

Kein genereller Schutz empfangener Scheingewinne

Zugleich Anmerkung zu BGH Urteil vom 2.12.2021 – IX ZR 110/20

Dr. Hauke Lorenzen | Julia Rebecca Kohler*

Der BGH hatte sich in seinem Urteil vom 2.12.2021 – IX ZR 110/20 unter anderem mit der Frage nach einem allgemeinen Rechtsgedanken zu beschäftigen, wonach Gewinnausschüttungen auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen sind, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden, und einen solchen Rechtsgedanken im Ergebnis abgelehnt. Konkret ging es um Auszahlungen auf der Grundlage eines Genussrechtsvertrags. Der Beitrag geht dieser Frage vor dem Hintergrund der jüngsten Streichung von § 172 Abs. 5 HGB durch das MoPeG vertieft nach und bestätigt im Ergebnis die Auffassung des BGH.

I. Einleitung

Das MoPeG¹ zeigt faktische Vorwirkungen. Mit Urteil vom 2.12.2021² hat sich der IX. Senat des BGH in einem entsprechend seiner Zuständigkeit im Kern insolvenzrechtlichen³ Urteil mit einer gesellschaftsrechtlichen Frage befasst. Versteckt in der Begründung in Rn. 30 geht es darum, ob § 62 Abs. 1 S. 2 AktG, § 172 Abs. 5 HGB,⁴ § 31 Abs. 2 GmbHG ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen sei, dass Gewinnausschüttungen auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen sind, wenn sie in gutem Glauben⁵ empfangen wurden. Die Frage hat vor dem Hintergrund der jüngsten Gesetzesänderungen durch das MoPeG, die am 1.1.2024 in Kraft treten werden, insbesondere der ersatzlosen Streichung von § 172 Abs. 5 HGB,⁶ eine nähere Betrachtung verdient.

II. Sachverhalt

Der Kläger ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der P-AG. Diese hatte am unregulierten Kapitalmarkt Genussrechte ua an den Beklagten ausgegeben. Den Genussrechten lagen allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde. Hiernach hatten die Inhaber der Genussrechte unter anderem⁷ Anspruch auf eine der Höhe nach festgelegte Basisdividende und eine gewinnabhängige Übergewinnbeteiligung, jeweils jedoch nur, soweit ein entsprechender Jahresüberschuss bei der P-AG vorhanden war. Das Genussrechtskapital wurde durch Jahresfehlbeträge vermindert und musste vor möglichen Ausschüttungen in den Folgejahren erst wieder aufgefüllt sein. Auch eine Rückzahlung des Genussrechtskapitals kam nur in Betracht, soweit dieses nicht durch Jahresfehlbeträge aufgezehrt war.

Der Beklagte erhielt für die Jahre 2010 – 2013 jeweils auf Basis von Jahresabschlüssen, die einen Jahresüberschuss auswiesen, sowohl eine Basisdividende als auch eine Übergewinnbeteiligung. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die hinter der I-Gruppe, zu der auch die P-AG gehörte, stehenden Personen mit den Genussrechten ein Schneeballsystem verfolgten. Sie wurden wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs bzw. Beihilfe dazu verurteilt. Die betreffenden Jahresabschlüsse der P-AG wurden gemäß §§ 256, 257 AktG angefochten. Über das Vermögen der P-AG wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger nimmt nun den Beklagten auf Rückzahlung der erhaltenen Dividende in Anspruch und beruft sich dabei auf Schenkungsanfechtung, hilfsweise auf das Bereicherungsrecht. Nachdem die Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten, war die Revision des Klägers erfolgreich.

III. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hält einen Anspruch auf Rückzahlung der erhaltenen Zahlungen aufgrund Schenkungsanfechtung (§§ 143 Abs. 1, 134 Abs. 1, 129 Abs. 1 InsO) für möglich. Fraglich sei allein, ob die Leistung der P-AG unentgeltlich erfolgte.

Eine unentgeltliche Leistung scheidet zum einen aus, wenn der Beklagte einen Anspruch auf die Auszahlungen aus dem Genussrechtsvertrag hatte. Diese Auszahlungen wären dann objektiv ein Ausgleich für die Zurverfügungstellung des Genussrechtskapitals (Rn. 10).

Zum anderen sei eine unentgeltliche Leistung dann abzulehnen, wenn die Ausschüttung ohne Rechtsgrund erfolgt wäre und der Schuldnerin ein korrespondierender Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zustünde, dem § 814 BGB nicht entgegengehalten werden könne. In diesem Fall fehle es an einer für die Unentgeltlichkeit erforderlichen, kompensationslosen Vermögensminderung. Dies wäre anzunehmen, wenn die P-AG die Ausschüttungen in dem irrigen Glauben vorgenommen hätte, hierzu verpflichtet gewesen zu sein (Rn. 10 f.).

Anhand dieser Maßstäbe stellt der Senat dann zunächst fest, dass der Genussrechtsvertrag wirksam sei und die entscheidungserheblichen Klauseln insbesondere nicht gegen AGB-Recht verstoßen (Rn. 13 f., 16).⁸

* Dr. Hauke Lorenzen ist Notarassessor in Baden-Württemberg, derzeit abgeordnet an das Bundesjustizministerium. Julia Rebecca Kohler ist Rechtsreferendarin am Kammergericht und Doktorandin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie geben ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder.

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2021 (BGBl. I 3436 ff).

2 BGH NZG 2022, 458 ff. Die Entscheidungsgründe sind, soweit für die hiesige Besprechung relevant, in diesem Heft ab S. 38 auszugsweise wiedergegeben.

3 Unter diesem Gesichtspunkt ist es bisher auch in der Literatur besprochen worden, vgl. Habersack ZIP 2022, 1621 ff. (zur Anwendbarkeit des § 134 Abs. 1 InsO in den Fällen des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG); John NZG 2022, 462 f.; ferner Ganter NZI 2022, 297 (306); Gundlach/Schmidt DStR 2022, 1324 (1326); Jenal/Poppe KSI 2022, 94 (95).

4 Vgl. bereits BGH NJW 1982, 2500 mAnm K. Schmidt zur ebenfalls verneinten Frage, ob die Vorschrift bei Publikumsgesellschaften durch § 62 Abs. 1, 3 AktG einzuschränken sei; dazu auch K. Schmidt BB 1984, 1588 ff.

5 Gutglaubenschutz ist in diesem Zusammenhang nicht durchgehend im Sinne der Legaldefinition des guten Glaubens in § 932 Abs. 2 BGB zu verstehen, vgl. dazu auch K. Schmidt BB 1984, 1588 (1591).

6 Zur Begründung siehe MoPeG, RegE v. 17.3.2021, BT-Drs. 19/27635, 257 (257 f.).

7 Vgl. das Parallelurteil BGH NJW 2021, 234 (235), das auch den Wortlaut der allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält.

8 Dies hatte der BGH bereits in einem Parallelfall entschieden, vgl. BGH NJW 2021, 234 (236).

Die Regelungen im Genussrechtsvertrag seien dahin gehend auszulegen, dass Ansprüche auf Ausschüttungen hierunter sich allein nach der wahren Ertragslage der Schuldnerin und somit danach bestimmen, ob auf Grundlage fehlerfrei nach den allgemeinen Regelungen erstellter Jahresabschlüsse tatsächlich Gewinne erwirtschaftet wurden. Auf die Wirksamkeit der Jahresabschlüsse nach dem Aktiengesetz, insbesondere auf eine gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Jahresabschlüsse, komme es dagegen nicht an (Rn. 16 f.). Hierzu hatte das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen, so dass die objektive Fehlerhaftigkeit der Jahresabschlüsse für das Revisionsverfahren zu unterstellen war.

Im nächsten Schritt kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass eine Konditionssperre nach § 814 BGB mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht verneint werden könne. Das Berufungsgericht habe nicht ausreichend geprüft, ob – verkürzt gesagt – nicht allein der Umstand, dass ein Schneeballsystem betrieben wurde, dazu führe, dass die für die P-AG handelnden Personen wussten, dass keine ausschüttungsfähigen Gewinne existierten und die Jahresabschlüsse schon deshalb fehlerhaft waren. Wäre dies der Fall, würde ein Kondiktionsanspruch ausscheiden und mithin eine unentgeltliche Leistung zu bejahen sein (Rn. 20 ff.).

Auch stünden einer Insolvenzanfechtung nicht die § 62 Abs. 1 S. 2 AktG, § 172 Abs. 5 HGB, § 31 Abs. 2 GmbHG entgegen. Hieraus lasse sich kein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten, wonach auf fehlerhafter Grundlage erhaltene Gewinnausschüttungen nicht zurückzugewähren seien, selbst wenn sie in gutem Glauben (wie hier durch den Beklagten) empfangen wurden. Denn sowohl Voraussetzungen als auch Rechtsfolgen der genannten Regelungen seien zu unterschiedlich, als dass ihnen ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden könne. So seien in der GmbH gutgläubig erhaltene Leistungen nur insoweit zurückzuzahlen, als sie entgegen § 31 Abs. 1, 2, § 30 GmbHG geleistet wurden und die Rückzahlung zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, vgl. § 32 GmbHG. Ein Kommanditist müsse dagegen nach § 172 Abs. 5 HGB nur das nicht zurückzahlen, was er (i) gutgläubig (ii) aufgrund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz erhalten hat. Zudem werde § 172 Abs. 5 HGB durch das MoPeG ersatzlos gestrichen. Aktionäre wiederum hätten grundsätzlich sämtliche Leistungen, die sie entgegen den Vorschriften des Aktiengesetzes erhalten haben, zurückzugewähren. Haben sie die Beträge als Gewinnanteile bezogen, gelte dies nur, wenn sie wussten oder fahrlässig nicht wussten, dass sie zum Bezug nicht berechtigt waren, § 62 Abs. 1 AktG (Rn. 30).

Die Sache war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem aufgegeben wurde, Feststellungen zu einer etwaigen Fehlerhaftigkeit der Jahresabschlüsse und der diesbezüglichen Kenntnis der für die P-AG handelnden Personen zu treffen (Rn. 34 f.).

IV. Bewertung

Der Beitrag konzentriert sich im Schwerpunkt auf die letztgenannten Ausführungen des BGH. Auf eine Bewertung der weiteren Prüfung der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO wird nachfolgend hingewiesen verzichtet.⁹

1. Dogmatische Einordnung

Der Senat prüft anhand von § 62 Abs. 1 S. 2 AktG, § 172 Abs. 5 HGB, § 31 Abs. 2 GmbHG, ob diesen gesellschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften ein „allgemeiner Rechtsgedanke“ zu entnehmen sei, wonach „Gewinnausschüttungen auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen sind, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden“ (Rn. 30).

a) Konditionssperre oder Ausschluss der Insolvenzanfechtung?

Nicht deutlich wird dabei zunächst, wie der Senat einen solchen Rechtsgedanken systematisch einordnet, da er zwar feststellt, dass die genannten Vorschriften, „der Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO nicht entgegen [stehen]“ (Rn. 30), die Prüfung aber innerhalb der Frage vornimmt, ob eine Konditionssperre nach § 814 BGB für die unter dem Genussrechtsvertrag rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen anzunehmen sei, die dann zur Verneinung eines bereicherungsrechtlichen und in der Folge zur Bejahung eines Anspruchs aufgrund Insolvenzanfechtung führen würde. Da ein allgemeiner Rechtsgedanke im Ergebnis abgelehnt wird, brauchte der BGH hierbei jedoch keine präzise Einordnung vorzunehmen. Es wird wohl davon auszugehen sein, dass der BGH mit seinen Erwägungen sowohl einer Konditionssperre als auch einem Ausschluss der Insolvenzanfechtung eine Absage erteilen wollte. Die hierzu knapp gehaltenen Ausführungen erwecken insgesamt den Eindruck, dass der Senat auf die Frage nur eingegangen ist, um dem Beklagten rechtliches Gehör zu gewähren, und nicht, weil er einen möglichen Haftungsausschluss ernsthaft in Betracht gezogen hat.

b) Gesamtanalogie oder allgemeiner Rechtsgrundsatz?

Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass weiterhin nicht ganz klar ist, wie der BGH den „allgemeinen Rechtsgedanken“ dogmatisch prüft. Er führt dazu nur kurz aus, dass sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen der genannten Vorschriften zu unterschiedlich seien, als dass ihnen ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden könnte.

In Betracht kommen die Figur der Rechts- bzw. Gesamtanalogie¹⁰ sowie die Bildung eines Rechtsgrundsatzes durch Induktion.

Bei einer Gesamtanalogie werden, anders als bei einer Einzelanalogie, die die Rechtsfolgen einer einzelnen Rechtsnorm zum Ausgangspunkt für den Analogieschluss nimmt, mehrere Normen mit gleichen oder ähnlichen Rechtsfolgen herangezogen, die einen gemeinsamen Rechtsgedanken¹¹ in sich tragen.¹² Voraussetzung dafür ist, dass ein Sachverhalt nicht unter eine Rechtsnorm subsumiert werden kann (Regelungslücke), dies nicht auf einem Übersehen der Regelungsbedürftigkeit des Sachverhalts durch den Gesetzgeber beruht (Planwidrigkeit) und die herangezogenen Rechtsnormen einen verallgemein-

9 Vgl. hierzu neben den bereits genannten Besprechungen auch OLG Frankfurt a. M. ZIP 2022, 1556 ff., nrkr.

10 Zum Terminus siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 383.

11 Der Terminus „Rechtsgedanke“ wird sowohl bei der Frage nach einer Gesamtanalogie als auch nach einem Rechtsgrundsatz (s. unten) verwendet, was auch dafür spricht, dass der BGH auf eines dieser Instrumente hinzielt.

12 Vgl. Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 558.

rungsfähigen Rechtssatz enthalten, dessen Rechtsfolgen in diesem und weiteren ähnlich gelagerten Fällen in unbilliger Weise keine Anwendung finden (gleichwertige Interessenlage über den zu entscheidenden Fall hinaus).¹³ In ihrer Wirkung unterscheidet sich die Gesamtanalogie von der Einzelanalogie dadurch, dass ein gefundener allgemeiner Rechtssatz nicht nur im konkreten Sachverhalt, sondern potenziell auch auf weitere Fallgestaltungen Anwendung findet,¹⁴ weshalb auch ein entsprechend hoher Begründungsaufwand erforderlich ist.¹⁵

Die Bildung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist der Gesamtanalogie sehr ähnlich,¹⁶ da ebenfalls aus einem normierten besonderen Sachverhalt auf einen allgemeinen Grundsatz geschlossen wird. Es muss dargelegt und begründet werden, dass ein bestimmter Rechtsgedanke verallgemeinerungsfähig ist. Die Unterschiede bestehen darin, dass zum einen zur Induktion nicht zwingend auf mehrere Ausgangsnormen zurückgegriffen werden muss, eine einzige kann im Einzelfall hinreichend sein. Zum anderen können hierdurch auch gänzlich neue Rechtsfolgen geschaffen werden, wohingegen bei der Gesamtanalogie die Rechtsfolgen zumindest sinngemäß¹⁷ übernommen werden. Anders als bei der Analogie sollen durch die Bildung von Rechtsgrundsätzen zudem auch nicht zwingend gleichwertige Fälle gleich, sondern Sachverhalte unabhängig von ihrer Vergleichbarkeit dem durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz geschützten Rechtsgut angemessen behandelt werden.¹⁸

Der BGH stellt in seiner knappen Begründung ua darauf ab, dass die Voraussetzungen der in Bezug genommenen Vorschriften zu unterschiedlich seien, als dass ihnen ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden könnte. Somit nimmt er auf die Vergleichbarkeit der Rechtsnormen zum entschiedenen, nicht gesetzlich geregelten Fall Bezug, was für die Prüfung einer Gesamtanalogie spricht. Allerdings erklärt er noch im selben Satz, dass gerade auch die Rechtsfolgen der Normen zu unterschiedlich seien, um den als These aufgestellten allgemeinen Rechtsgedanken begründen zu können. Damit erklärt er zudem implizit, dass die aus dem allgemeinen Rechtsgedanken selbst folgenden Rechtsfolgen (Gewinnausschüttungen sind auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen, selbst wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden) über die der einzelnen Bezugsnormen (Gewinnausschüttungen sind auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen, selbst wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden und weitere, rechtsformabhängig uneinheitliche Voraussetzungen hinzutreten; dazu inhaltlich sogleich) hinausgehen. Dies spricht damit eher für die Prüfung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Da der BGH keinen allgemeinen Rechtsgedanken erkennt, war eine Einordnung letztendlich nicht erforderlich.

2. Subsumtion

Zu prüfen ist mithin, ob die Voraussetzungen einer Gesamtanalogie bzw. eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu bejahen sind.

a) Gesamtanalogie

aa) Verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz

Es ist bereits fraglich, wie der für eine Gesamtanalogie nötige, verallgemeinerungsfähige Rechtssatz lauten sollte. Der BGH spricht von „Gewinnausschüttungen“, die auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen seien, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden. Er argumentiert dabei mit Regelungen zur Gewinnausschüttung an Gesellschafter von AG, GmbH und KG. Dies lässt darauf schließen, dass mit Gewinnausschüttungen echte, gesellschaftsrechtliche Gewinnausschüttungen gemeint sind. In der Entscheidung geht es aber um die Zahlungen aus einem Genussrechtsvertrag. Dieser ist ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen einer Gesellschaft und einem Kapitalgeber, der aber gerade nicht Gesellschafter ist oder wird.¹⁹ Die Zahlungen sind zwar an einen Jahresüberschuss der Gesellschaft geknüpft und auch abhängig vom Nichtvorliegen von Jahresfehlbeträgen, dennoch handelt es sich nicht um gesellschaftsrechtliche Gewinnausschüttungen. Im Gegenteil besteht der Anspruch nach den zugrundeliegenden Geschäftsbedingungen unabhängig davon, ob (daneben) ein Gewinn tatsächlich an die Gesellschafter ausgeschüttet wird.

Der verallgemeinerungsfähige Rechtssatz müsste daher lauten „Gewinnausschüttungen und Ausschüttungen, die aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung in Abhängigkeit von Gewinnausschüttungen geleistet werden, sind auch bei fehlerhafter Grundlage (im Hinblick auf die zugrundeliegenden Jahresüberschüsse) nicht zurückzuzahlen, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden.“

Hierbei stellt sich aber schon die Anschlussfrage, für welche schuldrechtlichen Vereinbarungen dies gelten soll. Nur für Genussrechte und andere Gestaltungen, die ein Vermögensrecht gewähren, welches einem mitgliedschaftlichen Recht vergleichbar ist? Auch für partiarische Darlehen? Für jede irgendwie geartete Vereinbarung, die Zahlungen in – entfernter – Abhängigkeit von Jahresüberschüssen bzw. Bilanzgewinnen des Verpflichteten oder sogar eines Dritten vorsieht, bspw. eines mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmens?

bb) Planwidrige Regelungslücke

Es zeigt sich, dass ein derartiger allgemeiner Rechtssatz einen äußerst weiten Anwendungsbereich haben oder genau für sehr spezielle Fälle formuliert sein müsste. Eine solche Eingrenzung ist jedoch nicht rechtssicher möglich, zumal sich schwerlich begründen ließe, ab welcher Schwelle der Ausgestaltung einer schuldrechtlichen Vereinbarung ein allgemeiner Rechtsgedanke für diese gelten würde. Nehme man einen

¹³ Vgl. Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 586 ff.; Möllers Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 140 ff.

¹⁴ Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 592.

¹⁵ Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 589 f.

¹⁶ Die Terminologie wird hierbei nicht immer einheitlich gehandhabt, so sprechen Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 204, davon, dass bei einer Gesamtanalogie mehreren Normen ein „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ entnommen wird. Auf die Einzelheiten kann an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden.

¹⁷ Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 591.

¹⁸ Ausführlich Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 595 ff.

¹⁹ BGH NJW 1993, 57 (58); dazu auch noch unten.

solchen verallgemeinerungsfähigen Rechtssatz dennoch als These an, stellt sich weiter die Frage, ob das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist.

Für echte gesellschaftsrechtliche Gewinnausschüttungen sieht das Gesetz für bestimmte Rechtsformen spezielle Regelungen vor:

(1) Aktiengesellschaft (AG)

Die AG ist gekennzeichnet durch einen strengen Vermögensschutz nach §§ 57, 62 AktG. So darf den Aktionären außerhalb der Liquidation oder des Bestehens eines Vertragskonzerns grundsätzlich nur der auf Grundlage der Bilanz festgestellte Bilanzgewinn ausgeschüttet werden, § 57 Abs. 3 AktG. Dies dient als Teil der Kapitalerhaltung zum einen dem Gläubigerschutz. Die Ausschüttungssperre ist jedoch nicht auf das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Vermögen beschränkt. Diese umfassende Vermögensbindung dient daher zum anderen auch dem Anlegerschutz²⁰ und trägt dem gesetzgeberischen Konzept der AG als anonymem Kapitalsammelbecken Rechnung.²¹ Sind entgegen des gesetzlichen Verbots Leistungen an Aktionäre erfolgt, sind diese nach § 62 Abs. 1 S. 1 AktG zurückzugewähren. Dies gilt auch, wenn ein Gewinnverwendungsbeschluss (§ 174 AktG) nichtig oder dessen Nichtigkeit gerichtlich festgestellt wurde und keine Heilung eingetreten ist (vgl. §§ 253 f. AktG).²² Dies ist ua dann der Fall, wenn der zugrundeliegende Jahresabschluss nichtig ist.²³

Auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) können sich die Aktionäre nicht berufen.²⁴ Die bereicherungsrechtlichen Vorschriften des BGB finden neben § 62 AktG keine Anwendung.²⁵ Eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht stellt – neben der Verjährung, vgl. § 62 Abs. 3 AktG – § 62 Abs. 1 S. 2 AktG dar. Danach sind Auszahlungen dann nicht zurückzugewähren, wenn Aktionäre diese als Gewinnanteile bezogen haben und sie nicht oder fahrlässig nicht wussten, dass sie zum Bezug nicht berechtigt waren. Grund für diese Ausnahme ist, dass die Aktionäre in der Regel keinen Einfluss auf die Erstellung der Bilanz haben und nicht wissen können, ob die Voraussetzungen für eine Gewinnausschüttung erfüllt sind.²⁶ Ob die Gesellschaft bzw. ihre Organe, die für die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses zusammen mit dem Abschlussprüfer in aller Regel allein verantwortlich sind, §§ 170 ff. AktG²⁷, Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis davon hatten, dass die Ausschüttungsvoraussetzungen nicht erfüllt waren, ist unerheblich. An dieser Einschränkung des Schutzes der Gläubiger, aber auch der Mitgeschafter, zeigt sich wiederum das Leitbild der AG als Rechtsform, deren Gesellschafter im Zweifel nicht „nah“ an ihrer Gesellschaft „dran“ sind.

Die Haftung der Aktionäre einschließlich des Schutzes bei Unkenntnis rechtswidriger Ausschüttungen war bereits in Art. 218 ADHGB sowie später in § 217 HGB 1897 angelegt (damals ua grundsätzlich als Anspruch der Gesellschaftsgläubiger ausgestaltet, kein Entfall des Haftungsprivilegs bei einfach fahrlässiger Unkenntnis)²⁸ und wurde auch in weiteren Novellen des Aktienrechts übernommen.²⁹ Bis heute wurde sie noch mehrfach geändert, wobei die heute existierende Regelung, dass auch einfach fahrlässige Unkenntnis das Haftungsprivileg entfallen lässt, zur Umsetzung von Art. 16 der Kapitalrichtlinie 1977³⁰ eingeführt wurde.³¹

(2) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

In der GmbH besteht kein mit der AG vergleichbarer strenger Vermögens-, sondern nur ein (Stamm-)Kapitalschutz. Nach § 31 Abs. 1 GmbHG sind entgegen § 30 GmbHG an Gesellschafter geleistete Zahlungen an die Gesellschaft zurückzugewähren. Zahlungen nach § 30 GmbHG sind anders als bei der AG nur solche, die zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich sind. Darüber hinausgehende Zahlungen sind dem Kapitalschutz nicht unterworfen.³² Eine zweite Einschränkung ergibt sich aus § 31 Abs. 2 GmbHG. Danach sind Zahlungen auch nicht zurückzugewähren, soweit sie nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind und der Empfänger nicht Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit der Zahlung hatte. Der Gesetzgeber hat hiermit den durch § 30 GmbHG grundsätzlich abstrakt wirkenden bilanziellen Gläubigerschutz zugunsten des Vertrauensschutzes gutgläubiger Gesellschafter eingeschränkt, soweit sich die Zahlungen im Rahmen der Unterbilanz oberhalb der bilanziellen Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit bewegen.³³ Jedoch erlischt der Rückzahlungsanspruch nicht, wenn im Zeitpunkt der Auszahlung kein Gläubiger akut gefährdet ist. Vielmehr ist er schwebend unwirksam und lebt wieder auf,

20 MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, AktG § 57 Rn. 2; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, AktG § 57 Rn. 1; zur Verknüpfung von Kapitalerhaltung und Gesellschafter-schutz bei den einzelnen Rechtsformen ausführlich Bitter ZHR 168 (2004), 302 ff.
 21 Vgl. BeckHdB AG/Drinhausen, 3. Aufl. 2018, § 8 Rn. 6.
 22 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, AktG § 62 Rn. 7; BeckOGK/Cahn, 1.10.2022, AktG § 62 Rn. 7; Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht/Paeffgen, 5. Aufl. 2021, AktG § 62 Rn. 3.
 23 MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, AktG § 62 Rn. 40 ff.; Kölner Kommentar AktG/Drygala, 3. Aufl. 2010, AktG § 62 Rn. 47; ferner BeckHdB AG/Berberich/Haaf, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 151.
 24 BeckOGK/Cahn, 1.10.2022, AktG § 62 Rn. 4 f.; Hölters/Weber, AktG/Mayer/Albrecht vom Kolke, 4. Aufl. 2022, AktG § 62 Rn. 2; Kölner Kommentar AktG/Drygala, 3. Aufl. 2010, AktG § 62 Rn. 57; Grigoleit, AktG/Grigoleit/Rachlitz, 2. Aufl. 2020, AktG § 62 Rn. 1.
 25 HM, vgl. Hölters/Weber, AktG/Mayer/Albrecht vom Kolke, 4. Aufl. 2022, AktG § 62 Rn. 3; Kölner Kommentar AktG/Drygala, 3. Aufl. 2010, AktG § 62 Rn. 16; MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, AktG § 62 Rn. 1; Habersack ZIP 2022, 1621 (1622); BGH NZG 2016, 1182 Rn. 11.
 26 BeckOGK/Cahn, 1.10.2022, AktG § 62 Rn. 4; vgl. auch Habersack ZIP 2022, 1621 (1623).
 27 Vgl. zur ausnahmsweisen Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung gemäß § 173 AktG MHDG Gesellschaftsrecht Band 4/Hoffmann-Becking/Kraft, 5. Aufl. 2020, § 46 Rn. 7 f.
 28 Vgl. zu Art. 218 ADHGB von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1863, HGB Anm. zu Art. 218; zu § 217 HGB 1897 Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch/Pinner, 12. und 13. Aufl. 1926, HGB § 217 Anm. 1 ff., insbes. 10 ff. zum guten Glauben.
 29 Siehe zu § 56 AktG 1937 GroßKommAktG/Fischer, 2. Aufl. 1961, AktG § 56 Anm. 1 ff.; zu § 62 AktG 1965 GroßKommAktG/Henze, 15. Lieferung 2000, AktG § 62 Anm. 3 ff.; siehe insgesamt MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, AktG § 62 Rn. 2 ff.; Bitter ZHR 168 (2004), 302 (340 f.).
 30 RL 77/91/EWG, ABl. 1977 L 26/1; heute ersetzt durch Art. 18 RL 2012/30/EU, ABl. 2012 L 315/74.
 31 Lutter/Hommelhoff, GmbHG/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 31 Rn. 16; BeckOGK/Cahn, 1.10.2022, AktG § 62 Rn. 3; vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte auch K. Schmidt BB 1984, 1588 (1590).
 32 Vgl. MüKoGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 30 Rn. 1; Bitter ZHR 168 (2004), 302 (344); auch eine entsprechende Anwendung von § 31 GmbHG auf andere als die von § 30 GmbHG erfassten Zahlungen ist abzulehnen, siehe Scholz, GmbHG/Verse, 13. Aufl. 2022, GmbHG § 31 Rn. 6; sie können gegebenenfalls aus anderen Gründen zurückgefordert werden, etwa bei einer Ungleichbehandlung der Gesellschafter auf Basis der Treupflicht, vgl. MüKo-GmbHG/Merkt, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 13 Rn. 155 f.; BeckHdB GmbH/Schmidt/Nachtwey, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 30; siehe auch Bitter ZHR 168 (2004), 302 (323 f.).

wenn und solange die Privilegierungsvoraussetzungen erfüllt sind. Erst durch Verjährung des Anspruchs kann der Gesellschafter sicher sein, die rechtswidrig erlangte Zahlung tatsächlich behalten zu dürfen.³⁴ § 31 Abs. 1, 2 GmbHG sowie § 30 Abs. 1 S. 1³⁵ GmbHG sind seit ihrem Inkrafttreten 1892 unverändert und insbesondere auch nicht europarechtlich determiniert.³⁶

Hat ein Gesellschafter Zahlungen als Gewinnanteile erhalten und ist § 31 Abs. 1 GmbHG nicht einschlägig, da keine in das Stammkapital eingreifende Auszahlung vorliegt, ist gemäß § 32 GmbHG eine Rückzahlung auch bei objektiv gegen § 29 GmbHG oder eine etwaige Satzungsregelung verstoßenden Gewinnausschüttungen ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter gutgläubig war. Es muss sich dabei um offene, unbeeinträchtigte Gewinnausschüttungen handeln, nicht erfasst sind hingegen Vorab- oder verdeckte Gewinnausschüttungen.³⁷ § 32 GmbHG ist seit Inkrafttreten des GmbHG im Jahre 1892 unverändert geblieben.³⁸ Im Unterschied zu § 62 Abs. 1 S. 2 AktG ist der Anwendungsbereich insoweit enger, als nur Auszahlungen oberhalb des Stammkapitals geschützt sind. Andererseits erfahren die Gesellschafter einer GmbH einen weiteren Schutz, da leicht fahrlässige Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit der Gewinnausschüttung keinen Rückzahlungsanspruch auslöst.³⁹

(3) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Im Recht der GbR und dem der OHG enthält das Gesetz keine Regelungen zum Behaltendürfen rechtswidrig erhaltener Gewinnausschüttungen. Es bedarf hier keines besonderen Gläubigerschutzes, da die Gesellschafter ohnehin für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haften, § 128 S. 1 HGB (analog), zukünftig § 721 BGB, § 126 HGB.⁴⁰ Dies gilt unter den Voraussetzungen des § 160 Abs. 1 HGB (iVm § 736 Abs. 2 BGB; zukünftig § 728b BGB) auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft für die Dauer von fünf Jahren (Nachhaftung).

(4) Kommanditgesellschaft (KG)

In der KG ist zu differenzieren: Für den persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) gilt dasselbe wie für die OHG-Gesellschafter (§ 128 HGB, zukünftig § 126 HGB, und § 160 Abs. 1 HGB, jeweils iVm § 161 Abs. 2 HGB). Für den Kommanditisten gilt hingegen bisher § 172 Abs. 5 HGB, wonach er im Rahmen einer Haftung⁴¹ nach § 172 Abs. 4 S. 1 HGB nicht zur Rückzahlung dessen verpflichtet ist, was er aufgrund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht. Es kommt mithin neben der Gutgläubigkeit des Leistungsempfängers auch auf die Gutgläubigkeit der die Bilanz aufstellenden, dh geschäftsführenden, Gesellschafter an. Die Vorschrift war im Grundsatz bereits in Art. 165 Abs. 6 ADHGB enthalten.⁴² Diese Haftungsprivilegierung wurde jedoch durch das MoPeG mit Wirkung zum 1.1.2024 ersatzlos gestrichen.⁴³ Daraus folgt, dass der Kommanditist künftig auch für (doppelt) gutgläubig bezogene Scheingewinne, die seinen Kapitalanteil unter die Haftsumme sinken lassen, bis zur Höhe seiner Haftsumme für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich einzustehen hat (vgl. § 171 Abs. 1 HGB). Dies gilt nach §§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB auch nach seinem Ausscheiden.

(5) Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Auch bei der KGaA ist zu differenzieren: Die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) haften wie die Komplementäre einer KG nach § 128 HGB (zukünftig § 126 HGB) und § 160 Abs. 1 HGB iVm § 161 Abs. 2 HGB, § 278 Abs. 2 AktG persönlich; eine Rechtsnorm für das Behaltendürfen rechtswidrig erhaltener Gewinnausschüttungen existiert nicht. Die Rechtsstellung der Kommanditaktionäre richtet sich hingegen nach § 278 Abs. 1 AktG, wonach Kommanditaktionäre an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Für sie ist über § 278 Abs. 3 AktG die Privilegierung nach § 62 Abs. 1 S. 2 AktG anwendbar, so dass dasselbe wie für die Aktionäre einer AG gilt.⁴⁴ Dies galt bereits zuvor speziell für Kommanditaktionäre durch Art. 197 Abs. 3 ADHGB.⁴⁵

(6) Stille Gesellschaft

In der stillen Gesellschaft wird gemäß § 230 Abs. 2 HGB der Inhaber des Handelsgeschäfts aus den in dem Betrieb geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet, so dass eine Außenhaftung des stillen Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich ausscheidet.⁴⁶ Der stille Gesellschafter ist zwingend am Gewinn, typischerweise auch am Verlust des Handelsgeschäfts beteiligt, § 232 Abs. 2 HGB. Zahlungen an den stillen Gesellschafter auf Scheingewinne, die nicht im Gesellschaftsvertrag vereinbart sind, sind nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzuzahlen.⁴⁷ Eine speziellere gesellschaftsrechtliche Regelung existiert nicht.⁴⁸ Eine Rückzahlung ist gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Leistende Kenntnis von

33 MüKoGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 31 Rn. 50; weitergehend Noack/Servatius/Haas, GmbHG/Servatius, 23. Aufl. 2022, GmbHG § 31 Rn. 19 („bei jeder nicht nur vorübergehenden Zahlungsstockung“); ähnlich auch Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht/Fleischer, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 31 Rn. 26.

34 MüKoGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 31 Rn. 50 f., 53; zur Verjährung Lutter/Hommelhoff, GmbHG/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 31 Rn. 29 ff.

35 Vgl. Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG/Habersack, 2. Aufl. 2014, GmbHG § 30 Rn. 1 auch zu den Änderungen hinsichtlich § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 durch das MoMiG.

36 Zu § 30 GmbHG Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG/Habersack, 2. Aufl. 2014, GmbHG § 30 Rn. 7.

37 BeckHdB GmbH/Otto, 6. Aufl. 2021, § 8 Rn. 91.

38 Vgl. MüKoGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 32 Rn. 1; BeckOKGmbHG/Schmolke, 54. Ed. 1.11.2022, GmbHG § 32 Rn. 1; Rowedder/Pentz, GmbHG/Pentz, 7. Aufl. 2022, GmbHG § 32 Rn. 3.

39 Lutter/Hommelhoff, GmbHG/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, GmbHG § 32 Rn. 4; MüKoGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 32 Rn. 10.

40 Vgl. MoPeG, RegE v. 17.3.2021, BT-Drs. 19/27635, 165 (165 ff., 242); zur Gesellschafterhaftung nach dem MoPeG ausführlich Schollmeyer DNotZ 2021, 889 ff.

41 Vgl. K. Schmidt BB 1984, 1588.

42 Vgl. MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg, 5. Aufl. 2022, HGB § 172 Rn. 87 ff.; vgl. auch von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1863, HGB Anm. zu Art. 165 § 9; K. Schmidt BB 1984, 1588 (1589).

43 Zur Begründung siehe MoPeG, RegE v. 17.3.2021, BT-Drs. 19/27635, 257 (257 f.); dazu kritisch Pfeuffer/Häger WM 2021, 1066 ff.; AK Bilanzrecht ZIP 2021 S3 (54); Priester NZG 2020, 1024; siehe auch K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (40 f.).

44 MüKoAktG/Perlitt, 5. Aufl. 2020, AktG § 278 Rn. III; BeckOGK/Bachmann, 1.10.2022, AktG § 278 Rn. 35.

45 Vgl. dazu von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1863, HGB Anm. zu Art. 165 § 9 iVm Anm. zu Art. 197 § 2.

46 Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht/Servatius, 5. Aufl. 2021, HGB § 230 Rn. 38; Hopt HGB/Roth, 41. Aufl. 2022, HGB § 230 Rn. 27.

der Nichtschuld hatte. Ein allgemeiner Rückzahlungsauschluss bei Gutgläubigkeit des Empfängers besteht nicht. Der stille Gesellschafter kann sich jedoch nicht auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes kennt, § 819 Abs. 1 BGB.⁴⁹

(7) *Zwischenergebnis und Anwendung auf schuldrechtliche Verträge, insbes. Genussrechte*

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite mitunter signifikante Unterschiede zwischen dem (Gutgläubens-)Schutz bezüglich eines erhaltenen Gewinnanteils innerhalb der Rechtsformen bestehen.

Soweit eine persönliche Haftung für Gesellschaftsschulden besteht (GbR- und OHG-Gesellschafter sowie persönlich haftende Gesellschafter der KG und der KGaA), kommt eine Rückzahlungssperre von vornherein nicht in Betracht. Bei der stillen Gesellschaft gibt es außerhalb einer möglichen Entreicherung keine Regelung, wonach ein gutgläubiger stiller Gesellschafter erhaltene Gewinnanteile nicht zurückzahlen muss. Bei Aktionären von AG und KGaA besteht ein Gutgläubensschutz, der weitgehend hinsichtlich seines sachlichen Anwendungsbereichs (auch Zahlungen, die das Grundkapital angreifen), gleichzeitig aber schon dann ausgeschlossen ist, wenn den empfangenden Aktionären auch nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. In der GmbH dagegen bedarf es mindestens grober Fahrlässigkeit, sachlich wird differenziert: Greifen Zahlungen in das Stammkapital ein, sind sie auch vom gutgläubigen Gesellschafter zurückzuzahlen, soweit und solange (zeitliche Grenze: Verjährung) dies zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Oberhalb der bilanziellen Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit geleistete Gewinnausschüttungen sind dagegen in diesem Fall nicht zurückzuzahlen. Gemein ist der AG/KGaA und der GmbH, dass es jeweils nur auf die Gutgläubigkeit des Empfängers ankommt. Anders ist dies bei der Gewinnausschüttung an Kommanditisten, bei denen neben deren Gutgläubigkeit (Maßstab: mindestens grob fahrlässige Unkenntnis) auch die Gutgläubigkeit der die Bilanz errichtenden Personen hinzukommen muss.

Mithin sind deutliche Unterschiede zu erkennen hinsichtlich der Fragen, ob überhaupt eine Rückzahlungssperre besteht, in welchem Maße es auf wessen Gutgläubigkeit ankommt, worauf sich der gute Glaube beziehen muss und auf welche Zahlungen sich der Anspruch bezieht, dh, welche Schutzrichtung verfolgt wird. Während die ersten drei Unterschiede ausschließlich die Tatbestandsseite erfassen, betrifft letztere auch die Rechtsfolgenseite. Selbst wenn man die persönlich haftenden Gesellschafter außen vor lassen und sich im Übrigen auf den Minimalkonsens zurückziehen würde, dass es eine Rückzahlungssperre unter Berücksichtigung der Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft geben müsse, die zumindest dann eingreift, wenn dem Empfänger nicht einmal einfache Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, überzeugt dies nicht. So lässt sich dadurch immer noch nicht feststellen, auf welche Zahlungen sich dies beziehen soll, sämtliche oder nur solche, die zur Gläubigerbefriedigung des Schuldners erforderlich sind. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen hat der Gesetzgeber für jede Rechtsform mit Bedacht und Rücksicht auf das jeweilige System,⁵⁰ teilweise zur Umsetzung europarechtlicher Vorga-

ben getroffen und die entsprechenden Regelungen über die letzten 150 (!) Jahre hinweg teilweise mehrfach geändert. Zuletzt wurde das Haftungsprivileg für die Kommanditisten in § 172 Abs. 5 HGB durch das MoPeG mit Wirkung zum 1.1.2024 ersatzlos mit der Begründung gestrichen, dass im Spannungsfeld zwischen Gläubiger und gutgläubigem Gesellschafter dem Gläubigerschutz der Vorzug zu geben und hierin auch kein Widerspruch zu den Regelungen zur AG und GmbH zu sehen sei.⁵¹ Diese neueste Änderung zeigt eindrucksvoll, dass von einer für eine Gesamtanalogie erforderlichen Regelungslücke bereits auf gesellschaftsrechtlicher Ebene keine Rede sein kann.

Hier stellt sich dann aber die Frage, worin eigentlich die Lücke in Bezug auf den entschiedenen Fall bestehen soll. Die aufgezeigten Regelungen betreffen allesamt Rechtsformen. Die Rückzahlungssperren beziehen sich auf die spezialgesetzlichen Haftungsnormen. Betroffen sind, wie bereits angesprochen, dagegen gerade keine gesellschaftsrechtlichen Gewinnausschüttungen, sondern Genussrechte, mithin ein schuldrechtlicher Vertrag,⁵² der Zahlungsverpflichtungen umfasst, deren Höhe lediglich anhand des Jahresüberschusses bzw. Bilanzgewinns der Schuldnerin, einer Gesellschaft, berechnet wird. So besteht etwa, anders als bei der stillen Gesellschaft, gerade kein gemeinsamer Zweck, es werden keine über eine – vergleichbare – Gewinnbeteiligung hinausgehenden (Mitgliedschafts-)Rechte gewährt.⁵³ Genussrechte stehen dem Gesellschaftsrecht nahe, da ihr Inhalt typischerweise auf anteilige Teilhabe am Gesellschaftsgewinn gerichtet⁵⁴ ist. Zwingend ist dies jedoch nicht.⁵⁵ Sie sind gesetzlich anerkannt, vgl. § 221 Abs. 3, 4 AktG, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG, aber nicht definiert.

Für schuldrechtliche Gestaltungen jenseits des Gesellschaftsrechts hält das Gesetz zwar keine speziellen Regelungen zum Behaltendürfen von wie auch immer gearteten Gewinnausschüttungen vor. Dies gilt auch für Genussrechtsverträge. Es bestehen umgekehrt aber auch keine spezialgesetzlichen Haftungsnormen, auf die sich diese Regelungen beziehen können. Sowohl bei den Voraussetzungen als auch bei den Rechtsfolgen dieser Verträge bleibt es stattdessen bei den allgemeinen Regeln. Hier käme es stets auf den Einzelfall an. Dies ist

47 HM, siehe nur MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, HGB § 232 Rn. 35 mwN; aA soweit ersichtlich nur Mylich ZIP 2011, 2182 ff.

48 Vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB/Kindler, 9. Aufl. 2019, HGB § 232 Rn. 7; Oetker, HGB/Wedemann, 7. Aufl. 2021, HGB § 232 Rn. 17a; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB/Gehrlein, 4. Aufl. 2020, HGB § 232 Rn. 20; Mylich ZIP 2011, 2182 (2184); für eine analoge Anwendung von § 172 Abs. 5 HGB dagegen MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, HGB § 232 Rn. 36; hierauf kommt es jedoch vor dem Hintergrund der Abschaffung der Vorschrift durch das MoPeG nicht mehr an.

49 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB/Gehrlein, 4. Aufl. 2020, HGB § 232 Rn. 20 mwN.

50 Kritisch dagegen K. Schmidt BB 1984, 1588 ff. (bspw. S. 1589: „das nicht ohne Willkür entstandene Nebeneinander unterschiedlicher Kapitalsicherungsregelungen im Gesellschaftsrecht“), freilich noch vor Abschaffung von § 172 Abs. 5 HGB, dazu nun K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (40 f.).

51 MoPeG, RegE v. 17.3.2021, BT-Drs. 19/27635, 257 (257 f.).

52 BeckOGK/Seiler, 1.7.2022, AktG § 221 Rn. 28.

53 Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, CRR-VO/Boos, 5. Aufl. 2016, KWG § 21 Rn. 44; vgl. auch BGH NJW 1995, 192 ff.

54 Vgl. MüKoGmbHG/Lieder, 4. Aufl. 2022, GmbHG § 57m Rn. 31.

55 BeckOGK/Seiler, 1.7.2022, AktG § 221 Rn. 26.

jedoch keine Frage eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsatzes im Rahmen einer Gesamtanalogie, sondern eine solche der Vertragsgestaltung und -auslegung. Ist letztere unergiebig, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, wenn auch das dispositive Recht keine ergiebige Antwort auf die zwischen den Beteiligten aufgeworfene Frage liefert.⁵⁶ Im Urteil hatte der BGH bereits erkannt, dass der Vertrag so auszulegen sei, dass ein Anspruch auf Auszahlungen unter dem Genussrechtsvertrag nur besteht, wenn objektiv ein Jahresüberschuss der P-AG vorlag, dh, diese gerade nicht an fehlerhaft festgestellte Jahresabschlüsse gebunden sei (Rn.17). Ist dies nicht der Fall, kommt ein Rückzahlungsanspruch nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regelungen in Betracht. Diese kennen jedoch keinen generellen Ausschluss der Haftung bei Gutgläubigkeit des Empfängers, es kommt vielmehr eine Haftungsverschärfung bei Kenntnis (vgl. § 819 Abs.1 BGB) in Betracht, wodurch auch der sonst mögliche Entreicherungseinwand des gutgläubigen Empfängers entfällt.⁵⁷ Andersherum entfällt die Haftung bei Kenntnis des Leistenden (§ 814 BGB) von der Nichtschuld.

Wenn etwas anderes gelten soll, können die Beteiligten dies im Rahmen des dispositiven Rechts vertraglich regeln. Damit ist weder Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung, noch besteht allgemein eine Regelungslücke, schon gar keine planwidrige. Dasselbe gilt im Rahmen der Schenkungsanfechtung.

cc) Gleichwertige Interessenlage über den zu entscheidenden Fall hinaus

Selbst wenn man zu einer planwidrigen Regelungslücke gelangen würde, bestünde keine gleichwertige Interessenlage. Zwar ist zuzugeben, dass auch der Empfänger von Leistungen unter schuldrechtlichen Verträgen, insbesondere Genussrechten, mitunter schutzwürdig sein kann, da er häufig keinen Einfluss darauf und auch keine Kenntnis davon haben kann, ob die Voraussetzungen für eine Ausschüttung erfüllt sind. Dies ist jedoch zum einen keineswegs immer der Fall und vielmehr einzelfallabhängig.⁵⁸ Zum anderen zeigen auch die aufgezeigten gesellschaftsrechtlichen Instrumente, dass sie bewusst unterschiedlich auf die jeweilige Rechtsform abgestimmt sind. Es ist daher an den Vertragsparteien zu regeln, und gegebenenfalls im Einzelfall durch – wenn das dispositive Recht keine Lösung bietet, ergänzende – Vertragsauslegung zu bestimmen, ob eine Rückzahlungssperre besteht. Hierüber einen „allgemeinen Rechtsgedanken“ des Gesellschaftsrechts im Sinne des korporationsrechtlichen Vermögensrechts zu stützen, verfängt dagegen nicht. Dies gilt allgemein für schuldrechtliche Vereinbarungen, aber auch, wenn man dies allein auf Genussrechte beziehen wollte, insbesondere, da auch diese mannigfaltig ausgestaltet werden können und zudem gerade für die den Genussrechten am nächsten kommende Rechtsform der stillen Gesellschaft ebenfalls keine spezialgesetzlichen Regelungen existieren.

b) Allgemeiner Rechtsgrundsatz

Aus denselben Gründen kommt auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht Betracht.

Zum einen sind die Regelungen für die verschiedenen Rechtsformen bereits an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Es kann daher schon nicht festgestellt werden, welche dieser Voraussetzungen gerade für schuldrechtliche Genussrechte einschlägig sein sollten. Insbesondere wäre es nicht tragfähig, jeweils schlicht an die Regelung der Rechtsform anzuknüpfen, auf die sich der Jahresüberschuss bzw. Bilanzgewinn für die Ausschüttung bezieht. Gerade der entschiedene Fall zeigt, dass hierbei eine Kongruenz von schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsregelungen bestehen kann (Bestehen eines Jahresüberschusses bzw. Bilanzgewinns), aber nicht bestehen muss (Höhe der Ausschüttungen, kein weiterer Gewinnverwendungsbeschluss erforderlich).

Dasselbe gilt zum anderen für die verschiedenen Rechtsfolgen. Es wäre bei der unendlichen Vielzahl schuldrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten unmöglich, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz herauszudestillieren, inwieweit Ausschüttungen (nicht) zurückzugewähren sind, zumal auch hier das allgemeine Bereicherungsrecht bzw. das Insolvenzanfechtungsrecht bereits einen Rechtsrahmen vorgeben.

V. Ergebnis

Ausgehend von der vorstehenden Untersuchung ist mit den – freilich sehr knappen und wohl nur der Revisionserwiderung geschuldeten – Ausführungen des BGH ein allgemeiner Rechtsgedanke, dass sämtliche Gewinnausschüttungen auch bei fehlerhafter Grundlage nicht zurückzuzahlen sind, wenn sie in gutem Glauben empfangen wurden, abzulehnen. Dies gilt sowohl im Rahmen einer Konditionssperre (§ 814 BGB) als auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung.⁵⁹ Ein solcher Rechtsgedanke lässt sich § 62 Abs.1 S.2 AktG, § 172 Abs.5 HGB, § 31 Abs.2 GmbHG sowie weiteren rechtsformspezifischen Regelungen weder im Rahmen der Gesamtanalogie noch als allgemeiner Rechtsgrundsatz entnehmen. Zu unterschiedlich sind bereits die Gläubiger- und Minderheitenschutzsysteme der einzelnen Rechtsformen untereinander, um einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken ableiten zu können. Nicht zuletzt die Begründung zur ersatzlosen Streichung von § 172 Abs.5 HGB durch das MoPeG mit Wirkung zum 1.1.2024 hat gezeigt, dass der Gesetzgeber die Regelungen für einzelne Rechtsformen bewusst individuell gestaltet hat. Eine Erweiterung auf allgemeine schuldrechtliche Vereinbarungen einschließlich Genussrechten kommt damit erst recht nicht in Betracht.

56 Reimer Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 142.

57 Vgl. MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 818 Rn. 208, 307.

58 Im Allgemeinen ist der Gläubigerschutz bei schuldrechtlichen Verträgen weniger stark ausgeprägt als im Gesellschaftsrecht, so dass die insolvenzrechtlichen Schutzinstrumente größere Bedeutung erlangen; zum Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, siehe ausführlich Spindler JZ 2006, 839 ff.

59 Vgl. zum Verhältnis von § 134 Abs.1 InsO und § 62 Abs.1 S.2 AktG etwa Habersack ZIP 2022, 1621 ff.