



Cécilie Lüneborg

Das neue Recht  
der Gesellschafterdarlehen



PETER LANG

## Erster Abschnitt – Einleitung

### I. Gegenstand der Arbeit

Das GmbH-Recht verpflichtet die Gesellschafter lediglich zur Aufbringung eines Stammkapitals in Höhe von 25.000 Euro; das „neue Mitglied der Familie GmbH“<sup>1</sup>, die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), kann gar mit nur einem Euro gegründet werden. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der flexiblen und unabhängig von einer Kapitalerhöhung möglichen Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen eine eminente Bedeutung erwächst. Diese wird aktuell dadurch verstärkt, dass Deutschland sich in der Talsohle der Weltwirtschaftskrise befindet, die zugleich und gerade eine Bankenkrise ist – den Kreditinstituten wird eine „Kreditklemme“ nachgesagt<sup>2</sup>, sodass die Alternative der bankseitigen Finanzierung gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht zu hinreichender Sicherheitenbestellung in der Lage sind, häufig ausscheidet<sup>3</sup>. Angesichts der traurigen Zahl von 35.000 erwarteten Unternehmensinsolvenzen für das Jahr 2009<sup>4</sup> und der notorischen Konzerne wie Arcandor, Märklin, Rosenthal und Schiesser, die bereits Insolvenzantrag stellen mussten, nimmt daher namentlich auch die praktische Relevanz des Rechts der Insolvenzanfechtung zu.

Mit dieser Steigerung des wirtschaftlichen Stellenwerts des Gesellschafterdarlehensrechts geht ein zunehmendes Interesse an der Thematik in der akademischen Diskussion einher. Die Ursprünge der bis Ende letzten Jahres fest etablierten Spezialmaterie des Eigenkapitalersatzrechts reichen zurück auf Entscheidungen des Reichsgerichts. Im Nachgang zur umfangreichen Judikatur des BGH, der Erörterung jeder Verästelung des Problemfelds im Schrifttum und zahlreichen Begründungsversuchen seitens des Gesetzgebers hatte sich ein ausdifferenziertes, wenn auch nicht unumstrittenes Rechtsinstitut herausgebildet. Der Gesetzgeber des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat den zahlreichen Kritikern sein Ohr geliehen und eine grundlegende Umgestaltung des bisherigen Eigenkapital-

---

<sup>1</sup> So treffend *Goette* in *Habersack/Goette*, Rn 9.22.

<sup>2</sup> S. hierzu *Wirtschaftswoche* v. 10.06.2009 (abrufbar unter <http://www.wiwo.de> [Stand: 21.08.2009]); *Spiegel-Online* v. 18.08.2009 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de> [Stand: 21.08.2009]); *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283 (1284 f.) auf der Grundlage einer seitens des Zentrums für Insolvenz und Sanierung der Universität Mannheim durchgeführten Studie.

<sup>3</sup> Eingehend *Bäumli*, GmbHR 2009, 632. S.a. *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283 (1284 ff.).

<sup>4</sup> S. nur *Wirtschaftswoche* v. 10.6.2009 (abrufbar unter <http://www.wiwo.de> [Stand: 21.08.2009]).

ersatzrechts propagiert. Dem vernichtenden Verdikt der – vermeintlichen – Sanierungsfeindlichkeit und überobligatorischen Kompliziertheit<sup>5</sup> wurde der Drang nach Deregulierung und Typisierung entgegengesetzt<sup>6</sup>: Kurz gefasst wurde die ursprüngliche Dichotomie der Rechtsprechungs- und der Novellenregeln aufgehoben und alle gesetzlichen (neuerdings rechtsformneutral ausgestalteten) Vorgaben in der Insolvenzordnung sowie im Anfechtungsgesetz gebündelt. Auf eine tatsächliche Krisenfinanzierung, die den „Todeskampf“ der Gesellschaft verlängerte und dadurch Drittgläubiger potenziell gefährdete, soll es nicht mehr ankommen. Die Losung lautet: Das Eigenkapitalersatzrecht bisheriger Prägung ist abgeschafft!<sup>7</sup>

Doch hat der Gesetzgeber tatsächlich an den Grundfesten des gewachsenen Rechtsinstituts gerüttelt oder durch Normierung einer unwiderlegbaren Krisenvermutung nur an ihnen gekratzt? Wird die Neuregelung den Anforderungen der Praxis gerecht oder hätte der Rotstift konsequenterweise noch weitgehender angesetzt werden müssen? Hat die Reform dem Normengefüge gar die dogmatische Grundlage entzogen und wie lassen sich neuerdings die zahlreichen – unbesehen vom bisherigen Recht übernommenen – Ausdehnungen in sachlicher und persönlicher Hinsicht sowie die ohnehin bestrittenen Ausnahmetatbestände in Gestalt des Sanierungs- und des Kleinbeteiligungsprivilegs rechtfertigen?

Diese und alle weiteren zu erörternden Fragen bewegen sich in mehreren Spannungsfeldern: Zum einen geht der Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts erkennbar dahin, zum Schutze der Drittgläubiger zu verhindern, dass der Gesellschafter übermäßig von seiner herausgehobenen Stellung profitiert. Zum anderen darf jedoch dessen oftmals und gerade in Krisenzeiten unabdingbare Finanzierungs- und Sanierungsbereitschaft nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Somit fragt sich, welche Einbußen an Einzelfallgerechtigkeit für einen durch Typisierung erzielten Gewinn an Rechtssicherheit (noch) hingenommen werden müssen. Die Durchsicht der Beiträge zum Gesellschafterdarlehensrecht zeigt überdies, dass oftmals einseitig entweder der dogmatische Hintergrund der Sonderregeln oder aber die sich zahlreich stellenden Detailprobleme untersucht werden. Sachgerechte Ergebnisse werden jedoch nur erreicht, wenn der rechtssystematische Ausgangspunkt der Vorschriften mit deren praktischer Umsetzung in Einklang gebracht werden kann. Ansonsten verlöre das Gesellschafter-

---

<sup>5</sup> S. statt vieler *Grunewald*, GmbHR 1997, 7 (9): „Wucherungen bis ins Unendliche“; *Meilicke*, GmbHR 2007, 225 (228): „Ganz unsinnige Rechtsfolgen“. Eingehend zum Ganzen unter § 2 I.

<sup>6</sup> S. d. Begr. zum RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

<sup>7</sup> S. d. Begr. zum RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

darlehensrecht – entsprechend dem Vorwurf zahlreicher Kritiker<sup>8</sup> – jegliche Berechtigung.

Nicht die nur kontroverse Resonanz im Schrifttum (sowohl auf die bisherige als auch auf die aktuelle Handhabung der Problematik), sondern auch der Blick ins benachbarte Ausland lehren<sup>9</sup>, dass für den in Rede stehenden Finanzierungsmodus das „Patentrezept“ noch nicht gefunden, der schonendste und interessenverträglichste Ausgleich noch nicht herbeigeführt wurde. Keineswegs wird die neue Rechtslage daher vom Pathos der Formel „Was lange währt, wird endlich gut“<sup>10</sup> hinreichend ausgeleuchtet.

Das Ziel dieser Arbeit liegt darin, die neuen Regelungen – stets auf der Basis eines vergleichenden Seitenblicks auf das bisherige Recht sowie unter Zugrundelegung aller im Schrifttum diskutierten Problemkreise – umfassend zu untersuchen und durch Interpretation einem sinnvollen Gesamtkonzept zuzuführen. Schwerpunktmäßig wird dabei das Recht der GmbH betrachtet. Als Ausgangspunkt dient die Einsicht, dass der Gesetzgeber in der Sache keinen bahnbrechenden Paradigmenwechsel vollzogen hat. Vielmehr liegt den Regelungen nach wie vor der Grundgedanke der – aus Vereinfachungszwecken nunmehr unwiderlegbar vermuteten – Krisenfinanzierung zu Grunde.

## II. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gibt in ihrem ersten Kapitel einen Überblick über die historische Entwicklung des Gesellschafterdarlehensrechts. Akzentuiert werden die hieran geübte Kritik sowie die sich diametral entgegenstehenden Reformvorschläge der Lehre am Vorabend des MoMiG. Von besonderer Bedeutung für die hier intendierte Rückkoppelung der Sonderregeln an dogmatische und systematische Erwägungen ist die Auseinandersetzung mit den Legitimationsansätzen des bisherigen und des aktuellen Gesellschafterdarlehensrechts. Als Basis der Untersuchung des materiellen Gehalts der Vorschriften wird im darauffolgenden Abschnitt (§ 4) der – vermeintliche – Bedeutungswandel des Merkmals der Krisenfinanzierung nachvollzogen.

---

<sup>8</sup> Für dessen Abschaffung sprechen sich daher etwa *Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, 2006, S. 163 ff.; *Grunewald*, GmbHR 1997, 7 (9 f.); *Meilicke*, GmbHR 2007, 223 (232; 236); *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321 (1324) aus. Vgl. zum Ganzen § 2 II. 3.) sowie § 18.

<sup>9</sup> Österreich hat der Materie ein eigenes Gesetz gewidmet; in Italien findet sich in Art. 2467 Codice Civile eine der früheren deutschen Rechtslage ähnelnde Lösung; Großbritannien kennt hierzu kein Sonderrecht, sondern operiert mit der der Insolvenzverschleppungshaftung vergleichbaren Rechtsfigur des *wrongful trading*.

<sup>10</sup> So jedoch *Wedemann*, WM 2008, 1381.

Hieran schließt sich eine eingehende Analyse des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der neuen Vorschriften sowie eine kritische Untersuchung der in § 39 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 InsO beinhalteten Ausnahmeregelungen an. Im Mittelpunkt des Interesses stehen zudem die Rechtsfolgen der neuen Vorschriften. Im Anschluss hieran stellt sich – die bislang spärlich erörterte – Frage nach einem Eingreifen des Bargeschäftsprivilegs i.S.v. § 142 InsO. Wie im darauffolgenden Abschnitt (§ 10) zu zeigen sein wird, hat der Gesetzgeber betreffs gesellschafterbesicherter Drittkredite und seitens der Gesellschaft besicherter Gesellschafterdarlehen in weiten Teilen verbesserungswürdige Vorschriften in das Gesetz eingefügt. § 11 ist dem „Nichtanwendungserlass“ der §§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG, 57 Abs. 1 S. 4 AktG gewidmet, durch den das bisherige Recht entkernt wurde und zugleich des von ihm vermittelten Präventivschutzes verlustig ging.

Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt auf den zahlreichen Detailproblemen des seitens des Rechtsausschusses „mit heißer Nadel gestrickten“ § 135 Abs. 3, 4 InsO (s. § 13). Da die Regelung richtigerweise als von der bisherigen Rechtsprechung zur „eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“ vollkommen losgelöst zu betrachten ist, wird sie für die Insolvenzverwalter unabhängig vom Gesellschafterdarlehensrecht in zahlreichen, teils auch von §§ 103 ff. InsO tangierten Fällen virulent.

Der darauffolgende Abschnitt hat die Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus zum Gegenstand, welche namentlich aufgrund ihrer Wechselwirkungen zur Insolvenzantragspflicht interessiert. Eine Analyse der Übergangsbestimmungen unter § 14 soll ergeben, ob und inwieweit dem bisherigen Recht nach wie vor Bedeutung zukommt.

Im abschließenden Kapitel wird der Blickwinkel auf den Stellenwert des Gesellschafterdarlehensrechts im vornehmlich gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Gesamtrechtsgefüge erweitert.

In der Praxis gewinnt die darlehensweise Finanzierung vor allem auch im Konzernverbund – insbesondere im Rahmen von Cash-Pool-Systemen – an Relevanz, sodass § 15 der Frage gewidmet ist, unter welchen Voraussetzungen das Gesellschafterdarlehensrecht hier zum Tragen kommt und wie ungerechtfertigte Ergebnisse zu korrigieren sind. Im Anschluss hieran soll näher beleuchtet werden, inwieweit der Gesetzgeber sein erklärtes Ziel, die Sondervorschriften mittels Etikettierung als Insolvenzrecht auch auf Scheinauslandsgesellschaften zur Anwendung zu bringen<sup>11</sup>, tatsächlich erreicht hat.

---

<sup>11</sup> S. d. Begr. zum RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 57.

Zahlreich wird das Recht der Gesellschafterdarlehen im Schrifttum als „stumpfes Schwert“ stigmatisiert und der Ausweg in der Heranziehung korrelierender Haftungsinstitute wie etwa der §§ 129 ff. InsO, 826 BGB oder dem Novum der Insolvenzverursachungshaftung der §§ 64 S. 3 GmbHG, 92 Abs. 2 S. 3 AktG gesucht. Deren Kompensationstauglichkeit wird unter § 17 auf die Vereinbarkeit von Voraussetzungen und Zwecksetzung untersucht und verworfen. In einem letzten Abschnitt wird hinterfragt, ob es eines Sonderrechts für Gesellschafterdarlehen – so gut oder schlecht dieses aktuell ausgestaltet ist – tatsächlich bedarf.