfrist verneinend: *Büscher*, GmbHR 2009, 800, 803) ...

[33] bb) Das Berufungsgericht hat sich zu Recht der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen. Der Gesellschafter kann gegen die Inanspruchnahme aus einem vor dem 1. November 2008 entstandenen Erstattungsanspruch nach den sog. Rechtsprechungsregeln entsprechend §§ 30, 31 GmbHG a.F. gemäß § 242 BGB einwenden, dass das zu Erstattende im Hinblick auf einen Darlehensrückzahlungsanspruch gleich wieder zurückzugewähren wäre (*dolo agit, qui petit quod statim redditurus est*).

[34] (1) Nach der Rechtsprechung des Senats kann einem auf § 31 Abs. 1 GmbHG a.F. gestützten Erstattungsanspruch allerdings eine Gegenforderung nicht im Wege der Aufrechnung oder der Erhebung des Dolo-agit-Einwands entgegenhalten werden, denn das widerspräche dem Gebot der realen Kapital(wieder)aufbringung. § 31 GmbHG gebietet dem Empfänger der verbotenen Auszahlung, mit der einzigen Ausnahme des in seinem Absatz 2 geregelten Falls, uneingeschränkt die Rückzahlung des Betrags an die Gesellschaft. Es ist den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung nach Maßgabe der inneren Verhältnisse der Gesellschaft und etwa bestehender Verpflichtungen zu entscheiden (... BGHZ 144, 336, 342 = WM 2000, 1445; ... BGHZ 173, 1 = WM 2007, 1700 Rdn. 17).

[35] (2) Diese Grundsätze gelten für einen vor dem 1. November 2008 entstandenen Erstattungsanspruch nach den sog. Rechtsprechungsregeln entsprechend §§ 30, 31 GmbHG a.F. nach dem Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr, weil der Gläubigerschutz ab dem 1. November 2008 nicht mehr durch das Gebot der realen Kapital(wieder)aufbringung realisiert wird, sondern durch § 39 Abs. 1 Nr. 5, §§ 44a, 135 InsO.

[36] (a) Nach den aus §§ 30, 31 GmbHG a.F. hergeleiteten Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz wurde ein Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft wie haftendes Eigenkapital und nicht als rückzahlbares Darlehen behandelt. Daraus folgte für die Dauer der Gesellschaftskrise das Verbot, das Darlehen an den Gesellschafter zurückzuzahlen. Gleichwohl erhaltene (verbundene) Darlehenstilgungen hatte der Gesellschafter der Gesellschaft zu erstatten (... BGHZ 76, 326, 328 ff. = WM 1980, 589; ... BGHZ 90, 370, 376 ff. = WM 1984, 652). Nach § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG in der Fassung des MoMiG vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 2026) wird § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht mehr auf die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen ange-

wandt. Als Ausgleich für den Verzicht auf das Rechtsinstitut des Kapitalersatzes wurden zur Vermeidung von Schutzlücken die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. in das Insolvenzrecht verlagert und insbesondere § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgeweitet. Bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen wird nunmehr generell auf das Merkmal „kapitalersetzend“ verzichtet und jedes Gesellschafterdarlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterworfen. In Konsequenz dieser Änderung wird durch eine Verschärfung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Rückgewähr jedes – und nicht nur eines kapitalersetzenden – Gesellschafterdarlehens durch die Gesellschaft binnen eines Jahres vor Antragstellung von der Insolvenzanfechtung erfasst, ohne dass wie früher das Erfordernis einer Gesellschaftskrise hinzutreten muss (... BGHZ 196, 220 = WM 2013, 568 Rdn. 10; Urteil vom 12. Dezember 2019 = WM 2020, 279 = ZIP 2020, 280 Rdn. 26). Demgegenüber kann die Rückzahlung eines zuvor eigenkapitalersetzenden Darlehens nach dem Wegfall der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz am 1. November 2008 durch einen Gesellschafter und erst recht durch gesellschaftsfremde Dritte durchgesetzt werden (BGH ... WM 2012, 78 = ZIP 2012, 86 Rdn. 11; ... BGHZ 195, 42 = WM 2012, 2286 Rdn. 15; ... WM 2013, 2268 ... Rdn. 30).

[37] (b) Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt, Art. 170, 229 § 5, Art. 232 § 1 EGBGB analog, es sei denn, dem neuen Recht kann im Wege der Auslegung entnommen werden, dass es auch für bestehende Schuldverhältnisse Geltung erlangen soll (RGZ 47, 103, 104; 66, 409, 411; ... BGHZ 44, 192, 194 = WM 1965, 1190). Der vor dem 1. November 2008 entstandene Erstattungsanspruch unterliegt danach nicht mehr dem für Erstattungsansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG vorgesehenen Gläubigerschutz.

[38] Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine rückwirkende Anwendung von § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG auf in der Vergangenheit liegende „Auszahlungen“ im Sinn der Rechtsprechungsregeln allerdings ausgeschlossen, weil sich diese nicht im Wege der Auslegung aus den Zielen des MoMiG oder systematischen Erwägungen ableiten lässt (... BGHZ 179, 249 = WM 2009, 609 Rdn. 20 f. – Gut Buschow). Es besteht aber kein Bedürfnis, den fortbestehenden Erstattungsanspruch der Gesellschaft neben den nach neuem Recht vorgesehenen Schutzmechanismen zusätzlich den Grundsätzen des GmbHG über die Kapitaler-

haltung zu unterstellen. Die Gesellschaft ist der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme nicht ausgesetzt ... Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG zum Ausdruck gebracht, dass der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens frei von ... Beschränkungen verfolgt werden können soll (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BT-Drucks. 16/6140, S. 42).

[39] Dieses Verständnis entspricht auch den Wertungen der Überleitungsvorschrift für die Anwendung des seit dem 1. November 2008 geltenden Rechts. Art. 103d Satz 2 InsO ist nach Art einer Meistbegünstigung so auszulegen, dass in einem nach dem 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren ein Anfechtungssachverhalt, der eine vor diesem Zeitpunkt vorgenommene Rechtshandlung betrifft, zeitlich unbegrenzt nach altem wie auch nach neuem Recht zu beurteilen ist (... BGHZ 221, 100 = WM 2019, 650 Rdn. 32). Dem widerspräche es, wenn ein vor dem 1. November 2008 entstandener Erstattungsanspruch außerhalb eines Insolvenzverfahrens stets den strengeren gläubigerschützenden Regeln unterworfen wäre ...

Anmerkung

Mit seinem Beschluss vom 18.4.2023 nimmt der BGH umfassend zur Rechtslage bei der Rückgewähr sog. (nach alter Rechtslage) „eigenkapitalersetzender“ Gesellschafterdarlehen Stellung. Insbesondere bestätigt er die lange umstrittene Anwendbarkeit der Dolo-agit-Einrede gegen vor Neufassung des § 30 Abs. 1 GmbHG entstandene Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft.

Teilweise wurde für solche Ansprüche bisher vertreten, das Recht, welches im Zeitpunkt der Rückgewähr durch die Gesellschaft galt, sei maßgeblich (vgl. Lorenz, GmbHR 2009, 135, 136 f.). Der nach altem Recht entstandene Erstattungsanspruch sei daher nach dem Sinn und Zweck des alten Kapitalersatzrechts zu bewerten und müsse deshalb ungeschmälert zur Verfügung stehen (vgl. Felke, GmbHR 2009, 260). Auch eine Rückwirkung habe der Gesetzgeber gerade nicht angeordnet (vgl. Haas, DStR 2009, 976). Deshalb sei weiterhin die von der Rechtsprechung hinsichtlich der vor dem 1.11.2008 geltenden Rechtslage angewandte analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a.F. zu befürworten, um Gläubiger vor einem Wissensvorsprung der Gesellschafter zu schützen. In der Konsequenz sollten Gesellschafterdarlehen in der Krise deshalb wie haftendes Kapital und nicht als rückzahlbare Darlehen angesehen werden. Insbesondere sollte einem Erstattungsanspruch eine Gegenforderung nicht im Wege der Aufrech-

nung, oder die Erhebung der Dolo-agit-Einrede entgegenhalten werden können.

Die Gegenauffassung berief sich dogmatisch darauf, dass Erfüllungsgeschäfte, die das Erlöschen einer unter dem bisherigen Recht entstandenen Forderung herbeiführten, nach dem zur Zeit ihrer Erfüllung bestehendem Recht zu beurteilen seien (*Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1366; *Ulbrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, 2011, S. 222). Dies wäre für die Rückforderung der streitgegenständlichen Darlehen die neue Rechtslage. Nachdem mit der Einführung des MoMiG zum 01.11.2008 die Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln auf Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen ausdrücklich beendet wurde, können diese Regeln konsequenterweise der Erhebung einer Dolo-agit-Einrede nicht mehr entgegenstehen (vgl. *Selzner/Leuering*, in: Römermann Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl., § 7 Rdn. 19; *Relermeyer/Gröbblinghoff*, ZIP 2009, 1933, 1936; *Rühle*, ZIP 2009, 1358, 1366; *Michalski/Dahl*, GmbHG, 2. Aufl., Anh. II §§ 32a, 32b a.F. Rdn. 63).

Der BGH hat sich mit umfassender Begründung zutreffend der zweiten Ansicht angeschlossen und eine rückwir-

kende Anwendung der nach alter Rechtslage entwickelten Grundsätze ausgeschlossen. Damit schafft der BGH nicht nur Rechtsklarheit, die Grundlagen der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen in der Krise werden zusätzlich dadurch vereinheitlicht. Letztlich setzt der BGH damit die von dem Gesetzgeber mit dem MoMiG verfolgte Intention um, nach der für eine analoge Anwendung des § 30 GmbHG keine sachliche Legitimation mehr bestehen und das Eigenkapitalersatzrecht wesentlich vereinfacht werden sollte. Aufgrund des nach heutiger Rechtslage in § 39 InsO vorgesehenen pauschalierten Nachrangs von Gesellschafterdarlehen muss nun insbesondere nicht mehr zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und sonstigen Gesellschafterdarlehen unterschieden werden, was zusätzliche Rechtsklarheit geschaffen hat. Der mit der Versagung des Einwands nach alter Rechtslage bezweckte Gläubigerschutz ist unter der neuen Rechtslage ohnehin nicht mehr notwendig.

RA Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.), München

| | |
|--|---|
| Bestimmtheitsgrundsatz bei Übereignung von Sachgesamtheiten | Bürgerliches Recht § 929 BGB BGH |
|--|---|

Berger, WuB 2023, 372

Amtl. Leitsätze

- 1. Soll eine Gesamtheit von Gegenständen, die nicht räumlich zusammengefasst sind, unter Verwendung eines Gattungsbegriffs übereignet werden, ist der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nur dann gewährt, wenn sich die Vertragsparteien bewusst und erkennbar über Merkmale einigen, aufgrund deren die übereigneten Gegenstände der Gattung individualisierbar sind (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 4. Oktober 1993 = WM 1993, 2161 = NJW 1994, 133).
- 2. Eine Einigung, nach der nur diejenigen Gegenstände einer bestimmten Gattung übereignet werden sollen, die der Veräußerer nicht näher bezeichneten Dritten überlassen hat, genügt für sich genommen den Anforderungen an den sachenrechtlichen Bestimmtheits-

grundsatz nicht (hier: Flüssiggastanks, die nicht näher bezeichneten Kunden überlassen worden sind).

B G H, Urteil vom 16. Dezember 2022
(V ZR 174/21, Frankfurt a.M.) – WM 2023, 1336

Die Parteien handeln mit Flüssiggas. Die Klägerin ist aufgrund Verschmelzung Rechtsnachfolgerin der V. F. GmbH (nachfolgend: VFG). Diese war u.a. von der V. G und O. GmbH & Co. KG (nachfolgend: VGO) im August 2005 gegründet worden. Mit Vertrag vom 1. September 2005 verkaufte die VGO der VFG u.a. das zu den Wirtschaftsgütern des Flüssiggasgeschäfts gehörende Sachanlagevermögen, zu dem gemäß Ziffer II.1.a) des Kaufvertrags u.a. Flüssiggastanks gehörten. Flüssiggastanks, die an Endkunden vermietet und in deren Besitz waren, soll-