

Gesellschaftsfremde Dritte im Eigenkapitalersatzrecht und im Recht der Gesellschafterdarlehen

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Hendrik Menzel

aus: Northeim

Referent: Prof. Dr. Hanns Prütting

Korreferent: Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke

Tag der mündlichen Prüfung: 27.01.2015

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XXII
§ 1 Einleitung	1
A. Gegenstand der Arbeit.....	1
B. Gang der Untersuchung.....	3
C. Die Kapitalausstattung der GmbH	4
I. Trennungsgrundsatz und Gläubigerschutz	4
II. Eigenkapital und Fremdkapital	5
III. Die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter: Grundsatz und Ausnahmen	6
IV. Eigenkapitalfinanzierung oder Fremdkapitalfinanzierung.....	8
§ 2 Die Entwicklung des Sonderrechts für Gesellschafterdarlehen	11
A. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	11
I. Entwicklung durch die Rechtsprechung.....	11
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	11
2. Die Rechtsprechung des BGH.....	13
II. Die Novellenregelungen.....	20
1. Entwicklungsgeschichte	20
2. Die einzelnen Normen des Regelungsregimes.....	20
3. Verhältnis der Novellenregeln zum „Rechtsprechungsrecht“.....	22
III. Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts	23
1. Finanzierungsfolgenverantwortung.....	23
2. Venire contra factum proprium	25
3. Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die Drittgläubiger	26
4. Gläubigertäuschung durch den Anschein ausreichender Kapitalausstattung... ..	27
5. Die „Insiderstellung“ des Gesellschafters	28
6. Darlehen als „Funktionelles Eigenkapital“	28
7. Bedeutung des Kleinbeteiligtenprivilegs gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. im Zusammenhang mit der ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts	29
8. Ergebnis.....	33
B. Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	33
I. Rechtspolitische Ausgangslage	33
II. Das Recht der Gesellschafterdarlehen.....	34
§ 3 Der personelle Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.....	37

A.	Einleitung	37
B.	Die einzelnen Auslegungsmethoden	38
I.	Wortlaut.....	38
II.	Systematik	38
III.	Gesetzesmaterialien.....	39
IV.	Telos	40
1.	Gesetzesmaterialien.....	40
2.	Theorie vom Fortbestand der Finanzierungsverantwortung	41
3.	Theorie von der „Insolvenzreife“ der Gesellschaft	54
4.	Theorie der Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter	58
5.	Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken.....	60
6.	Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung.....	63
7.	Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter	70
C.	Ergebnis.....	77
§ 4	Die einzelnen Fallgruppen	80
A.	Einleitung	80
B.	Exkurs: § 138 InsO analog.....	80
C.	Fallgruppen	82
I.	Mittelspersonen des Gesellschafters	82
1.	Mittelbare Stellvertreter	82
2.	Sonderfall „nahe Angehörige“	82
II.	Gesellschaftergleiche Dritte	83
1.	Treuhand.....	83
2.	Stille Gesellschaft.....	86
3.	Unterbeteiligung.....	99
4.	Nießbrauch	104
5.	„Pfandgläubiger“	112
6.	Kreditgeber mit schuldrechtlichen Einflussmöglichkeiten	118
7.	Mehrstufige Unternehmensverbindungen	124
§ 5	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	148
A.	Eigenkapitalersatzrecht	148
B.	Recht der Gesellschafterdarlehen.....	149

Literaturverzeichnis

- Altmeyen, Holger
Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis
In: Neue Juristische Woche 2008, S. 3601 ff.
(zit.: *Altmeyen*, NJW 2008)
- Ders.
Verschlimmbesserung im Kapitalersatzrecht
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, S. 1455 ff.
(zit.: *Altmeyen*, ZIP 1996)
- Ders.
„Dritte“ als Adressaten der Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzregeln in der GmbH
In: Festschrift für Bruno Kropff zum 72. Geburtstag, S. 641 ff.
Düsseldorf 1997
(zit.: *Altmeyen*, in: FS Kropff, S. 641)
- Ders.
Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1999, S. 291 ff.
(zit.: *Altmeyen*, ZGR 1999)
- Baumbach, Adolf (Hrsg.)
Hueck, Alfred (Hrsg.)
GmbH-Gesetz Kommentar
18. Auflage, München 2006
(zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Dies.
GmbH-Gesetz Kommentar
20. Auflage, München 2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Bayer, Walter
Graff, Simone
Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG
In: Deutsches Steuerrecht 2006, S. 1654 ff.
(zit.: *Bayer/Graff*, DStR 2006)
- Beck, Simon M.
Kritik des Eigenkapitalersatzrechts
Dissertation, Frankfurt 2006
(zit.: *Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, S. 1)
- Beck'sches Handbuch der GmbH
4. Auflage, München 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, S. 1 Rn. 1)

- Bezenberger, Tilmann
Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im
Recht der GmbH
In: Festschrift für Gerold Bezenberger zum
70. Geburtstag am 13. März 2000, S. 23 ff.
Berlin 2000
(zit.: *T. Bezenberger*, in: FS Bezenberger,
S. 23)
- Bitter, Georg
Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz
nach dem MoMiG
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010,
S. 1 ff.
(zit.: *Bitter*, ZIP 2010)
- Blaurock, Uwe
Handbuch Stille Gesellschaft
7. Auflage, Köln 2010
(zit.: *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft,
S. 1)
- Bork, Reinhard
Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu
Gunsten des Insolvenzrechts?
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Ge-
sellschaftsrecht 2007, S. 250 ff.
(zit.: *Bork*, ZGR 2007)
- Braun, Eberhard (Hrsg.)
Insolvenzordnung Kommentar
5. Auflage, München 2012
(zit.: *Bearbeiter*, in: Braun, InsO, § 1 Rn. 1)
- Brokamp, Jürgen (Hrsg.)
Ernst, Dietmar (Hrsg.)
Hollasch, Karsten (Hrsg.)
Lehmann, Georg (Hrsg.)
Weigel, Klaus (Hrsg.)
Mezzanine-Finanzierungen
1. Auflage, München 2012
(zit.: *B/E/H/L/W*, Mezzanine-Finanzierung,
S. 1)
- Buck, Christian
Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken
Dissertation, Stuttgart 2005
(zit.: *Buck*, Die Kritik am Eigenkapital-
ersatzgedanken, S. 1)
- Cahn, Andreas
Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigen-
kapitalersatz
In: Die Aktiengesellschaft 2005, S. 217 ff.
(zit.: *Cahn*, AG 2005)
- Claussen, Carsten
Die GmbH braucht eine Deregulierung des
Kapitalersatzrechts
In: GmbH-Rundschau 1996, S. 316 ff.
(zit.: *Claussen*, GmbHHR 1996)

- Ders. Kapitalersetzende Darlehen und Sanierungen durch Kreditinstitute
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 147 (1983), S. 195 ff.
(zit.: *Claussen*, ZHR 147)
- Dauner-Lieb, Barbara Die Freistellung geringfügig beteiligter Gesellschafter von der Kapitalersatzhaftung
In: Deutsches Steuerrecht 1998, S. 609 ff.
(zit.: *Dauner-Lieb*, DStR 1998)
- Drukarczyk, Jochen Finanzierung
10. Auflage, Stuttgart 2008
(zit.: *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 1)
- Drygala, Tim Stammkapital heute - Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2006, S. 587 ff.
(zit.: *Drygala*, ZGR 2006)
- Ebenroth, Carsten Thomas (Hrsg)
Boujong, Karlheinz (Hrsg.)
Joost, Detlev (Hrsg.)
Strohn, Lutz (Hrsg.) Handelsgesetzbuch Kommentar
Band 1
2. Auflage, München 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 1 Rn. 1)
- Eidenmüller, Horst Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz
In: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, S. 49 ff.
München 2007
(zit.: *Eidenmüller*, in: FS Canaris, Bd. II, S. 49)
- Ehricke, Ulrich Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz
Tübingen 1998
(zit.: *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 1)
- Emmerich, Volker
Habersack, Mathias Konzernrecht
9. Auflage, München 2008
(zit.: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 Rn. 1)
- Engert, Andreas Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung

- In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2004, S. 213 ff.
(zit.: *Engert*, ZGR 2004)
- Fastrich, Lorenz
Ketzerisches zur sogenannten Finanzierungsverantwortung
In: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, S. 143 ff.
Köln München 1998
(zit.: *Fastrich*, in: FS Zöllner, S. 143)
- Fleischer, Holger
Covenants und Kapitalersatz
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1998, S. 313 ff.
(zit.: *Fleischer*, ZIP 1998)
- Gehrlein, Markus
Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG
In: Betriebs-Berater 2008, S. 846 ff.
(zit.: *Gehrlein*, BB 2008)
- Ders.
Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikation
In: Betriebs-Berater (Beilage) 2011, S. 3 ff.
(zit.: *Gehrlein*, BB 2011)
- Ders.
Der aktuelle Stand des GmbH-Rechts
In: Der Konzern 2007, S. 771 ff.
(zit.: *Gehrlein*, Der Konzern 2007)
- Gessler, Emil
Probleme der GmbH-Rechtsreform
In: GmbH-Rundschau 1966, S. 102 ff.
(zit.: *Gessler*, GmbHR 1966)
- Ders.
Zur Problematik bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1981, S. 233 ff.
(zit.: *Gessler*, ZIP 1981)
- Goette, Wulf (Hrsg.)
Habersack, Mathias (Hrsg.)
Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis
1. Auflage, Köln 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in: Goette/Habersack, MoMiG, Rn. 1)
- Goette, Wulf
Kleindiek, Detlef
Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis
2. Auflage, Köln 2001
(zit.: *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, Rn. 1)

- Goette, Wulf
Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 162 (1998), S. 223 ff.
(zit.: *Goette*, ZHR 162)
- Ders.
Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung: zivilrechtliche Grundlagen steuerlicher Beratung
1. Auflage, München 1997
(zit.: *Goette*, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, § 1 Rn. 1)
- Ders.
Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Behandlung eigenkapitalersetzender Leistungen im GmbH-Recht
In: Deutsches Steuerrecht 1997/II, S. 2027 ff.
(zit.: *Goette*, DStR 1997)
- Götz, Alexander
Juristische und ökonomische Analyse des Eigenkapitalersatzrechts
Dissertation, Tübingen 2000
(zit.: *Götz*, Juristische und ökonomische Analyse des Eigenkapitalersatzrechts, S. 1)
- Grigoleit, Hans Christoph
Rieder, Markus S.
GmbH-Recht nach dem MoMiG
München 2009
(zit.: *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach dem MoMiG, S. 1)
- Grunewald, Barbara
Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen
In: GmbH-Rundschau 1997, S. 7 ff.
(zit.: *Grunewald*, GmbHHR 1997)
- Gündel, Matthias (Hrsg.)
Katzorke, Björn (Hrsg.)
GmbH-Reform 2008 (MoMiG)
1. Auflage, Tübingen 2008
(zit.: *Gündel/Katzorke*, GmbH-Reform 2008, S. 1)
- Haas, Ulrich
Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, S. 617 ff.
(zit.: *Haas*, ZInsO 2007)
- Ders.
Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH

- In: Deutsches Steuerrecht 2006, S. 993 ff.
(zit.: *Haas*, DStR 2006)
- Habersack, Mathias
Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 2145 ff.
(zit.: *Habersack*, ZIP 2007)
- Ders.
Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 162 (1998), S. 201 ff.
(zit.: *Habersack*, ZHR 162)
- Hachenburg, Max (Hrsg.)
GmbH-Gesetz Kommentar
Erster Band - Allgemeine Einleitung; §§ 1-34
8. Auflage, Berlin 1992
(zit.: *Bearbeiter*, in: Hachenburg, GmbHG, § 1 Rn. 1)
- Häger, Michael (Hrsg.)
Elkemann-Reusch, Manfred (Hrsg.)
Mezzanine Finanzierungsinstrumente
2. Auflage, Berlin 2007
(zit.: *Bearbeiter*, in: Häger/Elkemann-Reusch, S. 1)
- Herzog, Roman (Hrsg.)
Scholz, Rupert (Hrsg.)
Herdegen, Matthias (Hrsg.)
Klein, Hans H. (Hrsg.)
Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar
Loseblattsammlung Band II
München 2013, Stand: Mai 2013 (69. Ergänzungslieferung)
(zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 14 Rn. 1)
- Heuermann, Bernd (Hrsg.)
Brandis, Peter (Hrsg.)
Blümich - Einkommenssteuergesetz Kommentar
München, Stand: Oktober 2013 (121. Ergänzungslieferung)
(zit.: *Bearbeiter*, in: Blümich, EStG, § 1 Rn. 1)
- Hirte, Heribert
Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
In: Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV, 2008, S. 1429 ff.
(zit.: *Hirte*, WM 2008)

- Hirte, Heribert
Knof, Bela
Mock, Sebastian
- Ein Abschied auf Raten? - Zum zeitlichen Anwendungsbereich des alten und des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, S. 48 ff.
(zit.: *Hirte/Knof/Mock*, NZG 2009)
- Holzer, Johannes
- Insolvenzrechtliche Überleitungsvorschriften des MoMiG in der Praxis
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009/I, S. 206 ff.
(zit.: *Holzer*, ZIP 2009)
- Hölzle, Gerrit
- Diskussion um die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung im Entwurf des MoMiG
In: Zeitschrift für das ganze Insolvenzrecht 2007, S. 421 ff.
(zit.: *Hölzle*, ZInsO 2007)
- Ders.
- Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG
In: GmbH-Rundschau 2007, S. 729 ff.
(zit.: *Hölzle*, GmbHR 2007)
- Ders.
- Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG?
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 1939 ff.
(zit.: *Hölzle*, ZIP 2009)
- Ders.
- Die Legitimation des Gesellschaftersonderopfers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 913 ff.
(zit.: *Hölzle*, ZIP 2010)
- Hommelhoff, Peter
- Das Gesellschafterdarlehen als Beispiel institutioneller Rechtsfortbildung
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1988, S. 460 ff.
(zit.: *Hommelhoff*, ZGR 1988)
- Ders.
- Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen
In: Wertpapier-Mitteilungen 1984, S. 1105 ff.
(zit.: *Hommelhoff*, WM 1984)

- Huber, Ulrich
Habersack, Mathias
- GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen
In: Betriebs-Berater 2006, S. 1 ff.
(zit.: *Huber/Habersack*, BB 2006)
- Huber, Ulrich
- Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform
In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 7 ff.
(zit.: *Huber*, Beilage ZIP 2010)
- Ders.
- Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda
In: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, S. 259 ff.
Köln 2007
(zit.: *Huber*, in: FS Priester, S. 259)
- Hüffer, Uwe
- Aktiengesetz-Kommentar
10. Auflage, München 2012
(zit.: *Hüffer*, AktG, § 1 Rn. 1)
- Karollus, Martin
- Probleme der Finanzierung im Konzern: Kapitalersatz und Treuepflicht
In: Festschrift für Carsten Peter Claussen zum 70. Geburtstag, S. 199 ff.
Köln München 1997
(zit.: *Karollus*, in: FS Claussen, S. 199)
- Ders.
- Zur geplanten Reform des Kapitalersatzrechts
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, S. 1893 ff.
(zit.: *Karollus*, ZIP 1996)
- Kirchhof, Paul (Hrsg.)
- Einkommensteuergesetz Kommentar
12. Auflage, Köln 2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: Kirchhof, EStG, § 1 Rn. 1)
- Kleindiek, Detlev
- Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2006, S. 335 ff.
(zit.: *Kleindiek*, ZGR 2006)
- Krolop, Kaspar
- Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu

- Gesellschafterdarlehen auf gesellschafts-
fremde Dritte
In: GmbH-Rundschau 2009, S. 397 ff.
(zit.: *Krolop*, GmbHHR 2009)
- Koppensteiner, Hans-Georg
Kritik des Eigenkapitalersatzrechts
In: Die Aktiengesellschaft 1998, S. 308 ff.
(zit.: *Koppensteiner*, AG 1998)
- Kruse, Viola
Nießbrauch an der Beteiligung einer Perso-
nengesellschaft
In: Rheinische Notarzeitschrift 2002, S. 69
ff.
(zit.: *Kruse*, RNotZ 2002)
- Kübler, Bruno M. (Hrsg.)
Prütting, Hans (Hrsg.)
Bork, Reinhard (Hrsg.)
Kommentar zur Insolvenzordnung
Loseblattsammlung Band I
Köln 2013, Stand: 56. Ergänzungslieferung
2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 1
Rn. 1)
- Kümpel, Siegfried (Hrsg.)
Wittig, Arne (Hrsg.)
Bank- und Kapitalmarktrecht
4. Auflage, Köln 2011
(zit.: *Bearbeiter*, in: K/W, Bank- und Kapi-
talmarktrecht, Rn. 1)
- Kuthe, Thorsten
Die Änderungen im System der eigenkapital-
ersetzenden Gesellschafterdarlehen
Dissertation, Lohmar Köln 2001
(zit.: *Kuthe*, Die Änderungen im System der
eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarle-
hen, S. 1)
- Larenz, Karl
Canaris, Klaus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage, Berlin 1995
(zit.: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre in der
Rechtswissenschaft, S. 1)
- Löwisch, Gottfried
Eigenkapitalersatzrecht
1. Auflage, München 2007
(zit.: *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht,
Rn. 1)
- Lutter, Marcus (Hrsg.)
Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Ge-
sellschaftsrecht, Sonderheft 17
(zit.: *Bearbeiter*, ZGR 2006 Sonderheft 17,
S. 1)

- Lutter, Marcus (Hrsg.)
Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
- GmbH-Gesetz Kommentar
18. Auflage, Köln 2012
(zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff,
GmbHG, 18. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Dies.
- GmbH-Gesetz Kommentar
16. Auflage, Köln 2004
(zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff,
GmbHG, 16. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Dies.
- GmbH-Gesetz Kommentar
14. Auflage, Köln 1996
(zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff,
GmbHG, 14. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Maier-Reimer, Georg
- Kreditsicherung und Kapitalersatz in der
GmbH
In: Festschrift für Heinz Rowedder zum
75. Geburtstag, S. 245 ff.
München 1994
(zit.: *Maier-Reimer*, in: FS Rowedder,
S. 245)
- Marotzke, Wolfgang
- Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse im
Spiegel der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 103, 108 ff.,
135 Abs. 1 und Abs. 3 InsO
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
2009, S. 2073 ff.
(zit.: *Marotzke*, ZInsO 2009)
- Meilicke, Wienand
- Das Eigenkapitalersatzrecht - eine deutsche
Fehlentwicklung
In: GmbH-Rundschau 2007, S. 225 ff.
(zit.: *Meilicke*, GmbHR 2007)
- Michalski, Lutz (Hrsg.)
- GmbH-Gesetz Kommentar
Band I, §§ 1-34
2. Auflage, München 2010
(zit.: *Bearbeiter*, in: Michalski, GmbHG,
Bd. I, § 1 Rn. 1)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
- Band 1
3. Auflage, München 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo zum AktG, Bd. 1,
§ 1 Rn. 1)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
- Band 3
3. Auflage, München 2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo zum AktG, Bd. 3,
§ 118 Rn. 1)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz	Band 4 3. Auflage, München 2011 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum AktG, Bd. 4, § 179 Rn. 1)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz	Band 5 3. Auflage, München 2010 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum AktG, Bd. 5, § 278 Rn. 1)
Münchener Kommentar zum BGB	Band 1, Allgemeiner Teil 6. Auflage, München 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum BGB, Bd. 1, § 1 Rn. 1)
Münchener Kommentar zum BGB	Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III 6. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum BGB, Bd. 5, § 705 Rn. 1)
Münchener Kommentar zum BGB	Band 6, Sachenrecht 6. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 854 Rn. 1)
Münchener Kommentar zum HGB	Band 3 3. Auflage, München 2012 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 238 Rn. 1)
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung	Band 2 3. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo, InsO, Bd. 2, § 80 Rn. 1)
Münchener Kommentar zur ZPO	Band 1 4. Auflage, München 2013 (zit.: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo zur ZPO, Bd. 1, § 1 Rn. 1)
Noack, Ulrich	Kapitalersatz bei verbundenen Unternehmen In: GmbH-Rundschau 1996, S. 153 ff. (zit.: <i>Noack</i> , GmbHR 1996)
Pape, Gerhard Voigt, Joachim	Einladung zur Umgehung der Eigenkapitalersatzregeln? In: Der Betrieb 1996, S. 2113 ff. (zit.: <i>Pape/Voigt</i> , DB 1996)

- Pentz, Andreas
Zur Anwendbarkeit der GmbH-Eigenkapitalersatzregeln auf Leistungen geringfügig beteiligter Gesellschafter
In: Betriebsberater 1997, S. 1265 ff.
(zit.: *Pentz*, BB 1997)
- Ders.
Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen
In: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, S. 747 ff.
München 2010
(zit.: *Pentz*, in: FS Hüffer, S. 747)
- Priester, Hans-Joachim
Die Erhöhung des Stammkapitals mit kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen
In: Festschrift für Georg Döllerer, S. 475 ff.
Düsseldorf 1988
(zit.: *Priester*, in: FS Döllerer, S. 475)
- Prütting, Hans (Hrsg.)
Wegen, Gerhard (Hrsg.)
Weinreich, Gerd (Hrsg.)
BGB Kommentar
8. Auflage, Köln Stuttgart Oldenburg 2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: P/W/W, BGB, § 1 Rn. 1)
- Reichert, Jochem
Schlitt, Michael
Düll, Alexander
Die gesellschafts- und steuerrechtliche Gestaltung des Nießbrauchs an GmbH-Anteilen
In: GmbH-Rundschau 1998, S. 565 ff.
(zit.: *Reichert/Schlitt/Düll*, GmbHR 1998)
- Reiner, Günter
Der deliktische Charakter der „Finanzierungsverantwortung“ des Gesellschafters: Zu den Ungereimtheiten der Lehre vom Eigenkapitalersatz
In: Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, S. 415 ff.
München 1996
(zit.: *Reiner*, in: FS Boujong, S. 415)
- Röhricht, Volker
Die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz bei GmbH und GmbH & Co. KG
In: Steuerberaterjahrbuch 1991/92, S. 317 ff.
(zit.: *Röhricht*, StbJb 1991/92)
- Rowedder, Heinz (Hrsg.)
Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.)
GmbH-Gesetz Kommentar
3. Auflage, München 1996
(zit.: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 3. Auflage, § 1 Rn. 1)
- Dies.
GmbH-Gesetz Kommentar
4. Auflage, München 2002
(zit.: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Auflage, § 1 Rn. 1)

- Roth, Günter H. (Hrsg.)
Altmeppen, Holger (Hrsg.)
GmbH-Gesetz Kommentar
7. Auflage, München 2012
(zit.: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeppen,
GmbHG, § 1 Rn. 1)
- Rümker, Dietrich
Überlegungen zur gesellschaftlichen Fi-
nanzierungsverantwortung
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Ge-
sellschaftsrecht 1988, S. 494 ff.
(zit.: *Rümker*, ZGR 1988)
- Sachs, Michael (Hrsg.)
Grundgesetz Kommentar
6. Auflage, München 2011
(zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 1)
- Saenger, Ingo
Gesellschaftsrecht
1. Auflage, München 2010
(zit.: *Saenger*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 1)
- Schäfer, Berthold
Eigenkapitalersatz nach „MoMiG“ – Was
bleibt von der Finanzierungsfolgenverant-
wortung?
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
2010, S. 1311 ff.
(zit.: *Schäfer*, ZInsO 2010)
- Schimansky, Herbert (Hrsg.)
Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.)
Lwowski, Hans Jürgen (Hrsg.)
Bankrechts-Handbuch
Band 2
4. Auflage, München 2011
(zit.: *Bearbeiter*, in: S/B/L, Bankrechts-
Handbuch, Bd. 2, § 1 Rn. 1)
- Schmidt, Karsten (Hrsg.)
Lutter, Marcus (Hrsg.)
Aktiengesetz Kommentar
2. Auflage, Köln 2010
Band I
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt/Lutter, AktG,
Bd. I, § 1 Rn. 1)
- Schmidt, Karsten
Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insol-
venzrecht nach der MoMiG-Reform
In: Beilage Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
2010, S. 15 ff.
(zit.: *K. Schmidt*, Beilage ZIP 2010)
- Ders.
Normzwecke und Zurechnungsfragen im
Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung
In: GmbH-Rundschau 2009, S. 1009 ff.
(zit.: *K. Schmidt*, GmbHR 2009)
- Ders.
Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Kri-

- se des Eigenkapitalersatzrechts?
In: GmbH-Rundschau 2005, S. 797 ff.
(zit.: *K. Schmidt*, GmbHHR 2005)
- Ders. Gesellschaftsrecht
4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München
2002
(zit.: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 1)
- Ders. Die Rechtsfolgen der „eigenkapitalersetzenden Sicherheiten“
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999,
S. 1821 ff.
(zit.: *K. Schmidt*, ZIP 1999)
- Ders. Zwerganteile im GmbH-Kapitalersatzrecht
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996,
S. 1586 ff.
(zit.: *K. Schmidt*, ZIP 1996)
- Schmidsberger, Gerald Eigenkapitalersatz im Konzern
Dissertation, Wien 1996
(zit.: *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, S. 1)
- Scholz, Franz (Hrsg.) GmbH-Gesetz Kommentar
Band I
10. Auflage, Köln 2006
(zit.: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I,
§ 1 Rn. 1)
- Ders. GmbH-Gesetz Kommentar
Band II
10. Auflage, Köln 2007
(zit.: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG, Bd. II,
§ 35 Rn. 1)
- Ders. GmbH-Gesetz Kommentar
Band III
10. Auflage, Köln 2010
(zit.: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG, Bd. III,
§ 53 Rn. 1)
- Ders. GmbH-Gesetz Kommentar
Band I
8. Auflage, Köln 2000
(zit.: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG, 8. Auf-
lage, § 1 Rn. 1)
- Schön, Wolfgang Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil

- In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 158 (1994), S. 229 ff.
(zit.: *Schön*, ZHR 158 (1994))
- Servatius, Wolfgang
Gläubigereinfluss durch Covenants: Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung
Habilitation, München 2008
(zit.: *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 1)
- Spliedt, Jürgen D.
MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 149 ff.
(zit.: *Spliedt*, ZIP 2009)
- Ulmer, Peter (Hrsg.)
Habersack, Mathias (Hrsg.)
Winter, Martin (Hrsg.)
GmbH-Gesetz Großkommentar,
Band I
1. Auflage, Mohr Siebeck Tübingen 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 1 Rn. 1)
- Dies.
GmbH-Gesetz Großkommentar,
Band II
1. Auflage, Mohr Siebeck Tübingen 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, § 29 Rn. 1)
- Dies.
GmbH-Gesetz Großkommentar,
Ergänzungsband MoMiG
1. Auflage, Mohr Siebeck Tübingen 2008
(zit.: *Bearbeiter*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 1)
- Vervessos, Nikolaos
Das Eigenkapitalersatzrecht
Dissertation, Baden-Baden 2001
(zit.: *Vervessos*, Das Eigenkapitalersatzrecht, S. 1)
- Von Gerkan, Hartwin (Hrsg.)
Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
Handbuch des Kapitalersatzrechts
2. Auflage, Köln 2002
(zit.: *Bearbeiter*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 1)
- Von Gerkan, Hartwin
Eigenkapitalersatz, Kapitalmarkt und Wettbewerbsordnung
In: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, S. 1317 ff.
Köln 2000

- (zit.: v. *Gerkan*, in: FS Lutter, S. 1317)
- Ders. Der Entwurf des „Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetzes“ und das Recht des Eigenkapitalersatzes
In: GmbH-Rundschau 1997, S. 677 ff.
(zit.: v. *Gerkan*, in: GmbHR 1997)
- Ders. Das Recht des Eigenkapitals in der Diskussion
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1997, S. 173 ff.
(zit.: v. *Gerkan*, ZGR 1997)
- Ders. Zum Stand der Rechtsentwicklung bei den kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen
In: GmbH-Rundschau 1990, S. 384 ff.
(zit.: v. *Gerkan*, GmbHR 1990)
- Von Mangoldt, Hermann (Hrsg.)
Klein, Friedrich (Hrsg.)
Stark, Christian (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz
Band 1
6. Auflage, München 2010
(zit.: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Bd. 1, Art. 1 Rn. 1)
- Von Staudinger, Julius (Hrsg.) BGB Kommentar
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse
§§ 488-490; 607-609 (Darlehensrecht)
Berlin 2011
(zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, Buch 2, Darlehensrecht, § 488 Rn. 1)
- Wälzholz, Eckard Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG
In: Deutsches Steuerrecht 2007, S. 1914 ff.
(zit.: *Wälzholz*, DStR 2007)
- Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.) Schmidt – Einkommensteuergesetz Kommentar
32. Auflage, München 2013
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt, EStG, § 1 Rn. 1)
- Weitenauer, Wolfgang Der „Gau“ der Unternehmensfinanzierung durch Dritte
In: Bank- und Kapitalmarktrecht 2005, S. 43 ff.
(zit.: *Weitnauer*, BKR 2005)

Wiedmann, Herbert

Eigenkapital und Fremdkapital
In: Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag, S. 893 ff.
Berlin New York 1993
(zit.: *Wiedmann*, in: FS Beusch, S. 893)

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EStG	Einkommenssteuergesetz
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn. ...	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HdbKapER	Handbuch des Kapitalersatzrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
InsVZ	Zeitschrift für Insolvenzverwaltung und Sanierungsberatung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kommanditgesellschaft
MMR	MultiMedia und Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-

	Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rz	Randziffer
S.	Seite
StbJb	Steuerberaterjahrbuch
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

§ 1 Einleitung

A. Gegenstand der Arbeit

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung („**GmbH**“) ist die in Deutschland mit Abstand am häufigsten genutzte Kapitalgesellschaftsform.¹ Insbesondere im Mittelstand erfreut sie sich großer Beliebtheit. Wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche geschäftliche Betätigung der GmbH ist eine ausreichende, den betrieblichen Erfordernissen angemessene Kapitalausstattung. Die Gesellschafter können die erforderlichen Mittel entweder selbst aufbringen oder auf eine Finanzierung durch Dritte zurückgreifen. Entscheiden sich die Gesellschafter dafür, das Kapital aus ihrer eigenen Tasche bereitzustellen, dann stehen ihnen dafür grundsätzlich zwei verschiedene Möglichkeiten offen. Zum einen können sie die Gesellschaft mit „Eigenkapital“ ausstatten. Gemeint ist damit Kapital, das den Gläubigern der Gesellschaft als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Zum anderen können sie sich auf eine Finanzierung mittels „Fremdkapital“ zurückziehen. Dieses zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass es - abgesehen von einem Zahlungsausfall - nicht am wirtschaftlichen Risiko der Gesellschaft teilnimmt. „Klassisches“ Instrument der Fremdkapitalfinanzierung ist das Gesellschafterdarlehen. Diese Form der Kapitalaufbringung steht aber in einem nicht unerheblichen Spannungsverhältnis mit den Befriedigungsinteressen der Gläubiger der Gesellschaft. Für deren Forderungen steht allein das haftende Eigenkapital der Gesellschaft zu Verfügung.

Der BGH geht grundsätzlich von der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter aus.² Die Gesellschafter dürfen frei darüber entscheiden, ob und wie sie die Gesellschaft über das von ihnen zwingend aufzubringende Mindeststammkapital hinaus mit Kapital versorgen. Eine Ausnahme hinsichtlich des „wie“ der Kapitalzufuhr galt nach altem Recht jedoch dann, wenn sich die Gesellschafter im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft für eine Kreditfinanzierung entschieden. In dieser Situation nahmen sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber an, dass das Gesellschafterdarlehen eine unangemessene Gefahr für die übrigen Gläubiger der Gesellschaft darstellt. Die Gesellschafter sollte in dieser Situation die Verantwortung für die Kreditfinanzierung tragen. In der Krise gewähr-

¹ Vgl. dazu nur das Zahlenmaterial von *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, Einleitung Rn. 16 f.

² U. a. BGH, Urteil v. 21. März 1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 40; Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 175. Vgl. dazu ausführlich unten C.

te Darlehen wurden anfangs kraft richterlicher Rechtsfortbildung und später kraft Gesetz faktisch wie haftendes Eigenkapital behandelt. Die Gesellschafter drohten in der Insolvenz der Gesellschaft mit ihren Rückzahlungsansprüchen vollständig auszufallen. Im Detail kamen kumulativ verschiedene Regelungsmechanismen zur Anwendung. Die Vorschriften über die Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen firmierten unter der Bezeichnung „Eigenkapitalersatzrecht“.

Das Eigenkapitalersatzrecht erfasste nicht nur die Darlehen von unmittelbar an der Gesellschaft beteiligten Gesellschaftern. Unter bestimmten Voraussetzungen unterfiel auch der Kredit eines gesellschaftsfremden Dritten dem Eigenkapitalersatzrecht. Der BGH arbeitete im Laufe der Zeit verschiedene Fallgruppen von betroffenen Dritten heraus. Naturgemäß handelte es sich dabei stets um Einzelfallentscheidungen. Im Detail blieben viele Fragen offen. Dies war nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass Unsicherheit über die das Eigenkapitalersatzrecht tragenden Gründe herrschte. Die Rechtsprechung des BGH stieß nicht selten auf ein kritisches Echo in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

Das am 1. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („MoMiG“)³ hat das Eigenkapitalersatzrecht grundlegend geändert. Das neue Regelungsregime wird als „Recht der Gesellschafterdarlehen“ bezeichnet. Hauptanliegen des Gesetzgebers war die Deregulierung dieses Rechtsgebietes, das unter anderem als zu kompliziert und nicht mehr praxistauglich empfunden wurde.⁴ Neben der Verschiebung der Normen in die Insolvenzordnung verzichtet der Gesetzgeber im neuen Recht insbesondere auf das den eigenkapitalersetzenden Charakter prägende Tatbestandsmerkmal der Krise der Gesellschaft im Zeitpunkt der Kreditgewährung. Die prozessual mitunter höchst aufwendige Feststellung der Krise im maßgeblichen Zeitpunkt wird damit zukünftig obsolet. Sämtlichen Gesellschafterdarlehen droht die Behandlung als Quasi-Eigenkapital.

³ BGBl. I 2008, S. 2026.

⁴ Zur Kritik am Eigenkapitalersatzrecht vgl. u.a. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, Vorb. §§ 32 a, b a. F. Rn. 9 f.; *Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechts, S. 181 ff., 197 ff.; *T. Bezenberger*, in: FS Bezenberger, 26, 34 ff.; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 195 ff., 208 ff., 222 ff.; *Cahn*, AG 2005, 217, 218 ff.; *Claussen*, ZHR 147, 195 ff.; *Eidenmüller*, in: FS Canaris, Bd. II, 49, 54 ff.; *Fastrich*, in: FS Zöllner, 143 ff.; *Grunewald*, GmbHR 2007, 7, 8 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 489 ff.; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 310 ff.; *Meilicke*, GmbHR 2007, 225, 226 ff.; *Reiner*, in: FS Boujong, 415, 420 ff.; v. *Gerkan*, in: FS Lutter, 1317, 1318 mit weiteren Nachweisen; *Wiedemann*, in: FS Beusch, 894, 905 ff. Es wird darauf hingewiesen, dass die Nachweise in den Fußnoten keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Aufgrund der unüberschaubaren Menge sowohl an Kasuistik als auch an wissenschaftlichen Stellungnahmen wird in der Regel nur auf einen Ausschnitt verwiesen.

In Anbetracht der Änderungen durch das MoMiG drängt sich die Frage auf, ob die im Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Fallgruppen gesellschaftergleicher Dritter unverändert Bestand haben oder ob das neue Recht auch in diesem Bereich Veränderungen nach sich zieht. Diese Annahme läge insbesondere dann nahe, wenn das Recht der Gesellschafterdarlehen nicht mehr auf der dem Eigenkapitalersatzrecht zugrundeliegenden Finanzierungsfolgenverantwortung beruhen würde. Um die Frage nach dem Adressatenkreis des neuen Rechts beantworten zu können, ist es notwendig, in einem ersten Schritt die ratio legis des neuen Rechts zu ermitteln. Der BGH hat bereits zu dieser Frage Stellung genommen.⁵ In der rechtswissenschaftlichen Literatur werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Ziel der Arbeit ist es, mögliche Änderungen des Adressatenkreises des Rechts der Gesellschafterdarlehen gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht darzustellen und kritisch zu hinterfragen. Im Vordergrund stehen dabei die Auswirkungen der für das neue Recht in Betracht kommenden unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen. Die verschiedenen diesbezüglich vertretenen Theorien werden aufgezeigt und näher erörtert. Um die neue Rechtslage mit der alten Rechtslage vergleichen zu können, sind des Weiteren die im Eigenkapitalersatzrecht durch Rechtsprechung und Literatur herausgearbeiteten Fallgruppen betroffener Nichtgesellschafter näher zu beleuchten.

Die praktische Relevanz des Adressatenkreises über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus liegt auf der Hand: Die nachteilige Sonderbehandlung der Kreditforderungen stellt ein erhebliches Risiko für Kapitalgeber dar. Das Recht der Gesellschafterdarlehen hat starken Einfluss auf das Finanzierungsverhalten möglicher Investoren. Die gesetzlich angeordnete Subordination von Kreditforderung in der Insolvenz der schuldnerischen Gesellschaft stellt den „Gau“ der Unternehmensfinanzierung durch Dritte dar.⁶

B. Gang der Untersuchung

Im unmittelbaren Anschluss werden die für die Kapitalausstattung einer GmbH durch ihre Gesellschafter wesentlichen rechtlichen Aspekte dargestellt. Zudem sollen die unterschiedlichen Motive für die Wahl von Fremd- oder Eigenkapital kurz beleuchtet werden. In § 2 wird die rechtshistorische Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts bis zum Inkrafttreten

⁵ BGH, Urt. v. 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 ff.

⁶ So *Weitenauer*, BKR 2005, 43.

des MoMiG überblickartig nachgezeichnet. Dabei wird in der gebotenen Kürze die Entwicklung durch die Rechtsprechung anhand der wichtigsten höchstrichterlichen Entscheidungen aufgezeigt. Außerdem wird auf die gesetzlichen Regelungen durch die GmbH-Reform von 1980 und weitere gesetzliche Änderungen eingegangen. Anschließend werden die zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelten wesentlichen Legitimationsgrundlagen dargestellt und erörtert. Zuletzt werden die durch das MoMiG erfolgten gesetzlichen Änderungen aufgezeigt.

In § 3 soll mit Hilfe unterschiedlicher Auslegungsmethoden der Adressatenkreis des neuen Rechts näher konkretisiert werden. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob sich die *ratio legis* im neuen Recht geändert hat und auf welchen Gründen die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen stattdessen beruhen könnte. Zu diesem Zweck werden die in der rechtswissenschaftlichen Literatur entwickelten Erklärungsmodelle aufgezeigt und besprochen.

In § 4 werden verschiedene Gruppen gesellschaftergleicher Dritter dargestellt. Ihre Entwicklung im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts wird näher beleuchtet. Anschließend soll untersucht werden, welche konkreten Folgen eine Veränderung der Legitimationsgrundlage für die einzelnen Gruppen im neuen Recht haben könnte. In § 5 werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst.

C. Die Kapitalausstattung der GmbH

I. Trennungsgrundsatz und Gläubigerschutz

Das in § 13 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung („**GmbHG**“)⁷ normierte Trennungsprinzip ermöglicht den Gesellschaftern die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit, ohne die Gefahr einzugehen, mit ihrem persönlichen Vermögen zu haften. Den Gläubigern der Gesellschaft steht als haftende Masse allein das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Ein „Durchgriff“ auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter und ihr Vermögen ist grundsätzlich nicht möglich.⁸ Der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter steht in einem Spannungsverhältnis zu den Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Um einen interessengerechten Ausgleich zu

⁷ GmbHG in der Fassung vom 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, S. 2509.

⁸ Zur Möglichkeit einer echten „Durchgriffshaftung“ im Fall der Vermögensvermischung vgl. hingegen BGH, Urt. v. 13. April 1994 – II ZR 16/93, BGHZ 366, 368; *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 13 Rn. 96.

schaffen, verpflichtet das GmbHG die Gesellschafter, bei der Finanzausstattung der Gesellschaft eine bestimmte Mindeststammkapitalziffer einzuhalten. Außerdem müssen sie die Grundsätze der (realen) Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie die Insolvenzantragspflicht berücksichtigen.⁹ Das gesetzliche Mindeststammkapital beträgt gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG fünfundsiebenzigtausend Euro.¹⁰ Es soll sicherstellen, dass jede GmbH über einen nicht völlig unzureichenden Haftungsfond verfügt.¹¹ Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag eine beliebig höhere Stammkapitalziffer vereinbaren. Das statutarisch festgelegte Stammkapital muss einmal vollständig von den Gesellschaftern in die Gesellschaft eingelegt werden. Es besteht zudem ein Ausschüttungsverbot an die Gesellschafter für den Fall, dass das Gesellschaftsvermögen (dadurch) unter die Stammkapitalziffer absinkt. Zahlungen an die Gesellschafter, durch die das Gesellschaftsvermögen die Stammkapitalziffer unterschreitet, sind zu erstatten. Außerdem bestehen Regressansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer. Durch das Aufbringen und Erhalten einer gewissen Haftungsmasse sollen die Gläubiger der Gesellschaft unmittelbar geschützt werden.¹² Daneben wird den Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung auch eine mittelbare Schutzfunktion im Wege der verhaltenssteuernden Wirkung zuerkannt: Sie sollen die Gesellschafter veranlassen keine unangemessen riskante Geschäfte abzuschließen und vernünftig zu wirtschaften.¹³

II. Eigenkapital und Fremdkapital

Die Finanzstruktur einer GmbH setzt sich üblicherweise aus verschiedenen Arten von Kapital zusammen. Im Grundsatz ist dabei zwischen Eigenkapital und Fremdkapital zu unterscheiden. Maßgeblich für die Qualifizierung ist die inhaltliche Ausgestaltung der Kapitalüberlassung und die damit verbundenen Rechtsfolgen. Eigenkapital zeichnet sich dadurch aus, dass es in der Gesellschaft „gebunden“ ist. Kündigung und Abzug, wie bspw. bei einem Kredit, sind nicht möglich. Das Eigenkapital haftet an erster Stelle für Verluste der

⁹ Vgl. §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 2, 9, 9a, 9b, 19, 30, 31, 33 43a GmbHG und § 15a InsO.

¹⁰ Anders die durch das MoMiG in § 5 a GmbHG eingeführte Unternehmergesellschaft (UG): Sie kann mit einem beliebigen Stammkapital ausgestattet werden. Zur Warnung der Gläubiger muss ihre Firma den Zusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

¹¹ *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, Einleitung Rn. 2. Zur Kritik am gesetzlichen Mindeststammkapital vgl. *Fleischer*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, Systematische Darstellung 5: Die Finanzierung der GmbH, Rn. 85 ff.; *Ulmer*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 5 Rn. 10; *Drygala*, ZGR 2006, 587, 590 ff.; *Haas*, DStR 2006, 993, 994 ff., 998 ff.; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335, 337 jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

¹² *Ulmer*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 5 Rn. 9; *Drygala*, ZGR 2006, 587, 589 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹³ *Huber/Habersack*, ZGR 2006 Sonderheft 17, 370, 394; vgl. auch *Drygala*, ZGR 2006, 587, 595 ff. mit weiteren Nachweisen.

Gesellschaft. Es ist dem unternehmerischen Risiko vollumfänglich ausgesetzt. Andererseits berechtigt es zur Teilhabe an erzielten Gewinnen. Neben den Stammeinlagen sind auch Nachschüsse gemäß §§ 26 ff. GmbHG als Eigenkapital zu qualifizieren.¹⁴ Fremdkapital zeichnet sich hingegen durch seine zeitlich befristete Überlassung aus. Außerdem sind weder die Rückzahlung des Kapitals selbst, noch das für die Überlassung zu entrichtende Entgelt abhängig vom Erfolg der Gesellschaft.¹⁵

Nicht jede Finanzierung lässt sich „passgenau“ als Eigen- oder Fremdkapital einordnen. Finanzierungen, die sowohl Elemente von Eigenkapital als auch von Fremdkapital aufweisen, werden als „hybride“ Finanzierungsinstrumente oder „Mezzanine-Finanzierung“ bezeichnet.¹⁶ Als Beispiel sei hier nur das „partiarische Darlehen“ genannt.¹⁷ Dabei handelt es sich grundsätzlich um einen Darlehensvertrag. Die Kapitalüberlassung erfolgt zeitlich begrenzt. Die Darlehensvaluta ist vollumfänglich zurückzuzahlen, d. h. sie nimmt nicht am unternehmerischen Risiko teil. Der Zins hingegen ist nicht von Anfang an auf eine bestimmte Höhe festgelegt. Er richtet sich nach dem erwirtschafteten Gewinn der Gesellschaft und ist damit ergebnisabhängig ausgestaltet.¹⁸

III. Die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter: Grundsatz und Ausnahmen

Jenseits der statutarischen Mindeststammkapitalziffer lässt es der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit den Gesellschaftern offen, ob und wie sie die Gesellschaft mit zusätzlichem Kapital versorgen.¹⁹ Sie können der Gesellschaft wahlweise Eigen- oder Fremdkapital in beliebiger Höhe zur Verfügung stellen, müssen dies aber nicht. Die Gesellschafter können - unter Berücksichtigung der Mindestanforderungen von § 5 Abs. 1 GmbHG - frei über die Höhe der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Stammkapitalziffer entscheiden. Es gibt

¹⁴ Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 5 Rn. 4a. Das „gesellschaftsrechtliche Eigenkapital“ ist nicht deckungsgleich mit dem bilanzrechtlichen Eigenkapital gem. § 272 HGB. Es entspricht dem „gezeichneten Kapital“, das einen Teil des bilanzrechtlichen Eigenkapitals darstellt.

¹⁵ Dazu Habersack, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, § 32a/b Rn. 8; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 2; Fleischer, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, Systematische Darstellung 5: Die Finanzierung der GmbH, Rn. 93 ff.; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 II mit weiteren Nachweisen; Wiedemann, in: FS Beusch, S. 893, 894 ff.

¹⁶ Tabellarische Übersicht der für die Differenzierung maßgeblichen Kriterien unter Abbildung 1-3 bei B/E/H/L/W, Mezzanine-Finanzierungen, S. 4; Natusch, in: Häger/Elkemann-Reusch, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, S. 22 f.

¹⁷ B/E/H/L/W, Mezzanine-Finanzierungen, S. 13.

¹⁸ Dazu Freitag, in: Staudinger, BGB, Buch 2, Darlehensrecht, § 488 Rn. 70.

¹⁹ Gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz der Finanzierungsfreiheit für besondere Branchen und Rechtsformen normieren § 11 Investmentgesetz, § 10 des Gesetzes über das Kreditwesen und § 53c des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

weder eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift noch einen ungeschriebenen Rechtssatz, der die Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft im Verhältnis zum Umfang der unternehmerischen Tätigkeit - anfänglich oder nachträglich - mit einem angemessenen Stammkapital auszustatten.²⁰ Als „anfängliche materielle Unterkapitalisierung“ wird eine Situation bezeichnet, in der die Höhe des gesellschaftsvertraglich vereinbarten Stammkapitals bei Gründung der Gesellschaft nicht dem Umfang der unternehmerischen Tätigkeit entspricht und die Gesellschafter es unterlassen, das fehlende Eigenkapital durch Fremdkapital zu ersetzen.²¹ Es klafft eine Lücke zwischen tatsächlicher „Ist“-Kapitalausstattung und der dem Betriebsumfang angemessenen „Soll“-Kapitalausstattung. Auch zu einem späteren Zeitpunkt können die Gesellschafter frei darüber entscheiden, ob sie der Gesellschaft weiteres Eigen- oder Fremdkapital zuführen wollen. Verzichten sie auf das Nachschießen von frischem Kapital, obwohl die ursprüngliche Kapitalausstattung angesichts des gewachsenen Umfangs des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens nicht mehr „betriebsangemessen“ ist, wird von „nachträglicher materieller Unterkapitalisierung“ gesprochen. Als „formelle“ bzw. „nominelle“ Unterkapitalisierung wird der Zustand bezeichnet, in dem das über die statutarische Stammkapitalziffer hinaus notwendige Kapital durch die Gesellschafter in Form von Fremdkapital zur Verfügung gestellt wird.²²

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit stellen die Regeln über die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen dar. Das Eigenkapitalersatzrecht übertrug dem Gesellschafter, der sich angesichts der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft für eine Kapitalzufuhr mittels Darlehen entschied, die Verantwortung für die daraus resultierenden Folgen. Rechtsfolge dieser besonderen Verantwortung war die Umqualifizierung des Darlehens in eigenkapitalähnliches Kapital. Entgegen der formellen Ausgestaltung als Darlehen haftete es wie Eigenkapital für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Von Finanzierungsfreiheit konnte in diesem Fall keine Rede mehr sein. Das Gleiche gilt für das neue

²⁰ Ganz h. M.: BGH, Urteil v. 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272; Urteil v. 04. Mai 1974 – II ZR 298/75, BGHZ 68, 312, 319; Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 334; Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389; Urteil v. 11. Juli 1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 23; BAG, Urteil v. 03. September 1998 – 8 AZR 189/97, ZIP 1999, 24, 26; BAG, Urteil v. 10. Februar 1999 – 5 AZR 677/97, ZIP 1999, 878, 880; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 5 Rn. 5; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 5 Rn. 12 ff.; *H. Winter/H.P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 5 Rn. 18 f. mit weiteren Nachweisen; *Rümker*, ZGR 1988, 494, 498; *von Gerkan*, ZGR 1997, 173, 176.

²¹ Ausführlich zu den umstrittenen Einzelheiten der Terminologie „Unterkapitalisierung“ *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, Anh. § 30 Rn. 4 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, 20. Auflage, § 5 Rn. 6 mit weiteren Nachweisen. Ein engeres Verständnis der Begrifflichkeit hat *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 13 Rn. 81, mit Hinweis auf h. M. in Rn. 83.

²² Statt vieler *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, § 5 Rn. 15 ff.

Recht der Gesellschafterdarlehen. Es führt allerdings zu einer noch weitergehenden Einschränkung hinsichtlich des „Wie“ der Finanzierungsfreiheit, da es auf den Zeitpunkt der Kreditgewährung zukünftig nicht mehr ankommt.

Als eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Finanzierungsfreiheit werden Fälle „evidenter“ bzw. „qualifizierter“ materieller Unterkapitalisierung diskutiert. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zum Teil eine echte Durchgriffshaftung der Gesellschafter - also eine unmittelbare, persönliche Haftung gegenüber den Gläubigern - für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vertreten.²³ Diesen Stimmen hat der Bundesgerichtshof in der „Gamma“-Entscheidung²⁴ jedoch eine Absage erteilt. Für die Annahme einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftung des Gesellschafters - verschuldensabhängig oder gar verschuldensunabhängig - auf Grund materieller Unterkapitalisierung der Gesellschaft im Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung gebe es bereits mangels einer im derzeitigen gesetzlichen System des GmbHG bestehenden Gesetzeslücke keinen Raum.²⁵ Ausdrücklich offen ließ der zweite Senat allein, ob es unter diesem Aspekt im Einzelfall möglich ist, einen Schadensersatzanspruch der Gläubiger gemäß § 826 BGB unmittelbar gegen die Gesellschafter anzunehmen.

Die umfassende Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und ihre fehlende persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten führen im Ergebnis dazu, dass die Gesellschaftsgläubiger jenseits des statutarischen Stammkapitals grundsätzlich das Risiko der unternehmerischen Betätigung tragen.

IV. Eigenkapitalfinanzierung oder Fremdkapitalfinanzierung

Es gibt verschiedene Gründe, warum sich Gesellschafter gegen die Zufuhr von Eigenkapital²⁶ und für eine Fremdkapitalfinanzierung entscheiden.²⁷ Der wohl wichtigste Grund

²³ *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 13 Rn. 85; *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 13 Rn. 20 ff.; *Raiser*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. I, § 13 Rn. 153 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁴ BGH, Urteil v. 28. April 2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 ff.

²⁵ BGH, Urteil v. 28. April 2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204. Darüber hinaus soll die materielle Unterkapitalisierung keine Haftung der Gesellschafter unter dem Aspekt des sogenannten „existenzvernichtenden Eingriffs“ gemäß § 826 BGB gegenüber der Gesellschaft begründen. Dieser setze einen kompensationslosen „Eingriff“ in das gebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH seitens der Gesellschafter voraus. Das Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung stehe einem Eingriff indessen nicht gleich.

²⁶ Das GmbHG kennt verschiedene Möglichkeiten der Eigenkapitalzufuhr. Neben der statutarischen Vereinbarung einer Nachschusspflicht gem. 26 ff. GmbHG kann gem. §§ 55 ff. GmbHG die Erhöhung des Stammkapitals gegen Einlage bzw. gem. §§ 57c ff. GmbHG aus Gesellschaftsmitteln beschlossen wer-

dürfte darin bestehen, dass das Darlehen nicht am unternehmerischen Risiko beteiligt ist. Es haftet grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im Unterschied dazu berechtigt die Einlage von Eigenkapital gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zwar zur anteiligen Beteiligung am Jahresgewinn. Fällt die Gesellschaft aber in die Insolvenz oder wird sie liquidiert, besteht gemäß §§ 72 Satz 1, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 199 Satz 2 InsO lediglich ein Anspruch auf anteiligen Liquidationserlös, soweit ein solcher nach Abzug der bestehenden Verbindlichkeiten noch erzielt werden kann.²⁸ Außerdem hat der Gesellschafter das Recht, den Darlehensvertrag ordentlich und unter Umständen auch außerordentlich, gemäß §§ 488 Abs. 3 Satz 1 und 2, 490 Abs. 1 BGB zu kündigen. Der Zeitpunkt des Abzugs des Kapitals liegt damit, anders als bei der Gewährung von Eigenkapital, allein in den Händen des Gesellschafters.

Der zweite wesentliche Vorteil einer Darlehensfinanzierung liegt in der höheren Flexibilität.²⁹ Viele Gesellschaften wirtschaften ohne einen Finanzierungsplan, so dass Finanzierungsmaßnahmen häufig kurzfristig erfolgen müssen.³⁰ Die umständlichen und zeitintensiven Voraussetzungen der §§ 55 ff. GmbHG - u. a. notariell beurkundeter Beschluss der Gesellschafter, Eintragung in das Handelsregister, Übernahme der neuen Geschäftsanteile durch notariell aufgenommene oder beglaubigte Erklärung des Übernehmers - entfallen. Der Kreditvertrag kann ohne Beachtung einer zwingenden Form geschlossen werden. Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung ist grundsätzlich nicht notwendig: Der Geschäftsführer kann und darf für die Gesellschaft Kredite aufnehmen, wenn diese zur laufenden Geschäftsführung gehören.³¹ Außerdem unterliegt die inhaltliche Gestaltung des Kreditvertrages dem Willen von Gesellschaft und Gesellschafter. Der Kreditvertrag kann jederzeit den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen angepasst werden. Zudem bleibt das Verhältnis der Geschäftsanteile gleich. Es findet keine Verschiebung der Stimmrechte gemäß § 47 Abs. 2 GmbHG statt. Die Kreditfinanzierung verursacht schließlich geringere Kosten.

den. Daneben besteht noch die Restzahlungspflicht auf die Stammeinlage gem. §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 19, 46 Nr. 2, 56a GmbHG.

²⁷ In der Unternehmenspraxis wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf Kredite und wirtschaftlich vergleichbare Leistungen zurückgegriffen, vgl. *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 1; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

²⁸ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 42.

²⁹ *Hueck/Fastricht*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Auflage, §32a Rn. 2 mit weiteren Nachweisen; *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Auflage, §32a/b Rn. 1; *Hommelhoff*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 2.4 mit weiteren Nachweisen; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 2.

³⁰ *Hommelhoff*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 2.6.

³¹ *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 37 Rn. 20.

Ein weiterer Vorteil der Kreditfinanzierung kann sich aus steuerrechtlichen Aspekten ergeben:³² Die Darlehenszinsen sind für die Gesellschaft Betriebsausgaben und mindern das körperschaftssteuerliche Einkommen, soweit sie angemessen sind. Das Gleiche gilt für die Gewerbebeitragssteuer. Nach den Neuregelungen im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2008 sind die Nutzungsvergütungen unabhängig von der Laufzeit des Darlehens zu einem Viertel dem Gewinn der Gesellschaft wieder hinzuzurechnen (vorher zur Hälfte).³³

³² BGH, Urteil v. 26. November 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337.

³³ *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 255; *Schweiger*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 7, Rn. 275 ff.; zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung auf Seiten des Gesellschafters vgl. *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, § 32 b Rn. 31 mit weiteren Nachweisen; zur alten Rechtslage vgl. *Wiedemann*, in: FS Beusch, S. 893, 899, 900 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

§ 2 Die Entwicklung des Sonderrechts für Gesellschafterdarlehen

A. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG

Die Wurzeln des Eigenkapitalersatzrechts reichen bis in die Zeit des Reichsgerichts zurück.³⁴ Im Wege der Rechtsfortbildung schuf das Reichsgericht in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts durch seine Rechtsprechung die Grundlagen für dieses Rechtsinstitut.³⁵ Daran anknüpfend entwickelte der BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ein ausdifferenziertes Regelungssystem. Am 4. Juli 1980 traten die sogenannten „Novellenregeln“ in Kraft. Sie stellten die erste positiv-rechtliche Kodifizierung des Eigenkapitalersatzrechts dar. Die im Rahmen des MoMiG vorgenommenen Änderungen sind schließlich ein weiterer Meilenstein im Bereich der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen.

I. Entwicklung durch die Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

a) Urteil vom 16. November 1937

Dem ersten diesbezüglichen Urteil des Gesellschaftsrechtssenats vom 16. November 1937³⁶ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Alleingesellschafter einer GmbH gewährte seiner mit unzureichenden eigenen finanziellen Mitteln ausgestatteten Gesellschaft mehrere Darlehen. Außerdem stundete er Miet- und Gehaltsforderungen und übernahm Bürgschaften für Fremdkredite. Bereits ein Jahr nach der Gründung wurde das Konkursverfahren über die Gesellschaft eröffnet. Der Gesellschafter begehrte Befriedigung seiner Ansprüche im gleichen Rang wie die übrigen Gläubiger.

Das Reichsgericht erkannte die zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen nicht an. Die Ansprüche waren nach Ansicht des Gerichts nicht durchsetzbar, da ihnen die Arglisteinrede gemäß § 826 BGB entgegenstand. Dem Gesellschafter sei es einzig um die Erlangung der beschränkten Haftung durch eine Scheingründung gegangen. Durch diese habe er

³⁴ Die Problematik einer Finanzierung der Gesellschaft mittels Gesellschafterdarlehen war schon damals bekannt. In dem Entwurf des Reichsjustizministeriums zur Änderung des GmbHG von 1939 war geplant, mit § 36 Abs. 1 GmbH-E 1939 eine Vorschrift einzuführen, welche die nachrangige Befriedigung von Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft vorsah, vgl. *Schubert*, ZHR Heft 58, S. 103 f., 163 f.

³⁵ Ausführlich mit weiteren Nachweisen *Thiessen*, in: *Rechtstransfer in der Geschichte*, S. 475 ff.

³⁶ RG, Urteil v. 16. November 1937 – II 70/37, JW 1938, 862 ff.

auf rechtsmissbräuchliche Art und Weise die Gelegenheit erhalten, selbst Gläubiger seines Unternehmens zu werden. Nach dem Recht der GmbH hafte den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Daraus ergebe sich, dass ihnen dieses Vermögen auch wirklich zur Verfügung stehen müsse. Auch einem Einmanneschafter könne es nicht gestattet sein, den Zweck dieser Gesetzesbestimmungen zu vereiteln. Mit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderungen gegen die Gesellschaft verfolge er ein sachlich nicht berechtigtes und mit gesundem Volksempfinden nicht zu vereinbarendes Streben. Die Ausnutzung dieser formalrechtlichen Möglichkeit zum eigenen Vorteil und zum Schaden der anderen Gläubiger verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.³⁷

Grundlage der Entscheidung war demnach die Überlegung, dass den Gläubigern der Gesellschaft als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter das gesamte Vermögen der Gesellschaft ungeschmälert als haftende Masse zur Verfügung stehen sollte. Der Gesellschafter sollte nicht die Möglichkeit haben, den Haftungsfond zu seinen Gunsten und zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger zu schmälern. Dabei stützte das Reichsgericht seine Entscheidung auf § 826 BGB und den Grundsatz von Treu und Glauben.

b) Urteil vom 3. Dezember 1938

Mit Urteil vom 3. Dezember 1938³⁸ entwickelte das Reichsgericht seine im Jahr zuvor begonnene Rechtsprechung fort. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war einer sanierungsbedürftigen Aktiengesellschaft von den Aktionären Kapital in Form von Krediten zur Verfügung gestellt worden. Im Konkurs der Gesellschaft erklärten die Aktionäre die Aufrechnung ihrer Rückzahlungsforderungen mit noch nicht erfüllten Einlageforderungen.

In den Entscheidungsgründen stellte das Reichsgericht fest, dass die von ihm entwickelten Grundsätze zur rechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen auch auf die Aktiengesellschaft anwendbar waren. Des Weiteren kam es zu dem Ergebnis, dass die Aufrechnung der Aktionäre unzulässigerweise erfolgt sei. Die Darlehen müssten als das behandelt werden, was sie in Wirklichkeit gewesen seien: Gesellschaftereinlagen.³⁹

Das Reichsgericht erweiterte folglich nicht nur den subjektiven Anwendungsbereich seiner Rechtsprechung auf Aktiengesellschaften. Es stützte diese zudem auf einen neuen Begrün-

³⁷ RG, Urteil v. 16. November 1937 – II 70/37, JW 1938, 862, 864, 865.

³⁸ RG, Urteil v. 3. Dezember 1938 – II 84/38, JW 1939, 355 f.

³⁹ RG, Urteil v. 3. Dezember 1938 – II 84/38, JW 1939, 355, 356 m w. N.

dungsansatz. Es stellte nicht mehr ausschließlich auf das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Gesellschafter ab. Die Ausführungen deuteten vielmehr darauf hin, dass das Reichsgericht beabsichtigte, die Umqualifizierung der Darlehen mit Hilfe einer objektiven, an der Funktion der Gesellschafterdarlehen orientierten Betrachtungsweise, zu rechtfertigen.

c) Urteil vom 13. Januar 1941

In einer weiteren Entscheidung vom 13. Januar 1941⁴⁰ stellte das Reichsgericht im Rahmen eines nicht unmittelbar die Darlehensfinanzierung betreffenden Sachverhaltes fest:

„Schon der Gedanke, es möglicherweise bei einem Stammkapital der GmbH. von nur 20 000 RM. zu lassen und das darüber hinaus benötigte Kapital von 130 000 RM. dieser GmbH. durch Darlehen zur Verfügung zu stellen, hätte sich nur unter Missbrauch dieser Rechtsform verwirklichen lassen, weil die eigene Kapitalgrundlage der GmbH. für deren Aufgabe von vornherein unzureichend gewesen wäre (...).“⁴¹

Das Gericht bestätigte damit erneut seine 1937 eingeleitete Rechtsprechung. Eine unangemessene Eigenkapitalausstattung und der Rückzug auf die weniger riskante Darlehensfinanzierung stellten in seinen Augen einen nicht hinnehmbaren Missbrauch der Rechtsform GmbH dar.

2. Die Rechtsprechung des BGH

a) Urteil vom 14. Dezember 1959

Dem als „Lufttaxi“-Entscheidung bekannt gewordenen Urteil des 2. Zivilsenats des BGH vom 14. Dezember 1959 lag folgender Sachverhalt zu Grunde:⁴² Der Beklagte war Treugeber sämtlicher Anteile einer 1953 gegründeten GmbH, die bereits zwei Monate nach der Gründung ihr gesamtes Stammkapital aufgebraucht hatte und damit zahlungsunfähig war.⁴³ Der Beklagte stellte der Gesellschaft in der Folgezeit mehrere Darlehen zur Verfügung. Teilweise wurden ihm die Beträge zurückgezahlt. Im Juni 1955 wurde das Konkursverfah-

⁴⁰ RG, Urteil v. 13. Januar 1941 – II 88/40, RGZ 166, 51 ff.

⁴¹ RG, Urteil v. 13. Januar 1941 – II 88/40, RGZ 166, 51, 57.

⁴² BGH, Urteil v. 14. November 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 ff.

⁴³ Hintergrund der Treuhandkonstellation war eine besatzungsrechtliche Vorschrift, die es allen Deutschen verbot, Eigentum an Flugzeugen zu erwerben oder diese zu besitzen. Der Treuhandvertrag stellte sicher, dass der Beklagte wirtschaftlich vollumfänglich Inhaber der Gesellschaft war.

ren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Der Konkursverwalter klagte auf Erstattung der zurückgezahlten Beträge.

Der BGH ging von einem Anspruch der Gesellschaft entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG für den Fall aus, dass ein Kredit, der einer konkursreifen Gesellschaft von ihrem Gesellschafter bzw. einem diesen wirtschaftlich vergleichbaren Dritten gewährt worden war, vor Konkurseröffnung an diesen zurückgezahlt wurde. Zur Begründung führte er aus, dass der Gesellschafter mit der Darlehensgewährung den alleinigen Zweck verfolgt habe, die Konkursantragspflicht durch Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit zu verhindern. Diesen Zweck hätten die Darlehen aber nur erfüllen können, wenn durch ihre Gewährung nicht gleichzeitig Überschuldung eintrat.⁴⁴ Überschuldung war durch Bilanzierung zu ermitteln und setzte voraus, dass das Vermögen der Gesellschaft ihre Schulden nicht mehr deckte, also die Passiva (unter Weglassung des Stammkapitals) die Aktiva überstiegen. Hätte die Gesellschaft alsbaldige Rückzahlung geschuldet, dann wären die Rückzahlungsansprüche als Passivposten zu bilanzieren gewesen. Mit Verausgabung des Geldes (Abfluss von Aktiva) wäre Überschuldung eingetreten bzw. eine solche noch vertieft worden, da kein Betriebsvermögen angeschafft werden sollte. Daraus zog der BGH den Schluss, dass der durch die Mittelgewährung verfolgte Konkursabwendungszweck des Beklagten nur dann erreicht werden konnte, wenn das gewährte Kapital als Eigenkapital behandelt wurde. Durch Rückforderung und Entgegennahme der Valuta habe sich der Gesellschafter in Widerspruch zu diesem Zweck gesetzt und damit gegen den Rechtsgedanken des *venire contra factum proprium* verstoßen.⁴⁵ Eine Rückzahlung hielt der BGH nur dann für zulässig, wenn es die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gestattete auf die Ziffer des Stammkapitals zurückzugehen und auf diese Weise dem Darlehenscharakter der über das satzungsmäßige Kapital hinaus zur Verfügung gestellten Gelder Rechnung zu tragen.⁴⁶

Nach Auffassung des BGH waren demnach Gesellschafterkredite entsprechend §§ 30, 31 GmbHG wie gesellschaftsrechtliches Eigenkapital zu behandeln, wenn sie der Vermeidung der Konkursantragspflicht dienten. Nach Ansicht des BGH sollte demnach die subjektive Zweckbestimmung durch die Gesellschafter maßgeblich sein. Diese ermittelte der BGH wiederum anhand objektiver Kriterien, nämlich dem für die Kreditgewährung gewählten Zeitpunkt.

⁴⁴ BGH, Urteil v. 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 271, 272.

⁴⁵ BGH, Urteil v. 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272.

⁴⁶ BGH, Urteil v. 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 273.

b) Urteil vom 26. November 1979

In seinem Urteil vom 26. November 1979⁴⁷ entschied der BGH über einen Sachverhalt, in dem die den Gesellschaftern wirtschaftlich gleichgestellten Treugeber „ihrer“ solventen GmbH mehrere Darlehen zur Verfügung gestellt hatten. Den Krediten lagen nicht abgezogene Gewinne zugrunde. Auch im Angesicht der Insolvenzreife machten die Treugeber nicht von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch und ließen die Kredite bei der Gesellschaft stehen.

Der BGH urteilte, dass auch solche Darlehen als eigenkapitalersetzend zu behandeln waren, deren Gewährung zwar in einem Zeitpunkt erfolgte, als die Gesellschaft wirtschaftlich gesund war, die der Gesellschafter aber trotz nachträglich eingetretener Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit „stehen ließ“. Es sollte keinen Unterschied machen, ob ein Darlehen neu gewährt oder bewusst und gewollt im Zeitpunkt der Überschuldung stehen gelassen wurde. Ausdrücklich offen ließ er dabei, welche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand für ein „Stehenlassen“ zu stellen waren. Nach Ansicht der BGH war es jedenfalls ausreichend, dass der Gesellschafter den vorhandenen Eigenkapitalcharakter seines Darlehens erkennen konnte und musste.⁴⁸ Auch bei einem „Stehenlassen“ des Darlehens im maßgeblichen Zeitpunkt würden die für die eigenkapitalähnliche Behandlung ausschlaggebenden Gründe zum Tragen kommen. Konkret stellte der BGH auf das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und die drohende Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die Gläubiger der Gesellschaft ab. Durch den Nicht-Abzug der Darlehen würde bei den Gesellschaftsgläubigern fälschlicherweise der Eindruck erweckt, die GmbH verfüge noch über ausreichend Eigenkapital, um ihre Geschäfte als werbendes Unternehmen weiterbetreiben zu können.⁴⁹

Die eigenkapitalersatzrechtliche Sonderbehandlung betraf demnach nicht nur in der Krise gewährte Darlehen, sondern auch „Alt“-Darlehen, die nicht rechtzeitig abgezogen wurden. Zur Begründung seiner Entscheidung rückte der BGH die Interessen der Gesellschafts-

⁴⁷ II ZR 104/77, BGHZ 75, 334 ff.

⁴⁸ Zu den spezifischen tatbestandlichen Voraussetzungen des „Stehenlassens“ BGH, Urteil v. 13. Juli 1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 257; Urteil v. 21. September 1982 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 317; Urteil v. 6. Mai 1985 – II ZR 132/84, NJW 1985, 2719 f.; Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 185; Urteil v. 07. November 1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a a. F. Rn. 39 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Band I, §§ 32a, 32b a. F. Rn. 47 ff.; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. I, § 32a, b a. F. Rn. 25 ff.

⁴⁹ BGH, Urteil v. 26. November 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 337 f.; Urteil v. 13. Juli 1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 257; Urteil v. 19. September 1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 303.

gläubiger in den Vordergrund. Das Finanzierungsrisiko der Gesellschaftsgläubiger sollte nicht weiter erhöht werden. Außerdem war nach Ansicht des BGH das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger auf die ausreichende Eigenkapitalausstattung der GmbH schutzwürdig und schutzbedürftig.

c) Urteil vom 24. März 1980

Dem Urteil vom 24. März 1980⁵⁰ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin war als GmbH & Co. KG organisiert. Der Beklagte war sowohl Kommanditist als auch Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Er gewährte der KG Darlehen bzw. ließ diese zu einem Zeitpunkt stehen, in dem die Gesellschaft aufgrund ihrer vorhandenen Eigenkapitalausstattung von Dritten keinen Kredit mehr zu marktüblichen Bedingungen erhielt, ohne jedoch zahlungsunfähig oder überschuldet gewesen zu sein.

Der BGH stellte fest, dass Gesellschafterdarlehen nur dann wie gebundenes Stammkapital den Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG unterfielen, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorlagen. Zum einen musste die Leistung bei ihrer Hingabe „Eigenkapitalcharakter“ aufweisen. Zum anderen war es erforderlich, dass ihre Rückgewähr zu Lasten des nach §§ 30, 31 GmbHG geschützten Stammkapitals der GmbH ging. Die erste Voraussetzung war nach Ansicht des BGH jedoch nicht nur dann zu bejahen, wenn der Zufluss der Leistung im Zeitpunkt der Konkursreife erfolgte. Vielmehr sollte es bereits genügen, dass die Gesellschaft mit dem vorhandenen Kapital nicht existenzfähig war. Dies war nach Auffassung des BGH der Fall, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Leistung des Gesellschafters von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr bekam und deshalb ohne die Leistung hätte liquidiert werden müssen. Bereits durch die Zuführung von Fremdkapital zu diesem Zeitpunkt wälze der Gesellschafter das damit eingegangene Finanzierungsrisiko auf die Gläubiger der Gesellschaft ab.⁵¹ Im Übrigen verneinte der BGH mangels gesetzlicher Grundlage eine Haftungserstreckung über die statutarische Stammkapitalziffer hinaus. Eine weiterführende Haftung sei im Hinblick auf die Rechtssicherheit und die wirtschaftlichen Folgen abzulehnen. Die Gläubiger könnten nicht darauf vertrauen, dass Kapitalbeträge, welche die Gesellschafter über das noch unverbrauchte Stammkapital hinaus einschössen und die zur Aufrechterhaltung eines normalen Ge-

⁵⁰ BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 ff.

⁵¹ BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 329; bestätigt u. a. durch: Urteil v. 13. Juli 1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 255; Urteil v. 21. September 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 317 f.; Urteil v. 28. September 1981 – II ZR 223/80, BGHZ 81, 365, 367; Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 185.

schäftsbetriebs notwendig seien, zu diesem Zweck auch belassen würden.⁵² Der Anspruch entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG sei allerdings bei vorhandener Überschuldung summenmäßig nicht auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt.⁵³

Mit dieser Entscheidung konkretisierte der BGH das Tatbestandsmerkmal der „Krise“. Aufgrund der Gefahr des Abwälzens des Finanzierungsrisikos auf die Gesellschaftsgläubiger sollte der zeitliche Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts bereits mit Eintritt der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft beginnen.

d) Urteil vom 26. März 1984

In der „BuM/WestLB“-Entscheidung hatte der BGH darüber zu befinden, ob die von einer Aktionärin in der Krise der Gesellschaft ausgereichten Darlehen dem Eigenkapitalersatzrecht unterfielen.⁵⁴ Die Aktionärin, gleichzeitig Hausbank und Hauptkreditgeberin, war über die Jahre mit wechselnden Kapitalanteilen, höchsten jedoch mit 20,5 % des Grundkapitals, an der Aktiengesellschaft beteiligt gewesen.

In seinem Urteil stellte der BGH fest, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen dem Strukturunterschied zwischen GmbH und AG keine Bedeutung für die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts zukommen sollte.⁵⁵ Der Strukturunterschied liege u. a. darin, dass den Aktionären gegenüber der Geschäftsführung weder ein Weisungsrecht noch ein laufendes Informationsrecht zustehe. Zuständig für die Leitung der Geschäfte einer Aktiengesellschaft sei grundsätzlich der Vorstand. Aktionäre hätten für gewöhnlich zudem gar kein Interesse an unternehmerischer Betätigung. Für sie stehe die Möglichkeit einer besonders günstigen Kapitalanlage im Vordergrund. Aus diesen Umständen folgte der BGH, dass Voraussetzung der Verantwortlichkeit der Aktionäre für die seriöse Finanzierung der Gesellschaft eine durch die Beteiligung vermittelte Unternehmerstellung sei. Diese wiederum setze ein Mindestmaß an Einfluss voraus. Dafür müsse dem Aktionär regelmäßig ein Aktienbesitz von mehr als 25% des Grundkapitals zustehen. Im Einzelfall genüge auch eine geringere Beteiligung, wenn andere Umstände einen zusätzlichen Ein-

⁵² BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 333 f.

⁵³ BGH, Urteil v. 8. Juli 1995 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 192; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a, b a. F. Rn. 269.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 26. März 1984 - II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 ff.; bestätigt im Urteil v. 9. Mai 2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316 ff.

⁵⁵ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 386.

fluss auf die Unternehmensleitung sicherstellen würden und entsprechendes unternehmerisches Interesse zu erkennen sei.⁵⁶

Mit seiner Entscheidung beendete der BGH den Streit darüber, ob das Eigenkapitalersatzrecht auf die Darlehen von Aktionären anwendbar war. Außerdem konkretisierte der BGH die Voraussetzungen, die dafür im Einzelnen erfüllt sein mussten. Die Entscheidung machte deutlich, dass das Konzept der Finanzierungsverantwortung eine unternehmerische Betätigung voraussetzen sollte. Inwieweit diese Betrachtungsweise mit dem Ziel, die Gesellschaftsgläubiger zu schützen, vereinbar war, blieb offen.

e) Urteil vom 16. Oktober 1989

Der BGH hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem die Kommanditisten einer GmbH & Co KG, die zugleich Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH waren, dieser durch Mietvertrag Geschäftsräume und ein Betriebsgrundstück vermietet hatten.⁵⁷ Zu dem Zeitpunkt, als das Konkursverfahren über die KG eröffnet wurde, waren sowohl diese als auch die Komplementär-GmbH seit fast einem Jahr überschuldet. In Streit stand der Mietzins für die letzten fünf Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens.

Der BGH urteilte, die KG habe einen Anspruch auf Rückgewähr des bereits gezahlten bzw. ein Recht auf Zurückbehaltung des noch nicht ausgeschütteten Mietzinses hinsichtlich der Geschäftsräume. Dies sollte hingegen nicht für den Mietzins für das Betriebsgrundstück gelten, weil die „Vermieter-Gesellschafter“ insoweit kein vertragliches oder gesetzliches Kündigungsrecht gehabt hätten und infolgedessen bei Eintritt der Krise nicht über den Fortbestand des Mietverhältnisses hätten disponieren können. Zur Begründung seiner Entscheidung stütze sich der BGH auf den zwischenzeitlich eingeführten § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG⁵⁸, der dem Gesellschafterdarlehen „wirtschaftlich vergleichbare Leistungen“ gleichstellte. Im Vordergrund stand das Problem, dass die Gesellschaft bei der Gebrauchsüberlassung von Gegenständen - anders als bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen - kein Eigentum erwirbt. Um die Reichweite des Tatbestandes durch Auslegung zu ermitteln, griff der BGH auf den Sinn und Zweck seiner Rechtsprechung zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zurück. Durch die Gewährung von Leis-

⁵⁶ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389 ff.

⁵⁷ II ZR 307/88, BGHZ 109, 55.

⁵⁸ Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Fassung von 4. Juli 1980, BGBl. I 1980, 836.

tungen drohe die weitere Verschleppung der Krise und infolgedessen eine Verringerung der den Gläubigern haftenden Masse. Daneben müsse vermieden werden, dass bei Dritten der Anschein ausreichender Kapitalausstattung entstehe.⁵⁹ Genau diese Gefahren verwirklichten sich nach Auffassung des BGH auch dann, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, in dem ihr kein Dritter die Nutzung des Wirtschaftsguts einräumen noch einen Kredit zu dessen Ankauf zur Verfügung stellen würde, Gegenstände überließ. Die Gesellschaft werde dadurch in die Lage versetzt, ihren Betrieb fortzuführen. In einem solchen Fall verhindere der Gesellschafter durch Gebrauchsüberlassung des benötigten Wirtschaftsgutes die anderenfalls nicht abzuwendende Liquidation der Gesellschaft ebenso wirkungsvoll, wie wenn er dieser durch die darlehensweise Überlassung der erforderlichen Zahlungsmittel ermöglicht hätte, die Investition selbst durchzuführen.⁶⁰

Durch seine Entscheidung erweiterte der BGH den sachlichen Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts. Nicht nur Kredite, sondern auch die Gebrauchsüberlassung von Gegenständen, sollte dem Regelungsregime unterfallen. Als tragendes Argument für seine Entscheidung stellte der BGH erneut auf die drohende Gläubigertäuschung und die Gefahr der Krisenverschleppung ab.

f) Zwischenergebnis

Die Notwendigkeit einer Sonderbehandlung bestimmter Gesellschafterdarlehen hatte bereits das Reichsgericht erkannt. Den maßgeblichen Urteilen ließ sich jedoch kein Hinweis entnehmen, dass nur zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft, gewährte Kredite erfasst sein sollten. Weder § 826 BGB noch der Grundsatz von Treu und Glauben standen in Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Kreditgewährung.

Der BGH entschied, dass Gesellschafterdarlehen, die in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft gewährt wurden, entsprechend §§ 30, 31 GmbHG wie gebundenes Stammkapital zu behandeln waren. Eine Umqualifizierung drohte demnach nur insoweit, als die Darlehensvaluta dazu diene, eine vorhandene Unterkapitalisierung auszugleichen. Anknüpfend an den Sinn und Zweck seiner Rechtsprechung erweiterte der BGH im Laufe der Zeit den tatbestandlichen Anwendungsbereich nicht nur in personeller,⁶¹ sondern auch in zeitlicher,

⁵⁹ BGH, Urteil v. 16. Oktober 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 57.

⁶⁰ BGH, Urteil v. 16. Oktober 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 58.

⁶¹ Vgl. ausführlich unten § 4.

sachlicher und subjektiver Hinsicht. So sollte es keinen Unterschied machen, ob das Gesellschafterdarlehen tatsächlich erst im Zeitpunkt der Krise der Gesellschaft gewährt wurde oder ein bereits vor diesem Zeitpunkt gewährter Kredit nicht abgezogen wurde. Des Weiteren hielt es der BGH für geboten nicht nur Kredite, sondern auch Gebrauchsüberlassungen, bspw. die Vermietung von Grundstücken an die Gesellschaft, der entsprechenden Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG zu unterwerfen. Diese in den „Lagergrundstück“-Entscheidungen herausgearbeitete Rechtsprechung warf insbesondere auf der Rechtsfolge-seite viele Fragen auf und bedeutete für die Gesellschafter ein erhebliches zusätzliches Risiko. Zudem wurde der subjektive Anwendungsbereich auf Aktionäre erstreckt, wenn sich diese im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung unternehmerisch betätigten. Voraussetzung dafür sollte grundsätzlich eine Beteiligung von über 25 % am Grundkapital der Aktiengesellschaft sein.

II. Die Novellenregelungen

1. Entwicklungsgeschichte

Das Eigenkapitalersatzrecht wurde erstmals durch die GmbH-Novelle vom 4. Juli 1980⁶² gesetzlich geregelt. Mit Wirkung zum 1. Januar 1981 traten die zentralen Vorschriften §§ 32a und b GmbHG in Kraft. Änderungen und Ergänzungen erfuhr das kodifizierte Eigenkapitalersatzrecht u.a. durch das „Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz“ vom 20. April 1998 („KapAEG“)⁶³ und das „Gesetz über die Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich“ vom 27. April 1998 („KonTraG“).⁶⁴

2. Die einzelnen Normen des Regelungsregimes

§ 32a Abs. 1 GmbHG a. F. regelte den Grund- und Ausgangsfall, dass ein Gesellschafter seiner Gesellschaft „in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft)“ ein Darlehen gewährte. Unter den derart vom Gesetz umschriebenen Zeitpunkt fiel neben Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung - als wohl wichtigster Fall - die Kreditunwürdigkeit ohne Insolvenzreife.⁶⁵ Hinsichtlich der verstrickten Kreditforderung erhielt der Gesellschafter die Stellung eines

⁶² BGBl. I 1980, S. 836.

⁶³ BGBl. I 1998, S. 707.

⁶⁴ BGBl. I 1998, S. 786.

⁶⁵ BT-Drucks. 8/1347, S. 39; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 58 ff.; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a, 32b aF Rn. 44 ff.; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, §32a Rn. 49 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 18 ff.; K. *Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 38 ff.; *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, Rn. 28 ff.

an letzter Rangstelle zu befriedigenden Insolvenzgläubigers (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.). Im Unterschied zu den vom BGH entwickelten Grundsätzen erfolgte die nachteilige Behandlung unabhängig davon, ob bzw. soweit der Kredit eine Lücke im Stammkapital schloss. Maßgeblich war allein der Zeitpunkt der Finanzierung.

§ 32a Abs. 2 GmbHG a. F. erfasste den Fall, dass ein gesellschaftsfremder Dritter der Gesellschaft in der Krise ein Darlehen gewährte und der Gesellschafter hierfür Sicherheiten bestellte. In der Insolvenz der Gesellschaft musste der Gläubiger zunächst Befriedigung aus den Sicherheiten des Gesellschafters suchen, bevor er einen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die insolvente Gesellschaft geltend machen konnte.⁶⁶

§ 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. ordnete die sinngemäße Anwendung der Absätze eins und zwei für „andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten“ an, „die der Darlehensgewährung durch den Gesellschafter wirtschaftlich“ entsprachen. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. enthielt das nachträglich eingefügte sogenannte „Kleinbeteiligtenprivileg“. Nach diesem fand § 32a GmbHG a. F. keine Anwendung auf nicht geschäftsführende Gesellschafter, die mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt waren.⁶⁷ Auch das sogenannte „Sanierungsprivileg“ in § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F. beschränkte den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift: Ein Darlehensgeber, der erst in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zwecke der Überwindung der Krise erwarb, fiel nicht in den Anwendungsbereich der Norm.⁶⁸

§ 32b GmbHG a. F. erweiterte den Schutz der Gesellschaftsgläubiger, wenn innerhalb eines Jahres vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens das von einem Dritten gewährte und von dem Gesellschafter abgesicherte Darlehen zurückgezahlt worden war. Die Gesellschaft hatte in diesem Fall einen Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter in Höhe der bestellten Sicherheit.⁶⁹

⁶⁶ Dazu *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 6.8 ff.; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 379 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1821 ff.

⁶⁷ Kritisch hierzu: *Altmeyen*, ZIP 1996, 1455; *Goette*, ZHR 162, 223, 226; *Pentz*, BB 1997, 1265 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 1996, 1586 ff.; v. *Gerkan*, GmbHR 1997, 677 ff.

⁶⁸ Zu den Privilegierungstatbeständen vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a Rn. 6 ff., 56 ff.; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 190 ff., 198 ff.; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a, 32b aF Rn. 210 ff., 221 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 66 ff., 79 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 196 ff., 210 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹ Ausführlich *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 385 ff.

§ 135 InsO a. F. ermöglichte dem Insolvenzverwalter die Anfechtung von Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für eigenkapitalersetzende Darlehen Sicherheit oder Befriedigung gewährt hatten.⁷⁰ Die Bestellung einer Sicherheit war anfechtbar, wenn sie innerhalb von zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt war. Die Befriedigung war anfechtbar, wenn sie innerhalb von einem Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt war.

§ 6 AnfG a. F. eröffnete für die Gläubiger der Gesellschaft auch außerhalb des Insolvenzverfahrens für den Zeitraum von einem Jahr die Möglichkeit der Individualanfechtung von Rückzahlungen oder der Bestellung von Sicherheiten für Darlehen, die nach § 32a GmbHG a. F. verstrickt waren.⁷¹ Die Individualanfechtung durch die Gesellschaftsgläubiger war für den Fall von Bedeutung, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse unterblieb.⁷²

3. Verhältnis der Novellenregeln zum „Rechtsprechungsrecht“

Im „Nutzfahrzeug“-Urteil vom 26. März 1984⁷³ entschied der BGH, dass die rechtsfortbildenden Rechtsprechungsgrundsätze über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, d.h. die entsprechende Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG a. F., neben den Novellenvorschriften weiterhin auch auf solche Darlehen Anwendung finden sollte, die nach dem 1. Januar 1981 gewährt worden waren. Die weitere Anwendung der Rechtsprechungsregeln neben den neuen gesetzlichen Vorschriften widerspreche nicht der Wertung des Gesetzes, sondern verwirkliche im Gegenteil gerade das, was der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften wollte, eine Verbesserung des Gläubigerschutzes.⁷⁴

Die Entscheidung des BGH hatte zur Folge, dass die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen einem „zweispurigen“ Regelungsregime unterfielen. Sowohl das von der Rechtsprechung unter entsprechender Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG entwickelte Sys-

⁷⁰ Von Gerkan, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 3.148 ff.

⁷¹ Von Gerkan, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 3.134.

⁷² Die §§ 129a, 172a HGB ordneten des Weiteren die entsprechende Anwendung von §§ 32a, b GmbHG auf die OHG und die KG an, soweit in dieser den Gesellschaftsgläubigern keine natürliche Person (mittelbar oder unmittelbar) persönlich haftete.

⁷³ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370 ff.

⁷⁴ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 380.

tem, als auch die gesetzlichen Regelungen fanden Anwendung. Das konkrete Zusammenspiel der beiden Regelungskomplexe wurde hingegen nie abschließend geklärt.⁷⁵

III. Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts

Der BGH griff zur Begründung der Umqualifizierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen auf verschiedene Argumente zurück. Auch die rechtswissenschaftliche Literatur entwickelte eigenständige Legitimationsmodelle, deren Anzahl kaum zu überschauen war.⁷⁶ Trotz der praktischen Bedeutung und der umfangreichen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dieser Problematik gelang es nicht, Einigkeit über den tragenden Grund des Eigenkapitalersatzrechts zu erzielen. Zusätzliche Fragen in diesem Zusammenhang warf insbesondere das vom Gesetzgeber eingeführte Kleinbeteiligtenprivileg auf. Die verschiedenen Ansätze des BGH, die sich inhaltlich nicht immer trennscharf differenzieren ließen, sahen sich im Laufe der Zeit vermehrt Kritik ausgesetzt. Im Detail war Vieles umstritten.

1. Finanzierungsfolgenverantwortung

Der BGH zog als Rechtfertigung für die Umqualifizierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, sowohl nach den Rechtsprechungsregeln als auch nach den gesetzlichen Vorschriften, die sogenannte „Finanzierungsfolgenverantwortung“ der Gesellschafter heran. Diese beschrieb er wie folgt:

„(...) die Verantwortung der Gesellschafter für die Folgen ihrer in der Krise der Gesellschaft getroffenen Entscheidung, die liquidationsreife Gesellschaft fortzuführen und über das satzungsmäßige Eigenkapital hinaus weiterzufinanzieren, anstatt die in dieser Situation aus eigener Kraft nicht mehr überlebensfähige Gesellschaft – wie an sich nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensführung gebo-

⁷⁵ Zum Teil wurde ein Stufenverhältnis mit Vorrang der Rechtsprechungsregeln angenommen, vgl. *Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, Rn. 154 mit weiteren Nachweisen; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 371 mit weiteren Nachweisen; *Priester*, in: FS Döllerer, 475, 483; *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 481. Nach anderer Ansicht waren die beiden Systeme alternativ anwendbar, so *Röhrich*, StbJb 1991/92, 317, 342; *von Gerkan*, ZGR 1997, 173, 178 f.; *ders.*, GmbHR 1990, 384, 385.

⁷⁶ Eine interessante - im Folgenden nicht näher zu erläuternde - Begründung stellte bspw. darauf ab, dass die Fremdkapitalfinanzierung durch die Gesellschafter im Zeitpunkt der Krise der Gesellschaft zu einer Außerkraftsetzung der Außenkontrolle des Kreditmarktes führen würde, vgl. *Fastrich*, in: FS Zöllner, 143, 149 f.; *T. Bezenberger*, in: FS Bezenberger, 23, 35; ähnlich *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Auflage, § 32a Rn. 17.

ten – entweder unmittelbar oder mittelbar durch Verweigerung weiterer oder den Abzug bereits gewährter Gesellschafterhilfen zu liquidieren.“⁷⁷

Ausgehend von dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter drängte sich allerdings die Frage auf, warum „Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensführung“ die Liquidation der Gesellschaft in der Krise zwingend verlangten, aus welcher Rechtsquelle diese Grundsätze konkret abzuleiten waren und warum sie in der Krise gewährtes Fremdkapital in haftendes Eigenkapital umwandeln sollten. In der Literatur wurde der dogmatische Hintergrund der Finanzierungsfolgenverantwortung unterschiedlich beurteilt. *K. Schmidt* führte sie auf nicht kodifizierte, allgemeine Verhaltenspflichten der Gesellschafter zurück:

“Die Gesellschafter dürfen die Gesellschaft in der Krise liquidieren, auch einem Insolvenzverfahren zuführen. Sie dürfen sie auch mit neuen Mitteln fortführen. Aber dies dürfen sie eben nach ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensfinanzierung nur mit der Maßgabe, dass diese Mittel als Risikokapital behandelt werden. Dieser Gedanke erscheint heute wie gestern einfach und überzeugend.“⁷⁸

Nach anderer Ansicht war der Begriff Finanzierungsfolgenverantwortung allein beschreibender Natur.⁷⁹ Ein eigenständiger inhaltlicher Aussagewert sollte ihr danach nicht zukommen. Sie wurde vielmehr als eine Zusammenfassung der zuvor vom BGH entwickelten allgemeinen Grundsätze zur Rechtfertigung der Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Darlehen eingestuft.⁸⁰ Nach dieser Ansicht war die Finanzierungsfolgenverantwortung als solche nicht in der Lage, eine tragfähige Begründung für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen zu liefern. Sie bildete keine eigenständige Legitimationsgrundlage. Ihre Herleitung bedurfte im Gegenteil selbst einer Begründung.⁸¹

⁷⁷ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388; vgl. auch BGH, Urteil v. 7. November 1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 344 f. mit weiteren Nachweisen.

⁷⁸ *K. Schmidt*, GmbHR 2005, 797, 798; vgl. auch *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 18 III S. 531 f.; zustimmend *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 31 f. mit weiteren Nachweisen.

⁷⁹ *Cahn*, AG 2005, 217, 218; *Engert*, ZGR 2004, 814; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 312; *Kuthe*, Die Änderungen im System der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, S. 12; *von Gerkan*, in: FS Lutter, 1317, 1321.

⁸⁰ *Reiner*, in: FS Boujong, 415, 422 mit weiteren Nachweisen.

⁸¹ *Götz*, Juristische und ökonomische Analyse des Eigenkapitalersatzrechts, S. 50; *Reiner*, in: FS Boujong, 420, 422; *Eidenmüller*, in: FS Canaris, Bd. II, 49, 54 bezeichnet die Finanzierungsfolgenverantwortung pointiert als „bloße Behauptung“.

Mit Blick auf die historische Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts in der Rechtsprechung des BGH liegt es nahe anzunehmen, dass der Begriff der Finanzierungsfolgenverantwortung Ausdruck einer Zusammenfassung der unterschiedlichen für die Umqualifizierung bemühten sachlichen Erwägungen sein sollte. Anderenfalls hätte der BGH seine früheren Begründungsansätze „über Nacht“ verworfen und das Eigenkapitalersatzrecht auf eine völlig neue Grundlage gestellt. Der Rückgriff auf „ungeschriebene Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung“ kann eine durch sachliche Erwägungen gestützte inhaltliche Begründung nicht ersetzen. Für ein derartiges Verständnis des BGH von der Finanzierungsfolgenverantwortung spricht zumal, dass er sich auch in späteren Entscheidungen nicht auf diese als einzige Begründung zurückzog. Er knüpfte vielmehr auch weiterhin an die bereits zuvor bemühten sachlichen Erwägungen an.⁸²

2. Venire contra factum proprium

Besonders in den Anfängen der Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts stellte der BGH zur Begründung der entsprechenden Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG auf das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ab.⁸³ Das widersprüchliche Verhalten des Gesellschafters sollte wohl zwischen dem vom Gesellschafter mit der Mittelzufuhr verfolgten Zweck, Insolvenzabwendung und Sicherstellung der Überlebensfähigkeit der Gesellschaft, einerseits, sowie dem Abzug der Mittel vor Erreichen der vollständigen Sanierung andererseits liegen.

Dagegen wurde eingewandt, der BGH unterstelle den Parteien diesen Zweck zu verfolgen. Der genannte Zweck lasse sich in dieser Form nicht aus der vertraglichen Vereinbarung entnehmen. Rechtsgeschäftlich hätten die Parteien nur die zeitlich begrenzte Überlassung der Darlehensvaluta gegen Entgelt vereinbart.⁸⁴ Der BGH habe diese subjektive Zweckbestimmung durch eine von ihm selbst geschaffene, fingierte Zweckbestimmung „objektiver“ Natur ersetzt.⁸⁵ Daneben sprachen weitere Gesichtspunkte gegen diesen Begründungsansatz. Insbesondere waren mit dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens nicht die Fälle der Umqualifizierung wegen „Stehenlassens“ zu erklären. Zogen die Gesellschafter ihre vor der Krise gewährten Darlehen in der Krise trotz Möglichkeit nicht ab, dann sollten

⁸² Vgl. nur BGH, Urt. v. 16. Oktober 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 57.

⁸³ Zur „Lufttaxi“-Entscheidung vgl. oben I. Nr. 2 a).

⁸⁴ *Fastricht*, in: FS Zöllner, 143, 144; *Grunewald*, GmbHR 1997, 7, 8; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 315.

⁸⁵ *Reiner*, in: FS Boujong, 415, 424 f.; ähnlich *Röhrich*, StbJb 1991/92, 317 Fn. 11 und *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 9.

„ungeachtet ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung“⁸⁶ die Darlehen von nun an der Sicherung der Überlebensfähigkeit der Gesellschaft dienen. Dafür musste der Gesellschafter nicht einmal positive Kenntnis von der Krise haben. In subjektiver Hinsicht sollte nach ständiger Rechtsprechung des BGH bereits die Erkennbarkeit der die Krise begründenden Umstände für den Gesellschafter genügen.⁸⁷ Ein zielgerichteter Erfolgswille, die Insolvenz durch das „Stehenlassen“ des Kredits abzuwenden, lag in diesem Fall jedoch nicht vor. Die Voraussetzungen für ein widersprüchliches Verhalten waren nicht erfüllt.

3. Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die Drittgläubiger

Sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber führten an, der Gesellschafter würde durch die Darlehensfinanzierung im Zeitpunkt der Krise das von ihm zu tragende Finanzierungsrisiko unzulässig auf die Drittgläubiger abwälzen. Der Gesellschafter dürfe aber nicht auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger „spekulieren“.⁸⁸

Diesem Ansatz dürfte die folgende Betrachtung der strukturell bedingten Verteilung von Gewinnchancen einerseits und Verlustrisiken andererseits zwischen den Gläubigern der Gesellschaft und den Gesellschaftern zugrunde gelegen haben. Durch die Gewährung von Darlehen in der Krise verändern die Gesellschafter das ursprüngliche Verhältnis von Chancen und Risiken zu ihren Gunsten: Im Erfolgsfall stellen sie ihren (fast) aufgebrauchten Anteil am eingelegten Stammkapital wieder her und können darüber hinaus einen theoretisch unbegrenzten Gewinn erzielen. Gelingt die Sanierung hingegen nicht und fällt die Gesellschaft in die Insolvenz, dann geht lediglich der letzte Rest an Eigenkapital, sofern ein solcher überhaupt noch vorhanden ist, verloren. Die Darlehensforderung gewährt gleichzeitig einen mit den Forderungen der Drittgläubiger gleichrangigen Anspruch auf das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen. Dadurch verringert sich die Haftungsmasse. Den Drittgläubigern droht zudem durch das Hinauszögern der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein noch weitergehender Ausfall mit ihren Forderungen, ohne dass sie eine Chance auf Beteiligung am Gewinn hätten.⁸⁹ Investieren die Gesellschafter demnach Fremdkapital zu einem Zeitpunkt, in dem das Eigenkapital (fast) vollständig aufgebraucht ist, dann erhalten sie zum „Fremdkapitalpreis“ die Gewinnchancen, die grundsätzlich nur zum „Ei-

⁸⁶ BGH, Urteil v. 26. November 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334.

⁸⁷ BGH, Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 186; Urteil v. 16. Oktober 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 60; Urteil v. 18. November 1991 – II ZR 158/90, GmbHR 1992, 168, 170; Urteil v. 17. Februar 1992 – II ZR 154/91, DB 1992, 981; Urteil v. 7. November 1994 – II ZR 270/93, BGHZ 127, 336; Urteil v. 11. Dezember 1995 – II ZR 128/94, NJW 1996, 722, 723.

⁸⁸ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f.

⁸⁹ Dazu von Gerkan, in: FS Lutter, 1317, 1320.

genkapitalpreis“ zu haben sind. Das Ausfallrisiko der Drittgläubiger erhöht sich gleichzeitig überproportional, ohne dass sie einen entsprechenden Ausgleich erhalten.⁹⁰ Die Umqualifizierung der Darlehen der Gesellschafter in Haftkapitel sollte diese unverhältnismäßige Verschiebung im Gefüge von Chancen und Risiken zu Lasten der Gläubiger ausgleichen.⁹¹

Der Vorwurf, die Gesellschafter würden das Finanzierungsrisikos auf die Drittgläubiger abwälzen, wurde mit überzeugenden Argumenten kritisiert. Der BGH habe nicht berücksichtigt, dass auch der Gesellschafter bei einer Kreditgewährung in der kritischen wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ein nicht zu unterschätzendes Finanzierungsrisiko auf sich nehme. Praktisch sollte dieses Verlustrisiko, gerade auch unter Berücksichtigung der regelmäßig vorhandenen Insiderkenntnisse des Gesellschafters, dazu führen, dass der mittels Fremdkapital durchgeführte Rettungsversuch gute Erfolgsaussichten hatte. Der Begründungsansatz des BGH versage zudem in Fällen, in denen die Forderungen der Drittgläubiger mangels Masse wirtschaftlich wertlos seien. Ein zusätzliches Risiko durch die Kreditfinanzierung würde für sie dann nicht entstehen. Vielmehr habe ihnen die Fremdkapitalfinanzierung die Möglichkeit eröffnet, an den Chancen einer erfolgreichen Sanierung zu partizipieren.⁹²

4. Gläubigertäuschung durch den Anschein ausreichender Kapitalausstattung

Einen weiteren Grund für die Notwendigkeit der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen sah der BGH darin, dass der Gesellschafter durch die Darlehensgewährung in der Krise für Dritte den Anschein ausreichender Eigenkapitalausstattung hervorrufen würde.⁹³ Infolgedessen sollte die Gefahr bestehen, dass die Drittgläubiger es unterließen, ihr Kapital rechtzeitig in Sicherheit zu bringen oder sogar neue Verbindlichkeiten mit der Gesellschaft eingingen.

Dem BGH wurde vorgeworfen, er setze bereits voraus, was erst noch zu beweisen sei. Wenn der Gläubiger allein von der Existenz der GmbH auf deren solide Finanzierung schließen dürfe, würde damit bereits vorausgesetzt, dass die Gesellschafter in der Krise das Eigenkapitalrisiko zu tragen hätten. Genau dies sei aber im Lichte der Finanzierungsfrei-

⁹⁰ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f.; Urteil v. 19. Dezember 1994 – II ZR 10/94, NJW 1995, 658.

⁹¹ Zum Ganzen *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399 mit weiteren Nachweisen.

⁹² *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 100.

⁹³ Vgl. oben I. Nr. 2. c).

heit erst noch zu begründen.⁹⁴ Des Weiteren wurde eingewandt, der Gesellschafter könne die Gläubiger durch die Kreditgewährung nicht über die Kapitalausstattung der GmbH täuschen. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass eine vorhandene Überschuldung bei zutreffender Bilanzierung des Darlehens grundsätzlich nicht aufgehoben wird. Vielmehr ändern sich Aktiva und Passiva in gleichem Maße. Die Bilanz bleibt im Ergebnis gleich. Eine den wahren Gegebenheiten widersprechende Fehlvorstellung der Gläubiger über die Deckung der Passiva durch Aktiva könne folglich nicht hervorgerufen werden. Außerdem seien die Darlehen gemäß § 42 Abs. 3 GmbHG als solche in der Bilanz gesondert auszuweisen und dadurch für die Gläubiger als solche erkennbar.⁹⁵ Darüber hinaus werde die insolvenzrechtlich relevante Zahlungsunfähigkeit durch die Kreditgewährung tatsächlich aufgehoben.⁹⁶ Schließlich erhalten die Gläubiger allein durch die Kenntnis der wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft regelmäßig nicht die Möglichkeit, ihr „Kapital in Sicherheit zu bringen“. Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse einer Gesellschaft führt nicht zur Fälligkeit der Forderungen ihrer Gläubiger bspw. aus Kauf- oder Werkvertrag. Selbst wenn den Gläubigern durch die Kreditfinanzierung eine nicht zutreffende Eigenkapitalausstattung vorgespiegelt werden würde, hätte dies in den meisten Fällen keinen Einfluss auf die rechtliche Möglichkeit, Befriedigung der Forderung zu verlangen.

5. Die „Insiderstellung“ des Gesellschafters

Einen weiteren Grund für die Umqualifizierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen sah der BGH ursprünglich darin, dass der Gesellschafter einen aus seiner Stellung als „Insider“ resultierenden Informationsvorsprung für die Rückzahlung der Darlehensvaluta vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausnutzen könnte.⁹⁷ In einer anderen Entscheidung stellte er hingegen ausdrücklich fest, dass dieser vermeintliche Informations- und Kontrollvorsprung allein nicht ausreiche, um den Gesellschafter gegenüber Drittgläubigern schlechter zu stellen. Dritte könnten unter Umständen ebenso gut informiert sein.⁹⁸

6. Darlehen als „Funktionelles Eigenkapital“

Ein weiteres Argument des BGH - anknüpfend an das Urteil des Reichsgerichts vom 3. Dezember 1938 - war die „Finanzierungsfunktion“ der in der Krise zur Verfügung ge-

⁹⁴ T. Bezenberger, in: FS Bezenberger, 23, 35; Fastricht, in: FS Zöllner, 143, 146.

⁹⁵ Cahn, AG 2005, 217, 221; Wiedemann, in: FS Beusch, 893, 905.

⁹⁶ Vervessos, Das Eigenkapitalersatzrecht, S. 112. Kritisch zu diesem Punkt auch T. Bezenberger, in: FS Bezenberger, 23, 35; Grunewald, GmbHR 1997, 7, 8; Koppensteiner, AG 1998, 308, 315; Meilicke, GmbHR 2007, 225, 227.

⁹⁷ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f. mit weiteren Nachweisen.

⁹⁸ BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330.

stellten Darlehen.⁹⁹ Danach sollten Kredite umqualifiziert werden, die „nach ihrer Finanzierungsfunktion in der Gesellschaft dort Eigenkapital ersetzen“.¹⁰⁰ Das Eigenkapital der GmbH diene sowohl der Errichtung und Erhaltung der Unternehmenstätigkeit als auch als Haftungsmasse für die Gesellschaftsgläubiger. Wird in der Krise durch die Gesellschafter Fremdkapital zugeführt, dann erfolge dieser Einsatz sinn- und zweckwidrig, da mittels dieser neuen „Betriebsgrundlage“ sowohl der Fortbestand der Gesellschaft gewährleistet als auch bereits eingesetztes Eigenkapital gerettet werden solle. Funktionell handele es sich um Haftkapital.¹⁰¹ Der formal-rechtlichen Ausgestaltung der Mittelgewährung als Fremdkapital sollte aufgrund der Zweckbestimmung die Anerkennung versagt werden. Die Zweckbestimmung stellte der BGH anhand objektiver Kriterien fest.

Dem wurde entgegengehalten, die rein objektive Bestimmung der Funktion des Krisendarlehens stelle allein noch kein juristisches Argument dar. Die Möglichkeit, dasselbe wirtschaftliche Ziel mittels verschiedener rechtlicher Gestaltungsmittel zu erreichen, besage nicht, dass beide juristisch gleich zu behandeln seien.¹⁰² Das als „Objektivierung“ bezeichnete Vorgehen stellte sich als eine Missachtung des Willens der Gesellschafter und seine Ersetzung durch die Vorstellungen Dritter dar.¹⁰³

7. Bedeutung des Kleinbeteiligtenprivilegs gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG
a. F. im Zusammenhang mit der ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts

a) Einführung

Fraglich ist, ob, und wenn ja, welche, Schlüsse das im Jahr 1998 durch das KapAEG¹⁰⁴ eingeführte sogenannte Kleinbeteiligtenprivileg hinsichtlich der ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts zuließ. Das Kleinbeteiligtenprivileg nahm nicht geschäftsführende Gesellschafter mit einer Beteiligung am Stammkapital in Höhe von 10% oder weniger vom Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts aus.¹⁰⁵ Möglicherweise war diese positiv-

⁹⁹ Vgl. oben I. Nr. 2 c).

¹⁰⁰ BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330; Urteil v. 21. März 1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 39 f.; ähnlich RG in JW 1939, 355, 356; Begründung RegE zur „Novellenregel“ BT-Drucks. 8/1347, S. 39.

¹⁰¹ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 III 4 b).

¹⁰² Grunewald, GmbHR 1997, 7, 9; Koppensteiner, AG 1998, 308, 313.

¹⁰³ Claussen, ZHR 147, 195, 204.

¹⁰⁴ BGBl. I 1998, S. 707.

¹⁰⁵ Das Kleinbeteiligtenprivileg sollte nicht nur für die „Novellenregelungen“ Anwendung finden, sondern auch die Rechtsprechungsregeln erfassen, vgl. K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 198.

rechtliche Normierung Ausdruck einer teleologischen Reduktion des Grundtatbestandes.¹⁰⁶ In diesem Fall würde das Kleinbeteiligtenprivileg einen Rückschluss auf die ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts erlauben.

b) Begründung des Gesetzgebers

Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung des Kleinbeteiligtenprivilegs war es u.a., das Eigenkapitalersatzrecht zu vereinfachen und die Kapitalbeschaffung für Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu erleichtern:

„Als funktionales Eigenkapital gefährden eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen die Belange der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger, die nicht Gesellschafter sind und deshalb die Gesellschaftsinterna und ihre Entwicklung nicht überblicken (sog. Insiderstellung des Gesellschafters). Grundgedanke für die Umqualifizierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital ist also die mitunternehmerische Verantwortung des Gesellschafters (Finanzierungsfolgenverantwortung). Er soll nicht das Finanzierungsrisiko auf die außenstehenden Gesellschaftsgläubiger abwälzen können. Dieser Gedanke ist dann allerdings fraglich, wenn der Gesellschafter nur eine geringe Beteiligung am Stammkapital hält. (...). Bei der Aktiengesellschaft ist dies anerkannt. Die Grundsätze über den Eigenkapitalersatz werden von der Rechtsprechung dort nur angewendet, wenn der Anteilseigner unternehmerisch beteiligt ist. Davon ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 90, 381) regelmäßig erst bei einem Aktienbesitz von mehr als 25% auszugehen (Sperrminorität). (...) Ähnliches gilt auch für die GmbH. (...) Der nur geringfügig Beteiligte trägt typischerweise keine mitunternehmerische Verantwortung, es fehlt ihm regelmäßig an der Insiderstellung und er hat auch kaum Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft. (...) Aber auch bei der GmbH kann man von einer unternehmerischen Beteiligung typischerweise erst ab einer Beteiligung am Stammkapital von mehr als 10% sprechen. (...) Die klarstellende Regelung dient der Deregulierung. Das Eigenkapitalersatzrecht ist für die Praxis sehr kompliziert und schwer überschaubar geworden. (...) Durch die vorgeschlagene Regelung soll die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch für die Zurverfügungstellung von Risikokapital attraktiver werden.“¹⁰⁷

¹⁰⁶ K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009, 1017.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 13/7141, S. 11 f.

c) Stellungnahme

Die Aufnahme des Kleinbeteiligtenprivilegs in das GmbHG hat zurecht erhebliche Kritik erfahren.¹⁰⁸ Einen Rückschluss auf die ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts erlaubte das Kleinbeteiligtenprivileg, entgegen den Ausführungen des Gesetzgebers, nicht. Im Gegenteil stand der Hinweis auf die Notwendigkeit „mitunternehmerischer Verantwortung“ der betroffenen Gesellschafter in einem kaum erklärbaren Widerspruch zu den vom BGH angeführten Begründungen für die Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen. Ging es tatsächlich darum, die Gläubiger der Gesellschaft vor einem „Abwälzen des Finanzierungsrisikos“ zu schützen, wie es der Gesetzgeber selbst ausdrücklich in der Begründung zum KapAEG betonte, dann konnte es auf den Umfang der Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft nicht ankommen. Auch geringfügig beteiligte Gesellschafter verlängerten durch die Gewährung eines Darlehens in der Krise den „Überlebenskampf“ der Gesellschaft zu Lasten der Drittgläubiger.¹⁰⁹ In dieser Hinsicht war nicht der Umfang der Beteiligung entscheidend, sondern die Höhe des Darlehens. Allein die Menge an frischem Kapital bestimmte den Zeitraum, in dem sich die Gesellschaft weiterhin frei wirtschaftlich betätigen konnte.

Die „mitunternehmerische Verantwortung“ war des Weiteren nicht kompatibel mit den Argumenten des widersprüchlichen Verhaltens des Gesellschafters, dem Anschein ausreichender Kapitalausstattung und der Qualifizierung als funktionelles Eigenkapital. Auch in dieser Hinsicht machte es bei genauer Betrachtung keinen Unterschied, in welcher Höhe der Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt war oder ob er mittels seiner Beteiligung einer als unternehmerisch zu qualifizierenden Betätigung nachging. Die Kreditgewährung durch jeden Gesellschafter im Zeitpunkt der Krise erfüllte diese Voraussetzungen. Schließlich hing die Annahme einer „Finanzierungsentscheidung“ des Gesellschafters nicht vom Umfang seiner Beteiligung ab. Auch der nur in geringem Umfang beteiligte Gesellschafter traf für sich die Entscheidung, der Gesellschaft im Angesicht der Krise neue Mittel zuzu-

¹⁰⁸ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a aF Rn. 6 ff.; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. A. §§ 32a, b Rn. 37; *Rowedder*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 3. Auflage, § 32a Rn. 30; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 8. Auflage, §§ 32a, b Rn. 30; *Altmeyen*, ZIP 1996, 1455; *Dauner-Lieb*, DStR 1998, 609, 613; *Goette*, DStR 1997, 2027, 2029 f.; *Habersack*, ZHR 162, 201, 208 ff. mit weiteren Nachweisen; *Karollus*, ZIP 1996, 1893, 1994; *Pape/Voigt*, DB 1996, 2113, 2114 ff.; *Pentz*, BB 1997, 1265, 1267 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 1996, 1586, 1587 ff.; v. *Gerkan*, GmbHR 1997, 677, 678 f. Zustimmend hingegen *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Auflage, §§ 32 a/b Rn. 56, der eine teleologische Reduktion für Beteiligungen unter 10% des Stammkapitals vertrat; *ders.*, WM 1984, 1105, 1115 f.; *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 321, der eine „Freiquote“ von 25% verlangte; *Rümker*, ZGR 1988, 495, 504 f.

¹⁰⁹ *Pentz*, BB 1997, 1265, 1268.

führen oder früher gegebene Darlehen stehen zu lassen.¹¹⁰ Auch der Hinweis auf die „Insiderstellung“ war kaum nachvollziehbar. Gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer jedem Gesellschafter, unabhängig vom Umfang der Beteiligung, auf Verlangen unverzüglich Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und Einsicht in die Bücher und Schriften zu gestatten.

Diese Betrachtungsweise lässt mit Blick auf die „BuM/WestLB“-Entscheidung des BGH nur einen Schluss zu: Die „mitunternehmerische Verantwortung“ war ein für das Aktienrecht entwickelter, auf allgemeinen Gerechtigkeitsüberlegungen beruhender Zurechnungsgrund, der mit der ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts in keinem unmittelbaren Zusammenhang stand. Der BGH stellte in der „BuM/WestLB“-Entscheidung ausdrücklich fest, dass allein die speziellen Gegebenheiten der Aktiengesellschaft strengere Anforderungen an die Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen nötig machten. Dabei hatte er folgende Konstellationen vor Augen: Die Kredite einer Bank sollten nicht dem Kapitalersatzrecht unterfallen, nur weil diese mehr oder weniger zufällig auch einige Aktien des Schuldnerunternehmens im Rahmen ihres Wertpapiergeschäfts im Besitz hatte. Gleiches sollte für einen Lieferanten der Gesellschaft gelten, der seine Kaufpreisforderung gestundet und ohne ersichtlichen Zusammenhang mit dieser Tatsache zugleich auch eine verhältnismäßig geringe Aktienbeteiligung zu Anlagezwecken über die Börse erworben hatte oder nachträglich erwarb.¹¹¹ Der Eintritt dieser vom BGH angeführten Beispiele dürfte bei der GmbH aber regelmäßig bereits wegen dem Erfordernis der notariellen Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen ausscheiden. Den GmbH-Geschäftsanteilen fehlt es an einer mit den Aktien vergleichbaren Fungibilität.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es sich bei dem Kleinbeteiligtenprivileg nicht um die positiv-rechtliche Normierung einer teleologischen Reduktion des Grundtatbestandes handelte. Die gesetzliche Regelung erlaubte keinen Rückschluss auf die ratio legis des Eigenkapitalersatzrechts. Im Gegenteil lag dem Kleinbeteiligtenprivileg wohl ein unzutreffendes Verständnis der vom BGH entwickelten Finanzierungsfolgenverantwortung seitens des Gesetzgebers zugrunde.

¹¹⁰ Zu diesem Argument *Goette*, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, § 4 Rn. 12, der das Kleinbeteiligtenprivileg als „dogmatische verfehlt“ bezeichnete.

¹¹¹ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 389.

8. Ergebnis

Weder dem BGH noch dem Gesetzgeber gelang es, eine widerspruchsfreie, überzeugende und insbesondere allgemeingültige Begründung für das Eigenkapitalersatzrecht zu finden. Der Begriff der Finanzierungsfolgenverantwortung, als maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Rechtsprechung, wies erhebliche Unsicherheiten auf. Gute Gründe sprechen dafür, dass es sich lediglich um eine einheitliche Bezeichnung für unterschiedliche sachliche Erwägungen handelte. Zu diesen zählten die Vorwürfe, der kreditgewährende Gesellschafter verhalte sich widersprüchlich, er rufe den Anschein einer ausreichenden Kapitalausstattung hervor und wälze das Finanzierungsrisiko auf die Drittgläubiger ab. Grund für die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter sollte außerdem die eigenkapitalähnliche Funktion in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft ausgereicher Kredite sein. Bei genauer Betrachtung bestanden jedoch gegen jede einzelne Erwägung Bedenken. Die zur Begründung des Kleinbeteiligtenprivilegs angeführte „mitunternehmerische Verantwortung“ war für die Finanzierungsfolgenverantwortung nach hier vertretener Ansicht ohne Bedeutung. Es handelte sich um ein speziell für Aktionäre entwickeltes Zurechnungskriterium.

B. Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG

I. Rechtspolitische Ausgangslage

Der Gesetzgeber sah sich aus verschiedenen Gründen veranlasst, das GmbH-Recht zu reformieren.¹¹² Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zur gemeinschaftsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit hat seit Mitte der 80er Jahre zu einem Wettbewerb zwischen der deutschen GmbH und den GmbH-verwandten Gesellschaftsformen aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geführt. Nach dieser Rechtsprechung muss gewährleistet sein, dass jedes aus einem Mitgliedstaat stammende nicht deutsche Unternehmen die Möglichkeit hat, sich unter Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit und seines Charakters als ausländische Kapitalgesellschaft in Deutschland niederzulassen.¹¹³ In der Entscheidung „Überseering“¹¹⁴ stellte der EuGH fest, dass Einschränkungen der primärrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Mitgliedstaaten nur unter strengen Voraussetzun-

¹¹² Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 25, 26.

¹¹³ Zu diesem Gesichtspunkt *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach dem MoMiG, Rn. 15 ff.; *Gündel/Katzorke*, GmbH-Reform 2008, S. 9.

¹¹⁴ EuGH, Urteil v. 5. November 2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614 ff.

gen möglich sind.¹¹⁵ Damit entzog er der von Rechtsprechung und Lehre in Deutschland-vertretenen Sitztheorie,¹¹⁶ nach der es für das anwendbare Recht allein auf den tatsächlichen Sitz der Verwaltung ankam, die Grundlage. Die europäische Niederlassungsfreiheit gestattet es Unternehmen, die ihren faktischen Sitz in Deutschland haben, eine Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates zu gründen. Auf diese Weise könne sie den Anforderungen des deutschen Gesellschaftsrechts entgehen.¹¹⁷

Um sich in dem als Folge der EuGH-Rechtsprechung entstandenen „Konkurrenzkampf“ behaupten zu können, versuchte der deutsche Gesetzgeber durch eine Vielzahl von Änderungen die GmbH zu deregulieren und zu modernisieren.¹¹⁸ Bestandteil dieser Deregulierung war die Veränderung und Vereinfachung des Eigenkapitalersatzrechts. Dieses wurde, insbesondere im Hinblick auf die Parallelität von Gesetzes- und Rechtsprechungsrecht, als zu kompliziert und unübersichtlich empfunden. Das Recht der GmbH richte sich an die mittelständische Wirtschaft und müsse daher vor allem einfach und leicht handhabbar sein.¹¹⁹

II. Das Recht der Gesellschafterdarlehen

Der Grundtatbestand des Rechts der Gesellschafterdarlehen ist in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. normiert. Danach werden zukünftig alle Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens (1. Alternative) oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen (2. Alternative), in der Insolvenz der Gesellschaft erst an letzter Rangstelle befriedigt.¹²⁰ Der subjektive Anwendungsbereich wird durch § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO n. F. rechtsformneutral auf alle Gesellschaften erstreckt, in denen keine natürliche Person unmittelbar oder mittelbar gegenüber den Gesellschaftsgläubigern als persönlich haftender Gesellschafter agiert. Der MoMiG-Gesetzgeber hat in § 39 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 InsO n. F. sowohl das Sanierungsprivileg als auch das Kleinbeteiligtenprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG a. F. in das neue Recht

¹¹⁵ Dazu ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Roth*, in: *Roth/Altmeyen, GmbHG*, § 4a Rn. 29 ff. Zur wegweisenden Entscheidung über die Behandlung von Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat vgl. EuGH, Urteil v. 9. März 1999 – C-212/97, *EuZW* 1999, 216 („Centros“), bestätigt in EuGH, Urteil v. 30. September 2003 – C-167/01, *NJW* 2003, 3331 ff. („Inspire Art“).

¹¹⁶ BGH, Urteil v. 27. Oktober 2008 – II ZR 158/06, *BGHZ* 178, 192, 197 ff.; Urteil v. 21. März 1986 – V ZR 10/85, *BGHZ* 97, 269, 271 mit weiteren Nachweisen; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Auflage, Einl. Rn. 63; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 18. Auflage, § 4a Rn. 9.

¹¹⁷ *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Auflage, Einl. Rn. 65.

¹¹⁸ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 25.

¹¹⁹ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 42.

¹²⁰ Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO sind Forderungen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bei der Ermittlung der insolvenzrechtlichen Überschuldung grundsätzlich zu berücksichtigen.

übernommen. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. ordnet zudem an, dass das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG keine Anwendung mehr auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und auf Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen findet, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F. enthält eine Regelung gleichen Inhalts für die Aktiengesellschaft. § 44a InsO n. F. ersetzt den bisherigen § 32a Abs. 2 GmbHG a. F.

Gemäß § 135 Abs. 1 InsO n. F. sind Rechtshandlungen (insolvenzrechtlich) anfechtbar, die für Forderungen eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. oder für eine gleichgestellte Forderung entweder Sicherung oder Befriedigung gewährt haben.¹²¹ Im ersten Fall darf die Rechtshandlung höchstens zehn Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach erfolgt sein. Im zweiten Fall darf die Rechtshandlung höchstens ein Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach erfolgt sein. In § 135 Abs. 2 InsO n. F. wird die bisher in § 32b GmbHG a. F. enthaltene Regelung in rechtsformneutraler Weise übernommen.¹²²

§ 135 Abs. 3 InsO n. F. enthält zudem eine Regelung, die auf den ersten Blick an das vom BGH im Eigenkapitalersatzrecht entwickelte Institut der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung erinnert.¹²³ Gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO n. F. kann ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft einen Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen hat, seinen Aussonderungsanspruch während des Insolvenzverfahrens für die Dauer von höchstens einem Jahr ab Eröffnung nicht geltend machen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist. Gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO n. F. gebührt dem Gesellschafter für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes ein finanzieller Ausgleich, für dessen Berechnung der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen ist. Die tatbestandliche Beschränkung auf Gegenstände von erheblicher Bedeutung, die Befristung der Überlassung auf höchstens ein Jahr sowie die Ausgleichspflicht machen jedoch deutlich, dass die Vorschrift in keinem inneren Zusammenhang zum Recht der Gesellschafterdarlehen steht. Das Rechtsinstitut der eigenkapitalersetzenden Gebrauch-

¹²¹ Entsprechende anfechtungsrechtliche Vorschriften finden sich nun in §§ 6, 6a und 11 Abs. 3 AnfG.

¹²² Die entsprechende Rechtsfolgenregelung befindet sich in § 143 Abs. 3 InsO n. F.

¹²³ Dazu BGH, Urteil v. 16. Oktober 1989 – II ZR 307/88, BGHZ 109, 55 ff.; Urteil v. 14. Dezember 1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31 ff.; Urteil v. 11. Juli 1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, 26; Urteil v. 7. Dezember 1998 – II ZR 382/96, BGHZ 140, 147, 150; vgl. auch oben A. I. Nr. 2 e).

süberlassung dürfte zukünftig durch die ausdrückliche gesetzliche Regelung verdrängt werden.

Art. 103d EGIInsO¹²⁴ enthält die schwer verständliche und höchst umstrittene Überleitungsvorschrift. Nach Art. 103d Satz 1 EGIInsO sind auf Insolvenzverfahren, die vor Inkrafttreten des MoMiG, also vor dem 1. November 2008, eröffnet wurden, die bis dahin geltenden „gesetzlichen Vorschriften“ anzuwenden (sog. „echte Altfälle“).¹²⁵ Wurde das Insolvenzverfahren nach Inkrafttreten des MoMiG eröffnet, dann sind gemäß Art. 103d Satz 2 EGIInsO auf vor Inkrafttreten des MoMiG vorgenommene Rechtshandlungen „die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind“.¹²⁶ Im Übrigen gilt das neue Recht.

Die systematische Verschiebung in das Insolvenzrecht und der Wegfall der tatbestandlichen Voraussetzung „eigenkapitalersetzend“ dürfte für die Gesellschafter praktisch nur in einigen wenigen Konstellationen Bedeutung haben. Durch die vom BGH entwickelte Rechtsprechung zum „Stehenlassen“ von Gesellschafterdarlehen waren bereits nach altem Recht außerhalb der Krise gewährte Darlehen von einer Behandlung als Eigenkapitalersatz bedroht. Auswirken wird sich die Neuregelung daher zum einen in Fällen, in denen bisher die Anforderungen an ein „Stehenlassen“ in der Krise nicht erfüllt waren. Zum anderen gewinnt die Neuregelung in den Konstellationen an Bedeutung, in denen das Darlehen durch eine gesunde GmbH an den Gesellschafter zurückgezahlt wird und die Gesellschaft plötzlich innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen muss.¹²⁷ Darüber hinaus steht es der Gesellschaft, anders als bisher, zukünftig bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens frei, den Kredit an den Gesellschafter zurückzuzahlen.

¹²⁴ Eine weitere Überleitungsvorschrift enthält § 20 Abs. 3 AnfG.

¹²⁵ Nach der Rechtsprechung des BGH sind auch die „Rechtsprechungsregeln“ gesetzliche Vorschriften im Sinne von Art. 103d Satz 1 EGIInsO, vgl. Urteil v. 26. Januar 2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249; a. A. *Hirte*, WM 2008, 1429, 1435; *Hirte/Knof/Mock*, NZG 2009, 48, 49; *Holzer*, ZIP 2009, 206, 207.

¹²⁶ Hierzu OLG München, Urteil v. 22. Dezember 2010 - 7 U 4960/07, ZIP 2011, 225 und daran anknüpfend BGH, Beschl. v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86 ff.

¹²⁷ *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3602.

§ 3 Der personelle Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.

A. Einleitung

Eine dem § 32a Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GmbHG a. F. entsprechende ausdrückliche Erwähnung von „Dritten“ ist im neuen Recht nicht mehr vorhanden. Es ist jedoch unstrittig, dass auch zukünftig die Darlehen von gesellschaftsfremden Dritten unter § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. - „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ - subsumiert werden können. Dafür spricht der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers.¹²⁸ Dem hat sich die Judikatur¹²⁹ und die ganz herrschende Meinung in der Literatur¹³⁰ angeschlossen. Umstritten ist jedoch, unter welchen Umständen das Darlehen eines Dritten dem eines Gesellschafters wirtschaftlich entspricht.

Die Auslegung unbestimmter Tatbestandsmerkmale ist mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden vorzunehmen. Ziel der Auslegung ist es, den „normativen Sinn“ der gesetzlichen Regelung zu bestimmen.¹³¹ Gemeint ist damit der „heute rechtlich maßgebliche“ Sinn der in Frage stehenden Norm.¹³² Neben dem Wortlaut und dem Bedeutungszusammenhang kommt es bei der Auslegung insbesondere auf den Sinn und Zweck der Vorschrift sowie ihre historische Entwicklung an.

Im Folgenden wird untersucht, zu welchem Ergebnis die einzelnen Auslegungsmethoden bei § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs führen. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage nach dem Sinn und Zweck des neuen Rechts. Es ist nicht abschließend geklärt, aus welchem Grund sämtliche Kreditforderungen der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft gegenüber denjenigen Dritten nachteilig behandelt werden. Der BGH hat sich in seiner neueren Rechtsprechung erstmals mit dieser

¹²⁸ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 56.

¹²⁹ BGH, Urteil v. 17. Februar 2011 – IX ZR 131/10, BB 2011, 851; v. 28.06.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 ff.; v. 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 ff.

¹³⁰ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Anh § 32 a, b Rn. 19 ff. mit weiteren Nachweisen; *Bäuerle*, in: Braun, InsO, § 39 Rn. 15; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 43 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, Anh zu § 64 Rn. 120; *Nehrlich/Römermann*, InsO, § 39 Rn. 10; *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 70; *Bork*, ZGR 2007, 250, 254; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Habersack*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.22; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2389 ff.; *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1018; *ders.*, Beilage ZIP 2010, 15, 21; a. A. *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1918.

¹³¹ Str., zum „normativen Sinn“ einer gesetzlichen Regelung als Auslegungsziel und seiner methodologischen Herleitung aus der „subjektiven“ und der „objektiven“ Theorie vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 137 ff.

¹³² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 139.

Frage auseinandergesetzt.¹³³ Die rechtswissenschaftliche Literatur vertritt hierzu unterschiedliche Ansichten. Aufgrund der erheblichen Relevanz für die Auslegung von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. sollen die verschiedenen Ansichten näher dargestellt werden. Daneben wird aufgezeigt, welche grundsätzlichen Folgen sie für die Konkretisierung des Adressatenkreises hätten.

B. Die einzelnen Auslegungsmethoden

I. Wortlaut

Der Wortlaut von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. liefert keinen konkreten Hinweis auf den Adressatenkreis über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus. Der Gesetzgeber hat sich auf eine höchst abstrakte Formulierung zurückgezogen. Der Wortlaut enthält nicht einmal einen Hinweis dahingehend, dass die Kredite Dritter überhaupt noch betroffen sind. Der Vergleich mit § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. spricht daher für eine restriktivere Auslegung gegenüber der bisherigen Rechtslage.¹³⁴ Des Weiteren ist zu beachten, dass sich der Wortlaut unmittelbar nur auf das wirtschaftliche Entsprechen der der Forderung zugrunde liegenden Rechtshandlungen bezieht. In Hinblick auf den personellen Anwendungsbereich kann diese Formulierung aber nur so verstanden werden, dass die Beziehung des kreditgebenden Dritten zur Gesellschaft derjenigen eines unmittelbaren Gesellschafters wirtschaftlich entsprechen muss. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der BGH in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2013 den Wortlaut der Vorschrift als Argument gegen eine Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs im Vergleich zum Eigenkapitalersatzrecht anführt.

II. Systematik

Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist abschließend im Insolvenzrecht geregelt. Die Stellung des Grundtatbestandes in Abschnitt 2 des zweiten Teils der Insolvenzordnung - Insolvenzmasse und Einteilung der Gläubiger - liefert jedoch genauso wenig einen Hinweis auf den personellen Anwendungsbereich, wie die Stellung von § 135 InsO n. F. im insolvenzrechtlichen Anfechtungsrecht. Als Indiz für eine enge Auslegung könnte das Regel-Ausnahmeverhältnis sprechen, in dem § 39 Abs. 1 Nr. 5, 1. Alt. InsO n. F. zu § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. steht. Die Erfassung von Gesellschafterdarlehen stellt den ausdrücklich geregelten Grundfall dar. Nur ausnahmsweise sind die Darlehen Dritter be-

¹³³ BGH, Urteil v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 ff.

¹³⁴ Weitergehend *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1918, der aus diesem Umstand den Schluss zieht, dass Dritte zukünftig gar nicht mehr in den Adressatenkreis fallen sollen.

troffen, wenn ein wirtschaftlich dem Gesellschafterdarlehen entsprechender Sachverhalt vorliegt. Ausnahmegesetze sind grundsätzlich eng auszulegen.¹³⁵

III. Gesetzesmaterialien

In der Regierungsbegründung zum MoMiG findet sich die folgende Aussage zur personellen Reichweite von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F.:

„Im Übrigen wird durch die Formulierung „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ der bisherige § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG in personeller (Dritte) und sachlicher Hinsicht übernommen.“¹³⁶

Die Bedeutung dieser Aussage ist nicht eindeutig. Einerseits könnte damit gemeint sein, dass das Gesetz auch zukünftig grundsätzlich die Kredite von gesellschaftsfremden Dritten erfasst, obwohl diese nicht mehr ausdrücklich im Tatbestand erwähnt sind. Nach diesem Verständnis wäre der Adressatenkreis des neuen Rechts im Detail neu zu bestimmen. Andererseits könnte die Formulierung implizieren, dass trotz des geänderten Wortlauts die Fortgeltung der von der Rechtsprechung zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. entwickelten Fallgruppen gesellschaftergleicher Dritter gewollt ist.¹³⁷ Hätte der Gesetzgeber dies tatsächlich beabsichtigt, dann hätte er aber wohl eine eindeutiger Formulierung gewählt. Es wäre naheliegend gewesen, ausdrücklich auf den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu den gesellschaftergleichen Dritten hinzuweisen, zumal sich die bisherige Rechtsprechung zum personellen Anwendungsbereich nicht selten auf das Rechtsprechungsrecht bezog. Diesbezügliche ginge der Verweis in der Gesetzesbegründung ins Leere.

Allein aus dem Hinweis, der bisherige § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. werde in personellen Hinsicht übernommen, folgt daher nicht die unveränderte Fortgeltung der von der Rechtsprechung im Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Fallgruppen gesellschaftergleicher Dritter. Die Gesetzesmaterialien enthalten darüber hinaus keinen eindeutigen Hin-

¹³⁵ Vgl. dazu BGH, Urteil v. 03.11.2004 – VIII ZR 375/03, MMR 2005, 37, 38.

¹³⁶ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 56.

¹³⁷ So das AG Hamburg, Beschluss v. 23. September 2010 – 67g IN 310/10, InsVZ 2010, 421, das in dieser Fundstelle den tragenden Grund für die von ihm vertretene Auffassung sieht, dass sich der personelle Anwendungsbereich gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht durch die Gesetzesänderung nicht verändert habe. Dieser Auffassung hat sich nun auch der BGH in seinem Urteil vom 21.02.2013 ausdrücklich angeschlossen.

weis, dass der personelle Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechtes im Recht der Gesellschafterdarlehen unverändert fortgelten soll.

IV. Telos

Bei der Auslegung von Normen ist insbesondere dem Sinn und Zweck der Regelung Rechnung zu tragen.¹³⁸ Jedoch sind weder dem Wortlaut der Vorschriften noch den Gesetzesmaterialien positive Hinweise auf die ratio legis des Rechts der Gesellschafterdarlehen zu entnehmen. In der Literatur werden unterschiedliche Legitimationsmodelle diskutiert. Die Gesetzesmaterialien sowie die einzelnen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen sowie ihre Bedeutung für die Auslegung von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. werden im Folgenden dargestellt und näher analysiert.

1. Gesetzesmaterialien

a) Materialien zur Abschaffung der Rechtsprechungsregeln

Die Begründung zum Regierungsentwurf enthält in Bezug auf § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F. eine Aussage, die zumindest in negativer Hinsicht einen Rückschluss auf die Vorstellung des Gesetzgebers bezüglich Sinn und Zweck der neuen Vorschriften erlaubt: *„Die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens wird damit aufgegeben“*.¹³⁹ Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber der mit dem Eigenkapitalersatzrecht eng verknüpften „Finanzierungsfolgenverantwortung“ für das neue Recht keine Bedeutung mehr beimisst.

b) Materialien zum Insolvenzrecht

In den Materialien zur nachrangigen Befriedigung von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen wird erneut darauf hingewiesen, dass es auf das Merkmal „kapitalersetzend“ im neuen Recht nicht mehr ankommt. Die übrigen vom Gesetzgeber angeführten Gründe geben allein Auskunft über die rechtspolitischen Motive für die Gesetzesänderung. Die Nachrangigkeit jedes Gesellschafterdarlehens bei Eintritt der Insolvenz entspreche international verbreiteten Regelungsmustern. Das Recht der Gesellschafterdarlehen werde dadurch für die Rechtspraxis wesentlich vereinfacht und die GmbH gewinne im Wettbewerb der Rechtsformen an Attraktivität. Zugleich werde der darlehensgewährende Gesellschafter nicht schlechter gestellt, da auch bisher stehen gelassene Altdarlehen in aller Regel ab Ein-

¹³⁸ Grundlegend dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149 ff.

¹³⁹ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

tritt der Krise als kapitalersetzend umzuqualifizieren waren.¹⁴⁰ Weitere Hinweise auf die materielle Legitimation für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen enthalten die Ausführungen in der Gesetzesbegründung nicht.

Auch in der Begründung zu der in § 135 Abs. 3 InsO n. F. geregelten Nutzungsüberlassung findet sich kein Hinweis auf die ratio legis des neuen Rechts. Mit dem Wegfall des Merkmals „kapitalersetzend“ sei die dogmatische Grundlage der Rechtsprechung zur kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entfallen und es drohe die Gefahr, dass dem Unternehmen in Zukunft in der Insolvenz für den Betrieb wesentliche Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stünden. Allerdings folge in diesen Fällen aus der Treuepflicht des Gesellschafters ein temporäres Recht der Gesellschaft, die Aussonderung zu verhindern.¹⁴¹

Diese Ausführungen in den Gesetzesmaterialien machen erneut deutlich, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Finanzierungsfolgenverantwortung mit Inkrafttreten des neuen Rechts ihre Bedeutung als Legitimationsgrundlage verloren hat.

2. Theorie vom Fortbestand der Finanzierungsverantwortung

a) Darstellung

Ungeachtet der Gesetzesmaterialien vertritt *Bork* die Auffassung, dass sich der tragende Grund für § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. weiterhin aus der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter ergibt.¹⁴² Obwohl das Merkmal der Krise nicht mehr zum Tatbestand gehöre und infolgedessen nicht mehr positiv festgestellt werden müsse, sei es weiterhin „Regelungsmotiv“.¹⁴³ Rechtstechnisch geht *Bork* damit von einer unwiderlegbaren Vermutung der Krisenfinanzierung aus.¹⁴⁴ Die maßgebliche Wertung laute weiterhin:

¹⁴⁰ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

¹⁴¹ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT – Drucks. 16/9737, S. 59.

¹⁴² *Bork*, ZGR 2007, 250, 256 ff. Auch *Hölzle*, ZInsO 2007, 421, 422; *ders.*, GmbHR 2007, 729, 735; *ders.*, ZIP 2009, 1939, 1940 ff.; *ders.*, ZIP 2010, 913, 914 ist der Meinung, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung weiterhin Grundlage der Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen sei. Er leitet dies aus „übergeordneten Rechtsprinzipien“ ab. In der Sache gehe es um die rechtliche Bewältigung von Informationsasymmetrien zwischen den Gesellschaftsgläubigern einerseits und den Gesellschaftern andererseits und daraus resultierenden Opportunismusgefahren. Der Informationsvorsprung der Gesellschafter war aber bereits für die Begründung des Eigenkapitalersatzrechts nicht ausreichend. Für die Fortgeltung der bisherigen dogmatischen Grundlage sprechen sich auch *Grigoleit/Rieder*, GmbH-Recht nach dem MoMiG, Rn. 239 aus: Der Wegfall der Krise erhöhe lediglich den Abstraktionsgrad der der Finanzierungsfolgenverantwortung zugrunde liegenden Missbrauchsgefahr.

¹⁴³ *Bork*, ZGR 2007, 250, 257.

¹⁴⁴ Ähnlich: *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 Rn. 34 ff.; *ders.*, WM 2008, 1429, 1430; *Gehrlein*, BB 2011, 3, 5.

„Braucht eine Gesellschaft Geld, so bekommt sie es normalerweise auf dem Markt. Nimmt eine Gesellschaft das Darlehen, statt auf dem Markt, bei ihrem Gesellschafter auf, so wird unwiderleglich vermutet, dass sie sich in der „Krise“ befindet, dringend Eigenkapital benötigt und das Gesellschafterdarlehen daher Eigenkapital ersetzt.“¹⁴⁵

Bork begründet seine Auffassung damit, dass die Gewährung von Gesellschafterdarlehen in der Krise faktisch der absolute Regelfall sei und dies meistens auch alle Beteiligten wüssten. Der Gesetzgeber wolle mit dem Verzicht auf das Merkmal der „Krise“ lediglich auf deren häufig sehr aufwändige, aber unnötige Prüfung verzichten und die Regelung damit in der praktischen Anwendung vereinfachen.¹⁴⁶

Die gleiche Ansicht wird von *Altmeyen* vertreten.¹⁴⁷ Er plädiert dafür, dass das Tatbestandsmerkmal der Krise entgegen den Ausführungen in der Regierungsbegründung durch das neue Recht nicht abgeschafft worden sei, sondern in Zukunft lediglich auf dessen aufwendige Prüfung verzichtet werden soll. „In Wirklichkeit“ werde die Krise zwar ausschließlich binnen der kritischen Fristen, dafür aber unwiderlegbar vermutet.¹⁴⁸ Nur unter dieser dogmatischen Prämisse lasse sich die Neuregelung halten.¹⁴⁹

Altmeyen stützt seine Auffassung zum einen auf die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.¹⁵⁰ Zum anderen beruft sich *Altmeyen* auf die Beibehaltung des Kleinbeteiligtenprivilegs. Das Kleinbeteiligtenprivileg verfolge bekanntlich den Zweck, Kleinbeteiligte von der Finanzierungsfolgenverantwortung auszunehmen und diese zu präzisieren. Die Beibehaltung mache nur Sinn, wenn dem neuen Recht weiterhin eine Finanzierungsfolgenverantwortung und damit eine Krisenfinanzierung zugrunde liegen würde. Des Weiteren bestätige die Beibehaltung des Sanierungsprivilegs, dass die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Kreditnehmerin eine Krisenfinanzierung voraussetze. Denn ebenso wie

¹⁴⁵ *Bork*, ZGR 2007, 250, 257.

¹⁴⁶ *Bork*, ZGR 2007, 250, 255.

¹⁴⁷ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Anh §§ 32 a, b a. F. Rn. 4 ff.; *ders.*, NJW 2008, 3601, 3603.

¹⁴⁸ *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3603.

¹⁴⁹ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Anh §§ 32a, b a. F. Rn. 9.

¹⁵⁰ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Anh §§ 32a, b a. F. Rn. 14; *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3603.

das Kleinbeteiligtenprivileg stelle das Sanierungsprivileg zugleich Ausnahme und Konkretisierung der Finanzierungsfolgenverantwortung dar.¹⁵¹

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

Vor diesem Hintergrund gelangen *Bork* und *Altmeyden* zu dem Schluss, dass der von Rechtsprechung und Lehre im Eigenkapitalersatzrecht entwickelte Adressatenkreis über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus unverändert fortgelten müsse.¹⁵² Das ist konsequent, wenn man davon ausgeht, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung in ihrer bisherigen Form weiterhin tragende Grundlage der gesetzlichen Regelung ist.

c) Stellungnahme

Die These vom Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung sieht sich berechtigter Kritik ausgesetzt und kann im Ergebnis nicht überzeugen.¹⁵³

aa) Widerspruch zur Gesetzesbegründung

Ausweislich der Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber mit der Neuregelung die Qualifikation der betroffenen Darlehen als „kapitalersetzend“ abschaffen. Dies lässt den Schluss zu, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers das damit untrennbar zusammenhängende Merkmal der Krise zukünftig für die Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen keine Rolle mehr spielen soll. *Altmeyden* hat diese Absicht des Gesetzgebers erkannt, meint aber, ihr komme für das dogmatische Verständnis der neuen Regelungen keine weitere Bedeutung zu.¹⁵⁴ Dem ist zu widersprechen. Zwar hat es der Gesetzgeber versäumt positiv zu formulieren, aus welchem Grund zukünftig sämtliche Gesellschafterdarlehen nachrangig sein sollen. Der Gesetzgeber weist aber ausdrücklich darauf hin, dass die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens aufgegeben wird. Dieser unmissverständliche Wille des Gesetzgebers ist bei der Auslegung der neuen Vorschriften zwingend zu berücksichtigen. Eine andere Betrachtungsweise dürfte mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien kaum zu vereinbaren sein.

¹⁵¹ *Altmeyden*, NJW 2008, 3601, 3605.

¹⁵² *Altmeyden*, NJW 2008, 3601, 3603; *Bork*, ZGR 2007, 250, 258.

¹⁵³ Ablehnend auch *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 37; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, Anhang nach § 30 Rn. 6; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, Anh zu § 64 Rn. 116; *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 37 ff.; *Gehrlein*, BB 2011, 3, 7; *Huber*, in: FS Priester, 259, 274 f.; *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1012 f.; *ders.*, Beilage ZIP 2010, 15, 18; zustimmend hingegen: *Dahl*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, Anh II §§ 32a, 32b a. F. Rn. 6 f.; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 39 Rn. 35; *Marotzke*, in: Kreft, InsO, § 108 Rz. 51; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 326; *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618 ff.; *Hölzle*, ZInsO 2007, 421, 422; *ders.*, GmbHR 2007, 729, 735; *ders.*, ZIP 2009, 1939 ff.; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 153.

¹⁵⁴ *Altmeyden*, NJW 2008, 3601, 3603.

bb) Widerspruch zu § 135 Abs. 3 InsO n. F

Gegen die Fortgeltung der Krise in der Form eines unwiderlegbar vermuteten Tatbestandsmerkmals spricht des Weiteren die Existenz von § 135 Abs. 3 InsO n. F. Die Rechtsprechung sah es bislang bedingt durch den Regelungszweck des Kapitalersatzrechts als notwendig an, auch Nutzungsüberlassungen in der Krise der Gesellschaft einer Sonderbehandlung zu unterwerfen. Der Gesellschafter war danach in der Insolvenz u. a. zur unentgeltlichen Nutzungsüberlassung bis zum Ablauf des Überlassungsvertrags verpflichtet.¹⁵⁵ Mit der Einführung von § 135 Abs. 3 InsO n. F. ist diese Rechtsprechung überholt. Zukünftig ist das Aussonderungsrecht des Gesellschafters nur dann ausgeschlossen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist. Dafür ist weder ein Überlassen noch ein „Stehenlassen“ in der Krise notwendig. Für die Gebrauchsüberlassung ist dem Gesellschafter zudem ein entsprechendes Entgelt zu entrichten. Ginge man davon aus, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung die tragende Legitimationsgrundlage des neuen Rechts darstellen würde, dann müsste die Rechtsprechung des BGH zur „eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“ fortgelten. Die Auffassung von *Altmeyen* und *Bork* steht in einem unlösbaren Widerspruch zur Existenz des § 135 Abs. 3 InsO n. F.

cc) Widerspruch zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.

Die Ansicht von *Bork* und *Altmeyen* widerspricht dem ausdrücklichen Verbot, die kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften auf Kredite von Gesellschaftern anzuwenden. Hat sich der Grund für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen „in Wirklichkeit“ nicht geändert, dann ist kaum nachvollziehbar, warum diese zukünftig auf der Rechtsfolgeseite anders behandelt werden sollen. In der „Nutzfahrzeug“-Entscheidung¹⁵⁶ machte der BGH deutlich, dass der Schutzzweck des Eigenkapitalersatzrechts nur dann gewährleistet ist, wenn die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredite den kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften des GmbHG unterfallen. Dies hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich ausgeschlossen. Damit entfällt der dem Eigenkapitalersatzrecht immanente zusätzliche Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch die Anwendbarkeit der kapitalerhaltungsrechtli-

¹⁵⁵ Vgl. zu den Rechtsfolgen der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung statt vieler *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 130 ff. m. w. N und oben § 3 A. I. Nr. 2 e).

¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370 ff.

chen Vorschriften. Auch das spricht gegen die Annahme, die Finanzierungsfolgenverantwortung gelte weiterhin fort.

dd) Widerspruch zu tatsächlichen Gegebenheiten

Fraglich ist des Weiteren, ob der von *Bork* postulierte Grundsatz, die Aufnahme von Gesellschafterdarlehen durch die Gesellschaft impliziere immer und zwangsläufig deren Kreditwürdigkeit, den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.¹⁵⁷

Dem ist zu widersprechen. *Bork* verkennt, dass der Kreditfinanzierung durch die Gesellschafter regelmäßig ein Bündel an rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Motiven zugrunde liegt.¹⁵⁸ Die Fremdkapitalfinanzierung durch die Gesellschafter ist keine notwendigerweise auf die Krise beschränkte Finanzierungsoption.¹⁵⁹ Auch die Rechtsprechung konnte einen derartigen Zusammenhang offenbar nicht erkennen. Der BGH ging davon aus, dass die Beweislast für den eigenkapitalersetzenden Charakter des Darlehens beim Insolvenzverwalter, den pfändenden Gläubigern oder dem Liquidator lag.¹⁶⁰ Wäre die Aussage von *Bork* zutreffend, dann wäre es naheliegend gewesen, einen prima-facie Beweis in Bezug auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung anzunehmen. Diese Beweislastregelung kommt zum Tragen, wenn es sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung um einen typischen Geschehensablauf handelt, dessen Regelmäßigkeit den Schluss auf das Vorliegen bestimmter streitiger Tatsachen erlaubt.¹⁶¹ In der Folge besteht zugunsten der nach den allgemeinen Regeln beweisbelasteten Partei ein erster Anschein, den die andere Partei durch ihren Vortrag „erschüttern“ muss. Kann sie das nicht, wird die streitige Tatsache dem Urteil als zutreffend zugrunde gelegt. Würde der von *Bork* beschriebene typische Geschehensablauf vorliegen, hätte die Rechtsprechung den kreditgewährenden Gesellschafter verpflichtet, den ersten Anschein einer Krisenfinanzierung zu erschüttern.

ee) Aufgabe des Verbots der „Abwälzung des Finanzierungsrisikos“

Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen verfolgt nicht mehr das Ziel, eine Verlängerung des „Überlebenskampfes“ der Gesellschaft durch die Zufuhr von Fremdkapital zu verhin-

¹⁵⁷ Ablehnend *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1012 f.

¹⁵⁸ Vgl. oben § 1 C. IV.

¹⁵⁹ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1012 f.

¹⁶⁰ Vgl. nur BGH, Urteil v. 28. September 1987 – II ZR 28/87, BB 1987, 2390; Urteil v. 14. November 1988 – II ZR 115/88, BB 1989, 242; Urteil v. 7. März 2005 – II ZR 138/03, GmbHR 2005, 617.

¹⁶¹ *Prütting*, in: MüKo zur ZPO, Bd. 1, § 286 Rn. 48.

dem. Im Eigenkapitalersatzrecht traf die Gesellschafter als Teilaspekt der Finanzierungsfolgenverantwortung die Pflicht, bei Eintritt der Krise im Vorfeld gewährte Darlehen abziehen. Ansonsten wurden die Darlehen wegen „Stehenlassens“ umqualifiziert. Nach neuem Recht hilft der frühzeitige Abzug dem kreditgewährenden Gesellschafter nicht mehr. Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. sind sämtliche Befriedigung gewährenden Rechtshandlungen anfechtbar, die innerhalb der Jahresfrist erfolgen. Der möglichst frühzeitige Abzug des Darlehens und die dadurch hervorgerufene Vorverlagerung der Insolvenz der Gesellschaft ist, anders als bisher, nicht mehr Zweck des neuen Rechts.¹⁶² Das Ziel, die Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die Gläubiger der Gesellschaft zu verhindern, wird damit aufgegeben. Aus der bedingungslosen Anfechtbarkeit der Rückzahlung innerhalb der Jahresfrist dürfte im Übrigen folgen, dass es auf eine Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters nicht mehr ankommen soll.¹⁶³

ff) Widersprüchliche Anknüpfung an den Fortbestand der Privilegierungstatbestände

Entgegen *Altmeyen* ist die Beibehaltung der Privilegierungstatbestände kein zwingendes Argument für den Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung und das (vermutete) Tatbestandsmerkmal der Krise. Bereits im Eigenkapitalersatzrecht wiesen die Privilegierungstatbestände keinen inhaltlichen Bezug zur Finanzierungsfolgenverantwortung auf. Das gilt sowohl für das Kleinbeteiligtenprivileg als auch das Sanierungsprivileg.

(1) Kleinbeteiligtenprivileg

Nach hier vertretener Ansicht stand die Privilegierung von nur geringfügig beteiligten Gesellschaftern in keinem inneren Zusammenhang mit der Finanzierungsfolgenverantwortung.¹⁶⁴ Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, aus der Fortgeltung der Privilegierung im neuen Recht einen Rückschluss auf den Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung zu ziehen.

Selbst wenn man die im Kleinbeteiligtenprivileg zum Ausdruck kommende „mitunternehmerische Verantwortung“ als Bestandteil der Finanzierungsfolgenverantwortung betrachtet, kann nichts anderes gelten. Das Kleinbeteiligtenprivileg gemäß § 39 Abs. 5 InsO n. F. ist zukünftig einheitlich auf die Gesellschafter aller Rechtsformen anwendbar, die

¹⁶² *Krolop*, ZIP 2007, 1738, 1740 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶³ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 398.

¹⁶⁴ Vgl. oben § 2 A. III. Nr. 7.

dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen. Der BGH hingegen hatte in seinem Grundsatzurteil zur Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf Aktionärsdarlehen, auf dem die damalige Einführung der Privilegierung maßgeblich beruhte, festgestellt, dass mindestens eine Beteiligung in Höhe von 25% am Grundkapital erforderlich sein sollte.¹⁶⁵ Von dieser Rechtsprechung bleibt im neuen Recht nicht mehr viel übrig. Zukünftig sind bereits die Kredite von Aktionären mit einer Beteiligung von mehr als 10% vom Recht der Gesellschafterdarlehen betroffen. Das legt den Schluss nahe, dass das Kleinbeteiligtenprivileg, jedenfalls im neuen Recht, nicht mehr Ausdruck der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter ist.

(2) Sanierungsprivileg

Auch die Übernahme des Sanierungsprivilegs¹⁶⁶ in das neue Recht erlaubt keinen Rückschluss auf den Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung. Das Sanierungsprivileg beruht damals wie heute einzig und allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Es enthielt keine inhaltliche Konkretisierung der Finanzierungsfolgenverantwortung. Betrachtet man die hinter dieser stehenden einzelnen Begründungsansätze - Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die Drittgläubiger, Anschein ausreichender Kapitalausstattung, widersprüchliches Verhalten, „Insiderstellung“ - dann wird deutlich, dass sie alle auch auf den Gesellschafter zutrafen, der erst in der Krise Anteile an der Gesellschaft erwarb. Der Sinn und Zweck des Sanierungsprivilegs besteht allein darin, gesellschaftsfremde Dritte zu motivieren, in der wirtschaftlichen Krise Gesellschaftsanteile zu erwerben:

„Mit dem Sanierungsprivileg „belohnt“ das Gesetz sein (des Neugesellschafters; Anm. des Verfassers) freiwilliges Engagement, sein Bekenntnis zur Gesellschaft und ihrer Sanierungswürdigkeit sowie die Signalwirkung innerhalb und außerhalb der Gesellschaft, die andere Gläubiger, die Arbeitnehmer und einzelne Gesellschafter veranlassen kann, sich mit eigenen Beiträgen an der Sanierung zu beteiligen. Das ist die Anreizfunktion des Sanierungsprivilegs; (...).“¹⁶⁷

Dem Gesetzgeber ging es nicht primär um die Befreiung von Sanierungskrediten. Vielmehr beabsichtigte der Gesetzgeber allein den Anteilserwerb zu erleichtern.¹⁶⁸ Eine inhalt-

¹⁶⁵ BGH, Urteil v. 26. März 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381.

¹⁶⁶ Vgl. oben § 2 A. II. Nr. 2.

¹⁶⁷ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 79.

¹⁶⁸ Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 13/10038, S. 28.

liche Verknüpfung mit der Finanzierungsfolgenverantwortung im Sinne einer positivrechtlichen Ausformulierung einer teleologischen Reduktion des Grundtatbestandes enthielt das Sanierungsprivileg nicht.

gg) Keine Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung

Die von *Altmeyden* mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geforderte verfassungskonforme Auslegung ist nicht geboten.¹⁶⁹ Sie wäre nur dann veranlasst, wenn ohne die unwiderlegbare Vermutung einer Krise im Zeitpunkt der Finanzierung, und damit die Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung, die einschlägigen Grundrechte verletzt würden. Jedoch liegt auch ohne die Annahme einer unwiderlegbaren Vermutung der Krise im Zeitpunkt der Kreditgewährung weder ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, noch ein ungerechtfertigter Eingriff in die Eigentumsfreiheit vor.

(1) Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG normiert nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Willkürverbot:

„Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss.“¹⁷⁰

Durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. kommt es zu einer Ungleichbehandlung zwischen dem darlehengewährenden Gesellschafter einerseits und dem gesellschaftsfremden Dritten als Kreditgeber andererseits. Zwischen diesen beiden Gruppierungen bestehen aber auch außerhalb der Krise, und damit unabhängig von der Finanzierungsfolgenverantwortung, gewichtige, die Ungleichbehandlung rechtfertigende Unterschiede.¹⁷¹ Die verschiedenen Gesellschaftsformen bieten den Gesellschaftern die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Betätigung ohne das Risiko der persönlichen Haftung. Allein die Gesellschafter sind am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Durch das Ausweichen auf eine Fremdkapitalfinanzierung kommt es, unabhängig vom Zeitpunkt der Kreditgewährung, zu einer weiteren Risikoab-

¹⁶⁹ Zustimmend hingegen *Hölzle*, ZIP 2010, 913, 913; *Marotzke*, ZInsO 2009, 2073, 2078.

¹⁷⁰ So bereits BVerfG, Urteil v. 23. Oktober 1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52, „Willkürformel“; dazu *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 8 ff.

¹⁷¹ Auf eine ausführliche Darstellung der in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe wird an dieser Stelle verzichtet. Die einzelnen Ansätze werden im Folgenden ausführlich erörtert.

wälzung auf die Drittgläubiger. Die Ansprüche der Gesellschafter vermindern die den übrigen Gläubigern zur Verfügung stehende Masse.¹⁷² Des Weiteren sind grundsätzlich allein die Gesellschafter in der Lage, Einfluss auf das Insolvenzrisiko der Gesellschaft zu nehmen¹⁷³ und sie haben regelmäßig einen Informationsvorsprung gegenüber den Drittgläubigern. Die Erfassung sämtlicher Gesellschafterkredite nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. ist damit jedenfalls nicht willkürlich.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht mit Blick auf die „neue Formel“ des Bundesverfassungsgerichts. Nach dieser ist Art. 3 Abs. 1 GG

„(...) vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.“¹⁷⁴

Danach muss die Ungleichbehandlung (zusätzlich) den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen.¹⁷⁵ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dürfte aber auch insoweit ein Blick auf die Verteilung der Chancen und Risiken zwischen Gesellschaftern und Drittgläubigern ausreichen. Unabhängig von einer Krise ist die Subordination sämtlicher Gesellschafterdarlehen geeignet und erforderlich, um die Drittgläubiger vor einem weitgehenden Ausfall ihrer Forderungen durch die Konkurrenz der Gesellschafter um die Insolvenzmasse zu schützen. Das erscheint gegenüber den Gesellschaftern auch nicht als unangemessene Härte, da sie allein die Möglichkeit haben, einen der Höhe nach unbegrenzten Gewinn zu erzielen, ohne dass sie das Risiko der persönlichen Haftung trifft. Zudem bestehen im neuen Recht außerhalb der Insolvenz keine kapitalerhaltungsrechtlichen Hindernisse mehr bei der Rückzahlung der Kredite an die Gesellschafter. Die insolvenzrechtliche Anfechtung dieser Rückzahlungen ist im neuen Recht auf ein Jahr begrenzt. Da sich durch die neuen Regelungen faktisch nur in wenigen Ausnahmekonstellationen etwas zu Lasten der Gesellschafter ändert, ist es - unter Berücksichtigung der eingetretenen

¹⁷² Dieser Aspekt lag bereits der Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrunde, vgl. oben § 2 A. I. Nr. 1. Nach *Huber/Habersack* ist das der tragende Grund des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen, vgl. unten Nr. 6.

¹⁷³ Dieser Aspekt liegt der Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter zugrunde, vgl. unten Nr. 7.

¹⁷⁴ BVerfG, Urteil v. 7. Oktober 1980 – u. a. 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88.

¹⁷⁵ Zum ungeklärten Verhältnis von „Willkürverbot“ und „neuer Formel“ vgl. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 25 ff.

Erleichterungen - wenig überzeugend, nun ohne die Konstruktion einer unwiderlegbaren Vermutung der Krise im Zeitpunkt der Kreditgewährung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG annehmen zu wollen. Die Finanzierungsfolgenverantwortung ist nicht die einzige Legitimationsgrundlage, die den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG gerecht wird.

(2) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG

Die krisenunabhängige Subordination von Gesellschafterdarlehen verletzt zudem nicht Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Kreditforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft wird zwar vom sachlichen Schutzbereich erfasst, da auch schuldrechtliche Forderungen Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sind.¹⁷⁶ Die Befriedigung an letzter Rangstelle in der Insolvenz stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar.

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. erfüllt die von der Verfassung aufgestellten Rechtfertigungsanforderungen jedoch auch ohne einen „Rückgriff“ auf die Finanzierungsfolgenverantwortung. Der formelle Gesetzesvorbehalt gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist gewahrt. Es besteht darüber hinaus ein legitimes, berechtigtes Interesse der Allgemeinheit an der Nachrangigkeit sämtlicher Gesellschafterkredite in der Insolvenz der Gesellschaft.¹⁷⁷ Diese ist u.a. geeignet, die Ansprüche der Drittgläubiger vor den konkurrierenden Forderungen der Gesellschafter zu schützen. Ein Mittel gleicher Wirksamkeit, das die Gesellschafter weniger belastet, ist nicht ersichtlich.

Die nachrangige Befriedigung sämtlicher Gesellschafterkredite ist auch keine unangemessene Belastung für die Gesellschafter. Zwar bedeutet die Befriedigung an letzter Rangstelle regelmäßig einen Totalverlust für die Gesellschafter. Andererseits steht den Drittgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung. Die Subordination der Gesellschafterkredite verhindert eine weitere Überwälzung der Kosten auf diese, zumal allein die Gesellschafter die Chance haben einen Gewinn zu erzielen. Des Weiteren beherrschen die Gesellschafter das Insolvenzrisiko. Wie bei Art. 3 Abs. 1 GG ist in der Gesamtabwägung außerdem zu berücksichtigen, dass die Gesellschafterdarlehen vor dem Insolvenzeröffnungsantrag keinen Beschränkungen (mehr) unterliegen und die insolvenz-

¹⁷⁶ *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 14 Rn. 152.

¹⁷⁷ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Art. 14 GG vgl. *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 14 Rn. 225; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 14 Rn. 315 ff.

rechtlichen Anfechtungsfristen erheblich verkürzt wurden. Das Kleinbeteiligtenprivileg und das Sanierungsprivileg mindern die Belastung ab. Eine zusätzliche Rechtfertigung in Form der krisenbedingten Finanzierungsfolgenverantwortung ist vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich nicht geboten.

d) BGH, Urt. v. 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12

aa) Entscheidungsgründe

Mit Urteil vom 21. Februar 2013 schloss sich der BGH dieser Auffassung im Ergebnis an. Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde. Die Schuldnerin der Darlehensforderung war eine Kommanditgesellschaft. Als Komplementärin der Kommanditgesellschaft fungierte eine GmbH. Einzige Kommanditistin war eine weitere GmbH, die gleichzeitig sämtliche Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH hielt. Alleinige Inhaberin der Kommanditistin war eine Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft gewährte der Kommanditgesellschaft ein Darlehen. Innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zahlte die Kommanditgesellschaft den Kredit zurück. Der Insolvenzverwalter verklagte die Aktiengesellschaft und stütze sich dabei auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F.

Anknüpfend an seine Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht entschied der BGH, dass das Darlehen der Aktiengesellschaft im vorliegenden Fall bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Darlehen eines Gesellschafters entsprechen würde. Die von Rechtsprechung und Literatur zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Grundsätze seien für die Auslegung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. fruchtbar zu machen. Ausweislich der Begründung des Gesetzgebers würde mit Hilfe der Einbeziehung „gleichgestellter Forderungen“ der bisherige § 32a GmbHG a. F. in personeller, durch die Einbeziehung Dritter, und sachlicher Hinsicht übernommen. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gleichgestellte Forderung“ sei daher in Übereinstimmung mit dem früheren Recht Vorsorge dagegen zu treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gesellschaftsgläubiger abwälze. Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben, lege die Annahme nahe, dass das durch das MoMiG umgestaltete Recht - und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. - mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmoniere. Diese Würdigung entspreche der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwür-

dige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen. Daraus sei der anfechtungsrechtliche Regelungszweck abzuleiten, dass den infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage des Betriebs wohlinformierten Gesellschaftern die Möglichkeit versagt werden solle, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen.

bb) Stellungnahme

Die Entscheidung ist hinsichtlich der nun herrschenden Rechtssicherheit im Ergebnis zu begrüßen. Nach Ansicht des Verfassers bestehen jedoch Bedenken gegen die von dem BGH angeführte Begründung. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln sowie der Hinweis, diese nun in das Insolvenzrecht verlagert zu haben, liefert keine tragfähige Grundlage für die Annahme, die Finanzierungsfolgenverantwortung gelte weiterhin fort. Vielmehr betont der Gesetzgeber mehrfach, dass die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens aufgegeben werde. Ausdrückliche Hinweise auf die Finanzierungsfolgenverantwortung als Legitimationsgrundlage des neuen Rechts finden sich in der Gesetzesbegründung nicht. Nach hier vertretener Ansicht ist die Kreditgewährung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft aber zwingende Voraussetzung der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter. Andernfalls kommen die verschiedenen sachlichen Erwägungen, auf denen die Finanzierungsfolgenverantwortung beruhte, nicht zum Tragen. Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum Eigenkapitalersatzrecht. Finanzierungsfolgenverantwortung für außerhalb der Krise gewährte Darlehen lehnte er ab.

Die Entscheidung des BGH dürfte sich zudem kaum mit der - angeblichen - Zielsetzung des Gesetzgebers begründen lassen, fragwürdige Auszahlung an Gesellschafter zukünftig einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen. Die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter folgte nicht aus dem Abzug des Gesellschafterdarlehens in einem kritischen Zeitpunkt. Die Finanzierungsfolgenverantwortung ergab sich vielmehr aus der Entscheidung eines Gesellschafters, im Zeitpunkt der Krise einen Kredit zu gewähren oder stehenzulassen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass das Recht zur Anfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. inhaltlich an § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. anknüpft. Sinn und Zweck von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO a. F. ist es, eine Umgehung der nachrangigen Berichtigung durch vorzeitige Befriedigung des Gesellschafterdarlehens zu verhindern. Den

Grundtatbestand normiert § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Damit dürfte allein die dem § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. zugrunde liegende ratio legis für die Auslegung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. maßgeblich sein. Ob aber die Legitimationsgrundlage des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. weiterhin die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter ist, hat der BGH in seiner Entscheidung offen gelassen. Aus welchem Grund die Gesellschafter außerhalb der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft die Verantwortung für die Folgen einer Kreditfinanzierung in Form einer nachrangigen Befriedigung tragen sollen, ergibt sich aus dem Urteil nicht. Insbesondere stellte der BGH bereits in einer früheren Entscheidung ausdrücklich fest, dass allein der Informations- und Kontrollvorsprung der Gesellschafter nicht ausreicht, um den Gesellschafter gegenüber Drittgläubigern schlechter zu stellen.¹⁷⁸ Allein aus diesem Aspekt ergibt sich mithin keine Finanzierungsfolgenverantwortung. Anknüpfend an die Argumentation des BGH ist schließlich anzumerken, dass die Formulierung in der Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/6140 S. 56, nicht eindeutig ist.¹⁷⁹ Offenbar hat auch der BGH Zweifel an seinem Befund, wie die Formulierung „legt die Annahme nahe“ deutlich macht.

e) Zwischenergebnis

Die von Stimmen in der Literatur sowie vom BGH vertretene Theorie vom unveränderten Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung überzeugt nicht. Die angeführten Argumente rechtfertigen es nicht, den Willen des Gesetzgebers, das Eigenkapitalersatzrecht aufzugeben, zu übergehen. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung die Legitimationsgrundlage des neuen Rechts darstellt. Es sind auch keine sonstigen überzeugenden Gründe für diese These ersichtlich. Die Annahme, das Eigenkapitalersatzrecht bestünde unverändert fort, steht insbesondere in einem unerklärlichen Widerspruch zu § 135 Abs. 3 InsO n. F. Der von *Bork* postulierte Grundsatz, dass Gesellschafterkredite grundsätzlich nur in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft ausgereicht würden, findet in der jahrzehntelangen Rechtsprechung des BGH keine Stütze. Außerdem ist die Pflicht der Gesellschafter entfallen, ihre Kredite bei Eintritt der Krise abzuziehen und damit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beschleunigen. Die unveränderte Übernahme der Privilegierungstatbestände in das neue Recht spricht nicht für den Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung: Sowohl das Kleinbeteiligtenprivileg als auch das Sanierungsprivileg beruhen ausschließlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Letztlich ergibt sich kein anderes Ergebnis aus der geforderten verfassungskonformen

¹⁷⁸ BGH, Urteil v. 24. März 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330.

¹⁷⁹ Vgl. oben B. III.

Auslegung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Daher sprechen gute Gründe gegen die Annahme, der bisherige Adressatenkreis über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus bestünde unverändert fort. Die These vom unveränderten Fortbestand der Finanzierungsfolgenverantwortung dürfte dieses Ergebnis nicht tragen.

3. Theorie von der „Insolvenzreife“ der Gesellschaft

a) Darstellung

Auch nach *Pentz* soll es im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen weiterhin um die Erfassung von eigenkapitalähnlichen Leistungen gehen. Allein deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung sei neu zu bestimmen.¹⁸⁰ Als Grund für die Subordination der Gesellschafterdarlehen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. stellt *Pentz* auf die Gewährung oder das Stehenlassen des Darlehens in der „Insolvenzreife“ der Gesellschaft ab.¹⁸¹ Konsequenterweise spricht er sich für eine teleologische Reduktion sowohl von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. als auch von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. in dem Fall aus, dass die Leistung des Gesellschafters mit der Insolvenzreife der Gesellschaft in keinem Zusammenhang steht.

Zur Begründung stellt *Pentz* darauf ab, dass § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. nicht als eine „Verlängerung“ von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. eingestuft werden könne. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. stelle nicht lediglich die Anfechtung von Rechtshandlungen sicher, die Befriedigung für Darlehensforderungen der Gesellschafter gewährt haben, die ansonsten - wäre die Befriedigung nicht zufällig vor Antragstellung erfolgt - in der Insolvenz im Rang zurücktreten würden. Wäre das der Fall, dann müssten sämtliche Rechtshandlungen, die Befriedigung für entsprechende Forderungen gewährt haben, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Rückzahlung, anfechtbar sein. So verhalte es sich aber gerade nicht. Daraus zieht *Pentz* den Schluss, dass sich die Anfechtbarkeit nicht mit der Nachrangigkeit erklären lasse, sondern es vielmehr umgekehrt so sei, dass die Anfechtbarkeit Rückschlüsse auf den Rechtsgrund der Nachrangigkeit zulasse.¹⁸²

Diese Ansicht untermauert *Pentz* mit einem Hinweis auf die Regelung zur Nutzungsüberlassung in § 135 Abs. 3 InsO n. F. Nach dieser Vorschrift ist als Maßstab für die Berechnung der Vergütung des Gesellschafters für die Überlassung des Gegenstandes auf den

¹⁸⁰ *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 762.

¹⁸¹ *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 770.

¹⁸² *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 759 ff.

Durchschnitt der tatsächlich gezahlten Vergütung im Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzustellen. Dieser Regelung lasse sich der Gedanke entnehmen, dass der Gesellschafter an seinem Verhalten im Vorfeld der Insolvenz festgehalten werde und der Gesetzgeber hieran bestimmte Rechtsfolgen knüpft. In dieser Zeit sei regelmäßig mit einer geringeren Vergütung zu rechnen.¹⁸³

Des Weiteren stützt *Pentz* seine Ansicht auf die insolvenzrechtliche Behandlung stiller Gesellschafter. Wenn in § 136 InsO die Anfechtbarkeit der Zurückzahlung von tatsächlich dem Unternehmensträger gemäß § 230 Abs. 1 HGB zugeordnetem Vermögen von der Insolvenzreife abhängig gemacht werde, sei es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bei § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. angezeigt, die Rückzahlung von Fremdkapital jedenfalls keinen geringeren Anforderungen zu unterwerfen.¹⁸⁴

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

Pentz geht davon aus, dass das neue Recht der Gesellschafterdarlehen an den eigenkapitalähnlichen Charakter der gewährten oder stehengelassenen Leistungen anknüpft. In der Konsequenz soll der vom neuen Recht der Gesellschafterdarlehen erfasste Personenkreis dem des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. entsprechen.¹⁸⁵

c) Stellungnahme

Auf den ersten Blick ist der Ansatz von *Pentz* nachvollziehbar und schlüssig begründet. Er passt sich dem erklärten Ziel des Gesetzgebers an, die Gesellschafter in Zukunft nicht schlechter stellen zu wollen, als es bisher der Fall gewesen ist.¹⁸⁶ Bei genauerer Betrachtung dürften aber die besseren Gründe dafür sprechen, dass § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. den Grundtatbestand normiert und die nachrangige Befriedigung der Gesellschafterdarlehen in keinem Zusammenhang mit der Insolvenzreife der Gesellschaft steht.

aa) Systematik

Gegen die These von *Pentz* spricht der systematische Aufbau des neuen Regelungsregimes. § 135 InsO n. F. verweist sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 4 auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Abs. 4 und 5 InsO n. F. Diese Bezugnahme legt den Schluss nahe, dass der zentrale Tatbestand in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. normiert ist und § 135 Abs. 1 InsO n. F. eine

¹⁸³ *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 762 ff.

¹⁸⁴ *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 765 f.

¹⁸⁵ *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 774.

¹⁸⁶ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 56.

Annexvorschrift darstellt. Es wäre ungewöhnlich, wenn die zentrale Vorschrift im Tatbestand auf Normen verweisen würde, die systematisch ihrer Ergänzung dienen.

bb) Zweck der Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F.

Die in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. normierte Anfechtungsfrist, als maßgeblicher Anknüpfungspunkt der These von *Pentz*, beruht ausweislich des Wortlauts auf der engen zeitlichen Verknüpfung der Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens mit dem Insolvenzantrag. Auf ein vorheriges Stehenlassen der Forderung in der „Insolvenzreife“ der Gesellschaft oder ein Gewähren des Darlehens in dieser Phase kommt es nicht an. Der Grund für die Anfechtbarkeit der Rückzahlung innerhalb der Jahresfrist vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens dürfte daher allein die verdächtige Nähe der Rückzahlung zur Insolvenz der Gesellschaft sein.¹⁸⁷

Jedenfalls spricht ein Vergleich von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. mit den übrigen insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften dafür, dass die Jahresfrist lediglich ab einem bestimmten Zeitpunkt für Rechtssicherheit sorgen soll. Die Befristung der Anfechtung ist, wie die §§ 130 bis 132 InsO zeigen, ein typisches anfechtungsrechtliches Phänomen. Ziel der in den §§ 130 bis 132 InsO normierten Anfechtungstatbestände ist es, den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung sicherzustellen (vgl. auch § 129 Abs. 1 InsO). Die vorhandene Masse wird allen Gläubigern zur gleichmäßigen Erfüllung ihrer Ansprüche - unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber angeordneten Rangfolge - zugewiesen. Einer der wesentlichen Gründe für die zeitliche Befristung des Anfechtungsrechts ist dabei die Rechtssicherheit des Anfechtungsgegners.¹⁸⁸ Der Vergleich mit den §§ 130 bis 132 InsO spricht dafür, dass auch die in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. normierte Jahresfrist dieses Ziel verfolgt. Die Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. ist der vom Gesetzgeber als für angemessen empfundene Ausgleich zwischen dem Interesse der Drittgläubiger an vorrangiger Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen einerseits und Rechtssicherheit für die Gesellschafter andererseits.

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme von *Pentz*, die Anfechtbarkeit sei nicht lediglich die „Verlängerung“ der Nachrangigkeit, weil ansonsten sämtliche Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen anfechtbar sein müssten, nicht mehr zwingend. Vielmehr wohnt der Jahresfrist die Vermutung einer zielgerichteten Gläubigerbenachteiligung durch die Gesell-

¹⁸⁷ *K. Schmidt*, Beilage ZIP 39/2010, 15, 19. So auch BGH, Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12, Juris Rn. 18.

¹⁸⁸ *Kirchhof*, in: MüKo, InsO, Bd. 2, Vorb. §§ 129 bis 147 Rn. 4.

schafter inne. Jedenfalls spricht der Vergleich mit den §§ 130 bis 132 InsO dafür, dass die Jahresfrist lediglich ab einem bestimmten Zeitpunkt für Rechtssicherheit sorgen soll.

cc) Bedeutung von § 135 Abs. 3 InsO n. F.

Der von *Pentz* zur Unterstützung seiner These angeführte Hinweis auf die in § 135 Abs. 3 Satz 2 HS. 2 InsO n. F. genannte Jahresfrist dürfte zu keinem anderen Ergebnis führen. Der Gesetzgeber begründet diese auf Vorschlag des Rechtsausschusses eingeführte Norm mit der Überlegung, dass es dem Zweck des Insolvenzverfahrens sowie der Treuepflicht der Gesellschafter widerspreche, wenn zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassene Gegenstände nach Insolvenzeröffnung jederzeit zurückverlangt werden könnten, obwohl diese zur Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung sind. Weil dem Gesellschafter kein Sonderopfer abverlangt werden dürfe, erhalte er eine entsprechend bemessene Vergütung als Masseverbindlichkeit.¹⁸⁹ § 135 Abs. 3 InsO n. F. hat demnach, abgesehen von seiner systematischen Stellung, keine Verbindung zum Recht der Gesellschafterdarlehen.¹⁹⁰ Im Gegenteil erachtete der Gesetzgeber die Vorschrift für erforderlich, weil Gebrauchsüberlassungen nicht mehr vom neuen Recht erfasst sind. Die Bemessung der Höhe des Entgelts für die Nutzungsüberlassung anhand des durchschnittlich im Jahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gezahlten Entgelts erlaubt deshalb keinen Rückschluss auf die Legitimationsgrundlage der §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.

dd) Bedeutung von § 136 Abs. 2 InsO

Der von *Pentz* aus § 136 InsO abgeleitete Wertungswiderspruch besteht nach Ansicht des Verfassers nicht. § 136 Abs. 2 InsO liegt die Überlegung zugrunde, dass einer Rechtshandlung im Sinne des § 136 Abs. 1 InsO nicht die Vermutung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht innewohnt, wenn sie außerhalb eines Eröffnungsgrundes erfolgt.¹⁹¹ Dies ist gerechtfertigt, weil stille Gesellschafter kein laufendes, allumfassendes Informationsrecht haben. Gemäß § 233 Abs. 1 HGB sind sie von Gesetzes wegen nur berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Sie sind daher nicht in der Lage, eine sich abzeichnende Insolvenz so frühzeitig zu erkennen wie bspw. die GmbH-Gesellschafter. Von ihnen geht keine den GmbH-Gesellschaftern vergleichbare Gefahr für die Insolvenzmasse aus. Damit lässt sich widerspruchsfrei erklären, warum die insolvenzrechtliche Anfechtung

¹⁸⁹ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT - Drucks. 16/9737, S. 59.

¹⁹⁰ Vgl. dazu bereits oben § 2 B. II.

¹⁹¹ *Riggert*, in: Braun, InsO, § 136 Rn. 17.

der Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters höheren Anforderungen unterliegt, als die Anfechtung der Rückgewähr von Gesellschafterkrediten.

d) Zwischenergebnis

Nach Ansicht des Verfassers sprechen gute Gründe gegen die von *Pentz* aufgestellte Theorie der Fortgeltung des Eigenkapitalersatzrechts unter Anknüpfung an die „Insolvenzreife“ der Gesellschaft. Die in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. verankerte Jahresfrist trägt diese These nicht. Aus der systematischen Stellung im Bereich der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften folgt, dass der Grund für die Jahresfrist die fragwürdige Nähe der Rückzahlung zur Insolvenz der Gesellschaft ist. Die Jahresfrist ist dabei der vom Gesetzgeber als gerecht empfundene Ausgleich im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit zu Gunsten der Gesellschafter einerseits und dem Interesse der Insolvenzgläubiger am Erhalt der Haftungsmasse andererseits. Die in § 135 Abs. 3 Satz 2 HS. 2 InsO n. F. normierte Jahresfrist steht in keinem Zusammenhang mit dem Recht der Gesellschafterdarlehen und gestattet keinen Rückschluss hinsichtlich §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Ein Wertungswiderspruch in Hinblick auf § 136 Abs. 2 InsO ist nicht ersichtlich. Gegen die Theorie von *Pentz* spricht schließlich das systematische Verhältnis von § 135 Abs. 1 InsO n. F. zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F.

4. Theorie der Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter

a) Darstellung

K. Schmidt gelangt bei seiner Analyse der neuen Rechtslage zu dem Ergebnis, dass das MoMiG die alte *ratio legis* beeinflusst, nicht aber fundamental geändert habe. Der Wegfall des Krisenmerkmals führe zu einer Banalisierung und Reduzierung der bisherigen Wertungsgrundlagen und Zurechnungsvoraussetzungen, aber nicht zu deren Auswechslung oder ersatzlosen Beseitigung.¹⁹² Der neue Ansatz habe eine Verallgemeinerung des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung zum Inhalt, weil nunmehr jede Gesellschafterfremdfinanzierung der Sonderbehandlung unterliege. Das im Kapitalersatzrecht entwickelte spezifische Verständnis von Finanzierungsentscheidung und Finanzierungsfolgenverantwortung habe sich geändert. Befreie man die Terminologie von den dogmatischen Belastungen des alten Kapitalersatzrechts, dann bleibe von der Finanzierungsfolgenverantwortung einzig das auch schon bisher enthaltene Element der „Finanzierungszuständig-

¹⁹² *K. Schmidt*, Beilage ZIP 39/2010, 15, 19.

keit“ der Gesellschafter übrig.¹⁹³ Dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen liege nur noch der Gedanke zugrunde, dass der Gesellschafter als Kreditgeber im Verhältnis zu anderen Gläubigern „näher dran“ sei an der Gesellschaft. Das Gesetz begnüge sich vorbehaltlich der Privilegierungen mit der Doppelrolle als Gesellschafter einerseits und Kreditgeber andererseits, um die Sonderbehandlung zu rechtfertigen.¹⁹⁴

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

K. Schmidt zieht aus der These der Fortgeltung einer zur „Finanzierungszuständigkeit“ verschlankten Finanzierungsfolgenverantwortung den Schluss, dass die bisherige Judikatur zum Adressatenkreis des Eigenkapitalersatzrechts im neuen Recht grundsätzlich unverändert fortgelten müsse.¹⁹⁵ Er deutet aber an, dass es im Einzelfall zu einer Erweiterung des Kreises der erfassten Kapitalgeber kommen könne, weil eine Finanzierungsentscheidung nicht mehr notwendig sei.¹⁹⁶

c) Stellungnahme

Der Annahme einer im neuen Recht auf die „Finanzierungszuständigkeit“ reduzierten Finanzierungsfolgenverantwortung kann nicht gefolgt werden.¹⁹⁷ Nach dem hier vertretenen Verständnis der Finanzierungsfolgenverantwortung ist ihr Fortbestand, sei es auch in reduzierter Form, ohne das Tatbestandsmerkmal der Krise nicht möglich. Die verschiedenen sachlichen Erwägungen, die letztlich die Finanzierungsfolgenverantwortung begründen, sind nur dann einschlägig, wenn die Entscheidung für eine Kreditfinanzierung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Notlage der Gesellschaft erfolgt. Jenseits der Krise kann den Gesellschaftern weder der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gemacht werden, noch spekulieren sie zu Lasten der Drittgläubiger oder spiegeln ihnen eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Kapitalausstattung vor. Eine „Banalisation“ dieser Sachgründe ist ausgeschlossen.

Mit Blick auf den von *K. Schmidt* zum Eigenkapitalersatzrecht vertretenen Ansatz ist der Standpunkt hingegen konsequent. War die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesell-

¹⁹³ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1015.

¹⁹⁴ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. III, §§ 32a/b a. F. Nachtrag MoMiG Rn. 7; ausführlich dazu auch in GmbHR 2009, 1009, 1016 und Beilage ZIP 39/2010, 15, 20; zustimmend: *Haas*, ZInsO 2007, 617, 626; *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399. Kritisch dazu *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, Anh. § 64 Rn. 115.

¹⁹⁵ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1017, 1018 ff.; *ders.*, Beilage ZIP 39/2010, 15, 21.

¹⁹⁶ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Band III, §§ 32 a/b a. F. Nachtrag MoMiG Rn. 23.

¹⁹⁷ Kritisch auch *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 43.

schafter im alten Recht aus „ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung“ herzuleiten,¹⁹⁸ dann ist es nachvollziehbar, im neuen Recht auf diese Grundsätze - wenn auch in „verkümmertes“ Form - abzustellen. Allerdings bleibt die konkrete inhaltliche Ausgestaltung des „Näheverhältnisses“ offen. *K. Schmidt* begründet das Näheverhältnis zum einen damit, dass die Gesellschafter die „geborenen Investoren“ der Gesellschaft seien.¹⁹⁹ Was sich hinter dieser Formulierung im Detail verbirgt, bleibt unklar. Zum anderen sieht er durch das besondere Näheverhältnis zur Gesellschaft die Gefahr einer vorzeitigen „Selbstbedienung“ durch die Gesellschafter.²⁰⁰ An anderer Stelle weist er darauf hin, dass der Kenntnisvorsprung der Gesellschafter nicht der ausschlaggebende Grund für die Sonderbehandlung der Darlehen sein könne.²⁰¹ Im Ergebnis ist das „Näheverhältnis“ zu unbestimmt, um eine überzeugende Erklärung für die Subordination der Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft zu liefern.

d) Zwischenergebnis

Der These von der Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung in einer auf die Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter reduzierten Form ist nach Ansicht der Verfasser nicht zu folgen. Voraussetzung dafür ist die wenig überzeugende Herleitung der Finanzierungsfolgenverantwortung aus „ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung“. Selbst wenn man die Finanzierungszuständigkeit im hier dargelegten Sinne als tragenden Grund für das neue Recht heranziehen würde, bliebe unklar, welche Kriterien im Einzelnen für das „besondere Näheverhältnis“ zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ausschlaggebend sind.

5. Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

a) Darstellung

Nach *Krolop* beruht das neue Recht nunmehr allein auf dem Gedanken der Risikobeteiligung.²⁰² Auf das Verhalten des einzelnen Gesellschafters oder gar ein Verschulden komme

¹⁹⁸ Vgl. oben § 2 A. III. Nr. 1).

¹⁹⁹ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1016.

²⁰⁰ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. III, §§ 32a/b a. F. Nachtrag MoMiG Rn. 7.

²⁰¹ *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1016.

²⁰² Auch *Schäfer*, ZInsO 2010, 1311, 1313 f. spricht sich dafür aus, dass das neue Recht der Gesellschafterdarlehen nunmehr auf einem einzelnen verbliebenen Aspekt der Finanzierungsfolgenverantwortung beruht, nämlich der Möglichkeit, mit Hilfe des Kreditkapitals die Insolvenzeröffnung hinauszuzögern und damit die Befriedigungschancen der Gesellschaftsgläubiger zu gefährden. Da jedes Darlehen diese Folge zeitige, komme es auch auf eine Finanzierungsentscheidung in der Krise nicht mehr an.

es zukünftig hingegen nicht mehr entscheidend an. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass das neue Recht losgelöst von einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters Geltung beansprucht. Durch die sanierungsbedingte Kreditfinanzierung komme es zu einer unangemessenen Verteilung von Chancen und Risiken zwischen den Gesellschaftern einerseits und den dritten Fremdkapitalgläubigern andererseits. Die sanierungsbedingte Fremdkapitalfinanzierung durch die Gesellschafter führe zu einem „*moral hazard*“, der allein durch die insolvenzrechtliche Sonderbehandlung ihrer Kreditforderungen verhindert werden könne.²⁰³

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

Krolop zieht daraus den Schluss, dass dem Kredit eines Nicht-Gesellschafters immer dann das Risiko einer Umqualifizierung innewohnt, wenn sich der Dritte an den unternehmerischen Chancen und Risiken der Gesellschaft beteiligt. Maßgeblich für die Erfassung sei, dass der Kapitalgeber insoweit eher im Lager der Gesellschafter stehe.²⁰⁴ Vor diesem Hintergrund will er sich im konkreten Einzelfall an die Voraussetzungen des Typusbegriffs „Mitunternehmerschaft“ nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG anlehnen, wobei zwingend eine Risikobeteiligung erforderlich sei.²⁰⁵ Für eine mitunternehmerschaftliche Stellung in diesem Sinne kommt es entscheidend auf „Unternehmerrisiko“ und „Unternehmerinitiative“ an.²⁰⁶

c) Stellungnahme

Nach Meinung des Verfassers bestehen gegen diesen Ansatz Bedenken. Die Begründung fügt sich weder in das Regelungsregime des neuen Rechts ein noch ist sie sachgerecht. Bereits im Eigenkapitalersatzrecht sah sich dieser Teilaspekt der Finanzierungsfolgenverantwortung berechtigter Kritik ausgesetzt.²⁰⁷

aa) Wortlautargument und Gesetzesbegründung

Die Beschränkung auf „Sanierungssituationen“ steht nicht nur im Widerspruch zum Wortlaut der Norm, sondern auch zur Gesetzesbegründung. Nach dieser soll das neue Recht unterschiedslos sämtliche Gesellschafterdarlehen erfassen. Außerhalb der von *Krolop* beschriebenen insolvenznahen Situation ist jedoch bereits die „Rettung des eingesetzten Kapitals“ weder möglich noch erforderlich, da es noch vollständig vorhanden ist. Auch von

²⁰³ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399 f.

²⁰⁴ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 401.

²⁰⁵ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 402.

²⁰⁶ Vgl. dazu nur *Bode*, in: Blümich, EStG, § 15 Rn. 349 ff.

²⁰⁷ Vgl. oben § 2 A. III. Nr. 3.

einer Insolvenzverzögerung zu Lasten dritter Fremdkapitalgeber kann außerhalb der Krise keine Rede sein.

bb) Widerspruch zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F.

Der Ansatz von *Krolop* steht im Widerspruch zur Wertung der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. Aus dieser zieht er selbst folgenden Schluss:

„Das wegen seiner insolvenzverschleppenden Nebenwirkungen eher argwöhnisch beäugte „Stehenlassen von Darlehen“ wird damit zu der vom Gesetz favorisierten Handlungsvariante.“²⁰⁸

Damit wird deutlich, dass das Hinauszögern der Insolvenzeröffnung zu Lasten der Drittgläubiger - als wesentlicher Aspekt der von *Krolop* vertretenen These - im Recht der Gesellschafterdarlehen keine Rolle mehr spielt.

cc) Abweichende Interessenlage seitens der Gesellschafter

Nicht selten kommt es vor, dass das durch den Gesellschafter eingegangene Kreditrisiko den (möglichen) Wert der Beteiligung weit übersteigt.²⁰⁹ Das ist beispielweise der Fall, wenn ein Gesellschafter bereits vor Eintritt der wirtschaftlichen Krise mit erheblichen Darlehen an der Gesellschaft beteiligt ist. In dieser Situation geht es dem Gesellschafter bei der Gewährung weiterer Kredite nicht um die Rettung seiner Eigenkapitalbeteiligung und die Erzielung eines entsprechenden Gewinns, sondern um die Rettung seines bereits eingesetzten Fremdkapitals. Er unterscheidet sich dann nicht von einem Drittgläubiger, der in der Krise weitere Darlehen gewährt, um seine bisherigen Kredite zu retten.²¹⁰

dd) Widersprüchliches Sanierungsprivileg

Nach Auffassung von *Krolop* passt zu der von ihm angeführten Begründung das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n. F. Wörtlich führt er aus:

²⁰⁸ *Krolop*, GmbHR 2009, 397.

²⁰⁹ So bereits zum alten Recht *Cahn*, AG 2005, 217, 219; *Koppensteiner*, AG 1998, 308, 314 mit weiteren Nachweisen.

²¹⁰ *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 100.

„Wenn ein Gläubiger sich erst anlässlich der Sanierung in erheblichem Umfang beteiligt, besteht nicht die beschriebene Situation, dass das Darlehen den Charakter eines Wetteinsatzes zur Rettung des bereits eingesetzten Risikokapitals hat“.²¹¹

Das mag vielleicht für zum Zeitpunkt des Anteilserwerbs bereits bestehende Kredite gelten. Das Sanierungsprivileg erfasst aber auch Darlehen, die erst anlässlich des Anteilserwerbs gewährt werden. Das hat zur Folge, dass der neue Gesellschafter, der selbst nicht einmal den auf seinen Anteil entfallenden Stammkapitalanteil aufgebracht und regelmäßig einen unter dem Nennwert liegenden Betrag für die Geschäftsanteile bezahlt hat, zum „Fremdkapitalpreis“ die Chance auf Wiederherstellung des von seinem Vorgänger investierten Stammkapitals und die Erzielung von zusätzlichem Gewinn erhält. In diesem Fall steht das Sanierungsprivileg erst recht im Widerspruch zu der Begründung von *Krolop*.

d) Zwischenergebnis

Sowohl der Wortlaut von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. als auch die Gesetzesbegründung sprechen gegen die von *Krolop* vertretene These. Eine Beschränkung auf Sanierungsfinanzierungen, wie *Krolop* sie beschreibt, sieht das Gesetz nicht vor. Dagegen spricht außerdem, dass die Pflicht zum Abzug von Krediten im Angesicht der Krise entfallen ist. Auch das Sanierungsprivileg unterstützt nicht die These von *Krolop*. Schließlich geht es den Gesellschaftern nicht stets darum, ihr bereits eingesetztes Stammkapital zu retten und weitere Gewinne zu erzielen.

6. Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

a) Darstellung

Das Recht der Gesellschafterdarlehen geht zu einem ganz überwiegenden Teil auf den Vorschlag von *Ulrich Huber* und *Mathias Habersack* zurück.²¹² Es erscheint daher naheliegend, dass der Gesetzgeber die von *Huber / Habersack* angeführte Begründung als Legitimationsgrundlage der neu geschaffenen gesetzlichen Regelungen verstanden wissen wollte. *Huber / Habersack* sehen nach dem ersatzlosen Wegfall des Krisenmerkmals das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung in seiner bisherigen Form der rechtsdogmatischen Grundlage beraubt. Sie stellen stattdessen als zentralen Grund für die Sonderbehandlung aller Gesellschafterdarlehen auf das Trennungsprinzip und dessen „missbräuchliche“ Ausnutzung durch die Gesellschafter ab. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für ihre Begründung

²¹¹ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399.

²¹² *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 ff.; *Huber/Habersack*, ZGR 2006 Sonderheft 17, 370, 390 ff.

dung ist die Beschränkung des subjektiven Anwendungsbereichs gemäß § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO n. F. Betroffen sind nur die Gesellschafter von Gesellschaften ohne eine natürliche Person als unmittelbar oder mittelbar persönlich haftenden Gesellschafter.

Nach Meinung von *Huber / Habersack* erfüllen im Fall der Darlehensfinanzierung durch die Gesellschafter die gläubigerschützenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften ihren Zweck nur unzureichend und bedürfen einer Ergänzung.²¹³ Haftet den Drittgläubigern nach Eintritt der Insolvenz einzig das Gesellschaftsvermögen, dann dürfe der unternehmerisch beteiligte Gesellschafter bei der Verteilung der Masse nicht mit den Drittgläubigern der Gesellschaft in Konkurrenz treten.²¹⁴ Ansonsten läge es in seinen Händen, die Risikoverteilung in der Insolvenz der Gesellschaft zu seinen Gunsten zu beeinflussen.²¹⁵ Je höher der Anteil des Darlehenskaptals und je niedriger der Anteil des Stammkapitals bei der Aufbringung des Gesellschaftsvermögens, desto besser stünde der Gesellschafter im Fall einer möglichen Insolvenz der Gesellschaft im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern.²¹⁶ Des Weiteren könne allein die vorrangige Haftung des Darlehns durch letzttrangige Befriedigung in der Insolvenz gewährleisten, dass die Gesellschafter zu Lebzeiten der Gesellschaft keine unverhältnismäßigen unternehmerischen Risiken eingingen. Die Privilegierung der Gesellschafter durch den Ausschluss der persönlichen Haftung sei folglich nur dann gerechtfertigt, wenn das Vermögen, mit dem die Gesellschafter die Gesellschaft tatsächlich ausgestattet haben, den Gläubigern in der Insolvenz der Gesellschaft ungeschmälert zur Verfügung steht. Die Gesellschafter müssten sich mindestens mit diesem der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung gestellten Vermögen am Risiko des von ihnen betriebenen Unternehmens beteiligen. Entscheidend sei nicht die formelle Ausgestaltung, sondern das „faktische“ Eigenkapital.²¹⁷

²¹³ *Huber*, in: FS Priester, 259, 275.

²¹⁴ *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2.

²¹⁵ Die von *Huber/Habersack* vertretene Ansicht ist der von *Krolop* nicht unähnlich. Beide Ansichten knüpfen an das Verhältnis von Chancen und Risiken an und lassen sich nicht trennscharf unterscheiden. Während *Huber / Habersack* die nicht zu akzeptierende Belastung der Drittgläubiger an der Schmälerung der Insolvenzmasse durch die Forderungen der Gesellschafter festmachen, kommt es nach *Krolop* zu einer solchen nur bei Fremdkapitalfinanzierungen im Rahmen von Sanierungssituationen und die dadurch bedingte Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

²¹⁶ *Huber*, Beilage ZIP 39/2010, 7, 14.

²¹⁷ *Huber/Habersack*, ZGR 2006 Sonderheft 17, 370, 375; *Huber*, Beilage ZIP 2010, 7, 14 führt in Fn. 53) als Beispiel dafür, was mit „Missbrauch“ gemeint ist, den Sachverhalt der Entscheidung BGHZ 151, 181 = ZIP 2002, 1578 an:

„Die KBV-GmbH hatte ein Stammkapital von 100000 DM. In dem zum 31.12.1995 aufgestellten Vermögensstatus betrug die verwertbaren Aktiva rund 1,6 Mio. DM, die Verbindlichkeiten gegenüber dritten Gläubigern rund 2,6 Mio. DM und die Verbindlichkeiten aus Gesellschafterdarlehen rund 2,9 Mio. DM. Der „Missbrauch“ besteht nicht darin, dass die Gesellschafter sich für ihre Geschäfte der Rechtsform der GmbH bedienen haben, und auch nicht darin, dass sie der GmbH Darle-

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

aa) Schlussfolgerungen von *Huber / Habersack*

Huber / Habersack sprechen sich dafür aus, das Prinzip der Haftungsbeschränkung als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung gesellschaftergleicher Dritter heranzuziehen. Die „Entmaterialisierung“ der Vorschriften über Gesellschafterdarlehen verlange nach einer strikten Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Kreditgeber, denen das Prinzip der Haftungsbeschränkung zu Gute kommt.²¹⁸ Bei der Erweiterung des subjektiven Anwendungsbereichs sei große Zurückhaltung geboten.²¹⁹

Habersack zieht daraus konkret den Schluss, dass für die Qualifizierung als gesellschaftergleicher Dritter eine der Beteiligung am Kapital vergleichbare Beteiligung am Vermögen der finanzierten Gesellschaft notwendig sei.²²⁰ Die Höhe der Beteiligung müsse dabei über der Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs liegen.²²¹ Hinzukommen müsse außerdem ein dem mitgliedschaftlichen Interesse vergleichbares Interesse an der Finanzierung der GmbH.²²² Dem Kriterium des beherrschenden Einflusses auf die Geschäftsführung und / oder die sonstigen Geschicke der Gesellschaft misst er hingegen keine Bedeutung mehr bei.²²³

Unklar ist, welche Schlussfolgerungen *Huber* aus der von ihm gleichermaßen vertretenen These hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. zieht. Allgemein verlangt er, dass der gesellschaftsfremde Dritte mit Hilfe der GmbH „unternehmerisch“ tätig werde.²²⁴ Das spricht dafür, dass er hinsichtlich der Anforderun-

hen in dieser Höhe gewährt haben, sondern darin, dass sie in der Insolvenz versuchen, die Darlehen gleichrangig mit den Drittgläubigern zur Konkurstabelle anzumelden und damit mehr als die Hälfte des Werts des Gesellschaftsvermögens den Drittgläubigern zu entziehen, die auf diese Weise statt auf eine Quote von rund 60% nur auf eine Quote zwischen 25 und 30% hoffen können. Das will das jetzt geltende Recht von vornherein verhindern, ohne in moralisierende Erwägungen darüber einzutreten, ob die Gesellschafter als „ordentliche Kaufleute“ verpflichtet gewesen wären, die 2,9 Mio. DM statt als Darlehen als Einlage zur Verfügung zu stellen.“

²¹⁸ *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2147.

²¹⁹ *Huber*, in: FS Priester, 259, 279; *Huber/Habersack*, in: Lutter, ZGR 2006 Sonderheft 17, 370, 399.

²²⁰ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *ders.*, ZIP 2007, 2145, 2148; *ders.*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.23; kritisch *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 42.

²²¹ *Habersack*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.23.

²²² *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2147; *ders.*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.23.

²²³ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2389.

²²⁴ *Huber*, in: FS Priester, 259, 280. Ähnlich hält es *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, Anhang nach § 30 Rn. 36 für entscheidend, dass der Dritte in der Gesellschaft mit seinem Einfluss unternehmerisch tätig werde und nicht lediglich seine Kreditgeberinteressen absichere.

gen an die Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft mit *Habersack* auf einer Linie liegt. Ob er für einen „Missbrauch der Haftungsbeschränkung“ zusätzlich ein bestimmtes Maß an Einfluss des Dritten auf die Geschäftsführung oder die sonstigen Geschicke der Gesellschaft für notwendig erachtet, lässt sich seinen Ausführungen nicht entnehmen.

bb) BGH, Urteil vom 21. Februar 2013

Der BGH befasste sich in seinem Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR32/12 ausdrücklich mit der Theorie von *Huber / Habersack* und ihrer Bedeutung für den Adressatenkreis. Nach Ansicht des BGH wäre eine gegenüber der bisherigen Rechtslage einschränkende Auslegung jedenfalls nicht mit der tatbestandlichen Verschärfung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. vereinbar. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich diese tatbestandliche Verschärfung, die ihre Grundlage in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. findet, am überzeugendsten mit der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung erklären lässt. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum eine Verschärfung des Anfechtungsrechts eine Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs ausschließen sollte. Des Weiteren ist sowohl dem Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes als auch auf den Willen des Gesetzgebers zu widersprechen. Nach Ansicht des Verfassers spricht keiner der beiden Punkte zwingend gegen eine Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs.²²⁵

c) Stellungnahme

Das neue Regelungsregime lässt sich mit Hilfe der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung nachvollziehbar erklären. Dieser Ansatz kann sich zudem auf die historische Entwicklung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen berufen. Allein der sachliche Anwendungsbereich widerspricht der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung.

aa) Vereinbarkeit mit dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers

Die Theorie von *Huber / Habersack* ist nicht auf einen Rückgriff auf insolvenznahe Szenarien angewiesen. Sie steht im Einklang mit dem Wortlaut des Grundtatbestandes in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Künstlich anmutende Konstruktionen, wie bspw. der Rückgriff auf eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, sind nicht erforderlich. Der Ansatz entspricht des Weiteren dem Willen des Gesetzgebers, die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen zukünftig unabhängig von ihrem eigenkapitalersetzenden Charakter anzuordnen.

bb) Historische Entwicklung

²²⁵ Vgl. oben B. I und III.

Die Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung kann sich zudem auf die historische Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts stützen. Bereits das Reichsgericht stellte in seinen Urteilen zur Begründung der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen auf das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Gesellschafter ab.²²⁶ Dahinter stand die Überlegung, dass die Gläubiger der GmbH allein auf das Vermögen der Gesellschaft als Haftungsmasse Zugriff haben. Dieses Vermögen sollte ihnen daher in der Insolvenz vollumfänglich zur Verfügung stehen. Den Gesellschaftern hingegen sollte die allein „formalrechtlich“ bestehende Möglichkeit abgeschnitten werden, Gläubiger ihres eigenen Unternehmens zu werden. Der Zeitpunkt der Kapitalzufuhr spielte bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts keine Rolle. Die gleichen Überlegungen liegen der These von *Huber / Habersack* zugrunde.

Dem Einwand, schon die Sonderbehandlung von Darlehen, die in der Krise an Stelle von Kapitalerhöhungen gewährt wurden, hätte ihre Grundlage nicht in dem Gedanken der Missbrauchssanktion gefunden und dies könnte dann erst recht nicht gelten, wenn alle Gesellschafterkredite nachteilig behandelt würden, ist zu widersprechen.²²⁷ Das Eigenkapitalersatzrecht beruhte auf verschiedenen Erwägungen, denen allen der Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens der Gesellschafter anhaftete. Des Weiteren liegt nach der These von *Huber / Habersack* das missbräuchliche Verhalten gerade nicht in der Gewährung des Kredits, sondern in der Durchsetzung der Darlehensforderung in der Insolvenz der Gesellschaft. Erst dadurch wird das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Drittgläubiger verringert.

cc) Vereinbarkeit mit § 135 Abs. 3 InsO n. F.

Die These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung steht im Einklang mit der neuen gesetzlichen Vorschrift zur insolvenzrechtlichen Behandlung von Gebrauchsüberlassungen durch die Gesellschafter gemäß § 135 Abs. 3 InsO n. F.²²⁸ Nach der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung soll den Drittgläubigern das gesamte Vermögen der Gesellschaft als haftende Masse zur Verfügung stehen. Eine weitergehende Unterdifferenzierung der Gesellschafterbeiträge in haftendes Eigenkapital und nicht haftendes Fremdkapital wird ausgeschlossen. Die zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassenen Gegenstän-

²²⁶ Vgl. oben § 2 A. I. Nr. 1).

²²⁷ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. III, Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a. F. Rn. 8; *ders.*, GmbHR 2009, 1009, 1013 f.

²²⁸ Vgl. oben § 2 B. II.

de werden jedoch gar nicht erst Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Mangels Über-eignung fallen sie nicht in die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO). Ihr Abzug führt dem-nach nicht zu einer Schmälerung der Insolvenzquote der Drittgläubiger. Während es sich bei Kreditforderungen um die Rückforderung von früher erbrachten Leistungen handelt, sind Gebrauchsüberlassungen fortgesetzte Leistungen an die Insolvenzmasse. Eine Nach-schusspflicht der Gesellschafter ergibt sich aus der Theorie vom Missbrauch der Haftungs-beschränkung nicht.²²⁹ Das entspricht der Auffassung des Gesetzgebers, nach dem der Ge-sellschafter nicht zu Sonderopfern verpflichtet sei.²³⁰

dd) Keine Erfassung der Kredite von Kommanditisten

Mit der These von *Huber / Habersack* lässt sich des Weiteren nachvollziehbar erklären, warum das Darlehen des Kommanditisten einer gesetzestypischen Kommanditgesellschaft vom neuen Recht nicht erfasst wird.²³¹ Der Kommanditist haftet gemäß § 171 Abs. 1 HS. 2 HGB über die Einlage hinaus nicht mit seinem privaten Vermögen. Gewährt er der Kom-manditgesellschaft einen Kredit, dann führt der Rückzahlungsanspruch im Fall der Insol-venz zu einer Schmälerung des Gesellschaftsvermögens. Trotzdem handelt es sich nicht um einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung in der von *Huber / Habersack* beschrie-benen Art und Weise. Voraussetzung hierfür ist die Beschränkung der haftenden Masse auf einen bestimmten Betrag. Bei der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft haftet neben dem Gesellschaftsvermögen der persönlich haftende Gesellschafter unbeschränkt mit sei-nem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

ee) Keine fehlende „innere Plausibilität“

In der Literatur wird zudem auf die fehlende „innere Plausibilität“ des neuen Rechts als Missbrauchssanktion hingewiesen. Einem Missbrauch der Haftungsbeschränkung müsse mit deren Nicht-Anerkennung, also mit Durchgriffsüberlegungen begegnet werden, nicht mit der Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen. Nur darum aber gehe es im Recht der Gesellschafterdarlehen.²³² Dem ist entgegenzuhalten, dass es dem Gesetzgeber frei-steht, wie er auf spezifische Gläubigerschutzdefizite reagiert. Dabei muss er allein die von der Verfassung gezogenen Grenzen beachten. Darüber hinaus trägt die Kritik dem Miss-brauchsgedanken inhaltlich nicht hinreichend Rechnung. Es geht darum, dass den Dritt-

²²⁹ So pointiert *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 5.

²³⁰ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT – Drucks. 16/9737, S. 59.

²³¹ Nach *Pentz*, in: FS Hüffer, 747, 759 sei ihr Ausschluss mit der Theorie vom Missbrauch der Haftungs-beschränkung nicht zu erklären.

²³² *K. Schmidt*, in: Scholz., GmbHG, Bd. III, Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a. F. Rn. 8.; *ders.*, GmbHR 2009, 1009, 1013 f.

gläubigern das der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung gestellte Kapital in der Insolvenz unbeschränkt als Haftungsmasse zur Verfügung steht.²³³ Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Gläubiger der Gesellschaft durch eine Durchgriffshaftung besser gestellt werden sollten.

ff) Widersprüchliche Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs

Der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung als Legitimationsgrundlage des Rechts der Gesellschafterdarlehen steht allerdings entgegen, dass der sachliche Anwendungsbereich auf Ansprüche aus Darlehen und diesen wirtschaftlich vergleichbaren Leistungen beschränkt ist. *Huber / Habersack* führten zum sachlichen Anwendungsbereich aus:²³⁴

„Der Grundgedanke der insolvenzrechtlichen Rückstufung besteht, wie dargelegt, darin, dass zum Ausgleich für die Haftungsbeschränkung das Vermögen der Gesellschaft in vollem Umfang zur Befriedigung der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger dienen soll, ehe die Gesellschafter befriedigt werden, (...). Dieser Grundgedanke trifft auf alle Forderungen der Gesellschafter zu, deren Befriedigung die Insolvenzmasse zum Nachteil der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger verkürzen würde. (...) Gleichgültig ist (...), ob es sich um eine Forderung aus einem Darlehen bzw. aus einem Geschäft handelt, das der Darlehensgewährung wirtschaftlich entspricht. Es geht nur darum, dass die Gesellschafter, die ihr unternehmerisches Risiko zulässigerweise auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, bei der Verteilung dieses Vermögens nicht mit den außenstehenden Gläubigern konkurrieren sollen – zum Ausgleich dafür, dass sie die persönliche Haftung für die Folgen ihres unternehmerischen Handelns ausgeschlossen haben.(...) Nach dem hier unterbreiteten Vorschlag sollen alle Forderungen, ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund, der Rückstufung und der damit verbundenen besonderen Anfechtungsmöglichkeit unterliegen.“ (Unterstreichungen durch den Verfasser)

Das Prinzip vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung verlangt demnach, dass die Sonderbehandlung nicht bei Forderungen aus Krediten und diesen wirtschaftlich entsprechenden Forderungen halt macht. Vielmehr gebietet sie eigentlich die Erfassung sämtlicher Forderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, deren Geltendmachung eine Ver-

²³³ *Bitter*, ZIP 2010, 1, 9.

²³⁴ *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 5.

ringerung der Insolvenzmasse zur Folge hätte, wie bspw. Forderungen aus Kaufvertrag. Nach dem eindeutigen Wortlaut sieht die neue gesetzliche Regelung eine derart weitreichende Erstreckung des sachlichen Anwendungsbereichs aber nicht vor. Die Beschränkung auf Darlehen und wirtschaftlich vergleichbare Forderungen dürfte letztlich mit rechtspolitischen Erwägungen zu erklären sein. Die nachrangige Befriedigung sämtlicher Gesellschafterforderungen hätte die GmbH sowie die weiteren betroffenen Gesellschaftsformen in höchstem Maße unattraktiv gemacht und sie im Wettstreit mit ausländischen Rechtsformen zurückgeworfen.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis sprechen gute Gründe dafür, dass der Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch die Gesellschafter den tragenden Grund für das neue Recht der Gesellschafterdarlehen darstellt. Insbesondere die Unabhängigkeit dieser Theorie von insolvenznahen Szenarien im Zeitpunkt der Kreditgewährung wird dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers am ehesten gerecht. Für diese Legitimationsgrundlage spricht des Weiteren die historische Entwicklung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen. Der Hinweis, dass die Missbrauchssanktion im Eigenkapitalersatzrecht keine Rolle gespielt habe, greift deshalb genauso zu kurz, wie die vermeintliche Unvereinbarkeit mit der Nichterfassung der Kredite von Kommanditisten gesetzestypischer Kommanditgesellschaften. Darüber hinaus entspricht die These von *Huber / Habersack* dem in § 135 Abs. 3 InsO n. F. zum Ausdruck gebrachten Gedanken, dass von Gesellschaftern zum Gebrauch überlassene Gegenstände nicht mehr dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen sollen. Die Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung ist allein mit der wohl rechtspolitisch motivierten Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des neuen Rechts nicht zu vereinbaren.

7. Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

a) Darstellung

Servatius vertritt die These, dass der Grund für die undifferenzierte Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen in der Gesellschaftsinsolvenz in einer vom Gesetzgeber missbilligten „Doppelrolle“ des Gesellschafters zu sehen sei.²³⁵ Das neue Recht habe die Sanktionierung eines widersprüchlichen Verhaltens der Gesellschafter zum Inhalt:²³⁶ Steuerung des

²³⁵ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 440 f., 451, 483, 494 f.

²³⁶ Ausdrücklich weist er darauf hin, dass der Widerspruch nicht aus der Person des Kapitalgebers selbst heraus begründet werden könne. Diesem könne es durchaus darum gehen, zunächst unternehmerischen Einfluss auszuüben und trotzdem wie ein Fremdkapitalgeber behandelt zu werden. Der Widerspruch folge aus der gesetzlichen Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die diese Handlungsweisen auf der Grundlage

Insolvenzrisikos einerseits, Innehabung einer Stellung als Insolvenzgläubiger andererseits. Diese Doppelrolle des Gesellschafters sei mit der Befriedigungsfunktion des Insolvenzverfahrens gemäß § 1 Satz 1 InsO nicht zu vereinbaren.²³⁷

Das finanzierte Unternehmen müsse gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Einschränkung seiner eigenverantwortlichen Schuldentilgung und die hiermit einhergehende sofortige Fälligkeit aller Finanzierungsbeiträge deswegen hinnehmen, weil es bis zur Insolvenzreife die alleinige Herrschaftsmacht hatte, diese Beträge zu verwalten, und damit das Insolvenzrisiko allein steuern konnte. Gelingt ihm dies nicht, werde mit Insolvenzeröffnung ex nunc allen Gläubigern zugebilligt, sich hinsichtlich ihrer Ansprüche nicht weiter am unternehmerischen Risiko beteiligen zu müssen. Im Umkehrschluss hierzu sei es nur konsequent, dass die mit Herrschaftsmacht über das Unternehmen versehenen Gesellschafter ihre Forderungen nicht als Insolvenzgläubiger geltend machen könnten.²³⁸

Als gesetzlichen Anknüpfungspunkt für seine These hat *Servatius* das Kleinbeteiligtenprivileg in § 39 Abs. 5 InsO n. F. ausgemacht. Nach seiner Auffassung sei die dort normierte Schwelle Ausdruck einer typologischen Betrachtung des Gesetzgebers: Nur eine Beteiligung von über 10% am Gesellschaftskapital soll ein schädliches Maß an gesellschaftsrechtlich bedingter Einflussnahme auf das Insolvenzrisiko der Gesellschaft vermitteln.²³⁹ Dieser Ansatz entspreche auch der von der betriebswirtschaftlichen Finanzierungstheorie anerkannten „Ingangsetzungsfunktion“ des Eigenkapitals.²⁴⁰ Die Gesellschafter übten die ihnen zustehende Herrschaftsmacht über das Unternehmen aus, um ihre Kapitalbeteiligung zu sichern und eine Rendite zu erzielen. Sie profitierten davon, dass sich andere an der Unternehmensfinanzierung beteiligten, ohne solche Ziele zu verfolgen, sondern vielmehr auf die sachgerechte Zielverfolgung durch die Gesellschafter vertrauen würden.²⁴¹ Der mit Herrschaftsmacht versehene Gesellschafter verhalte sich widersprüchlich, weil er hinsichtlich des investierten Fremdkapitals die Rolle derjenigen einnehmen wolle, die auf die

der Protestatio - Formel zwingend als nicht miteinander vereinbar ansehe, *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 480.

²³⁷ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 488.

²³⁸ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 488.

²³⁹ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 534 ff.

²⁴⁰ Gemeint ist damit die Vertrauen schaffende Wirkung für dritte Fremdkapitalgeber in Hinblick auf die Sicherheit ihrer Kapitalanlage („Glaubwürdigkeitssignal“), vgl. *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 55, 143 ff.

²⁴¹ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 143 ff.

sachgerechte Entscheidung anderer vertrauten, nämlich auf die mit Herrschaftsmacht versehenen Personen.²⁴²

b) Bedeutung für den Adressatenkreis

Vor diesem dogmatischen Hintergrund soll es für die Einbeziehung Dritter in das Recht der Gesellschafterdarlehen darauf ankommen, ob diese bei wertender Betrachtung in einer Weise in den unternehmensinternen Willensbildungsprozess einbezogen sind, dass die „non-adjusting creditors“ in Hinblick auf die Steuerung des Insolvenzrisikos auch auf deren verantwortungsbewusstes Handeln vertrauen. Das sei nicht erst dann der Fall, wenn der Geschäftsinhaber zum bloßen Strohmännchen erniedrigt werde. Eine Einbeziehung würde vielmehr nur dann ausscheiden, wenn der Fremdkapitalgeber keinen, nur vereinzelt oder nur unbeachtlichen Einfluss ausübe.²⁴³ Unerheblich sei zudem, ob der Einfluss rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist:

„Ausreichend ist vielmehr eine faktische Beeinflussung der Unternehmensführung, unabhängig davon, ob sie sich auf die „klassischen“, anhand der Organisationsstruktur des Rechtsträgers definierten Geschäftsführungsangelegenheiten i.S.v. §§ 35 ff. GmbHG, §§ 76 ff. AktG bezieht oder auf die Grundlagenentscheidungen bzw. Strukturänderungen gem. §§ 119, 179a AktG.“²⁴⁴

c) Stellungnahme

Insbesondere die Stellung des neuen Regelungsregimes in der Insolvenzordnung und der allgemeine Gedanke von Herrschaft und Haftung sprechen für die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter. Bei genauer Betrachtung bestehen aber nicht unerhebliche Widersprüche zu verschiedenen gesetzlichen Regelungen. Diese Widersprüche legen die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber den Einfluss der Gesellschafter auf das Insolvenzrisiko nicht als tragenden Grund für das Recht der Gesellschafterdarlehen betrachtete.

²⁴² Ersterer werden auch als sog. „non-adjusting creditors“ bezeichnet. Gemeint sind damit Gläubiger, denen das Aushandeln von schuldrechtlichen Kontroll- und Herrschaftsrechten sowie ihre Überwachung und Anpassung an geänderte Umstände zu kostspielig oder gar unmöglich ist. Die Rede ist bspw. von kleinen Lieferanten und Arbeitnehmern. Das Gegenstück sind die sog. „adjusting creditors“, also solche, die sich einer veränderten Situation anpassen können, vgl. *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 84 mit weiteren Nachweisen, S. 90 f.

²⁴³ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 539.

²⁴⁴ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 527.

aa) Übereinstimmung mit der Stellung in der InsO

Für den Ansatz von *Servatius* spricht die systematische Stellung der neuen Regelungen in der Insolvenzordnung. Ausgangspunkt seiner Argumentation ist der Sinn und Zweck des Insolvenzrechts in Gestalt der Befriedigungsfunktion. Allerdings darf die Bedeutung der „insolvenzrechtlichen“ Lösung nicht überbewertet werden. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Verortung der neuen Regelungen im Insolvenzrecht insbesondere das Ziel, den subjektiven Anwendungsbereich zu erweitern. Durch die Verschiebung in die Insolvenzordnung ist es möglich Auslandsgesellschaften zu erfassen, deren Insolvenzverfahren nach der InsO abgewickelt werden.²⁴⁵

bb) Übereinstimmung mit dem Sanierungsprivileg

Mit dem Modell von *Servatius* lässt sich zudem das Sanierungsprivileg widerspruchsfrei erklären. Erwirbt ein Gläubiger erst im Zeitpunkt drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile an der Gesellschaft, dann war er bis zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage, Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. Es lag nicht in seinen Händen, die Aufrechterhaltung der Liquidität bzw. den Nichteintritt der Überschuldung sicherzustellen. Schutzwürdiges Vertrauen Dritter in die sachgerechte Aufgabenerfüllung durch ihn bestand bis zum Zeitpunkt des Anteilserwerbs nicht. Dem neuen Gesellschafter ist nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens zu machen. Allerdings spricht die unveränderte Übernahme des Sanierungsprivilegs aus dem Eigenkapitalersatzrecht dafür, dass es sich bei dieser „Übereinstimmung“ eher um einen Zufall, als eine vom Gesetzgeber gewollte dogmatische Ausprägung des neuen Rechts handelt. Dieser Aspekt ist demnach von untergeordneter Bedeutung.

cc) Widersprüchlicher Wortlaut

Die These von *Servatius* widerspricht jedoch dem Wortlaut von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 1. Alt. InsO n. F. Danach werden alle Gesellschafterkredite von der nachteiligen Sonderbehandlung erfasst. Das bedeutet, dass auch die Darlehen von Inhabern von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gemäß §§ 139 ff. AktG sowie von GmbH-Gesellschaftern, deren Stimmrechte statutarisch ausgeschlossen sind, der nachrangigen Befriedigung unterfallen. Gemäß § 140 Abs. 1 AktG gewährt die stimmrechtslose Vorzugsaktie ihrem Inhaber kein Stimmrecht in der Hauptversammlung. Im Gegenzug ist sie gemäß § 139 Abs. 1 AktG mit einem nachzuzahlenden Vorzug bei der Verteilung des Gewinns ausgestattet. Abgesehen von

²⁴⁵ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 57.

dem Stimmrecht stehen dem Aktionär zwar alle Verwaltungs- und Vermögensrechte zu,²⁴⁶ jedoch geben diese dem Vorzugsaktionär keine Instrumente an die Hand, um Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, und damit auf ihr Insolvenzrisiko, nehmen zu können. Die einzige Möglichkeit dieser Aktionäre, faktisch Einfluss in der Gesellschaft auszuüben, ist das Rederecht in der Hauptversammlung. Dies allein kann aber nicht ausschlaggebend sein, da es auch denjenigen Gesellschaftern zusteht, die dem Kleinbeteiligtenprivileg unterfallen. Es besteht unabhängig vom Umfang der Beteiligung am Grundkapital.²⁴⁷ Ähnliches gilt auch für die GmbH-Gesellschafter, deren Stimmrechte durch die Satzung ausgeschlossen sind.²⁴⁸ Sie haben nicht die Möglichkeit, im hier beschriebenen Sinne Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen.

dd) Unvereinbarkeit mit gesellschaftsrechtlicher Kompetenzverteilung

Wenig überzeugend ist zudem das Anknüpfen an die gesetzliche Regelung des Kleinbeteiligtenprivilegs in § 39 Abs. 5 InsO n. F. Bereits die unveränderte Übernahme aus dem Eigenkapitalersatzrecht in das neue Rechtsregime ist Indiz dafür, dass es im neuen Recht nicht Ausdruck neuer teleologischer Erwägungen des Gesetzgebers ist.²⁴⁹ Selbst wenn dies anders sein sollte, stehen den von *Servatius* gezogenen Schlussfolgerungen erhebliche Bedenken entgegen. Die einheitliche Anwendung der 10%-Schwelle auf die Gesellschafter aller Kapitalgesellschaftstypen würde in Widerspruch zu deren verfassungsprägenden Kompetenzverteilungen stehen und eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bedeuten. Auch die Ausführungen in der Regierungsbegründung zur Übernahme des Kleinbeteiligtenprivilegs in das neue Recht sprechen nicht für das von *Servatius* vertretene Verständnis der Ausnahmevorschrift:

*„Für eine generelle Differenzierung zwischen GmbH und Aktiengesellschaft ist ein Grund nicht ersichtlich. Dies gilt allemal für eine unterschiedliche Behandlung von GmbH und geschlossener, kleiner Aktiengesellschaft.“*²⁵⁰

²⁴⁶ Hüffer, AktG, § 140 Rn. 2; Gregor Roth, in: Heidel, AktG, § 140 Rn. 2 f.; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, Bd. I, § 140 Rn. 3 ff.; Schröer, in: MüKo zum AktG, Bd. 3, § 140 Rn. 2.

²⁴⁷ Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, Bd. I, § 118 Rn. 15, 25 und § 131 Rn. 66 f.; Kubis, in: MüKo zum AktG, Bd. 3, § 118 Rn. 38 f.

²⁴⁸ Walter G. Paefgen, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, § 37 Rn. 18; Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, Bd. II, § 37 Rn. 30.

²⁴⁹ Vgl. zur Bedeutung des Kleinbeteiligtenprivilegs im Eigenkapitalersatzrecht oben § 2 A. III. Nr. 7.

²⁵⁰ Begründung Regierungsentwurf MoMiG, BT – Drucks. 16/6140, S. 57.

Wäre der Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft der maßgebliche Grund für das Kleinbeteiligtenprivileg, dann hätte der Gesetzgeber nicht diese Formulierung verwendet.

Bei der Aktiengesellschaft ist der Vorstand das originäre Leitungs- und Geschäftsführungsorgan. Der Vorstand allein bestimmt die Strategie des Unternehmens und legt fest, welche Geschäfte durchgeführt werden. Die Aktionäre können nur durch die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder mittelbar Einfluss auf den Vorstand nehmen: Der Aufsichtsrat bestellt und überwacht den Vorstand. Im Übrigen sind die Aktionäre allein auf Verlangen des Vorstandes zur Entscheidung über Angelegenheiten der Geschäftsführung berufen. Daneben steht ihnen die Entscheidungskompetenz über die in § 119 Abs. 1 AktG normierten Grundlagengeschäfte zu. Originäres Geschäftsführungsorgan der GmbH ist hingegen die Gesellschafterversammlung.²⁵¹ Sie ist grundsätzlich berechtigt, dem Geschäftsführer in allen Angelegenheiten der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen.

Im Lichte dieser grundlegenden Unterscheidung in der Verfassungskonzeption von Aktiengesellschaft einerseits und GmbH andererseits, dürfte eine Einordnung der 10%-Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs als pauschale Regelung im Sinne der These von *Servatius* kaum möglich sein. Selbst der vom Kleinbeteiligtenprivileg erfasste GmbH-Gesellschafter kann bei Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung, gerade auch im Hinblick auf Geschäftsführungsmaßnahmen, mit seinem Anteil den entscheidenden Unterschied ausmachen. Zudem hat die personalistische Verfassung der GmbH regelmäßig zur Folge, dass ihre Gesellschafter - unabhängig von der Höhe der Beteiligung - auch faktisch nicht unerheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen können. Im Gegensatz dazu besteht für den Aktionär nicht einmal dann die Möglichkeit seinen Willen in die Geschäftsführung einfließen zu lassen, wenn er einen Anteil jenseits der Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs hält. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die sogenannten „Grundlagenentscheidungen“, auf die Aktionäre wie GmbH-Gesellschafter gleichermaßen Einfluss haben, in den seltensten Fällen unmittelbaren Einfluss auf das Insolvenzrisiko der Gesellschaft nehmen. Durch diese werden nur die Voraussetzungen für die Gesellschaft geschaffen, um am wirtschaftlichen Verkehr teilzunehmen. Zur Umsetzung bedarf es weitergehender Geschäftsführungsmaßnahmen. Erst diese legen unmittelbar die Höhe des wirtschaftlichen Risikos fest, das die Gesellschaft eingeht. Dieser grundlegende Unter-

²⁵¹ Vgl. zur Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis in der GmbH statt vieler *Uwe H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, Bd. II, § 37 Rn. 4 ff.

schied in der Kompetenzverteilung zwischen Aktionären und GmbH-Gesellschaftern kann nicht dadurch umgangen werden, dass die 10%-Grenze des § 39 Abs. 5 InsO n. F. als Pauschalregelung eingestuft wird.

Auf den ersten Blick lässt sich gegen diesen Befund die ausdrückliche Rückausnahme für geschäftsführende Gesellschafter anführen. Diese könnte darauf hindeuten, dass die Geschäftsführungsbefugnis - und damit eben doch der Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft - der Grund für die nachteilige Behandlung des Gesellschafterdarlehens ist. Bei genauer Betrachtung wird aber deutlich, dass die Rückausnahme selbst im Widerspruch zum übrigen Regelungsgehalt der Vorschrift steht und daher nicht als Argument für die Theorie von *Servatius* herangezogen werden kann. Die 10%-Schwelle einerseits und die geschäftsführende Position andererseits - sei es als GmbH-Geschäftsführer oder als Vorstand - sind in Hinblick auf das Maß an Einfluss auf den gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess nicht vergleichbar. Das gilt insbesondere für Aktionäre, die so gut wie gar keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nehmen können. Es ist nicht zu erklären, warum ein Aktionär, der in Höhe von 11% am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt ist, die gleiche Behandlung erfahren sollte, wie ein Gesellschafter, der Mitglied des Vorstands ist. Letztlich bestätigt dieser Widerspruch innerhalb der Ausnahmevorschrift die hier vertretene Auffassung, dass das Kleinbeteiligtenprivileg sowohl im alten wie auch im neuen Recht allein Ausdruck rechtspolitischer Zweckmäßigkeitüberlegungen ist.

ee) Sachwidrige Erstreckung auf Fremdkapitalgläubiger

Gegen die These von *Servatius* spricht des Weiteren die daraus folgende, an späterer Stelle näher zu erläuternde,²⁵² Möglichkeit der Erstreckung des neuen Rechts auf reine Fremdkapitalgläubiger mit besonderen (schuldrechtlichen) Kontroll- und Herrschaftsrechten. Zu Recht wird dagegen eingewandt, dass die Gefahr der Einflussnahme durch diese Gläubiger für die übrigen Gläubiger wesentlich geringer sei, als durch die an Gewinn und Verlust beteiligten Gesellschafter.²⁵³ Dahinter steht der Gedanke der Interessenidentität aller Fremdkapitalgläubiger.²⁵⁴ Dem ist zuzustimmen, da übergeordnetes Ziel aller Fremdkapitalgläubiger der risikoarme Unternehmensbetrieb und die sichere Bedienung der Tilgungs- und Zinsraten durch die Gesellschaft ist. Potentielle Kontroll- und Einflussrechte ändern

²⁵² Vgl. unten § 4 C. II. Nr. 6.

²⁵³ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 400 mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁴ Dazu *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 112 ff. mit weiteren Nachweisen.

dieses primäre Interesse nicht.²⁵⁵ Wenn aber den übrigen Gläubigern keine Gefahr droht, dann gibt es keinen Grund, das Darlehen erst an letzter Rangstelle zu befriedigen.

d) Zwischenergebnis

Für die These von *Servatius* spricht, dass sie der systematischen Verankerung der neuen gesetzlichen Vorschriften in der Insolvenzordnung Rechnung trägt. Im Ergebnis bestehen jedoch erhebliche Bedenken gegen dieses Erklärungsmodell. Nach dem Wortlaut erfasst § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. die Kredite aller Gesellschafter, auch von Inhabern stimmrechtsloser Vorzugsaktien sowie GmbH-Gesellschaftern, deren Stimmrechte statutarisch eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen sind. Aus dem Kleinbeteiligtenprivileg dürfte sich kein anderes Ergebnis ableiten lassen. Gute Gründe sprechen dafür, dass das Kleinbeteiligtenprivileg allein Ausdruck von Zweckmäßigkeitserwägungen ist.

C. Ergebnis

Weder der Wortlaut noch die systematische Stellung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. enthalten einen Hinweis auf die Konkretisierung des personellen Anwendungsbereichs über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus. Aus der Regierungsbegründung zum MoMiG ergibt sich lediglich, dass die Kredite von gesellschaftsfremden Dritten grundsätzlich vom Tatbestand erfasst sein können. Ein eindeutiger Hinweis, dass der personelle Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts unverändert fortgelten soll, ergibt sich aus der Regierungsbegründung hingegen nicht.

Entscheidende Bedeutung bei der Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs kommt dem Sinn und Zweck der neuen insolvenzrechtlichen Regelungen zu. In der Rechtsprechung und der Literatur werden ganz unterschiedliche Thesen vertreten. Bei genauerer Betrachtung ist festzustellen, dass keine der Thesen mit dem neuen Recht vollständig übereinstimmt und dieses widerspruchsfrei erklärt. Gute Gründe sprechen dafür, dass dem neuen Recht ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch die Gesellschafter zugrunde liegt. Die verschiedenen Erklärungsversuche führen zu teilweise erheblichen Abweichungen hinsichtlich des Adressatenkreises über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus.

Für die von *Huber / Habersack* vertretene These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung spricht, neben der Übereinstimmung mit der Argumentation des Reichsgerichts, ins-

²⁵⁵ Zur abweichenden Ansicht von *Servatius* vergleiche ausführlich: Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 496 ff.

besondere ihre Übereinstimmung mit §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 und Abs. 3 InsO n. F. sowie dem Willen des Gesetzgebers. Die These von *Huber / Habersack* soll tendenziell eine Restriktion des Adressatenkreises zur Folge haben. Voraussetzung für die Erfassung der Kredite von Nicht-Gesellschaftern ist nach Ansicht von *Huber / Habersack* eine gesellschaftergleiche Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft. Die dagegen vom BGH in seinem Urteil vom 21. Februar 2013 vorgebrachten Argumente vermögen nach Ansicht der Verfassers nicht zu überzeugen.

Gegen die vom BGH und Teilen der Literatur vertretene These der Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung bestehen erhebliche Bedenken. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich ein entsprechender Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen. Des Weiteren impliziert weder die Kreditfinanzierung durch einen Gesellschafter das Vorliegen einer wirtschaftlichen Krise, noch bedarf es einer entsprechenden verfassungskonformen Auslegung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Die Privilegierungstatbestände beruhen des Weiteren allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Auch die von *Pentz* vertretene These, nachdem zukünftig die Kreditgewährung im Zeitpunkt der Insolvenzreife der Gesellschaft maßgeblich für die Sonderbehandlung sei, hält einer näheren Untersuchung nicht stand. Die auf ein Jahr begrenzte Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. beruht ausschließlich auf der fragwürdigen Nähe der Rückzahlung zur Insolvenz. Weder § 135 Abs. 3 InsO n. F. noch § 136 Abs. 2 InsO sprechen für ein anderes Ergebnis.

Gegen die von *Krolop* vertretene Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken spricht die Begrenzung auf Sanierungssituationen. Für diese zeitliche Einschränkung finden sich weder Anhaltspunkte im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung. Eine Erweiterung des Adressatenkreises auf Nicht-Gesellschafter kommt auf Grundlage dieser These stets in Betracht, wenn diese „mitunternehmerisch“, insbesondere mit Risikokapital, an der Gesellschaft beteiligt sind.

K. Schmidt geht davon aus, dass dem neuen Recht eine auf die „Finanzierungszuständigkeit“ reduzierte Form der Finanzierungsfolgenverantwortung zugrunde liegt. Bereits der Herleitung der Finanzierungsfolgenverantwortung aus „ungeschriebenen Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung“ standen nach hier vertretener Ansicht Bedenken entgegen.

Schließlich sprechen gute Gründe gegen die von *Servatius* vertretene Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter. Nach dem Wortlaut von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. sind sämtlicher Gesellschafterdarlehen erfasst. Eine Ausnahme für Inhaber stimmrechtloser Vorzugsaktien oder stimmrechtloser GmbH-Gesellschafter ist nicht vorgesehen. Gegen die These von *Servatius* spricht des Weiteren die einheitliche Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs sowohl auf GmbH-Gesellschafter als auch auf Aktionäre. Dies würde eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bedeuten. Schließlich ist die Erfassung von Kreditgebern ohne Beteiligung am Gesellschaftsvermögen aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht sachgerecht. Das maßgebliche Kriterium für die Erfassung der Kredite von Nicht-Gesellschaftern ist nach diesem Ansatz ausschließlich ihr Einfluss auf das Insolvenzrisiko der Gesellschaft.

§ 4 Die einzelnen Fallgruppen

A. Einleitung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass dem Sinn und Zweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des Adressatenkreises über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus zukommt. Im folgenden Abschnitt soll daher geprüft werden, wie sich die verschiedenen Thesen konkret auf die einzelnen im Eigenkapitalersatzrecht von Judikatur und Schrifttum entwickelten Fallgruppen betroffener Nicht-Gesellschafter auswirken. Die Untersuchung soll dabei auf die Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken, die Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung sowie die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter beschränkt werden. Allein diese könnten eine Veränderung hinsichtlich des Adressatenkreises zur Folge haben. Partiiell haben die verschiedenen Autoren zu dieser Frage bereits Stellung genommen. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die vom Verfasser favorisierte Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung gelegt.

Einleitend werden die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte der einzelnen Fallgruppen aufgezeigt. Soweit bereits auf dieser Ebene Unklarheiten herrschen, die für die weitere Untersuchung von Bedeutung sind, soll darauf in der gebotenen Kürze näher eingegangen werden. Anschließend wird die Entwicklung der einzelnen Fallgruppen im Eigenkapitalersatzrecht erläutert. Schließlich sollen die Auswirkungen der einzelnen Legitimationsgrundlagen näher untersucht werden.

B. Exkurs: § 138 InsO analog

Fraglich ist, ob zur näheren Konkretisierung des Adressatenkreises über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus eine analoge Anwendung von § 138 InsO möglich ist. § 138 InsO definiert den für die Insolvenzanfechtung maßgeblichen Begriff „nahestehende Personen“. Eine unmittelbare Anwendung kommt mangels Verweis in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 InsO n. F. auf § 138 InsO nicht in Betracht.²⁵⁶ Voraussetzung für eine analoge Anwendung wäre eine planwidrige Lücke im Gesetz sowie vergleichbare Tatbestände.²⁵⁷ Vorliegend

²⁵⁶ Ähnlich *Preuß*, in: *K/P/B, InsO*, Bd. I, § 39 Rn. 69 und *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2148; *K. Schmidt*, Beilage ZIP 39/2010, 15, 21.

²⁵⁷ *Laren/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. „Eine (...) Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte“.²⁵⁸ § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2.Alt. InsO n. F. erfasst durch seinen unbestimmten Tatbestand alle dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich vergleichbaren Kredite von Nicht-Gesellschaftern. In dem Bewusstsein, dass eine abschließende Normierung aller Sachverhaltskonstellationen unmöglich ist, hat sich der Gesetzgeber lediglich auf eine entsprechend abstrakte Formulierung zurückgezogen. Von einer unbeabsichtigten Lücke im Gesetz kann keine Rede sein.

Des Weiteren sind die Tatbestände nicht vergleichbar. Unter diesem Gesichtspunkt hat der IX. Zivilsenat des BGH die entsprechende Anwendung von § 138 InsO abgelehnt:

„Entscheidend gegen die Anwendung des § 138 InsO im Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO spricht jedoch, dass die Vorschrift in der Sache auf einen anderen Regelungsbereich zugeschnitten ist. Soweit in den Anfechtungsvorschriften der Insolvenzordnung auf § 138 InsO verwiesen wird, ist hiermit eine Umkehr der Beweislast zum Nachteil der nahestehenden Personen verbunden. Hiervon werden Handlungen erfasst, die sich ohnehin durch eine besondere Verdächtigkeit auszeichnen (...) oder bei denen die in § 138 InsO genannten Personen der Insolvenz besonders nahe stehen (...). Gewährt hingegen eine nahestehende Person der Gesellschaft ein Darlehen, ist dies für sich genommen unverdächtig. Erst die Zurechnung zum Gesellschafter löst den Verdacht aus und zieht die Abwertung der ansonsten einwandfreien Forderung nach sich (...). Bei einer Zurechnung allein über § 138 InsO würde somit das unverdächtige Darlehen eines Dritten so behandelt, als stamme es aus dem Vermögen des Gesellschafters. Eine solche generelle Gleichsetzung ließe unberücksichtigt, dass auch eine dem Gesellschafter nahestehende Person der Gesellschaft ein Darlehen als außenstehender Dritter gewähren kann (...).“²⁵⁹

§ 138 InsO kann demnach nicht zur Konkretisierung des persönlichen Anwendungsbereichs von § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. herangezogen werden.

²⁵⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 198.

²⁵⁹ BGH, Urteil v. 17. Februar 2011 – IX ZR 131/10, BB 2011, 851, 852.

C. Fallgruppen

I. Mittelpersonen des Gesellschafters

1. Mittelbare Stellvertreter

Es ist (weitgehend) unstreitig, dass - unabhängig vom konkreten dogmatischen Konzept - die bisherige Behandlung von Umgehungskonstruktionen durch den Einsatz sogenannter mittelbarer Stellvertreter des Gesellschafters im neuen Recht unverändert Geltung beansprucht.²⁶⁰ Eine Umgehungskonstruktion in diesem Sinne lag nach der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht²⁶¹ und der h. M. in der Literatur²⁶² immer dann vor, wenn das Darlehen des Nicht-Gesellschafters wirtschaftlich eine Leistung des Gesellschafters darstellte. Gemeint sind Fälle, in denen der Gesellschafter dem im eigenen Namen handelnden Dritten die Mittel für die Kreditvergabe zur Verfügung stellt oder der Gesellschafter im Innenverhältnis dem Dritten gegenüber zum Ausgleich bzw. zur Freistellung - etwa gemäß § 110 HGB, § 670 BGB oder § 426 BGB - verpflichtet ist. Die Folgen der Leistung treffen in diesen Fällen den Gesellschafter unmittelbar und in vollem Umfang.²⁶³ Der unveränderten Fortgeltung im neuen Recht ist zuzustimmen, da wirtschaftlich allein der Gesellschafter tätig wird und er sich dem gesetzlichen Regelungsregime nicht durch formelle Umgehungskonstruktionen entziehen darf.

2. Sonderfall „nahe Angehörige“

Nach der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht galt für nahe Familienangehörige, die aus nachvollziehbaren Gründen häufig die Rolle der Mittelperson bei der Vergabe eigenkapitalersetzender Kredite übernehmen, grundsätzlich nichts anderes.²⁶⁴ Auch sie

²⁶⁰ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, Anhang nach § 30 Rn. 35; *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 73 mit weiteren Nachweisen; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. III, Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a. F. Rn. 23; *Altmep-pen*, NJW 2008, 3601, 3603; *Bork*, ZGR 2007, 250, 258; *Gehrlein*, BB 2008, 846, 850; *Habersack*, ZIP 2008, 2385, 2388; *ders.*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.23; *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1018. a. A. *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1918.

²⁶¹ BGH, Urteil v. 18. Februar 1991 – II ZR 259/89, WM 1991, 678 ff.; Urteil v. 7. November 1994 – II ZR 270/93, NJW 1995, 326, 330; Urteil v. 18. November 1996 – II ZR 207/95, ZIP 1997, 115; Urteil v. 26. Juni 2000 – II ZR 21/99, ZIP 2000, 1489 f.; Urteil v. 6. April 2009 – II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273.

²⁶² *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 142; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 152; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. I, § 32a, b Rn. 119; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 159; *Noack*, GmbHR 1996, 153, 154.

²⁶³ *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 159.

²⁶⁴ BGH, Urteil v. 18. Februar 1991 – II ZR 259/89, ZIP 1991, 366 f.; Urteil v. 18. November 1996 – II ZR 207/95, ZIP 1997, 115, 116; OLG Zweibrücken, Urteil v. 18. Mai 1999 – 8 U 36/98, NZG 2000, 49 f.; OLG München, Urteil v. 20. Januar 1992 – 17 U 4066/91, NJW-RR 1994, 306; OLG Schleswig, Urteil v. 19. Oktober 2000 – 5 U 138/99, NZG 2001, 273.

waren nur dann als mittelbare Stellvertreter zu qualifizieren, wenn das von ihnen gewährte Darlehen mit Mitteln oder für Rechnung des Gesellschafters gewährt wurde.

Die Literatur forderte für diese Fälle immer wieder die Einführung von besonderen Beweislastregelungen. Die Vorschläge gingen von einer vollständigen Beweislastumkehr²⁶⁵ bis hin zu einem prima-facie-Beweis. Das Näheverhältnis könne, insbesondere bei Ehegatten und minderjährigen Kindern, einen ersten Anschein dafür begründen, dass das Verwandtendarlehen an die Gesellschaft auf Rechnung oder mit Mitteln des Gesellschafters gewährt wurde.²⁶⁶ Die Rechtsprechung folgte dem nicht.²⁶⁷ Sie hat es bei der Beweislast des Insolvenzverwalters belassen und auch sonst keine Erleichterungen eingeführt. Allein wenn zusätzliche konkrete Anhaltspunkte darauf hinwiesen, dass die von besonders nahen Angehörigen zur Verfügung gestellten Mittel vom Gesellschafter selbst stammten, konnte die Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten von Gesellschaft und Insolvenzverwalter erleichtert werden.²⁶⁸ Es sind keine Gründe ersichtlich, warum sich durch das MoMiG an der bisherigen Rechtslage etwas ändern sollte.

II. Gesellschaftergleiche Dritte

1. Treuhand

a) Rechtliche Einordnung

Die Treuhand ist kein gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut. Kennzeichnend ist eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen Treugeber und Treuhänder, auf Grund derer der Treuhänder im Außenverhältnis die Rechtsmacht über das zu betreuende Vermögen des Treugebers (sog. Treugut) ausübt.²⁶⁹ Mit der Treuhand können verschiedene Ziele verfolgt werden. Bei der „Verwaltungstreuhand“ liegt der Zweck der Treuhandvereinbarung darin, dass der Treuhänder das Treugut für den Treugeber verwaltet („fremdnützige“ Treuhand). Bei der „Sicherungstreuhand“ geht es darum, dass der Treuhänder durch das Treuhandge-

²⁶⁵ Der Regierungsentwurf GmbHG 1977 versuchte diesem Aspekt dadurch Rechnung zu tragen, dass er an die Darlehensgewährung durch Ehegatten und minderjährige Kinder die (widerlegliche) Vermutung knüpfte, sie seien mit Mitteln oder auf Rechnung des Gesellschafters erfolgt. In Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG bestanden dagegen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

²⁶⁶ Johlke/Schröder, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.37 mit weiteren Nachweisen; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 147 mit weiteren Nachweisen; a. A. Löwisch, Eigenkapitalersatzrecht, Rn.1.66.

²⁶⁷ BGH, Urteil v. 18. Februar 1991 – II ZR 259/89, WM 1991, 678, 679, jüngst bestätigt im Urteil v. 6. April 2009 – II ZR 277/07, DB 2009, 1454; OLG Stuttgart, Urteil v. 14. August 1997 – 19 U 268/96, NZG 1998, 997, 998; OLG Zweibrücken, Urteil v. 18. Mai 1999 – 8 U 36/98, NZG 2000, 49 f.

²⁶⁸ BGH, Urteil v. 18. Februar 1991 – II ZR 259/89, WM 1991, 678, 679; OLG Stuttgart, Urteil v. 14. August 1997 – 19 U 268/96, NZG 1998, 997, 998.

²⁶⁹ Frensch, in: P/W/W, BGB, § 164 Rn. 5.

schäft gesichert werden soll („eigennützig“ Treuhand).²⁷⁰ Rechtlich wird zwischen fiduziarischer²⁷¹ Vollrechtstreuhand²⁷² („echte Treuhand“), Vollmachtstreuhand²⁷³ und Ermächtigungstreuhand²⁷⁴ unterschieden. Allein bei der Vollrechtstreuhand übernimmt der Treuhänder die dingliche Rechtsstellung des Treugebers. In dieser Konstellation stellte sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Sonderregeln für Gesellschafterdarlehen auf den Treugeber. Praktisch liegen dieser Konstellation häufig sogenannte „Strohmanngründungen“ zu Grunde.

Bei der Vollrechtstreuhand ist der Treuhänder dinglicher Inhaber der Anteile an der Gesellschaft. Er kann gegenüber der Gesellschaft alle Verwaltungs- und Vermögensrechte im eigenen Namen geltend machen und über die Anteile im eigenen Namen verfügen. Im Innenverhältnis ist er jedoch an die schuldrechtlichen Vereinbarungen aus dem Treuhandvertrag mit dem Treugeber gebunden. Der entgeltliche Treuhandvertrag zwischen Treugeber und Treuhänder ist als Geschäftsbesorgungsvertrag, der unentgeltliche Treuhandvertrag als Auftrag zu qualifizieren.²⁷⁵ In beiden Fällen ist der Treuhänder gemäß § 667 BGB verpflichtet, dem Treugeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Ist das Treugut ein GmbH-Geschäftsanteil, dann ist insbesondere der anfallende Gewinn an den Treugeber abzuführen. Außerdem ist der Treuhänder grundsätzlich verpflichtet, den Weisungen des Treugebers Folge zu leisten (§ 665 BGB). Gemäß § 670 BGB schuldet dieser dem Treuhänder dafür im Gegenzug den Ersatz entstandener Aufwendungen.²⁷⁶

b) Eigenkapitalersatzrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH²⁷⁷ und der h. M. in der Literatur²⁷⁸ wurde das Darlehen eines „echten“ Treugebers für seine Gesellschaft sowohl von den Rechtspre-

²⁷⁰ Frensch, in: P/W/W, BGB, § 164 Rn. 5; Schramm, in: MüKo zum BGB, Bd. 1, Vorbemerkung § 164 Rn. 28 ff.

²⁷¹ Lat. Fiducia: „Vertrauen“; fiduciarius: „auf Treu und Glauben anvertraut“.

²⁷² Frensch, in: P/W/W, BGB, § 164 Rn. 9 ff.

²⁷³ Ausführlich: Frensch, in: P/W/W, BGB, § 164 Rn. 7; Schramm, in: MüKo zum BGB, Bd. 1, Vorbemerkung § 164 Rn. 37.

²⁷⁴ Ausführlich: Frensch, in: P/W/W, BGB, § 164 Rn. 8; Schramm, in: MüKo zum BGB, Bd. 1, Vorbemerkung § 164 Rn. 36.

²⁷⁵ Fehrenbacher, in: P/W/W, BGB, § 675 Rn. 39.

²⁷⁶ Umfassend zum Innenverhältnis K. Schmidt, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, Vor § 230 Rn. 72 ff.

²⁷⁷ BGH, Urteil v. 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 265; Urteil v. 26. November 1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 336; Urteil v. 8. Juli 1985 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 193; Urteil v. 14. November 1988 – II ZR 115/88, NJW 1989, 1219; Urteil v. 22. November 1991 – II ZR 238/89, NJW 1991, 1057.

chungsregeln als auch von den Novellenregeln erfasst. Das ergab sich aus der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung der Treuhandkonstruktion. Der Treuhänder ist lediglich formaler Inhaber der Gesellschaftsanteile. Tatsächlich jedoch ist der Treugeber am Kapital der Gesellschaft beteiligt und Inhaber der Verwaltungs- und Vermögensrechte.²⁷⁹

c) Recht der Gesellschafterdarlehen

Im Recht der Gesellschafterdarlehen dürfte sich, unabhängig davon, welche Legitimationsgrundlage dem neuen Recht zugrunde liegt, für den Fall der fiduziarischen Vollrechtstreuhand an der Qualifizierung des Treugebers als gesellschaftergleicher Dritter keine Änderung ergeben. Dem Treugeber wird auf schuldrechtlicher Grundlage vollumfassend eine gesellschaftergleiche Stellung eingeräumt. Bei dem vom Treugeber ausgereichten Darlehen handelt es sich demnach um eine wirtschaftlich vergleichbare Leistung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. Der vom Treuhänder gehaltene Anteil darf lediglich nicht unterhalb der Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs liegen.

Der Treugeber erfüllt die erforderlichen Voraussetzungen für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung. Durch den Treuhandvertrag bildet er mit dem Treuhänder eine „wirtschaftliche Einheit“, so dass auch ihm das Prinzip der Haftungsbeschränkung zugutekommt. Er hat ein dem mitgliedschaftlichen Interesse vergleichbares Interesse an der Finanzierung der Gesellschaft.²⁸⁰ Die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten führt zu dem gleichen Ergebnis: Der Treuhänder unterliegt schuldrechtlich vollumfänglich den Weisungen des Treugebers. Der Treugeber hat mittelbar gesellschaftergleichen Einfluss auf die Unternehmensleitung. Schließlich dürfte auch das von *Krolop* vertretene Legitimationsmodell zu keinem anderen Ergebnis führen. Der Treugeber partizipiert vollumfänglich

²⁷⁸ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a a. F. Rn. 144; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a, b a. F. Rn. 149; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, § 32b a. F. Rn. 194; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 152; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, b Rn. 123; *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.10 ff.; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 160.

²⁷⁹ Anders das OLG Hamburg, Urteil v. 27. Juni 1997 – 11 U 233/96, GmbHR 1998, 89 ff., für den Sonderfall der „Doppeltreuhand“: Der Vollrechtstreuhandverfolger verfolgte einerseits Sicherungsinteressen gegenüber dem einen Treugeber (Gläubiger der Gesellschaft) und andererseits Verwaltungsinteressen gegenüber dem anderen Treugeber (ehemaliger Vollrechtsinhaber der Anteile). Bezweckt die „Treuhand“ für einen Gläubiger der Gesellschaft allein dessen Sicherung, hat dieser also keinen Einfluss auf die Ausübung der Verwaltungsrechte durch den Treuhänder, dann sollte die Gleichstellung mit einem Gesellschafter nicht in Betracht kommen.

²⁸⁰ *Habersack*, in: U/H/W, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 45; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2388; *Huber*, in: FS Priester, 259, 280.

an den unternehmerischen Chancen und Risiken (Unternehmerrisiko) und hat zudem gesellschaftergleichen Einfluss auf die Gesellschaft (Unternehmerinitiative).²⁸¹

2. Stille Gesellschaft

a) Rechtliche Einordnung

Die (typische) stille Gesellschaft ist in den §§ 230 ff. HGB geregelt. Rechtstechnisch handelt es sich um eine BGB-Innengesellschaft mit dem Zweck der Beteiligung an einem Handelsgewerbe.²⁸² Die stille Gesellschaft ist nicht (teil-) rechtsfähig. Insbesondere hat sie kein abgesondertes, gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen.²⁸³ Dinglich ist das Gesellschaftsvermögen ausschließlich dem Inhaber des Handelsgewerbes zugeordnet. Die Einlage wird auf ihn übertragen. Nur der Inhaber des Handelsgewerbes tritt im Geschäftsverkehr auf. Der stille Gesellschafter haftet mit seinem persönlichen Vermögen nicht für Verbindlichkeiten des Inhabers des Handelsgewerbes.

Ohne abweichende vertragliche Vereinbarung richtet sich die Gewinn- bzw. Verlustermittlung und -verteilung nach den dispositiven §§ 231, 232 HGB. Danach kommt es in der gesetzestypischen stillen Gesellschaft für die Gewinn- bzw. Verlustermittlung nur auf den „Betriebsgewinn“ und den „Betriebsverlust“ der Handelsgesellschaft an.²⁸⁴ Die Beteiligung besteht nur hinsichtlich solcher Ergebnisse, die im Unternehmen erwirtschaftet worden sind.²⁸⁵ Erfasst sind z. B. der Ertrag aus Umsatzgeschäften und aller Gewinn und Verlust, der am Umlaufvermögen eintritt.²⁸⁶ Am Anlagevermögen ist der stille Gesellschafter hingegen grundsätzlich nicht beteiligt. Voraussetzung ist, dass die Wertveränderung nicht durch die betriebliche Tätigkeit begründet ist, sondern - wie bspw. bei Änderungen des Grundstückmarktes - außerhalb des Unternehmensbereichs liegt.²⁸⁷ Auch reine Buchgewinne sind nicht zu berücksichtigen. Insbesondere die Aufdeckung stiller Reserven hat somit keine Auswirkung auf die Gewinnermittlung.²⁸⁸ Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes das Insolvenzverfahren eröffnet, dann kann der stille Gesellschafter die Rückzahlung seiner Einlage geltend machen, soweit sie nicht durch seine Be-

²⁸¹ Zu „Unternehmerrisiko“ und „Unternehmerinitiative“ des Treugebers vgl. *Bode*, in: Blümich, EStG, § 15 Rn. 361 ff.

²⁸² *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 6.

²⁸³ *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 4 Rn. 4.3.

²⁸⁴ H. M.: *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 14 Rn. 14.34; *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 232 Rn. 9; *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 232 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

²⁸⁵ *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 232 Rn. 7.

²⁸⁶ *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 232 Rn. 9; *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 232 Rn. 8.

²⁸⁷ *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 232 Rn. 13.

²⁸⁸ *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 14 Rn. 14.44.

teilung am Verlust aufgezehrt ist, § 236 Abs. 1 HGB. Gemäß § 233 Abs. 1 HGB ist der stille Gesellschafter berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

In der Praxis haben sich vielfältige, vom gesetzlichen Leitbild zum Teil stark abweichende Gestaltungsformen der stillen Gesellschaft herausgebildet („atypische“ stille Gesellschaften).²⁸⁹ Ausschlaggebend dafür sind häufig steuerrechtliche Motive.

b) Eigenkapitalersatzrecht

aa) „Typischer“ stiller Gesellschafter

Die Rechtsprechung beschäftigte sich mehrfach mit der Frage, unter welchen Bedingungen das Darlehen eines an einer GmbH beteiligten stillen Gesellschafters dem eines Gesellschafters entsprach.²⁹⁰ In den Entscheidungen ging es fast ausschließlich um die Anwendbarkeit der Rechtsprechungsregeln. Unter den gleichen Voraussetzungen sollte § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. anwendbar sein.²⁹¹ In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur ging der BGH davon aus, dass den typischen stillen Gesellschafter keine Pflicht zur ordnungsgemäßen Finanzierung der Gesellschaft traf. Dieser partizipierte nur in beschränktem Umfang am Ertrag der Gesellschaft und hatte neben dem allgemeinen Auskunfts- und Kontrollrecht keine Möglichkeit Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen. Ein zusätzlicher Kredit (oder eine wirtschaftlich vergleichbare Leistung) sollte daher nicht dem Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts unterfallen.²⁹²

²⁸⁹ Ausführlich *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 1 Rn. 1.30 ff.

²⁹⁰ Zwischen der Einlage und einem zusätzlichen Darlehen wurde häufig nicht ausdrücklich differenziert. Der stille Gesellschafter ist bei bestimmten vertraglichen Abweichungen vom gesetzestypischen Fall nicht mehr Fremd- sondern gesellschaftsrechtlicher Eigenkapitalgeber. § 30 Abs. 1 GmbHG findet in diesem Fall auf die Einlage entsprechend Anwendung. Die Berufung auf § 236 Abs. 1 HGB scheidet aus. Wurde aber die Einlage als Eigenkapital behandelt, weil die Stellung des stillen Gesellschafters derjenigen eines Gesellschafters entsprach, dann sah weder die Rechtsprechung noch die h. M. in der Literatur einen Grund, warum er hinsichtlich zusätzlicher Finanzierungsleistungen nicht ebenfalls einem dem Kapitalersatzrecht unterworfenen Gesellschafter gleichstehen sollte. Zu diesem Gleichlauf in der Behandlung der stillen Einlage und zusätzlicher Darlehen vgl. ausdrücklich BGH, Urteil v. 7. November 1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7, 9; dazu *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.22 m. w. N; ausführlich zur Behandlung der Einlage als Eigenkapital *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 236 Rn. 12 ff; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 17 Rn. 17.12 ff.

²⁹¹ Vgl. OLG Hamburg, Urteil v. 13. Oktober 1989 – 11 U 108/89, NJW-RR 105, 106.

²⁹² BGH, Urteil v. 21. März 1983 – II ZR 139/82, ZIP 1983, 561; Urteil v. 17. Dezember 1984 – II ZR 36/84, ZIP 1985, 347 f.; OLG Saarbrücken, Urteil v. 1. September 1998 – 4 U 635/97, ZIP 1999, 2150, 2151; *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. 1, § 236 Rn. 17; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. 2, §§ 32a/b Rn. 114, 150; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, b Rn. 152; *Mock*, DStR 2008, 1645 mit weiteren Nachweisen; a. A: *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a GmbHG a. F. Rn. 178 f.; *ders.*, in: FS Kropff, 642, 656 f., der allein auf die Verlustbeteiligung abstellte.

bb) „Atypischer“ stiller Gesellschafter: Erste Variante

Nach der Rechtsprechung sollte den stillen Gesellschafter jedoch dann Finanzierungsfolgenverantwortung treffen, wenn er über die vertragliche Vereinbarung sowohl an Ertrag und Vermögen der GmbH beteiligt war - insbesondere am Anlagevermögen und den stillen Reserven partizipierte - als auch über gesellschaftergleiche (unternehmerische) Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte verfügte.²⁹³ Von Letzterem sollte u.a. dann auszugehen sein, wenn bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung der Zustimmung der stillen Gesellschafter bedurften oder diesen in der Gesellschafterversammlung Stimmrechte zustanden.²⁹⁴ Der BGH hielt es in einem Fall für ausreichend, dass Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der GmbH hinausgingen, sowie Verfügungen über Grundstücke und Gehaltserhöhungen der GmbH-Geschäftsführer der Zustimmung eines ausschließlich aus stillen Gesellschaftern zusammengesetzten Beirates bedurften, wenn sie zudem über Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung Einfluss auf bestimmte Grundlagengeschäfte nehmen konnten.²⁹⁵

Zur Konkretisierung der Anforderungen an die unternehmerischen Einflussrechte wurde in der Rechtsprechung zum Teil auf einen Vergleich mit der Rechtslage bei der Kommanditgesellschaft abgestellt.²⁹⁶ Dem stillen Gesellschafter, der wie ein Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft beteiligt war, sollte mindestens ein Widerspruchsrecht entsprechend § 164 Satz 1 Halbsatz 2 HGB zustehen müssen sowie eine vergleichbare Beschlusskompetenz in Grundlagenangelegenheiten zustehen.²⁹⁷ Nach § 164 Satz 1 Halbsatz 2 HGB kann der Kommanditist einer Handlung des persönlich haftenden Gesellschafters widersprechen, wenn sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft

²⁹³ BGH, Urteil v. 7. November 1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7, 9; Urteil v. 13. Februar 2006 – II ZR 62/04, GmbHR 2006, 531, 532; OLG Hamburg, Urteil v. 13. Oktober 1989 – 11 U 108/89, GmbHR 1990, 393; OLG Hamm, Urteil v. 3. Mai 1993 – 8 U 184/92, ZIP 1993, 1321, 1322.; Urteil v. 13. September 2000 – 8 U 79/99, NJW-RR 2001, 247, 248; OLG Saarbrücken, Urteil v. 1. September 1998 – 4 U 635/97, ZIP 1999, 2150, 2151.

²⁹⁴ Johlke/Schröder, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.19.

²⁹⁵ BGH, Urteil v. 7. November 1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7.

²⁹⁶ OLG Hamburg, Urteil v. 13. Oktober 1989 – 11 U 108/89, GmbHR 1990, 393; OLG Frankfurt, Urteil v. 23. April 1997 – 23 U 204/95, GmbHR 1997, 892, 893; die sog. „GmbH & Still“ ist eine in der Praxis häufig gewählte Konstruktion. Es handelt sich um eine „Innen-KG“: Der die stille Gesellschaft begründende Vertrag stellt den stillen Gesellschafter im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten. Rechtstechnisch handelt es sich aber weiterhin um eine stille Gesellschaft, vgl. dazu nur K. Schmidt, MüKo zum HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 87.

²⁹⁷ Mit Urteil v. 28.06.2012 – IX ZR 191/11 übertrug der BGH die im Eigenkapitalersatzrecht praktizierte Anlehnung an § 172a Satz 1 HGB a. F. ausdrücklich auf das Recht der Gesellschafterdarlehen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Legitimationsgrundlage des neuen Rechts erfolgte nicht.

hinausgeht. Gemäß § 172a HGB a. F. fanden die §§ 32a, b GmbHG a. F. auf Kommanditisten Anwendung, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person war. Vor diesem Hintergrund war es naheliegend, diese vom Gesetzgeber festgelegten Anforderungen an den unternehmerischen Einfluss als Voraussetzung der Finanzierungsfolgenverantwortung auch für den stillen Gesellschafter fruchtbar zu machen. Diese Rechtsprechung stieß in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend auf Zustimmung.²⁹⁸

cc) „Atypischer“ stiller Gesellschafter: Zweite Variante

Nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH über vertragliche Gestaltungen, bei denen stille Gesellschafter am Vermögen und am Ertrag der Gesellschaft umfassend beteiligt waren, ihnen jedoch keine besonderen Informations-, Kontroll- oder Mitwirkungsrechte zustanden. Aufgrund der Entscheidung des BGH vom 7. November 1988²⁹⁹ ist davon auszugehen, dass ohne die Möglichkeit hinreichenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen zu können, die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf das Darlehen des stillen Gesellschafters nicht möglich sein sollte.³⁰⁰ Das OLG Hamm lehnte daher eine Verstrickung der Kredite in diesem Fall ausdrücklich ab.³⁰¹

dd) „Atypischer“ stiller Gesellschafter: Dritte Variante

Nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH zudem über die Behandlung der Kredite von stillen Gesellschaftern, die an Ertrag und Vermögen der Gesellschaft nicht gesellschaftergleich beteiligt sind, denen aber umfangreiche Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte zustanden. In Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH ist grundsätzlich anzunehmen, dass die Kredite dieser stillen Gesellschafter nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterfielen. Die vom BGH formulierten kumulativen Voraussetzungen waren nicht erfüllt.

Fragen warf in dieser Hinsicht eine Entscheidung aus dem Jahr 1984 auf.³⁰² Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob die Einlagen stiller Gesellschafter in einer „Publikums-KG“ als Eigenkapital zu qualifizieren waren. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt standen den stillen Gesellschaftern einerseits lediglich bestimmte Gewinnvorrechte zu. Ein Verlust soll-

²⁹⁸ Zustimmend *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. 2, §§ 32a/b a. F. Rn. 150; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b a. F. Rn. 154; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, §§ 32a, b a. F. Rn. 125; *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.25; a. A. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a a. F. Rn. 178; *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 316 ff.

²⁹⁹ BGH, Urteil v. 7. November 1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7.

³⁰⁰ A. A. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 179.

³⁰¹ OLG Hamm, Urteil v. 6. März 1996 – 8 U 155/95, WM 1997, 2323, 2324.

³⁰² BGH, Urteil v. 17. Dezember 1984 – II ZR 36/84, ZIP 1985, 347 f.

te sie hingegen überhaupt nicht treffen. Andererseits waren sie berechtigt, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und mitzuwirken. Ihnen stand bei der Feststellung des Jahresabschlusses, der Gewinnverteilung und der Gewinnausschüttung ein Stimmrecht zu. Des Weiteren waren sie bei der Wahl des Beirats stimmberechtigt. Letzteres versetzte sie in die Lage, mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zu nehmen. Der Beirat hatte nicht nur die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen und zu beraten. Er war darüber hinaus berechtigt, über bestimmte zustimmungspflichtige Geschäfte zu entscheiden. Die stillen Gesellschafter besaßen 57% des im Beirat stimmberechtigten Kapitals. Der BGH stellte fest:

„Mit dieser Stellung der Stillen Gesellschafter steht es in Widerspruch, sie einem Drittgläubiger der Klägerin gleichzustellen.“³⁰³

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Umqualifizierung der Einlage war nach Ansicht des BGH demnach die Möglichkeit des stillen Gesellschafters, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Auf eine zusätzliche Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft oder auf eine Verlustbeteiligung sollte es hingegen nicht ankommen. Aufgrund des bereits zuvor vom BGH angedeuteten Gleichlaufs der Behandlung von Einlagen einerseits und zusätzlicher Kredite andererseits wurde daraus der Schluss gezogen, dass diese Grundsätze auf die eigenkapitalersatzrechtliche Erfassung von Darlehen zu übertragen waren.³⁰⁴ Spätestens nach der „Pfandgläubiger“-Entscheidung³⁰⁵ konnte daran kein Zweifel mehr bestehen.³⁰⁶

ee) Stellungnahme

Die Rechtsprechung des BGH zur eigenkapitalersatzrechtlichen Erfassung der Kredite stiller Gesellschafter macht deutlich, dass es sich beim „Dritten“ im Sinne von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. um einen Typusbegriff handelte. Es gab keine abschließende Definition für dieses Tatbestandsmerkmal, sondern es waren stets verschiedene Gesichtspunkte in

³⁰³ BGH, Urteil v. 17. Dezember 1984 – II ZR 36/84, ZIP 1985, 347; daran anschließend LG Potsdam, Urteil v. 14. August 2002 – 52 O 18/01, ZIP 2002, 1819; in diese Richtung geht auch die Entscheidung des OLG Saarbrücken, Urteil v. 1. September 1998 – 4 U 635/97, NZG 1999, 155 mit Hinweis auf die „Pfandgläubiger“-Entscheidung.

³⁰⁴ Johlke/Schröder, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.22 und wohl Fleischer, ZIP 1998, 313, 317. So auch ohne weitere Stellungnahme zu dem Problem Löwisch, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 188 und Habersack, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 150.

³⁰⁵ BGH, Urteil v. 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 ff.; vgl. dazu ausführlich unter Nr. 5).

³⁰⁶ So auch das OLG Saarbrücken, Urteil v. 1. September 1998 – 4 U 635/97-235, NZG 1999, 155, 156, das in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich auf die „Pfandgläubiger“-Entscheidung Bezug nahm.

einer Gesamtschau zu würdigen. Maßgeblich sollten einerseits die Art und Weise der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, andererseits der Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft sein.

In Anbetracht der unterschiedlichen sachlichen Erwägungen, auf denen die Finanzierungsfolgenverantwortung beruhte, ist jedoch kaum nachvollziehbar, warum die Möglichkeit, Einfluss auf die Entscheidungsfindung in der Gesellschaft zu nehmen, für die Qualifizierung als gesellschaftergleicher Dritter relevant sein sollte. Bei genauer Betrachtung spielte dieser Aspekt für die unterschiedlichen, vom BGH als Rechtfertigung bemühten gläubigerschützenden Motive des Eigenkapitalersatzrechts keine ausschlaggebende Rolle. Auch das von einem stillen Gesellschafter ohne besondere Informations-, Kontroll- und Herrschaftsrechte in der Krise gewährte Darlehen ist geeignet, den „Überlebenskampf“ der Gesellschaft zu verlängern und dadurch die Befriedigungschancen der Gläubiger zu verschlechtern. Des Weiteren ist jedes Darlehen eines stillen Gesellschafter in der Krise - unabhängig von seinem Einfluss auf die Gesellschaft - geeignet, den Gläubigern eine ausreichende Kapitalausstattung vorzuspiegeln. Zudem verhält sich auch ein stiller Gesellschafter, der keinen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann, widersprüchlich, wenn er der Gesellschaft in der Krise ein Darlehen gewährt. Dieser stille Gesellschafter dürfte kaum ein anderes Ziel verfolgen als die Gesellschafter, nämlich die Insolvenzantragspflicht durch Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit zu verhindern. Schließlich stand die Qualifikation als „funktionelles Eigenkapital“ ebenso wenig in einem inneren Zusammenhang mit den Informations-, Kontroll- und Herrschaftsrechten der Gesellschafter, wie die ihnen zukommende Möglichkeit, frei über einen Finanzierungsbeitrag im Angesicht der Krise zu entscheiden.

Konsequent wäre es gewesen, allein auf die Gewinn- und Vermögensbeteiligung des stillen Gesellschafter abzustellen und bereits die Kredite typischer stiller Gesellschafter dem Eigenkapitalersatzrecht zu unterwerfen. Durch die Kreditfinanzierung in der Krise erhält bereits dieser die Möglichkeit, seine an den Verlusten beteiligte Einlage wiederherzustellen und darüber hinaus an den betrieblichen Gewinnen der Gesellschaft zu partizipieren. Eine Beteiligung am gesamten Gesellschaftsvermögen ist dafür nicht erforderlich. Die Gewinnchancen fallen lediglich etwas kleiner aus.³⁰⁷ Gleichzeitig verwirklicht sich bereits in diesem Fall die dem Eigenkapitalersatzrecht zugrunde liegende Gefahr, dass sich das haftende

³⁰⁷ So wohl auch *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 188.

Gesellschaftsvermögen zu Lasten der übrigen Gläubiger weiter verringert. Dieser Befund gilt erst recht, wenn der stille Gesellschafter zusätzlich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist.

Daraus folgt des Weiteren, dass eine Beteiligung der Einlage an Verlusten der Gesellschaft keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts sein konnte. In diesem Fall kommt es durch die Kreditfinanzierung in der Krise erst recht zu einem „Spekulieren“ auf Kosten der übrigen Gläubiger. Während diesen aufgrund der Verzögerung der Insolvenzeröffnung der Totalausfall droht, erhält der stille Gesellschafter die Chance auf eine der Höhe nach theoretisch unbegrenzte Gewinnbeteiligung, sogar ohne ein eigenkapitaltypisches Verlustrisiko eingehen zu müssen.

Bei konsequenter Umsetzung der verschiedenen zur Begründung der Finanzierungsfolgenverantwortung angeführten Erwägungen hätten daher nach hier vertretener Ansicht bereits die Kredite typischer stiller Gesellschafter der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung unterfallen müssen. Die gesetzliche Beteiligung am betrieblichen Ertrag der Gesellschaft ist für den Vorwurf des gläubigergefährdenden „Spekulierens“ ausreichend. Das gilt erst recht, wenn die stille Einlage von einer Verlustbeteiligung ausgenommen ist. Der Umfang der Informations-, Kontroll- und Einflussrechte ist demgegenüber unerheblich.

- c) Recht der Gesellschafterdarlehen
- aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

(1) Auffassung von *Huber / Habersack*

Nach der überzeugenden These von *Huber / Habersack* wird der Kredit eines stillen Gesellschafters nur dann vom neuen Recht erfasst, wenn sich dieser wie ein Gesellschafter das Prinzip der Haftungsbeschränkung missbräuchlich zu Nutze macht. Voraussetzung dafür soll nach *Huber / Habersack* eine dem Stammkapital vergleichbare Beteiligung am Vermögen der finanzierten Gesellschaft sein. Hinsichtlich der verschiedenen typisierten Varianten stiller Gesellschafter dürfte dies zu folgenden Ergebnissen führen³⁰⁸: Das Darlehen des gesetzeskonformen stillen Gesellschafters ist mangels gesellschaftergleicher Beteiligung am Vermögen der GmbH vom neuen Recht nicht erfasst. Der atypische stille Gesellschafter der ersten Variante kann die Voraussetzungen hingegen unter Umständen er-

³⁰⁸ Aedeutungsweise *Habersack*, in: U/H/W, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 45; *ders.*, in: Goette/Habersack: Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.23; *ders.*, ZIP 2007, 2145, 2148.

füllen. Notwendig ist eine Beteiligung am gesamten Ertrag, an der Wertentwicklung des Anlagevermögens und an den stillen Reserven der Gesellschaft. Er muss hinsichtlich der Vermögensbeteiligung den Gesellschaftern gleichstehen. Zusätzlicher Kontroll-, Informations- und Einflussrechte bedarf es nicht. Ein derart am Vermögen beteiligter stiller Gesellschafter hat auch ohne weitergehenden Einfluss ein dem Gesellschafter vergleichbares mitgliedschaftliches Interesse an der Finanzierung der Gesellschaft. Er ist wie dieser an der Erzielung von Gewinn interessiert und tritt nicht wie ein außenstehender Kapitalanleger auf, der lediglich auf die Sicherung seines Rückzahlungsanspruches bedacht ist.

Nach dem Ansatz von *Huber / Habersack* dürften auch die Kredite von atypischen stillen Gesellschaftern der zweiten Variante dem neuen Recht unterfallen. Das würde eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht bedeuten. Dieses Ergebnis steht zwar in Widerspruch zu der generellen Annahme von *Huber / Habersack*, dass das neue Recht insgesamt restriktiver anzuwenden sei. Die Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf derartig ausgestaltete stille Gesellschaften gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht ist jedoch unvermeidbare Folge der Anwendung der von ihnen aus dem Prinzip der missbräuchlichen Ausnutzung der Haftungsbeschränkung abgeleiteten Auslegungsparameter.³⁰⁹ Unter keinen Umständen können nach *Huber / Habersack* hingegen die Darlehen von stillen Gesellschaftern der dritten Variante der nachrangigen Befriedigung unterfallen, da sie nicht gesellschaftergleich am Vermögen der Gesellschaft partizipieren.

(2) Stellungnahme

Nach Ansicht des Verfassers stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, warum ein „Missbrauch der Haftungsbeschränkung“ nur durch einen stillen Gesellschafter möglich sein soll, der gesellschaftergleich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist. Vielmehr hat auch der nicht am Vermögen und den stillen Reserven beteiligte Stille die Möglichkeit, die Risikoverteilung im hier maßgeblichen Sinne durch eine Kreditgewährung zu beeinflussen. Über seine Einlage ist der stille Gesellschafter an dem betrieblichen Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Daher gilt auch hier: Je höher der Anteil des Darlehenskapitals

³⁰⁹ Es ist nicht ganz eindeutig, zu welchem Ergebnis *Huber* hinsichtlich der Kredite stiller Gesellschafter letztlich kommt. In FS *Priester*, 259, 281 führt er aus:

„Es fragt sich aber, ob man es in diesem Fall nicht bei der Anwendung der speziellen Anfechtungsregeln des § 136 *InsO* belassen sollte, und zwar auch dann, wenn die Beteiligung „atypisch“ ausgestaltet ist (also mit Einflussrechten ausgestattet ist, die über das Kontrollrecht des § 233 *HGB* hinausgehen)“.

und je niedriger die Einlage, desto besser steht der stille Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft gegenüber den übrigen Gläubigern. Anders als die Einlage haftet sein Darlehen nicht für entstandene Verluste. Im Gegenteil schmälert die Darlehensforderung den Haftungsfond, der den übrigen Gläubigern zur Verfügung steht. Eine zusätzliche Beteiligung am Vermögen und an den stillen Reserven der Gesellschaft ist eigentlich nicht erforderlich. Daher folgt aus der überzeugenden Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung nach Ansicht des Verfassers, dass bereits die gesetzliche Beteiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust der Gesellschaft ausreicht, um die Anwendung des neuen Rechts auf dessen Darlehen zu rechtfertigen. Da es nach der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung maßgeblich auf die Beteiligung am Ertrag und am Vermögen der Gesellschaft ankommt, ist in Hinblick auf das Kleinbeteiligtenprivileg allerdings zu verlangen, dass die Einlage nominell über 10% des Haftkapitals beträgt.

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

(1) Auffassung von *Servatius*

Nach der Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter kommt es für die Einbeziehung des Darlehens eines stillen Gesellschafters maßgeblich auf dessen Möglichkeit an, Einfluss auf den internen Willensbildungsprozess in der Gesellschaft zu nehmen. Die Art und Weise der Vermögensbeteiligung soll hingegen keine Rolle mehr spielen. Problematisch dürfte es jedoch sein festzulegen, ab wann die für eine Umqualifizierung relevante Schwelle an Herrschaftsmacht letztlich überschritten wird. Dies sei nach Meinung von *Servatius* nicht vorweg und pauschal zu beantworten. Entscheidend komme es vielmehr auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls an, wobei gerade auch der tatsächliche Einfluss zu berücksichtigen sei. Eine Erfassung des Darlehens durch das neue Recht sei immer dann in Betracht zu ziehen, wenn sich der Stille umfangreiche Mitspracherechte einräumen lasse. Sind laufende Angelegenheiten der Geschäftsführung (z. B. Verpflichtungen oder Investitionen über eine bestimmte Wertgrenze, Abschluss von bestimmten Vertragstypen) und / oder bestimmte Grundlagengeschäfte (bspw. Änderung des Gesellschaftsvertrags, Bestellung neuer Geschäftsführer, Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Aufnahme neuer Gesellschafter) unmittelbar zustimmungspflichtig bzw. ist der Stille unmittelbar widerspruchsberechtigt, dann sei von einem ausreichenden Maß an Einfluss auf den internen Willensbildungsprozess auszugehen. Differenziert zu beurteilen sei es hingegen, wenn diese Rechte nur mittelbar, z. B. über einen Beirat, ausgeübt werden könnten und dessen Besetzung nicht allein

vom Stillen bestimmt werde. Entscheidend sei dann, ob der Stille die Mehrheit der Stimmrechte kontrolliert bzw. ihm entsprechende Vetorechte zustehen. Er müsse jedenfalls in der Lage sein, seine Vorstellungen bei der kollektiven Willensbildung durchzusetzen. Hinreichenden (mittelbaren) Einfluss auf den Willensbildungsprozess habe der stille Gesellschafter auch dann, wenn ihm für den Fall bestimmter Entscheidungen der zur Geschäftsführung berufenen Organe vertragliche Reaktionsmöglichkeiten, wie bspw. ein Kündigungsrecht, zustünden.³¹⁰

Für die einzelnen Varianten stiller Gesellschafter bedeutet dies Folgendes: Der Kredit des gesetzeskonformen stillen Gesellschafters fällt nicht in den Anwendungsbereich des neuen Rechts. Allein das Informations- und Kontrollrecht nach § 233 Abs. 1 HGB genügt nicht, um in diesem Sinne Einfluss auf den internen Willensbildungsprozess der Gesellschaft zu nehmen. Der Kredit eines atypischen stillen Gesellschafters der ersten Variante wäre nur dann erfasst, wenn ihm Einflussrechte in dem dargestellten Umfang zu Verfügung stünden. Eine über das gesetzliche Maß hinausgehende Beteiligung an Ertrag und Vermögen der GmbH ist hingegen nicht erforderlich. Im Gegenteil: Selbst eine Einschränkung der gesetzlichen Gewinnbeteiligung hätte nach diesem Ansatz keinen Einfluss auf die Erfassung des Darlehens eines stillen Gesellschafters.³¹¹ Darlehen von atypisch stillen Gesellschaftern der dritten Variante können demnach vom Recht der Gesellschafterdarlehen erfasst sein, wenn ein ausreichendes Maß an Informations-, Kontroll- und Einflussrechten vereinbart wird. Keine Gefahr droht hingegen den atypisch stillen Gesellschaftern der zweiten Variante, da allein die Beteiligung am Vermögen über das gesetzliche Mindestmaß hinaus nicht für den Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens im hier maßgeblichen Sinne ausreicht.

(2) Stellungnahme

Die von *Servatius* herausgearbeiteten konkreten Anforderungen hinsichtlich „schädlicher“ Kontroll- und Einflussrechte dürften allerdings dem seiner Ansicht nach im Kleinbeteiligtenprivileg verankerten Schwellenwert nicht hinreichend Rechnung tragen. Auch ein GmbH-Gesellschafter, der in Höhe von 10,1% am Stammkapital beteiligt ist, kann seine Vorstellungen nicht in der Gesellschafterversammlung durchsetzen. Er ist grundsätzlich weder in der Lage, positiv über Geschäftsführungsmaßnahmen oder Grundlagengeschäfte

³¹⁰ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 538 ff.

³¹¹ Die vertragliche Beschränkung der Gewinnbeteiligung verstößt nicht gegen § 231 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB. Ein „Ausschluss“ von der Gewinnbeteiligung liegt nur dann vor, wenn der stille Gesellschafter von jeglicher Gewinnbeteiligung am Handelsgewerbe ausgeschlossen ist, vgl. *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, § 231 Rn. 24.

zu bestimmen, noch die Beschlüsse der übrigen Gesellschafter zu verhindern. Das gilt erst recht für einen Aktionär, der bei Maßnahmen der Geschäftsführung regelmäßig überhaupt nicht mitbestimmen kann. Nimmt man das Kleinbeteiligtenprivileg als Schwellenwert im Sinne der von *Servatius* vertretenen These ernst, müssten die Kredite stiller Gesellschafter bereits ab einem deutlich geringeren Maß an Einfluss erfasst sein. Zu verlangen, dass der stille Gesellschafter seine Vorstellung in der kollektiven Willensbildung durchsetzen können muss, geht zu weit.

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

(1) Auffassung von *Krolop*

Nach der These von *Krolop* ist zukünftig die Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken der für den personellen Anwendungsbereich maßgebliche Anknüpfungspunkt. Hierzu führt *Krolop* wörtlich aus:

*„Vor dem Hintergrund, dass nunmehr primär die wirtschaftliche Beteiligung maßgeblich ist, leuchtet nicht ein, warum eine Rückstufung nur in Betracht kommen soll, wenn der Stille maßgeblich auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen kann, während beim GmbH-Gesellschafter bereits eine Beteiligung von mehr als 10% ausreicht“.*³¹²

Entscheidend für die Erfassung der Kredite von stillen Gesellschaftern soll die Annäherung ihrer Stellung an eine Mitunternehmerschaft im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG sein. Unter Rückgriff auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs leitet *Krolop* daraus folgende Voraussetzungen ab: Die typische Mitunternehmerschaft kennzeichne sich dadurch, dass der Stille nicht nur an Gewinn und Verlust, sondern auch an den stillen Reserven beteiligt sei. In diesem Fall begründeten bereits die Informations- und Kontrollrechte der gesetzestypischen stillen Gesellschaft ein für die Mitunternehmerschaft ausreichendes Maß an Mitunternehmerinitiative. Bei Ausschluss der Verlustbeteiligung scheidet eine Mitunternehmerschaft hingegen grundsätzlich aus.³¹³ Ohne sie liege kein Risikokapital vor und die Interessenlage sei eher vergleichbar mit einem Fremdkapitalgeber. Partizipiere der

³¹² *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 401 f.

³¹³ Das ist mit Blick auf die Rechtsprechung des BFH nicht zutreffend: Eine besonders ausgeprägte Initiativbefugnis kann auch in diesem Fall zur Mitunternehmerschaft führen, vgl. Urteil v. 7. November 2006 – VIII R 5/04, BFH/NV 2007, 906 ff.

stille Gesellschafter an Gewinn und Verlust, aber nicht an den stillen Reserven und dem Unternehmenswert, dann komme eine Mitunternehmerschaft trotzdem in Betracht, wenn ein „Mehr“ an Unternehmerinitiative bestehe. Dafür sei es ausreichend, wenn der Stille über Informations- und Kontrollrechte verfüge, die mit denen eines Kommanditisten vergleichbar sind.³¹⁴ Zudem dürfe die Beteiligung mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg quantitativ nicht unbedeutend sein (Nominalwert über 10% des Stammkapitals).³¹⁵

(2) Stellungnahme

Nach Ansicht des Verfassers überzeugt die Anlehnung an die einkommensteuerliche Mitunternehmerschaft nicht. Würde dem neuen Recht tatsächlich ausschließlich die Überlegung zugrunde liegen, der Gesellschafter dürfe nicht auf Kosten der Drittgläubiger „spekulieren“, dann kann es weder auf den Umfang der Beteiligung an Ertrag und Vermögen noch auf eine Verlustbeteiligung oder Einfluss- und Herrschaftsrechte des stillen Gesellschafters ankommen. Bereits die gesetzliche Beteiligung des Stillen am betrieblichen Gewinn der Gesellschaft ist ausreichend, um durch die Kreditfinanzierung in der Sanierungssituation eine „Verschiebung“ der Chancen und Risiken zu Lasten der Gläubiger herbeizuführen. Der Stille „erkauft“ sich mit dem Darlehen die Chance an Gewinnen der Gesellschaft teilzuhaben, möglicherweise sogar ohne dafür das eigentlich fällige Haftkapital zur Verfügung zu stellen. In diesem Fall betreibt der Stille erst recht ein Spiel zu Lasten der Drittgläubiger. Das Ausmaß an Herrschaftsmacht gegenüber der Gesellschaft ist demgegenüber unbedeutend.³¹⁶

d) Ergebnis

Im Eigenkapitalersatzrecht drohte die Umqualifizierung zusätzlicher Kredite stiller Gesellschaftern immer dann, wenn kumulativ eine gesellschaftergleiche Vermögensbeteiligung sowie besondere, über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Informations-, Kontroll- und Herrschaftsrechte vereinbart wurden. Als „Schwellenwert“ wurde dabei auf das

³¹⁴ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 402. Die angegebene Fundstelle BFH, Urteil v. 15. Dezember 1998 – VIII R 62/97, GmbHR 1999, 422 ff. trägt diese Aussage allerdings nicht. Mitunternehmerschaft liegt nach dem BFH in diesem Fall nur dann vor, wenn neben einem hohen Mitunternehmerisiko in Bezug auf das laufende Betriebsergebnis eine besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative besteht. Für letztere ist es wiederum ausreichend - aber auch erforderlich -, dass der stille Gesellschafter gemeinschaftlich mit einem anderen an der Geschäftsführung der Gesellschaft ganz oder teilweise mitwirken kann. Insgesamt muss er aber wie ein Unternehmer das Schicksal des Unternehmens beeinflussen können. Die Informations- und Kontrollrechte des Kommanditisten reichen hierfür gerade nicht aus, vgl. BFH, Urteil v. 16. Dezember 2003 – VIII R 6/93, GmbHR 2004, 973 ff.; ähnlich *Reiß*, in: Kirchhof, EStG, § 15 Rn. 189; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 20 Rn. 20.63.

³¹⁵ *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 402.

³¹⁶ Vgl. oben II. Nr. 2 b) ee).

Widerspruchsrecht des Kommanditisten gemäß § 164 Satz 1 Halbsatz 2 HBG abgestellt. Im Einzelfall sollte wohl auch umfangreicher Einfluss auf die Geschäftsführung ausreichend sein. In Anbetracht der sachlichen Erwägungen, die hinter der Finanzierungsfolgenverantwortung standen, vermochte diese Rechtsprechung nur bedingt zu überzeugen.

Im neuen Recht richten sich die Voraussetzungen für die Erfassung der Kredite stiller Gesellschafter nach der These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung. Nach Ansicht von *Huber / Habersack* ist auf dieser Grundlage die nachrangige Befriedigung der Kredite von stillen Gesellschaftern nur dann geboten, wenn sie gesellschaftergleich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind. Gemeint ist damit insbesondere eine Beteiligung an den stillen Reserven sowie am Anlagevermögen der Gesellschaft. Informations-, Kontroll- und Herrschaftsrechte spielen hingegen keine Rolle mehr. Im überwiegenden Teil der Fälle führt dieser Ansatz zu einer restriktiveren Erfassung der Kredite stiller Gesellschafter. Allerdings hat die These von *Huber / Habersack* auch eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs zur Folge: Im Gegensatz zur früheren Rechtslage wären auch die Kredite von Stillen erfasst, die „gesellschaftergleich“ am Vermögen der Gesellschaft partizipieren, im Übrigen aber nur die gesetzlichen Auskunfts- und Kontrollrechte haben. Nach hier vertretener Ansicht ist für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung jedoch bereits die gesetzliche Beteiligung des stillen Gesellschafters am betrieblichen Gewinn ausreichend. Das Darlehen des gesetzestypischen stillen Gesellschafters dürfte danach bereits in den Anwendungsbereich des neuen Rechts fallen.

Ein völlig anderes Ergebnis hat die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter zur Folge. Nach dieser ist zukünftig allein die Möglichkeit von Bedeutung, auf den internen Willensbildungsprozess der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Das wiederum soll der Fall sein, wenn der Stille unmittelbar oder mittelbar über die Durchführung von bestimmten Maßnahmen der Geschäftsführung oder bestimmter Grundlagengeschäfte bestimmen kann. Dem im Kleinbeteiligtenprivileg verankerten Schwellenwert werden diese weitgehenden Anforderungen aber nicht gerecht.

Nach der These von *Krolop* soll es zukünftig vorrangig darauf ankommen, ob der stille Gesellschafter sowohl an Gewinn und Vermögen als auch am Verlustrisiko der Gesellschaft beteiligt ist. Maßgeblicher Orientierungspunkt soll der Typusbegriff der „Mitunternehmenshaftung“ nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG sein. Die von *Krolop* gezogenen Schlussfolge-

rungen überzeugen nach Ansicht des Verfassers jedoch nicht. Vielmehr dürfte auch nach dem von ihm vertretenen Ansatz die gesetzliche Gewinnbeteiligung bereits ausreichend sein, ohne dass es einer zusätzlichen Vermögensbeteiligung, einer Verlustbeteiligung oder besonderer Einflussrechte bedarf.

3. Unterbeteiligung

a) Rechtliche Einordnung

Eine Unterbeteiligung liegt vor, wenn aufgrund des zwischen dem Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft (Hauptgesellschafter) und einem Dritten zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks geschlossenen Gesellschaftsvertrages der Dritte ohne Bildung von Gesellschaftsvermögen mit einer Einlage an dem Anteil des Hauptgesellschafters beteiligt ist und eine Gewinnbeteiligung erhält.³¹⁷ Der Unterbeteiligte ist demnach nur schuldrechtlich an dem Gesellschaftsanteil beteiligt. Dinglich wird der Gesellschaftsanteil weiterhin allein dem Hauptgesellschafter zugeordnet. Die Unterbeteiligung als solche ist nicht rechtsfähig. Sie unterfällt als Innengesellschaft grundsätzlich dem Regelungsregime der §§ 705 ff. BGB. Die §§ 230 ff. HGB kommen zusätzlich direkt oder analog zur Anwendung.³¹⁸ Der gemeinsame Zweck besteht im Halten und Nutzen der Hauptbeteiligung.

Die Gründe für die Wahl einer Unterbeteiligung sind vielfältig. Nicht selten geht es um die verdeckte Beteiligung eines Dritten bei fehlender Einwilligung der übrigen Mitgesellschafter zur Anteilsübertragung oder um die Beteiligung von im Rahmen qualifizierter Gesellschafternachfolge „weichenden Erben“ am Erfolg des Unternehmens zum Zweck der Vermeidung von Abfindungszahlungen.³¹⁹

Die wesentlichen Rechte und Pflichten zwischen Hauptgesellschafter und Unterbeteiligtem stellen sich wie folgt dar: Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung über die Gewinnbeteiligung, dann gilt nach h. M. § 231 Abs. 1 HGB (analog).³²⁰ Der Unterbeteiligte partizipiert am ausgeschütteten betrieblichen Gewinn. Da es sich wirtschaftlich um die Teilung der Hauptbeteiligung handelt, stehen ihm aber typischerweise - aufgrund zusätzlicher vertrag-

³¹⁷ *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.1; ähnlich *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, § 230 Rn. 192 und *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo zum BGB, Bd. 5, vor § 705 Rn. 92.

³¹⁸ *K. Schmidt*, in: MüKo zum HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 204.

³¹⁹ *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo zum BGB, Bd. 5, Vor. § 705 Rn. 93.

³²⁰ *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo zum BGB, Bd. 5, Vor. § 705 Rn. 98 mit weiteren Nachweisen; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.52.

licher Vereinbarung - auch die anteiligen stillen Reserven zu.³²¹ An diesen wie am übrigen Geschäftswert ist er regelmäßig durch einen entsprechenden Liquidations- oder Abfindungserlös beteiligt.³²² Soweit der Unterbeteiligte eine Einlage erbringt, ist diese üblicherweise dem Risiko von betrieblichen Verlusten ausgesetzt. Das Recht zur Geschäftsführung steht grundsätzlich dem Hauptgesellschafter zu.³²³ Der Unterbeteiligte hat gegenüber dem Hauptgesellschafter grundsätzlich allein den Informationsanspruch nach § 233 Abs. 1 HGB.³²⁴ Möglich sind aber weitergehende vertragliche Vereinbarungen. Dem Unterbeteiligten können insbesondere Mitwirkungsrechte in Bezug auf die Ausübung der Rechte aus der Hauptbeteiligung - bspw. des Stimmrechts - eingeräumt werden. In Betracht kommen Zustimmungsvorbehalte oder Weisungsrechte.³²⁵ Das Verhältnis des Hauptgesellschafter zur Gesellschaft bleibt davon unberührt. Die Vertragsfreiheit wird begrenzt durch die zwingenden Grundsätze, die für die Mitgliedschaft in der Hauptgesellschaft gelten.³²⁶ Unabhängig von vertraglichen Regelungen steht dem Unterbeteiligten im Einzelfall bei Grundlagengeschäften innerhalb der Hauptgesellschaft gegenüber dem Hauptgesellschafter ein Mitspracherecht zu. Das soll regelmäßig dann der Fall sein, wenn die veränderte Grundlage Einfluss auf den Inhalt des Unterbeteiligungsvertrages hat, wie zum Beispiel bei einer Veränderung der Gewinnverteilung.³²⁷

b) Eigenkapitalersatzrecht

Der BGH hatte keine Gelegenheit über die Frage zu entscheiden, ob - und wenn ja unter welchen Voraussetzungen - der Unterbeteiligte Finanzierungsfolgenverantwortung trug. Die Literatur hielt dies grundsätzlich für möglich.³²⁸ Voraussetzung sollte sein, dass die Kontroll- und Mitwirkungsrechte einem Gesellschafter vergleichbar ausgestaltet waren.³²⁹ Soweit der Unterbeteiligte - wie üblich - gesellschaftergleich am Ertrag sowie am Vermö-

³²¹ *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. I, § 230 Rn. 99; *von Gerkan/Mock*, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, § 232 Rn. 15; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.53.

³²² *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 208.

³²³ *Gayk*, in: MünchHdbGesR I, § 30 Rn. 29; *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. I, § 230 Rn. 94; *Zutt*, in: Staub (Hrsg.), HGB, Bd. 2, § 230 Rn. 113; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.43.

³²⁴ Str., vgl. *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.48 mit weiteren Nachweisen.

³²⁵ *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. I, § 230 Rn. 95; *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 237; *von Gerkan/Mock*, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, § 230 Rn. 117.

³²⁶ *Gayk*, in: MünchHdbGesR I, § 30 Rn. 31; *Gehrlein*, in: E/B/J/S, HGB, Bd. I, § 230 Rn. 94; *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, Bd. 3, § 230 Rn. 237; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.46.

³²⁷ *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, § 30 Rn. 30.46.

³²⁸ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a Rn. 181 mit weiteren Nachweisen; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 154; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, §§ 32 a, b Rn. 126.

³²⁹ *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, §§ 32 a, b Rn. 126.

gen der Gesellschaft beteiligt war, dürfte die Möglichkeit, über den Hauptgesellschafter wie ein Kommanditist Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen, ausreichend gewesen sein.

c) Recht der Gesellschafterdarlehen

aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

Soweit ersichtlich, haben sich *Huber / Habersack* nicht näher mit der Rechtsfigur des Unterbeteiligten auseinandergesetzt. Nach ihrer Ansicht ist es grundsätzlich erforderlich, dass der gesellschaftsfremde Dritte gesellschaftergleich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist und mit seiner Beteiligung ein unternehmerisches Interesse verfolgt. Der „gesetzestypische“ Unterbeteiligte erfüllt diese Voraussetzungen nicht, da er nur an dem auf den Geschäftsanteil entfallenden betrieblichen Gewinn partizipiert. Anders müsste es sich verhalten, wenn dem Unterbeteiligten - wie regelmäßig - hinsichtlich des Ertrags und des Vermögens der Gesellschaft eine dem Hauptgesellschafter entsprechende Beteiligung eingeräumt wird. Es ist erforderlich, dass der Unterbeteiligte am gesamten auf den Geschäftsanteil entfallenden Ertrag, insbesondere auch den aufgedeckten stillen Reserven sowie der vom Betrieb unabhängigen Wertentwicklung des Anlagevermögens, partizipiert. Im Innenverhältnis zum Hauptgesellschafter dürfte für den Fall der Liquidation der Gesellschaft, der Veräußerung des Geschäftsanteils oder der Auflösung der Unterbeteiligung eine der Quote entsprechende Beteiligung am gesamten Erlös bzw. Wert des Geschäftsanteils erforderlich sein. Nur dann partizipiert der Unterbeteiligte wie ein Gesellschafter vollumfänglich an der „Substanz“ der Gesellschaft. Für die Annahme einer „wirtschaftlichen Einheit“ dürfte es des Weiteren erforderlich sein, dass eine Einlage - soweit erbracht - auch für anfallende Verluste haftet.

Wie bereits im Zusammenhang mit der stillen Gesellschaft ausgeführt, liegt ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung nach Ansicht des Verfassers bereits dann vor, wenn lediglich eine Beteiligung am betrieblichen Ertrag besteht. Bei der Unterbeteiligung spielt dieser Aspekt aber kaum eine Rolle, da der Unterbeteiligte üblicherweise gesellschaftergleich an Ertrag und Vermögen beteiligt ist.

Besondere Fragen wirft in diesem Zusammenhang das Kleinbeteiligtenprivileg auf: In Hinblick auf den Unterbeteiligten dürfte es kaum genügen, allein auf den Umfang der Beteiligung des Hauptgesellschafters abzustellen. Das Wesensmerkmal der Unterbeteiligung

besteht gerade darin, dass sowohl Hauptgesellschafter als auch Unterbeteiligter an dem Geschäftsanteil gemeinsam wirtschaftlich partizipieren. Der Unterbeteiligte ist - anders als bspw. der Treugeber - nur teilweise an dem Geschäftsanteil beteiligt. Kommt es für das neue Recht aber entscheidend auf die Vermögensbeteiligung an, dann ist in der Konsequenz zu verlangen, dass die nominelle Beteiligungshöhe des Unterbeteiligten an dem Geschäftsanteil oberhalb der Kleinbeteiligterschwelle liegt. Es dürfte hingegen nicht ausreichen, wenn allein die Hauptbeteiligung die Schwelle überschreitet.

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

Zu einem anderen Ergebnis führt die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter. Der Kredit des Unterbeteiligten dürfte nach diesem Ansatz nur dann dem neuen Recht unterfallen, wenn ihm gegenüber dem Hauptgesellschafter besondere Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der aus dem Geschäftsanteil erwachsenden Verwaltungsrechte zustehen. Allein die „gesetzlichen“ Informations- und Kontrollrechte des Unterbeteiligten und das besondere Mitspracherecht im Fall unterbeteiligungswirksamer Grundlagengeschäfte reichen für ein widersprüchliches Verhalten in diesem Sinne wohl nicht aus. Sie ermöglichen dem Unterbeteiligten keinen hinreichenden (mittelbaren) Einfluss auf den internen Willensbildungsprozess der Gesellschaft. Allein dadurch ist der Unterbeteiligte nicht in der Lage das Insolvenzrisiko zu steuern. Der Kredit des Unterbeteiligten dürfte nach der These von *Servatius* nur dann der nachrangigen Befriedigung unterfallen, wenn er die Ausübung der Stimmrechte des Hauptgesellschafters mittels Weisungs-, Zustimmung- oder Widerspruchsrecht in erheblichem Umfang steuern kann. Mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg müsste es in diesem Fall jedoch ausreichen, wenn allein dem Hauptgesellschafter mehr als 10% am Stammkapital zustehen. Hinsichtlich der Möglichkeit, auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, steht der Unterbeteiligte in diesem Fall kaum anders, als der unmittelbar an der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter. Beide nehmen über die aus den Geschäftsanteilen resultierenden Stimmrechte Einfluss auf die Gesellschaft.

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

Nach der Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken müsste es für die Erfassung des Darlehens eines Unterbeteiligten entscheidend darauf ankommen, ob dieser die entsprechenden Anforderungen an einen Mitunternehmer nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG erfüllt. Der Unterbeteiligte an dem Anteil einer Personengesellschaft ist

Mitunternehmer, wenn er über den Gesellschaftsanteil mittelbar an Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt ist, sowie an dem Geschäftswert der Gesellschaft und den im Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven partizipiert.³³⁰ Für die Mitunternehmerinitiative genügen in diesem Fall Kontrollrechte entsprechend einem typischen stillen Gesellschafter (§ 233 HGB).³³¹ Der „gesetzstypische“ Unterbeteiligte an einem Geschäftsanteil dürfte demnach nicht die für einen Mitunternehmer üblichen Voraussetzungen erfüllen. Nach den Ausführungen von *Krolop* zur stillen Gesellschaft müsste der Kredit des Unterbeteiligten hingegen auch dann erfasst sein, wenn er lediglich am betrieblichen Gewinn und Verlust beteiligt ist, ihm aber über den Hauptgesellschafter einem Kommanditisten vergleichbare Einflussrechte zustehen.³³²

Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte nach diesem Begründungsansatz weder besonderer Einfluss noch eine Verlustbeteiligung erforderlich sein. Bereits die mittelbare Beteiligung am betrieblichen Gewinn ist ausreichend, um eine Verschiebung der Chancen und Risiken zu Lasten der Drittgläubiger anzunehmen. Da der Schwerpunkt auf der Vermögensbeteiligung liegt, darf der Nominalwert der Unterbeteiligung nicht 10% oder weniger des Stammkapitals der Gesellschaft betragen.

d) Ergebnis

Die Rechtslage hinsichtlich der eigenkapitalersatzrechtlichen Erfassung der Kredite von Unterbeteiligten ist bis zum Inkrafttreten des MoMiG nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Die Nähe zur stillen Gesellschaft erlaubt es aber, sich an der diesbezüglichen Rechtsprechung zu orientieren.

Hinsichtlich der Einbeziehung von Unterbeteiligten in den Adressatenkreis des Rechts der Gesellschafterdarlehen kommt es maßgeblich darauf an, welche Legitimationsgrundlage dem neuen Recht zugrunde liegt. Die regelmäßig vereinbarte umfassende vermögensmäßige Beteiligung am Geschäftsanteil muss sowohl nach der überzeugenden Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung als auch nach der Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken dazu führen, dass zusätzliche Kredite des

³³⁰ *Wacker*, in: Schmidt, EStG, § 15 Rn. 369.

³³¹ *Wacker*, in: Schmidt, EStG, § 15 Rn. 369 mit weiteren Nachweisen.

³³² Wie bereits dargelegt, entspricht das nicht der Rechtsprechung des BFH, vgl. oben Nr. 2 c) cc). Die Annahme einer „ausgeprägten Mitunternehmerinitiative“ verlangt in diesem Fall vielmehr die zusätzliche vertragliche Vereinbarung von umfassenden Weisungsrechten gegenüber dem Hauptgesellschafter hinsichtlich der Ausübung der Stimmrechte.

Unterbeteiligten an die Gesellschaft dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen. Weil nach beiden Ansätzen die Beteiligung an Ertrag und Vermögen ausschlaggebend ist, muss in Hinblick auf das Kleinbeteiligtenprivileg der Nominalwert der Unterbeteiligung über 10% des Stammkapitals der Gesellschaft betragen. Nach der Theorie von *Servatius* kommt eine Sonderbehandlung der Darlehen von Unterbeteiligten hingegen nur in Betracht, wenn ein vollumfassendes Weisungsrecht oder ein Zustimmungsvorbehalt bzw. ein Widerspruchsrecht hinsichtlich der Stimmrechte des Hauptgesellschafters vereinbart wird. In diesem Fall dürfte es ausreichen, wenn allein die Beteiligung des Hauptgesellschafters nicht unter das Kleinbeteiligtenprivileg fällt.

4. Nießbrauch

a) Rechtliche Einordnung

Der Nießbrauch ist ein dingliches Recht, das dem Berechtigten nach § 1030 Abs. 1 BGB das Recht einräumt, die Nutzungen der Sache bzw. des Rechts zu ziehen, an dem es bestellt wird. In der Praxis wird der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil häufig als Gestaltungsmittel gewählt, wenn die Erbfolge vorweggenommen werden soll. Der Nießbrauch kann als sogenannter „Vorbehaltsnießbrauch“ ausgestaltet sein. In dieser Konstellation wird das Eigentum am Gesellschaftsanteil bereits vor dem Tod des Erblassers auf den künftigen Erben übertragen. Zur wirtschaftlichen Absicherung behält sich der künftige Erblasser den Nießbrauch an dem Gesellschaftsanteil vor. Als „Zuwendungsnießbrauch“ wird hingegen der Fall bezeichnet, dass dem künftigen Erben des Gesellschaftsanteils vor Eintritt des Todesfalles ein Nießbrauchsrecht bestellt wird. Das Vollrecht erwirbt der Erbe hingegen erst im Wege der Universalsukzession mit Eintritt des Todesfalls.³³³

Die Bestellung des Nießbrauchs erfolgt gemäß §§ 1069 Abs. 1 BGB i.V.m. 15 Abs. 3 und 5 GmbHG durch notariell beurkundeten Vertrag.³³⁴ Die dem Nießbraucher am Geschäftsanteil nach §§ 1068 Abs. 2 i.V.m. 1030 Abs. 1 BGB zustehenden Nutzungen³³⁵ sind die entnahmefähigen, von der Gesellschaft ausgeschütteten Gewinne.³³⁶ Dazu zählen auch während der Zeit des Bestehens des Nießbrauchsrechts gebildete stille Reserven und in die Rücklagen eingestellte Gewinne, sofern sie in diesem Zeitraum wieder aufgelöst wer-

³³³ Dazu *Pohlmann*, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1068 Rn. 20 mit weiteren Nachweisen. Zum „Versorgungsnießbrauch“ und zum „Sicherungsnießbrauch“ vgl. Kruse, RNotZ 2002, 69, 70.

³³⁴ Vgl. nur *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 15 Rn. 101 mit weiteren Nachweisen.

³³⁵ Ohne praktische Relevanz und daher an dieser Stelle nicht klärungsbedürftig ist die Frage, ob es sich bei dem ausgeschütteten Gewinn um eine „Rechtsfrucht“ nach § 99 Abs. 2 BGB oder um einen „Gebrauchsvorteil“ nach § 100 Alt. 2 BGB handelt.

³³⁶ Vgl. nur *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 56.

den.³³⁷ Ansonsten partizipiert der Nießbraucher an diesen nicht.³³⁸ Der Nießbrauch setzt sich an Surrogaten des Gesellschaftsanteils - wie z. B. der Forderung auf die Liquidationsquote oder der Abfindung bei anderweitigem Ausscheiden - fort.³³⁹ Das Surrogat selbst steht dem Nießbraucher hingegen nicht zu.³⁴⁰ Verluste treffen den Nießbraucher im Verhältnis zum Gesellschafter nur mittelbar. Sie mindern die Ausschüttungen.³⁴¹ Eine weitergehende Pflicht zum Ausgleich von verlorenem Kapital besteht mangels gesetzlicher Grundlage weder im Innenverhältnis gegenüber dem Gesellschafter noch unmittelbar gegenüber der Gesellschaft.

Die Verwaltungsrechte stehen allein dem Gesellschafter zu. Dies gilt nach der umstrittenen, wohl h. M. in Rechtsprechung³⁴² und Literatur³⁴³, auch für das Stimmrecht. Eine andere Ansicht im Schrifttum³⁴⁴ und der BFH³⁴⁵ gehen hingegen davon aus, dass es für die Zuständigkeit hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts maßgeblich auf den Gegenstand der Beschlussfassung ankommen soll (sog. „Aufspaltungslösung“). Handelt es sich um eine laufende Angelegenheit der Gesellschaft, soll der Nießbrauchsberechtigte stimmberechtigt sein. Bei außergewöhnlichen Maßnahmen und Grundlagenentscheidungen soll hingegen der Gesellschafter das Stimmrecht ausüben. Der BGH selbst hat diese Frage bisher ausdrücklich offen gelassen.³⁴⁶ Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe für die wohl h. M., auch wenn sich dies nicht aus dem sog. „Abspaltungsverbot“ herleiten lässt. Nach dem Abspaltungsverbot ist es unzulässig, einzelne Mitgliedschaftsrechte von der Mitglied-

³³⁷ H. Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 214; Winter/Löbbe, in: U/H/W, Bd. I, § 15 Rn. 173, jeweils mit weiteren Nachweisen. A. A. noch BFH, Urteil v. 28. Januar 1992 – VIII R 207/85, GmbHR 1992, 472, 473 f.; Urteil v. 1. März 1994 – VIII R 35/92, NJW 1995, 1918, 1919.

³³⁸ A. A. Schön, ZHR 158 (1994), 229, 242 ff., der von einem nachträglichen Ausgleichsanspruch des ehemaligen Nießbrauchers gegen den von der nachträglichen Auflösung begünstigten Gesellschafter ausgeht.

³³⁹ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 15 Rn. 54; H. Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 215.

³⁴⁰ Str., so wie hier OLG Bremen, Urteil v. 20. April 1970 – 1 U 2/70, WM 1970, 1206 f.; Winter/Löbbe, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 174; a. A. Schön, ZHR 158 (1994), 229, 246 f.

³⁴¹ Pohlmann, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1068 Rn. 67 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; differenzierend nach der im Einzelfall bestehenden „unternehmerischen Verantwortung“ des Nießbrauchers hingegen Schön, ZHR 158 (1994), 229, 247 f.

³⁴² OLG Koblenz, Urteil v. 16. Januar 1992 – 6 U 963/91, NJW 1992, 2163, 2164.

³⁴³ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 57; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 15 Rn. 102; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, 20. Auflage, GmbHG, § 15 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen; Pohlmann, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1068 Rn. 27; H. Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 217; Reichert/Schlitt/Düll, GmbHR 1998, 565, 567 mit weiteren Nachweisen.

³⁴⁴ Ulmer/Schäfer, in: MüKo zum BGB, Bd. 5, § 705 Rn. 99.

³⁴⁵ BFH, Urteil v. 1. März 1994 – VIII R 35/92, DB 1994, 2423 ff. zu einem GbR-Anteil: Der Nießbraucher erlange ein das Mitwirkungsrecht des Gesellschafters ausschließendes eigenes Stimmrecht bei Beschlüssen der Gesellschafter über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft und die zur Sicherung seines Fruchtziehungsrechts notwendigen Kontroll- und Informationsrechte. Des Weiteren werde dem Nießbrauchsberechtigten die Zuständigkeit für bestimmte Kernbereiche - wie z. B. das Verbot zur Änderung der Gewinnbeteiligung - belassen.

³⁴⁶ BGH, Urteil v. 9. November 1998 – II ZR 213/97, NJW 1999, 591, 592.

schaft selbst zu trennen und sie gesondert zu übertragen.³⁴⁷ Demnach ist das Stimmrecht nicht losgelöst von der Mitgliedschaft übertragbar. Darum geht es vorliegend aber nicht. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass es bei der Belastung eines Geschäftsanteils mit einem Nießbrauchsrecht rechtstechnisch allein um die Frage geht, ob das Nießbrauchsrecht das Stimmrecht mitumfasst.³⁴⁸ Die dingliche Abspaltung des Stimmrechts von den übrigen Mitgliedschaftsrechten steht nicht in Frage.³⁴⁹

Für die h. M. spricht aber, dass es keine gesetzliche Regelung gibt, nach der dem Nießbraucher - zumindest partiell - die Ausübung der Stimmrechte des Gesellschafters zustehen würde. Das Stimmrecht ist keine „Nutzung“ des Geschäftsanteils gemäß §§ 1068 Abs. 2 i. V. m. 1030 Abs. 1 BGB. Des Weiteren ist eine analoge Anwendung von § 1066 Abs. 1 BGB über den Verweis in § 1068 Abs. 2 BGB nicht möglich. Gemäß § 1066 Abs. 1 BGB übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, wenn der Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Nießbrauch an einem Geschäftsanteil fehlt es jedoch sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke, als auch an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte.³⁵⁰ Gegen eine unbeabsichtigte Regelungslücke spricht bereits die Existenz von § 1066 Abs. 1 BGB selbst. Aus ihr lässt sich der Rückschluss ziehen, dass dem Gesetzgeber die Problematik hinsichtlich der Verwaltungsrechte bei Gemeinschaften bzw. Gesellschaften bewusst war. In diesem Bewusstsein hat er die Ausübung der Verwaltungsrechte durch den Nießbraucher auf den Fall der Miteigentümergeinschaft beschränkt. Zudem handelt es sich um zwei grundsätzlich verschiedene Sachverhalte. Das OVG Koblenz hat zu diesem Aspekt ausgeführt:

„Die von GmbH-Gesellschaftern in Angelegenheiten der Gesellschaft unbeschadet in der Satzung verankerter zusätzlicher Kompetenzen allein schon aufgrund ihrer gesetzlichen Beschlusszuständigkeit zu treffenden Entscheidungen können in ihrer Bedeutung und Tragweite über das individuelle finanzielle Interesse des einzelnen Gesellschafters weit hinaus gehen und Auswirkungen auf die körperschaftlichen

³⁴⁷ Vgl. nur BGH, Urteil v. 25. Februar 1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 268; Urteil v. 4. Dezember 1967 – II ZR 91/65, NJW 1968, 396, 397; Urteil v. 7. November 1986 – II ZR 96/86, NJW 1987, 780.

³⁴⁸ *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, § 15 Rn. 202; *Winter/Löbbe*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 179.

³⁴⁹ So wohl auch der BGH in seinem Beschluss vom 3. Juli 1989 – II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 199.

³⁵⁰ Zu den Voraussetzungen der analogen Anwendung einer Vorschrift vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202 ff.

*Grundlagen des Gesellschaftsanteils selbst haben. Anders als bei einer Gemeinschaft von Miteigentümern geht es hier nicht nur um die ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung der Sache, deren Nutzungen wie bei einem Nießbrauch im Vordergrund des gemeinschaftlichen Interesses stehen. Würde beim Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil das Stimmrecht als originäres Recht dem Nießbraucher zugestanden, würde dies die Gefahr in sich bergen, dass bei den Entscheidungen der Gesellschafterversammlung zum Nachteil der GmbH ein ertragsorientiertes oder von Gleichgültigkeit bestimmtes Interesse den Ausschlag gibt.*³⁵¹

Dem ist zuzustimmen. Die Mitgliedschaft in einer GmbH ist weder hinsichtlich ihrer rechtlichen Konstruktion noch ihrer wirtschaftlichen Funktion mit der Gemeinschaft nach Bruchteilen vergleichbar. Erstere findet ihre Grundlage im Zusammenschluss mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecks, während sich letztere auf das „Halten und Verwalten“ einer bestimmten Sache beschränkt.

b) Eigenkapitalersatzrecht

aa) Rechtsprechung und Literatur

Der BGH hat sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen konkreten Voraussetzungen der Kredit eines Nießbrauchsberechtigten den eigenkapitalersatzrechtlichen Vorschriften unterfiel.³⁵² Die führenden Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur hielten es grundsätzlich für möglich, dass das Darlehen eines Nießbrauchsberechtigten vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst wurde.³⁵³ Nicht abschließend geklärt war hingegen die Frage, welche Voraussetzungen hierfür im Einzelfall erfüllt sein mussten. So wurde teilweise vertreten, dass das Darlehen eines Nießbrauchsberechtigten im Regelfall stets einzu beziehen war.³⁵⁴ Die wohl h. M. in der Literatur nahm eine gesellschaftergleiche Stellung des Nießbrauchsberechtigten hingegen nur dann an, wenn zu seinen Gunsten die Ausübung zusätzlicher gesellschafterähnlicher Kontroll- und Einflussrechte vereinbart wurde und der

³⁵¹ OLG Koblenz, Urteil v. 16. Januar 1992 – 6 U 963/91, NJW 1992, 2163, 2164.

³⁵² Vgl. aber BGH, Beschluss v. 5. April 2011 – II ZR 173/10, WM 2011, 1371, wonach der Frage des „Ob“ der Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf den Nießbrauch am Geschäftsanteil keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zukomme, da insoweit Einigkeit in der rechtswissenschaftlichen Literatur herrsche.

³⁵³ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a Rn. 182 f.; *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 152; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 152; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, § 32 a, b Rn. 126; *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.33; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 191.

³⁵⁴ *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, §§ 32 a, b Rn. 126; so wohl auch *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 3. Auflage, § 32a Rn. 33.

Nießbrauch nicht nur für eine kurze Zeitspanne bestand.³⁵⁵ Dagegen hielt *Altmeppen* eine eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung nur dann für erforderlich, wenn der Gesellschafter, der den Nießbrauch bestellt hatte, den Gesellschaftsanteil für Rechnung des Nießbrauchers hielt oder der Kredit wirtschaftlich gesehen aus dem Vermögen des Bestellers stammte.³⁵⁶

Gute Gründe sprechen dafür, dass der BGH eine der h. M. in der Literatur vergleichbare Auffassung vertreten hätte. Dieser Befund stützt sich auf die Kriterien, die der BGH im Zusammenhang mit Darlehen stiller Gesellschafter entwickelte. Geht man davon aus, dass der Nießbrauchsberechtigte weder zur Ausübung der Stimmrechte berechtigt ist, noch sonst in der Lage ist, auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, dann dürfte eine Umqualifizierung seines Darlehens nach Ansicht der BGH kaum möglich gewesen sein. Nach Auffassung des BGH sollte ein dem Gesellschafter vergleichbares Maß an Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft unverzichtbare Voraussetzung für die eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung der Kredite Dritter sein. Verbleiben die Stimmrechte vollständig bei dem Gesellschafter, ist diese Voraussetzung bei Nießbrauchsberechtigten nicht erfüllt. Allerdings wäre der BGH vor diesem Hintergrund wohl zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt, wenn er mit der „Aufspaltungslösung“ ein Recht des Nießbrauchsberechtigten zur (partiellen) Ausübung der Stimmrechte angenommen hätte. In diesem Fall wäre es dem Inhaber des Nießbrauchs möglich, in erheblichem Umfang auf die Geschäftsführung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Im Eigenkapitalersatzrecht dürfte es somit aus Sicht des BGH für die Umqualifizierung der Kredite von Nießbrauchsberechtigten maßgeblich gewesen sein, wie er die Berechtigung zur Ausübung der Stimmrechte beurteilt hätte.

Ausgehend von der Annahme, dass sich der BGH der „Aufspaltungslösung“ nicht angeschlossen hätte, stellt sich die Frage, ab wann zusätzliche vertragliche Vereinbarungen mit dem Hauptgesellschafter eine gesellschaftergleiche Stellung des Nießbrauchsberechtigten begründet hätten. Als Orientierungshilfe ist erneut auf die Rechtsprechung des BGH zum stillen Gesellschafter zurückzugreifen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Nießbrauchsberechtigte hinsichtlich seiner Vermögensbeteiligung der Stellung eines unmittelbaren Ge-

³⁵⁵ *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 54; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 397; *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.33; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 191.

³⁵⁶ *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 32a Rn. 183.

sellschafters zumindest vergleichbar ist. Daher ist die Annahme gerechtfertigt, dass bereits einem Kommanditisten vergleichbare Herrschafts- und Einflussrechte für eine gesellschaftergleiche Stellung ausgereicht hätten.

c) Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Ansicht konnte die Möglichkeit der Nießbrauchsberechtigten, die Stimmrechte (teilweise) auszuüben, für die Erfassung seines Darlehens durch das Eigenkapitalersatzrecht hingegen keine Rolle spielen. Seine Beteiligung an Ertrag und Vermögen der Gesellschaft musste ausreichen, um die gläubigerschützenden Erwägungen des Eigenkapitalersatzrechts auch ihm gegenüber geltend zu machen.³⁵⁷

d) Recht der Gesellschafterdarlehen

aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

(1) Auffassung von *Huber / Habersack*

Den Ausführungen von *Huber / Habersack* lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob ihrer Meinung nach dem gesetzestypischen Nießbrauchsberechtigten bei einer Kreditfinanzierung der Gesellschaft der Vorwurf eines Missbrauchs der Haftungsbeschränkung zu machen ist.³⁵⁸ Es gibt Anhaltspunkte, die dagegen sprechen. Voraussetzung hierfür wäre - nach *Huber / Habersack* - eine gesellschaftergleiche Beteiligung am Vermögen der finanzierten Gesellschaft. Im Fall der Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil sollen Gesellschafter und Dritter eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden müssen.³⁵⁹ Daran dürfte es beim typischen Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil fehlen: Dem Nießbrauchsberechtigten steht zwar der von der Gesellschaft auf den Anteil ausgeschüttete Gewinn zu. Anders als der Gesellschafter ist er jedoch nicht in vollem Umfang an den stillen Reserven und am sonstigen Vermögen der Gesellschaft beteiligt. Die ihm zustehenden Nutzungen sind auf die Beträge beschränkt, die tatsächlich zur Ausschüttung kommen. Überdies haftet der Nießbrauchsberechtigte weder im Außen- noch im Innenverhältnis für entstandene Verluste. Nach *Huber / Habersack* dürfte eine gesellschaftergleiche Stellung nur in Betracht kommen, wenn durch zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarungen eine entsprechende Vermögensbeteiligung hergestellt wird.

³⁵⁷ Vgl. oben Nr. 2 b) ee).

³⁵⁸ In ZIP 2007, 2145, 2148 hält *Habersack* die Anwendbarkeit auf Darlehen von Nießbrauchern „gegebenenfalls“ für möglich. An anderer Stelle führt *Habersack* aus, die Vorschriften über Gesellschafterdarlehen ließen sich nach wie vor auf den Nießbraucher zur Anwendung bringen, vgl. ZIP 2008, 2385, 2388.

³⁵⁹ *Habersack*, ZIP 2008, 2385, 2389.

(2) Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht reicht es für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung aus, wenn der Dritte wie ein Gesellschafter am Ertrag der Gesellschaft partizipiert.³⁶⁰ Bereits dann macht sich der Dritte das Prinzip der Haftungsbeschränkung zunutze. Das wird besonders deutlich, wenn der Dritte seine Beteiligung am Ertrag - so wie der Nießbrauchs-berechtigte - vom Gesellschaftsanteil ableitet. Der Nießbrauchs-berechtigte hat die Chance, einen theoretisch unbegrenzten Gewinn zu erzielen. Unter Umständen partizipiert er sogar an den stillen Reserven. Auf der anderen Seite droht ihm allein eine Entwertung seines Nießbrauchsrechts durch den vollständigen Verlust des dem Gesellschaftsanteil zugrunde liegenden Haftkapitals. Ein vom Nießbrauchs-berechtigten gewährtes Darlehen unterscheidet sich demnach hinsichtlich der dadurch bewirkten Risikoverlagerung im Sinne der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung nicht von einem Darlehen des Gesellschafters. Es schmälert die Haftungsmasse für die Drittgläubiger und erhöht seine Chancen auf eine Beteiligung am Ertrag. Nach der überzeugenden These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung sollte demnach bereits das Darlehen des gesetzestypischen Nießbrauchs-berechtigten dem neuen Recht unterfallen.

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

Nach der These von *Servatius* dürfte es entscheidend darauf ankommen, welcher Ansicht hinsichtlich der Berechtigung zur Ausübung der Stimmrechte der Vorzug gegeben wird. Lehnt man mit der wohl h. M. die teilweise Berechtigung zur Ausübung der Stimmrechte ab, dann ist dem Nießbrauchs-berechtigten mangels Einfluss auf die Unternehmensleitung in der Insolvenz der Gesellschaft nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens zu machen. Allein die vertragliche Einräumung von Weisungs-, Zustimmung- oder Widerspruchsrechten gegenüber dem Hauptgesellschafter oder gegenüber der Gesellschaft könnte zu einer Verstrickung seiner Kredite führen. Zu einem anderen Ergebnis dürfte die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten hingegen mit der „Aufspaltungslösung“ gelangen. Nach dieser soll dem Nießbrauchs-berechtigten das Stimmrecht in allen laufenden, „nutzungsbezogenen“ Angelegenheiten zustehen. Zu diesen Angelegenheiten zählen sämtliche, auch außergewöhnliche, Geschäftsführungsmaßnahmen.³⁶¹ Eine derart weitreichende Einbeziehung in den unternehmensinternen Willensbildungsprozess legt den Schluss nahe,

³⁶⁰ Vgl. oben Nr. 2 c) aa) (2).

³⁶¹ *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo zum BGB, Bd. 5, § 705 Rn. 101.

dass die „non-adjusting creditors“ in Hinblick auf das Insolvenzrisiko auf das verantwortungsbewusste Handeln des Nießbrauchsberechtigten vertrauen.

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

Nach *Krolop* knüpft das neue Recht maßgeblich an die Herbeiführung einer „Schiefelage“ von Chancen und Risiken durch die sanierungsbedingte Kreditfinanzierung an. Voraussetzung für die Umqualifizierung des Kredits eines Dritten soll sein, dass dieser Mitunternehmer i. S. v. § 15 EStG ist. Der typische Nießbrauchsberechtigte ist jedoch aufgrund des geringen Unternehmerrisikos nur Mitunternehmer, wenn man der „Aufspaltungslösung“ folgt.³⁶²

e) Ergebnis

Das Eigenkapitalersatzrecht fand nach der h. M. in der Literatur nur dann auf den Kredit eines Nießbrauchsberechtigten Anwendung, wenn dieser wie ein Gesellschafter Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen konnte. Es ist davon auszugehen, dass sich der BGH dieser Ansicht angeschlossen hätte. Entgegen der „Aufspaltungslösung“ sprechen gute Gründe dafür, dass der Nießbrauchsberechtigte nicht ipso jure partiell zur Ausübung der Stimmrechte berechtigt ist. Die Umqualifizierung des Darlehens eines Nießbrauchsberechtigten setzte demnach eine zusätzliche Vereinbarung zwischen dem Nießbrauchsberechtigten und dem Inhaber des Geschäftsanteils voraus. Nach hier vertretener Ansicht trug jedoch bereits der typische Nießbrauchsberechtigte Finanzierungsfolgenverantwortung.

Der gleiche Befund ergibt sich im neuen Recht, wenn man der überzeugenden These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung folgt. Nach Ansicht des Verfassers macht sich der Nießbrauchsberechtigte auch ohne weitergehende Vereinbarung die Haftungsbeschränkung missbräuchlich zunutze, wenn er der Gesellschaft ein Darlehen gewährt. Nach Meinung von *Huber / Habersack* sowie *Servatius* und auch *Krolop* dürfte eine Erfassung des Kredits des Nießbrauchsberechtigten zukünftig hingegen nur nach der „Aufspaltungslösung“ oder im Fall zusätzlicher Vereinbarungen möglich sein.

³⁶² *Bode*, in: Blümich, EStG, § 15 Rn. 364 f. mit weiteren Nachweisen.

5. „Pfandgläubiger“

a) Rechtliche Einordnung

Unter dem Begriff „Pfandgläubiger“ firmieren Kreditgeber der Gesellschaft, deren Forderungen durch ein Pfandrecht an einem oder mehreren Gesellschaftsanteilen gesichert sind. Der gesetzliche Rahmen für Pfandrechte an Gesellschaftsanteilen ergibt sich aus den §§ 1273 ff. BGB.³⁶³ Nach der herrschenden Meinung erhält der „Pfandgläubiger“ gemäß §§ 1204, 1273 BGB allein das Recht, sich aus dem Gesellschaftsanteil zu befriedigen.³⁶⁴ Die rechtliche Stellung des Gesellschafters wird durch die Pfandrechtsbestellung hingegen nicht berührt.³⁶⁵ Trotz der Verpfändung des Gesellschaftsanteils bleibt er weiterhin alleiniger Inhaber sämtlicher Verwaltungs- und Vermögensrechte. Insbesondere folgt aus der Pfandrechtsbestellung nach der herrschenden Lehre keine Einschränkung der Möglichkeit von den Stimmrechten Gebrauch zu machen, selbst wenn ihre Ausübung zur Beseitigung des Geschäftsanteils führt, bspw. bei Auflösung der Gesellschaft.³⁶⁶ § 1276 Abs. 1 Satz 1 BGB soll auf dieses Ergebnis keinen Einfluss haben. Nach der Vorschrift kann ein verpfändetes Recht nur mit der Zustimmung des Pfandrechtsinhabers aufgehoben werden. Die Regelung soll aber nicht für die Folgen korporativer Willensbildung gelten.³⁶⁷ Möglich sind zusätzliche schuldrechtliche Abreden über die Ausübung des Stimmrechts durch den Gesellschafter oder die Ausübung des Stimmrechts durch den Pfandrechtsinhaber als Bevollmächtigten.³⁶⁸

³⁶³ Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen für die Bestellung eines Pfandrechts an einem GmbH-Anteil: *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, § 15 Rn. 220 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 15 Rn. 48 f.; *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 173 ff.; *Reymann*, DNotZ 2005, 425, 426 ff.

³⁶⁴ *Damrau*, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1274 Rn. 56 mit weiteren Nachweisen auch zur anderen Ansicht; *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, § 15 Rn. 234; *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 178; a. A. *Roth*, ZGR 2000, 187, 219.

³⁶⁵ *Damrau*, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1274 Rn. 60; *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, § 15 Rn. 223; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 15 Rn. 50; *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 178; *Winter/Löbbe*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 159.

³⁶⁶ Str., so wie hier *Damrau*, in: MüKo zum BGB, Bd. 6, § 1274 Rn. 60; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 15 Rn. 50; *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 178, 190 ff. mit weiteren Nachweisen; a. A. *Roth*, ZGR 2000, 187, 220 mit weiteren Nachweisen zur herrschenden Meinung.

³⁶⁷ So *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, § 15 Rn. 227 und *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 191 ff.; differenzierend *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 15 Rn. 59.

³⁶⁸ *H. Winter/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 179; *Winter/Löbbe*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. I, § 15 Rn. 163.

b) Eigenkapitalersatzrecht

Der BGH beschäftigte sich in der sogenannten „Pfandgläubiger“-Entscheidung³⁶⁹ mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen das durch ein Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil abgesicherte Darlehen dem Regelungsregime des Eigenkapitalersatzrechts unterfiel. Diese für die Auslegung von § 32a Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GmbHG a. F. durch den BGH richtungsweisende Entscheidung wird im Folgenden ausführlicher betrachtet.

aa) Die „Pfandgläubiger“-Entscheidung

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Schuldnerin, eine GmbH & Co KG, hatte die gesamtschuldnerische Mithaftung gegenüber der beklagten Bank für Kreditverbindlichkeiten einer zur Unternehmensgruppe gehörenden Gesellschaft übernommen. Nach dem Rahmenvertrag hatte sie dann Zahlung zu leisten, wenn ihre Steuerbilanz einen Gewinn für das vorangegangene Geschäftsjahr aufwies. Zur Sicherung des Anspruchs verpfändeten die Kommanditisten ihre Kommanditanteile einschließlich der Gewinnbezugsrechte zugunsten der Beklagten. In dem Rahmenvertrag und weiteren Nebenabreden wurden der beklagten Bank zusätzliche Sicherungsinstrumente an die Hand gegeben. Danach waren u. a. die Schuldnerin und ihre Gesellschafter verpflichtet, vor wichtigen Entscheidungen und Vereinbarungen, welche die Gesellschaft und das Gesellschaftsverhältnis betrafen, die Zustimmung der Beklagten einzuholen. Das betraf bspw. den Abschluss und die Änderung von Verträgen zwischen der KG und ihren Gesellschaftern, die Fassung von Gewinnverwendungsbeschlüssen, Änderungen des Gesellschaftsvertrages sowie Änderungen der Rechtsform einschließlich der Verschmelzung oder Einbringung der Gesellschaftsanteile in eine andere Gesellschaft. Die Bank ließ sich des Weiteren von den Kommanditisten deren bestehenden und zukünftigen Ansprüche auf Auszahlung und Entnahme eines Gewinns, auf den Abfindungsanspruch in allen Fällen des Austritts und auf Auszahlung des Liquidationsüberschusses im Falle der Auflösung der Gesellschaft sowie auf Zahlung eines Kaufpreises im Falle der Veräußerung der Geschäftsanteile zur Sicherheit abtreten. Zur Vermeidung der sofortigen Kreditkündigung stimmte der Geschäftsführer der Komplementärin zudem dem Einsatz einer von der Beklagten beauftragten Unternehmensberatung zu. Unter faktischer Verdrängung der bisherigen Geschäftsführung übernahmen deren Mitarbeiter die Leitung der Geschäfte. Kurze Zeit später verpflichtete sich die Schuldnerin, einen von der Unternehmensberatung ausgesuchten neuen Geschäftsführer zu berufen und einen Beirat mit Aufsichtsratsfunktion zu bestellen. Kurz vor dem Antrag auf Insolvenzer-

³⁶⁹ BGH, Urteil v. 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 ff.

öffnung flossen erhebliche Mittel von der Schuldnerin an die Beklagte. Der klagende Insolvenzverwalter verlangte die Rückzahlung dieser Beträge.

Der BGH gab der Klage statt.³⁷⁰ Einleitend stellte er fest, dass der (Kredit-) Gläubiger allein durch die „typische“ Verpfändung eines Gesellschaftsanteils grundsätzlich nicht zum Normadressaten des § 32a Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GmbHG a. F. werde. Er begründete dies mit dem fehlenden Übergang von Mitgliedschaftsrechten im Fall der Pfandrechtsbestellung. Anders sollte es sich verhalten, wenn dem Gläubiger durch weitergehende Nebenabreden eine Position eingeräumt würde, die nach ihrer konkreten Ausgestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis der Stellung eines Gesellschafters gleich oder doch jedenfalls nahe komme. Insbesondere im Fall ähnlich weitreichender Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die sonstige Gestaltung der Gesellschaft sollte auch ein solcher „atypischer“ Pfandrechtsinhaber Finanzierungsfolgenverantwortung für die Gesellschaft tragen. Ausdrücklich keine Relevanz maß er hingegen dem Umstand bei, dass der „Pfandgläubiger“ durch die Einräumung der gesellschaftergleichen Stellung keine unternehmerischen, sondern allein Sicherungsinteressen verfolgte.³⁷¹

Nach Auffassung des BGH trug die beklagte Bank Finanzierungsfolgenverantwortung. Durch die zusätzliche Verpfändung der Gewinnbezugsrechte und die Abtretung sämtlicher bestehender oder zukünftiger vermögenswerter Rechte sei die Beklagte mittelbar am Unternehmen der Gesamtschuldnerin beteiligt gewesen. Überdies sei die Mithaftung der Schuldnerin eigenkapitalartig ausgestaltet gewesen. Während für eine Fremdfinanzierung eine gewinnunabhängige Verzinsung typisch sei, gewähre Eigenkapital in der Regel Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös. Vor diesem Hintergrund sollte die am Bilanzgewinn orientierte Ausgestaltung der Leistungspflicht eher auf eine Qualifikation als Eigenkapital hindeuten.³⁷² Ausschlaggebend für die Qualifikation des Darlehens als Eigenkapitalersatz waren letztlich die rechtlichen und tatsächlichen Einflussmöglichkeiten, die die Bank auf die Unternehmensführung der Schuldnerin hatte. In diesem Zusammenhang bezog sich der BGH zum einen auf den umfangreichen Zustimmungsvorbehalt. Zum anderen ging er davon aus, dass die Unternehmensberatung faktisch im Interesse der Beklagten die Geschäftsführung der KG übernommen hatte.

³⁷⁰ Beide Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, vgl. OLG Hamm, Urteil v. 14. Februar 1991 – 27 U 103/90, ZIP 1991, 531; LG Hagen, Urteil v. 29. März 1990 – 21 O 171/88, ZIP 1990, 728.

³⁷¹ BGH, Urteil v. 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 195 f.

³⁷² BGH, Urteil v. 13. Juli 1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 196 f.

bb) Stellungnahme

Die Entscheidung bedeutete im Ergebnis eine erhebliche Ausweitung des Adressatenkreises über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus. Der Entscheidung lag eine Verschiebung der maßgeblichen Kriterien für die Qualifizierung als gesellschaftergleicher Dritter im Eigenkapitalersatzrecht zugrunde. Die Finanzierungsfolgenverantwortung von Nicht-Gesellschaftern sollte offenbar nicht mehr von einer Beteiligung an Ertrag und Verlust der Gesellschaft abhängig sein. Vielmehr sollte nach Ansicht des BGH bereits eine Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft in Form eines Pfandrechts am Gesellschaftsanteil zur Sicherung des betragsmäßig festen Zins- und Tilgungsanspruchs ausreichen. Maßgebliches Kriterium des BGH für die Annahme einer gesellschaftergleichen Stellung im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts waren allein die (schuld-) rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten des Kreditgebers, Einfluss auf die Geschäftsführung sowie die Grundlagenentscheidungen der Schuldnerin zu nehmen. Diese Tendenz hatte sich bereits in der Rechtsprechung zur eigenkapitalersatzrechtlichen Behandlung der Kredite von stillen Gesellschaftern angedeutet.³⁷³

Die Hinweise des BGH auf die „mittelbare Beteiligung“ der Bank an der Schuldnerin und die eigenkapitalähnliche Ausgestaltung ihrer Forderung sind kaum nachvollziehbar. Weder die zusätzliche Verpfändung der Gewinnbezugsrechte noch die Sicherungsabtretungen führten zu einer eigenkapitaltypischen Beteiligung am Vermögen der Schuldnerin. Die Bank kam durch sie lediglich in den Genuss zusätzlicher Sicherheiten für ihre Kreditforderung in Form eines Pfandrechts sowie der dinglichen Inhaberschaft der abgetretenen Ansprüche. Kraft Gesetz bzw. kraft vertraglicher Vereinbarung war die Bank aber nur bei Eintritt des Sicherungsfalles und nur in Höhe ihrer festen Tilgungs- und Zinsforderungen zur Befriedigung aus diesen Sicherheiten berechtigt. Eine für Eigenkapital typische variable Beteiligung an Gewinn und Verlust der Gesellschaft resultierte daraus gerade nicht. Der unternehmerische Erfolg der Schuldnerin hatte ausschließlich Bedeutung für die Werthaltigkeit der Sicherheiten. Auch die Tatsache, dass die Haftung der Schuldnerin mit ihrem Bilanzgewinn verknüpft war, ändert diesen Befund nicht. Aus der Vereinbarung folgte lediglich eine „Deckelung“ der Haftung der Schuldnerin für die der Höhe nach feststehenden Zins- und Tilgungsansprüche. Die „Pfandgläubiger“-Entscheidung ließ sich kaum mit den sachlichen Erwägungsgründen erklären, die hinter der Finanzierungsfolgenverantwortung standen. Insbesondere ein „Spekulieren“ auf Kosten der Drittgläubiger in der Krise

³⁷³ Vgl. oben Nr. 2 b) dd).

der Gesellschaft war der beklagten Bank mangels einer „echten“ Gewinnbeteiligung nicht möglich. Die Bank war am Sanierungserfolg der Gesellschaft nicht beteiligt. Daran änderte weder das Pfandrecht an den Gesellschaftsanteilen etwas, noch die sicherheitshalbe Abtretung der verschiedenen vermögensrechtlichen Ansprüche oder die „Deckelung“ der Haftung der Schuldnerin durch die Höhe des bilanziellen Gewinns.

Die Entscheidung zeigte erneut, dass die Art und Weise der Vermögensbeteiligung des Kreditgebers an der Gesellschaft, entgegen den Ausführungen des BGH, so gut wie keine Rolle spielte. Entscheidend war allein ein hinreichendes Maß an rechtlicher oder tatsächlicher Herrschaftsmacht in der kreditnehmenden Gesellschaft. Insgesamt spiegelten die Entscheidungsgründe die unklare dogmatische Verankerung des Eigenkapitalersatzrechts deutlich wider.

c) Recht der Gesellschafterdarlehen

aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

Legt man § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. mit Hilfe der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung aus, ist die Erfassung der Kredite von „Pfandgläubigern“ im neuen Recht unter keinen Umständen möglich. Weder bei „typischer“ noch im Fall „atypisch“ vertraglicher Ausgestaltung des Pfandrechts - wie bspw. im dargelegten Sachverhalt - ist dem Gläubiger der Vorwurf des Missbrauchs der Haftungsbeschränkung zu machen. Er ist nicht „gesellschaftergleich“ an Ertrag und Vermögen der Gesellschaft beteiligt, sondern auf einen festen Zins- und Tilgungsanspruch beschränkt. *Habersack* führt zutreffend aus, dem „Pfandgläubiger“ gehe es darum, die zu seinen Lasten wirkende Haftungsbeschränkung durch die Einräumung von Befriedigungs- und Kontrollrechten zu überwinden und nicht diese zu seinen Gunsten missbräuchlich auszunutzen.³⁷⁴ Der „Pfandgläubiger“ verfolgt ausschließlich das Ziel, die Rückzahlung seines festen Zins- und Tilgungsanspruches zu sichern.³⁷⁵

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

Zu einem anderen Ergebnis muss hingegen die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter gelangen. Die Art und Weise der Vermögensbeteiligung des Kreditge-

³⁷⁴ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 45; *ders.*, in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.24; *ders.*, ZIP 2007, 2145, 2148 f.

³⁷⁵ Selbst nach der Ansicht, die analog § 1289 Satz 1 BGB die Gewinnansprüche der Gesellschafter als vom Pfandrecht mitumfasst ansieht, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Sie dienen allein der Sicherung und Befriedigung des festen Zins- und Tilgungsanspruchs.

bers spielt nach dieser Ansicht keine Rolle. Hinreichender Einfluss auf den unternehmensinternen Willensbildungsprozess soll für die Anwendung des neuen Rechts ausreichend sein. Der mittels Pfandrecht am Gesellschaftsanteil abgesicherte Kredit könnte nach diesem Ansatz dem neuen Recht unterfallen. Das Darlehen des „typischen“ Pfandrechtsinhabers dürfte jedoch, mangels Möglichkeit Einfluss auf die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft zu nehmen, nicht betroffen sein. Anders stellt sich die Situation bei entsprechend weitreichenden zusätzlichen Abreden dar. Ausreichen dürfte es in jedem Fall, wenn dem „Pfandgläubiger“ Zustimmungsvorbehalte bzw. Widerspruchs- oder Weisungsrechte gegenüber dem Gesellschafter oder gar eine Vollmacht zur Ausübung seiner Stimmrechte eingeräumt werden.³⁷⁶

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

Auch nach der Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken dürfte das Darlehen eines Pfandrechtsinhabers unter keinen Umständen Gegenstand des neuen Rechts sein.³⁷⁷ Nach diesem Ansatz ist zumindest eine gesellschafterähnliche Beteiligung am betrieblichen Gewinn und Verlust der Gesellschaft erforderlich. Nur in diesem Fall partizipiert der Betroffene an den Chancen und Risiken des Unternehmens. Der Kreditgeber ist jedoch - auch wenn ihm zur Sicherheit ein entsprechendes Pfandrecht am Gesellschaftsanteil bestellt wird - letztendlich auf einen festen Zins- und Tilgungsanspruch beschränkt. Allein der Umfang seiner Sicherheiten hängt vom wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft ab. Etwaige Sicherungsabtretungen von Gewinn-, Liquidations-, und Abfindungsansprüchen ändern diesen Befund ebenso wenig, wie eine Verknüpfung der Haftung mit dem Bilanzgewinn.

d) Ergebnis

Nach der Rechtsprechung des BGH unterfiel das Darlehen eines Kreditgebers, dem zur Sicherheit ein Pfandrecht an einem oder mehreren Gesellschaftsanteilen bestellt wurde, grundsätzlich nicht dem Eigenkapitalersatzrecht. Etwas anderes sollte nach der „Pfandgläubiger“-Entscheidung gelten, wenn dem Inhaber des Pfandrechts umfangreiche rechtliche und tatsächliche Möglichkeiten zur Kontrolle und Einflussnahme auf die schuldnerische Gesellschaft zustanden. Die „Pfandgläubiger“-Entscheidung bedeutete eine erhebliche Ausweitung des Adressatenkreises des Eigenkapitalersatzrechts über den Gesellschafter

³⁷⁶ Vgl. oben §3 B. IV. Nr. 7 b).

³⁷⁷ *Krolow*, GmbHR 397, 400.

hinaus. Auf eine unmittelbare Beteiligung des Dritten an Gewinn und Verlust des Unternehmens der Gesellschaft sollte es offenbar nicht mehr ankommen.

Nach den zum neuen Recht vertretenen, gegenüber der bisherigen Rechtslage abweichenden, Legitimationsgrundlagen kommt die Erfassung des Kredits eines „Pfandgläubigers“ allein nach dem Ansatz von *Servatius* in Betracht. Voraussetzung für eine Verstrickung sind allerdings zusätzliche rechtliche oder tatsächliche Möglichkeiten, Einfluss auf den gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess zu nehmen. Nach der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung und nach der Theorie der Beteiligung der Gesellschafter an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken ist eine letztrangige Befriedigung des „Pfandgläubigers“ im neuen Recht unter keinen Umständen möglich.

6. Kreditgeber mit schuldrechtlichen Einflussmöglichkeiten

a) Rechtliche Einordnung

In dieser Fallgruppe geht es um Kreditgeber, die allein aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können. Gewerbliche Kreditgeber, bspw. Kreditinstitute und Versicherungen, lassen sich in der Regel durch sogenannte „Covenants“ schuldrechtliche Herrschafts-, Kontroll- und Informationsrechte gegenüber der Gesellschaft einräumen.³⁷⁸ In der Praxis kommen eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Klauseln zur Anwendung. Die individuelle Gestaltbarkeit im Einzelfall ist ein großer Vorteil gegenüber den „klassischen“ Kreditsicherungsinstrumenten.³⁷⁹ Grundlegend wird zwischen „Affirmative Covenants“, „Negative Covenants“ und „Financial Covenants“ unterschieden.³⁸⁰ Als „Affirmative Covenants“ werden Verpflichtungen des Kreditnehmers bezeichnet, bestimmte Ziele zu erreichen bzw. einzuhalten, wie bspw. die „Instandhaltung“ des Betriebsvermögens. „Negative Covenants“ untersagen dem Kreditnehmer die Vornahme bestimmter Handlungen ohne vorherige Zustimmung des Kreditgebers. „Disposal of Assets Covenants“ verbieten es z. B. dem Kreditnehmer ohne vorherige Zustimmung über Betriebsvermögen zu verfügen. „Negative Pledge Covenants“ machen die Besicherung von Forderungen Dritter von der vorheriger Zustimmung abhängig. „Financial Covenants“ verfolgen den Zweck, eine angemessene Liquidität und ein angemess-

³⁷⁸ Ausführlich hierzu *Drukarczyk*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 3 Rn. 18 ff.

³⁷⁹ *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 241.

³⁸⁰ Ausführlich dazu *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 39 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

senes Eigenkapital des Kreditnehmers sicherzustellen.³⁸¹ Die Parteien vereinbarten unter Bezugnahme auf betriebswirtschaftliche Kennzahlen bspw. die Pflicht zur Einbehaltung von Gewinnen.³⁸² Um in der Lage zu sein, die Bonität des Kreditnehmers laufend zu überwachen, werden „Reporting Covenants“ vereinbart. Diese verpflichten den Kreditnehmer, bestimmte Informationen über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens herauszugeben.³⁸³ Für den Fall eines „Breach of Covenants“ bestehen regelmäßig vertragliche Sanktionen wie bspw. sofortige Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches, Zinssatzanpassung oder die Bestellung weiterer Sicherheiten.³⁸⁴

b) Eigenkapitalersatzrecht

Im Eigenkapitalersatzrecht war es lange Zeit umstritten, ob den ausschließlich durch schuldrechtliche Einfluss- und Kontrollrechte gesicherten Kreditgeber im Einzelfall Finanzierungsfolgenverantwortung traf. Die „Pfandgläubiger“-Entscheidung legte jedenfalls die Vermutung nahe, dass allein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft ohne jegliche Beteiligung am Ertrag und Vermögen der Gesellschaft zu einer gesellschaftergleichen Stellung im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts führen konnte. Wesentlicher Grund für die eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung war nach Ansicht des BGH der rechtliche und tatsächliche Einfluss der Kreditgeberin auf die schuldnerische Gesellschaft. Die als eigenkapitalartig ausgestaltet bezeichnete Forderung war tatsächlich eine typische Darlehensforderung. Die Leistungspflicht wurde lediglich durch den bilanziellen Jahresgewinn der Schuldnerin gedeckelt.³⁸⁵ Vor diesem Hintergrund ging das LG Dortmund von der Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts ohne jegliche Ertrags- oder Vermögensbeteiligung des Kreditgebers aus. Es sollte ausreichen, wenn der Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss im Sinne des § 17 AktG auf die schuldnerische Gesellschaft nahm. Diese Voraussetzung war nach Ansicht der LG Dortmund erfüllt, wenn der Kreditgeber „weisungsrechtsähnlich“ bestimmenden Einfluss auf die gesamte Geschäftspolitik der Gesellschaft ausüben konnte.³⁸⁶

³⁸¹ *Roszbach*, in: K/W, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 11.113; dazu auch *Merkel*, in: S/B/L, Bankrechtshandbuch, Bd. 2, § 98 Rn. 255 f.;

³⁸² Ausführlich zum möglichen Inhalt von „Financial Covenants“ *Roszbach*, in: K/W, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 11.114 ff.

³⁸³ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 40 f.

³⁸⁴ *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 240; *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840, 843 f.

³⁸⁵ Vgl. oben Nr. 5 b) bb).

³⁸⁶ LG Dortmund, Beschluss v. 11. Juni 1985 – 9 T 274/85, ZIP 1986, 855, 857.

Diese Ansicht fand Unterstützung in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Verschiedene Autoren sprachen sich für die Möglichkeit einer Umqualifizierung der Kredite von ausschließlich durch schuldrechtliche Kontroll- und Einflussrechte gesicherte Darlehensgeber aus,³⁸⁷ wobei weder die Bestimmung des Gegenstandes der Einflussnahme - Geschäftsführungsmaßnahmen und / oder Grundlagenentscheidungen³⁸⁸ - noch das „schädliche“ Maß an Einfluss auf das Unternehmen zu praxistauglichen Kriterien verdichtet werden konnten.³⁸⁹ Dieses Ergebnis wurde auf „methodische, teleologische und präjudizielle Überlegungen“ gestützt.³⁹⁰ Während *Fleischer* konkret auf den Informationsvorsprung der Kreditgeber abstellte³⁹¹, sahen *Schwintowski / Dannischewski* den entscheidenden Grund für die Umqualifizierung darin, dass die Gläubiger mit Hilfe ihrer Herrschaftsmacht die Stellung des Insolvenzantrages hinauszögern oder gar ganz verhindern konnten und dadurch außenstehenden Dritten wider der Realität ein solventes Unternehmen suggerierten.³⁹² Nach Meinung von *Priester* sollte es hingegen entscheidend darauf ankommen, ob der Dritte genügend Einfluss auf die Gesellschaft hatte, um einen Liquidationsbeschluss durchsetzen zu können.³⁹³

Diesen Bestrebungen erteilte der BGH in einer jüngeren Entscheidung ohne weitere Begründung eine Absage:

³⁸⁷ *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 55; *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 319 ff.; *Priester*, in: FS Helmrich, 721, 729 ff.; *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840, 843 f.; *Tillmann*, DB 2006, 199, 200.

³⁸⁸ Allein auf letzteres stellt *K. Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 154 ab.

³⁸⁹ Zu den einzelnen „Kompensationsmöglichkeiten“ fehlender Vermögensbeteiligung ausführlich *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840, 842 ff. mit umfangreichen Nachweisen zu den divergierenden Ansichten. Zur Konkretisierung des im Einzelfall erforderlichen Maßes an Einfluss- und Herrschaftsmacht kam es wiederum entscheidend darauf an, wie die Erstreckung des personellen Anwendungsbereiches auf nicht am Vermögen beteiligte Kreditgeber begründet wurde.

³⁹⁰ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 317. Eine Mindermeinung in der Literatur wollte zur Qualifizierung der gesellschaftlerähnlichen Stellung auf das Vorliegen eines subjektiven Unternehmerinteresses, mithin auf den Willen zur unternehmerischen Betätigung, abstellen, vgl. *Hagemeister/Bültmann*, WM 1997, 549, 553 f.; *Hommelhoff*, WM 1984, 1105, 1115. In der „Pfandgläubiger“-Entscheidung stellte der BGH jedoch ausdrücklich fest, dass dem subjektiven Interesse des Kreditgebers für das Vorliegen von Finanzierungsverantwortung keine Bedeutung beizumessen war, vgl. oben Nr. 5 b) aa).

³⁹¹ *Fleischer*, ZIP 1998, 313, 317.

³⁹² *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840, 841.

³⁹³ *Priester*, in: FS Helmrich, 721, 731 f. Auch er stütze seine Argumentation auf die Finanzierungsfolgenverantwortung. Der BGH hatte in dem „Lagergrundstück II“ - Urteil v. 14. Dezember 1992 – II ZR 298/81, NJW 1993, 392, entschieden, dass ein schädliches „Stehenlassen“ nicht nur dann vorlag, wenn der Gesellschafter trotz rechtlicher Möglichkeit den Kredit zu Beginn der Krise nicht abzog. Vielmehr sollte eine Umqualifizierung auch dann erfolgen, wenn eine Kündigung des Vertrages nicht möglich war, der Gesellschafter aber wegen seiner Stimmenmacht in der Gesellschaft einen Liquidationsbeschluss hätte durchsetzen können, dies aber unterließ. Daraus zog *Priester* den Schluss, dass Liquidationsentscheidungs-macht immer auch Finanzierungsverantwortung bedeuten sollte.

„Eine nicht gesellschaftsrechtlich fundierte, sondern nur wirtschaftlich oder durch schuldrechtliche Verträge (mit Ausnahme von Treuhandverträgen) vermittelte Machtposition, wie sie z. B. auch der Hausbank einer GmbH zukommen kann, genügt nicht, um den Inhaber dieser Machtposition einem Gesellschafter gleichzustellen (...).“³⁹⁴

Ausweislich der in der Entscheidung zitierten Fundstellen beabsichtigte der BGH, sich der wohl herrschenden Meinung in der Literatur anzuschließen.³⁹⁵ Danach sollten schuldrechtliche Einfluss- und Herrschaftsrechte nicht ausreichend sein, um eine eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung von Darlehen zu begründen. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung Dritter auf einem Gleichlauf mit den Interessen der Gesellschafter beruhte. Konkret ging es darum, dass die Gesellschafter durch ihre Mitgliedschaft an einem möglichen Sanierungserfolg partizipierten.³⁹⁶

c) Stellungnahme

An dieser Stelle wird besonders deutlich, wie uneinheitlich die Finanzierungsfolgenverantwortung bzw. die einzelnen dahinter stehenden Begründungsansätze interpretiert wurden. Sowohl die Stimmen in der Literatur, die sich für eine Erweiterung des Adressatenkreises auf Kreditgeber mit ausschließlich schuldrechtlichen Einflussmöglichkeiten aussprachen, als auch die Gegenansicht beriefen sich auf die Finanzierungsfolgenverantwortung. Für die Auffassung der wohl herrschenden Meinung, der sich der BGH in seiner Entscheidung vom 06. April 2009 anschloss, sprach letztlich der Gedanke vom „Abwälzen des Finanzierungsrisikos“ auf die Gesellschaftsgläubiger. Dies ist nur möglich, soweit eine Beteiligung des Kreditgebers zumindest am Ertrag der Gesellschaft besteht.³⁹⁷ Mit diesem Aspekt der Finanzierungsfolgenverantwortung setzten sich die abweichenden Meinungen in der Literatur - soweit ersichtlich - nicht auseinander. Sie beschränkten sich auf andere zur Rechtfertigung der Finanzierungsfolgenverantwortung bemühte Begründungsansätze. Im Lichte der „Pfandgläubiger“-Entscheidung war diesen Ansichten aber zuzugestehen, dass offenbar auch der BGH nicht vom dem Erfordernis einer variablen Vermögensbeteiligung ausging.

³⁹⁴ BGH, Urteil v. 6. April 2009 – II ZR 277/07, DB 2009, 1454, 1456.

³⁹⁵ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32a/b Rn. 153; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 154; *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, § 32a, b Rn. 127; *Fleck*, in: FS Werner, 107, 126; *Früh*, GmbHR 1999, 842, 843; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 395 ff.; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 151; angedeutet von *Maier-Reimer*, in: FS Rowedder, 245, 267.

³⁹⁶ *Habersack*, ZGR 2000, 384, 396.

³⁹⁷ Vgl. oben § 3 A. III. Nr. 3.

Die Entscheidung des BGH vom 06. April 2009 war daher zu begrüßen. Sie schuf Rechtsicherheit hinsichtlich der eigenkapitalersatzrechtlichen Behandlung der Darlehen von Kreditgebern, die ausschließlich mittels schuldrechtlicher Vereinbarungen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen konnten. Bei genauer Betrachtung warf die Entscheidung aber mehr Fragen auf als sie beantwortete. Sie enthielt nämlich keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, ob eine Beteiligung an Ertrag und Vermögen für eine eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung erforderlich sein sollte. Der BGH setzte sich allein mit der rechtlichen Ausgestaltung der Machtposition auseinander. Nach den in dem Urteil zitierten Fundstellen bedurfte es jedoch sogar einer „der Beteiligung am Stammkapital vergleichbaren Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft“.³⁹⁸ Es ist unklar, ob sich der BGH durch den Verweis auf die Fundstelle dieser Ansicht anschließen wollte. Im Übrigen ist kaum nachvollziehbar, warum der BGH zwischen „gesellschaftsrechtlich fundierter“ Machtposition des Kreditgebers einerseits und rein schuldrechtlicher Herrschaftsmacht andererseits differenzierte. Welche Rolle die rechtliche Ausgestaltung der Machtposition im Zusammenhang mit der Finanzierungsfolgenverantwortung spielen sollte, erschließt sich nicht. In anderen Entscheidungen, bspw. im Zusammenhang mit stillen Gesellschaftern oder in der „Pfandgläubiger“-Entscheidung, stellte der BGH im Wege der Gesamtbetrachtung auch auf die schuldrechtlichen Widerspruchs- und Zustimmungsrechten sowie den rein tatsächlichen Einfluss ab.

d) Recht der Gesellschafterdarlehen

aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

Folgt man der überzeugenden Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung, dann sind die Forderungen von covenant-gesicherten Kreditgläubigern, unabhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung, unter keinen Umständen vom Recht der Gesellschafterdarlehen erfasst. Wie den „Pfandgläubigern“ kann auch ihnen nicht vorgeworfen werden, dass sie die Haftungsbeschränkung missbrauchen würden. Im Gegenteil versuchen auch sie sich mit Hilfe der Covenants vor den durch die Haftungsbeschränkung drohenden Haftungsausfällen zu schützen. Es fehlt ihnen an dem notwendigen gesellschaftergleichen Interesse, da sie allein ihren festen Zinsanspruch realisieren und die Rückzahlung der Valuta sicherstellen wollen.³⁹⁹

³⁹⁸ So *Habersack* in der in Bezug genommenen Fundstelle in U/H/W, GmbHG, Bd. II, §§ 32 a/b Rn. 153.

³⁹⁹ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 45.

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

Zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangt *Servatius* mit der von ihm vertretenen Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter. Nach seinem Ansatz können zukünftig die Forderungen covenant-gesicherter Darlehensgläubiger grundsätzlich § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. unterfallen. Für den Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens soll es ausschließlich auf die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Unternehmensführung ankommen. Gegenständlich könne sich diese auf jedwede rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Tätigkeit beziehen, die Auswirkungen auf das betreffende, von der Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen hat.⁴⁰⁰ Daraus zieht *Servatius* den Schluss, dass bereits solche „negative Covenants“ dem Kreditgeber ein ausreichendes Maß an Herrschaftsmacht verschaffen würden, die den Kreditnehmer bspw. verpflichten, Investitionen ab einer bestimmten Größenordnung oder die Inanspruchnahme von weiteren Kreditverbindlichkeiten, die Kreditvergabe oder Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder ähnlicher Verpflichtungen zu Gunsten Dritter sowie sonstige Geschäftsvorfälle, die die Vermögens-, Liquiditäts- oder Ertragslage wesentlich negativ berühren zu unterlassen oder nur mit Einverständnis des Kreditgebers vorzunehmen.⁴⁰¹ Des Weiteren sollen auch „Financial Covenants“ zu Lasten des Kreditgebers wirken, insbesondere wenn sie „Kapitalstrukturauflagen“, wie bspw. Vorgaben zur Eigenkapitalausstattung, Verschuldung, Ertrag oder Liquidität, enthalten.⁴⁰² „Affirmative Covenants“ hätten auf die Erfassung des Kreditgebers hingegen grundsätzlich keinen Einfluss. Etwas anderes gelte jedoch z. B. für eine Verpflichtung zur Beibehaltung aller für die Unternehmenstätigkeit notwendigen Lizenzen und Patente. Der Kreditgeber stehe in diesem Fall im Lager desjenigen, auf dessen verantwortungsbewusste unternehmerische Entscheidung die non-adjusting creditors bei typisierter Betrachtung vertrauen dürften, weil durch diese Klausel nicht lediglich die bestehende Rechtslage festgestellt, sondern in das Ermessen der Geschäftsführung eingegriffen werde.⁴⁰³

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

Reine Fremdkapitalgläubiger, denen ein fester, nicht variabler (Zins-)Anspruch zusteht, partizipieren nicht an den unternehmerischen Chancen und Risiken. Nach der Theorie der

⁴⁰⁰ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 528.

⁴⁰¹ Ausführlich *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 547.

⁴⁰² *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 547 f.

⁴⁰³ *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 545.

Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken können ihre Kredite mangels „Unternehmerrisiko“ nicht Gegenstand des Eigenkapitalersatzrechts sein. Schuldrechtlich vermittelte Möglichkeiten zur Einflussnahme haben auf diesen Befund keinen Einfluss.⁴⁰⁴

e) Ergebnis

Der Streit um die Behandlung der Kredite von Gläubigern, die allein schuldrechtlich auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nahmen, machte das Ausmaß an Unsicherheit hinsichtlich der Legitimationsgrundlage des Eigenkapitalersatzrechts besonders deutlich. Mit seiner Entscheidung vom 06. April 2009 schuf der BGH diesbezüglich nur auf den ersten Blick klare Verhältnisse. Die Urteilsbegründung ließ zahlreiche Fragen unbeantwortet bzw. warf neue Fragen auf. Insbesondere blieb unklar, ob eine Beteiligung des Kreditgebers an Vermögen oder Ertrag der Gesellschaft grundsätzlich für die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts erforderlich sein sollte. Dies legten zumindest die in dem Urteil zitierten Fundstellen nahe. Außerdem blieb offen, warum die Art und Weise der rechtlichen Ausgestaltung der Machtposition für die Finanzierungsverantwortung eine Rolle spielen sollte.

Die zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen vertretenen Theorien kommen zu unterschiedlichen, aber eindeutigen Ergebnissen. Nach der zustimmungswürdigen Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung sowie der Theorie von der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken scheidet die Erfassung der Darlehen von allein mit schuldrechtlichen Kontroll- und Einflussrechten ausgestatteten Kreditgebern zukünftig aus. Die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter führt hingegen zu einer weitreichenden Einbeziehung der Forderungen auch solcher Darlehensgeber.

7. Mehrstufige Unternehmensverbindungen

a) Rechtliche Einordnung

aa) Einführung

Aus unterschiedlichen Gründen werden einzelne, unabhängige Gesellschaften zu einem einheitlichen „Konzern“ verbunden. In Betracht kommt bspw. die Möglichkeit der Kostensenkung durch gemeinsame Warenbeschaffung, die Bündelung von Entscheidungskompe-

⁴⁰⁴ Krolow, GmbHR 2009, 397, 400.

tenzen bei einer Obergesellschaft oder die Diversifikation ökonomischer Risiken.⁴⁰⁵ Mehrstufige Unternehmensverbindungen liegen vor, wenn mindestens drei Gesellschaften beteiligt sind. Durch die Einbeziehung unabhängiger Gesellschaften in einen Unternehmensverbund entstehen vielschichtige Gefahren- und Interessenlagen. Der Gesetzgeber hat diese teilweise geregelt. Auf Seiten der einbezogenen Gesellschaft droht insbesondere den Minderheitsgesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern Gefahr durch abweichende Interessen der herrschenden Gesellschaft.⁴⁰⁶ Jedoch ist auch die beherrschende Gesellschaft unter bestimmten Umständen schutzbedürftig.⁴⁰⁷ Das Recht der verbundenen Unternehmen enthält zudem Organisationsrecht.⁴⁰⁸ Es ermöglicht bspw. der herrschenden Gesellschaft, abweichend vom Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG, Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen. Unternehmensverbindungen entstehen neben dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch den Abschluss von Unternehmensverträgen und durch aktienrechtliche Eingliederung.

bb) Verbundene Unternehmen

Allgemeine Bestimmungen zu Unternehmensverbindungen finden sich in den §§ 15 - 19 AktG. Sie definieren den Begriff „verbundene Unternehmen“.⁴⁰⁹ Aufgrund der rechtsformneutralen Formulierung finden die Vorschriften auch dann Anwendung, wenn keine Aktiengesellschaft beteiligt ist.⁴¹⁰ Verbundene Unternehmen sind im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen. Nach § 16 Abs. 1 AktG liegt Mehrheitsbeteiligung vor, wenn die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbstständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen gehört oder einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zusteht.⁴¹¹ Erfüllt die Beteiligung diese Voraussetzungen nicht, wird regelmäßig von einer „schlichten Beteiligung“ gesprochen. Verbundene Unternehmen sind des Weiteren abhängige und herrschende Unternehmen. Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbstständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar „herrschenden Einfluss“ ausüben kann (§ 17 Abs. 1 AktG). Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 AktG liegt

⁴⁰⁵ Saenger, Gesellschaftsrecht, § 28 Rn. 924 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁰⁶ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1 Rn. 25 ff.

⁴⁰⁷ Dazu Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1 Rn. 28.

⁴⁰⁸ Saenger, Gesellschaftsrecht, § 28 Rn. 928.

⁴⁰⁹ Zur umstrittenen Begrifflichkeit „Unternehmen“ vgl. Hüffer, AktG, § 15 Rn. 6.

⁴¹⁰ Bayer, in: MüKo zum AktG, Bd. 1, § 15 Rn. 13, 48; J. Vetter, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, Bd. I, § 15 Rn. 2.

⁴¹¹ Vgl. ausführlich dazu Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 Rn. 1 ff.

ein Konzern vor, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind.

cc) Unternehmensverträge

Im Mittelpunkt des Unternehmensvertragsrechts stehen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG). Durch einen Beherrschungsvertrag unterstellt eine Aktiengesellschaft die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen. Gemäß § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG ist das auf diese Weise herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der anderen Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Durch den Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich eine Gesellschaft, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen. Die Parteien eines Unternehmensvertrages sind gemäß § 15 AktG verbundene Unternehmen.

Sinn und Zweck der Vorschriften über Unternehmensverträge ist es primär, die aus derartigen Verträgen resultierenden Gefahren für bestimmte Personengruppen, bspw. für die Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft, abzuwehren. Das geschieht unter anderem durch die Verpflichtung zur Verlustübernahme durch die Obergesellschaft. § 302 Abs. 1 AktG bestimmt, dass bei Bestehen eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

Nach dem Wortlaut von § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG finden die Regeln über Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge nur Anwendung, wenn die Untergesellschaft die Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktie aufweist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴¹² und der wohl h. M.⁴¹³ in der Literatur finden diese Vorschriften unter Berücksichtigung der strukturellen Unterschiede analog auf die GmbH Anwendung.

⁴¹² BGH, Beschluss v. 30. Januar 1992 – II ZB 15/91, NJW 1992, 1452 ff.; Urteil v. 16. September 1985 – II ZR 275/84, NJW 1986, 188, 189 ff.; Urteil v. 11. November 1992 – II ZR 287/90, NJW 1992, 505, 506 f.; Urteil v. 11. Oktober 1999 – II ZR 120/98, NJW 2000, 210, 211; Urteil v. 10. Juli 2006 – II ZR 238/04, BGHZ 168, 285, 288.

⁴¹³ Vgl nur *Altmeppen*, in: MüKo zum AktG, Bd. 5, § 291 Rn. 17.

dd) Eingliederung

Die §§ 319 ff. AktG normieren Voraussetzungen und Rechtsfolgen der sogenannten „Eingliederung“ einer Aktiengesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft. Die eingegliederte Gesellschaft verliert ihre Rechtspersönlichkeit durch die Eingliederung nicht. Die Eingliederung ist ein Status zwischen schlichter Beherrschung und Verschmelzung.⁴¹⁴ Gemäß § 323 Abs. 1 Satz 1 AktG ist die Hauptgesellschaft berechtigt, dem Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Gemäß § 322 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG haftet die Hauptgesellschaft dafür von der Eingliederung an für die vor und nach diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft als Gesamtschuldner. Gemäß § 324 Abs. 3 AktG ist die Hauptgesellschaft außerdem verpflichtet, jeden bei der eingegliederten Gesellschaft sonst entstehenden Bilanzverlust auszugleichen, soweit dieser den Betrag der Kapitalrücklagen und der Gewinnrücklagen übersteigt.

b) Eigenkapitalersatzrecht

aa) Rechtsprechung

Für die eigenkapitalersatzrechtliche Beurteilung der Kredite im Bereich mehrstufiger Unternehmensverbindungen stellte der BGH von Anfang an auf die historische Entwicklung von § 32a GmbHG a. F. als maßgebliches Auslegungskriterium ab. Er löste damit sowohl Fälle „vertikaler“ Finanzierung⁴¹⁵ durch die Muttergesellschaft der Gesellschafterin (also die „Großmutter“ der kreditnehmenden Gesellschaft) als auch „horizontaler“ Finanzierung durch Tochter- oder Schwestergesellschaften der Gesellschafterin (also die „Schwester“ oder die „Tante“ der kreditnehmenden Gesellschaft). Die Grundlage für diese Rechtsprechung bildete der letztlich nicht inkraftgetretene Regierungsentwurf zur GmbHG-Novelle aus dem Jahre 1977. § 32a Abs. 6 GmbHG sollte danach wie folgt lauten:

„Forderungen, Sicherungen oder Bürgschaften eines mit einem Gesellschafter oder mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmens sowie eines Dritten, der für Rechnung des Gesellschafters oder eines mit ihm oder der Gesellschaft verbundenen Unternehmens handelt, steht den eigenen Forderungen, Sicherungen oder Bürgschaften eines Gesellschafters gleich. Ob ein Unternehmen im Sinne dieser Vor-

⁴¹⁴ Grunewald, in: MüKo zum AktG, Bd. 5, Vorbemerkung zu §§ 319 ff. Rn. 3.

⁴¹⁵ Die nachfolgende Untersuchung vertikaler Finanzierungen im Unternehmensverbund beschränkt sich auf dreistufige Verbindungen. Gemeint ist damit der Fall, dass zwischen der Kreditgeberin („Mutter“) und der Kreditnehmerin („Enkelin“) eine weitere Gesellschaft („Tochter“) steht.

*schrift ein mit einem Gesellschafter verbundenes Unternehmen ist, bestimmt sich nach den sinngemäß anzuwendenden §§ 15 bis 19 des Aktiengesetzes.*⁴¹⁶

Ausweislich der Stellungnahme des Rechtsausschusses sollte mit der Reduzierung auf die Gesetz gewordene Generalklausel keine Änderung der Rechtslage erfolgen. Die Notwendigkeit einer höheren tatbestandlichen Abstraktion wurde mit der fehlenden Übersichtlichkeit und einer nicht hinnehmbaren Einschränkung der Reaktionsmöglichkeiten der Rechtsprechung auf Gestaltungsvarianten der Praxis durch die kasuistischen Regelungen im Regierungsentwurf begründet. Die im Regierungsentwurf ausdrücklich geregelten Sachverhalte sollten von der Generalklausel jedenfalls umfasst sein.⁴¹⁷

Vor diesem Hintergrund war bis zum Inkrafttreten des MoMiG nicht abschließend geklärt, ob der Kredit eines mit dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens stets unter § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. fiel oder ob im Einzelfall andere Auslegungskriterien zu einer abweichenden Lösung führten. Eine andere Frage war, ob das Darlehen auch dann vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst werden konnte, wenn lediglich eine schlichte Beteiligung vorlag, die Voraussetzungen der §§ 15 ff. AktG mithin nicht erfüllt waren.

(1) Vertikale Finanzierung

Erstmals musste der 2. Zivilsenat des BGH in der „Sonnenring-Entscheidung“ über einen Sachverhalt entscheiden, in dem eine hundertprozentige Tochter (GmbH) der das Darlehen gewährenden Bank fast 95 % an der in die Krise geratenen schuldnerischen GmbH hielt.⁴¹⁸ Nach Auffassung des BGH waren die von der Bank gewährten Darlehen entsprechend §§ 30, 31 GmbHG a. F. wie Stammkapital zu behandeln. Die Bank könne dem Eigenkapitalersatzrecht durch das „Zwischenschalten“ einer hundertprozentigen Tochter nicht entgehen. Dies ergebe sich aus dem im Regierungsentwurf von 1977 zur GmbH-Novelle normierten Rechtsgedanken. Bei folgerichtiger Fortentwicklung der §§ 30, 31 GmbHG a. F. und der dazu ergangenen Rechtsprechung könne nichts anderes gelten.⁴¹⁹ Neben dem Gesichtspunkt der Umgehung stellte der BGH auf die gesellschaftergleiche Stellung der Muttergesellschaft ab. Es könne hier nichts anderes gelten als im Fall der Haftung des

⁴¹⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 8/1347, S. 10.

⁴¹⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 8/3908, S. 74.

⁴¹⁸ BGH, Urteil v. 21. September 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311; bestätigt im Urteil v. 10. Oktober 1983 – II ZR 233/82, WM 1983, 1278 f.

⁴¹⁹ BGH, Urteil v. 21. September 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315.

Treugebers bei einer Strohmann-Gründung. Die das Darlehen gewährende Bank sei zum einen im Verhältnis zu beiden Gesellschaften rechtlich herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG und zum anderen wirtschaftlich die nahezu alleinige Inhaberin der schuldnerischen GmbH.⁴²⁰

In der Folgezeit entwickelte der BGH das Kriterium der „wirtschaftlichen Einheit“⁴²¹ zwischen der Gesellschafterin und der kreditgebenden Muttergesellschaft als entscheidende Voraussetzung für die Erfassung des Darlehens eines mit dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens.⁴²² Bei verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sollte stets eine „wirtschaftliche Einheit“ vorliegen.⁴²³ Notwendig - aber auch ausreichend - war folglich eine Beteiligung in Höhe von über 50% am Kapital der Gesellschafterin oder die Mehrheit der Stimmrechte.⁴²⁴ Unerheblich sollte hingegen die Höhe der Beteiligung der Gesellschafterin an der Kreditnehmerin sein, solange sie nicht dem Kleinbeteiligtenprivileg

⁴²⁰ BGH, Urteil v. 21. September 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 316 f.

⁴²¹ In der „HSW“-Entscheidung nahm der BGH eine „wirtschaftliche Einheit“ zwischen einer Gebietskörperschaft und einer von dieser abhängigen öffentlich-rechtlichen Anstalt an. In dem Fall partizipierte die Gebietskörperschaft nach der Satzung vollumfänglich an Gewinn und Verlust der öffentlich-rechtlichen Anstalt und hatte wesentlichen Einfluss auf die Besetzung der Geschäftsführungsorgane. Der BGH stellte fest: Nicht die rechtstechnische Ausgestaltung der Verbindung sei entscheidend, sondern ihr konkreter Inhalt, BGH, Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 177. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellte hingegen der Sachverhalt dar, über den das OLG München in seiner Entscheidung vom 27. Mai 1992 – 15 U 5613/91, GmbHR 1992, 663 ff. zu befinden hatte: Die kreditgewährende Bank war zwar die alleinige Eigentümerin der Beteiligungsgesellschaft, die wiederum 20% der kreditnehmenden GmbH & Co KG hielt. Allerdings hielt die Beteiligungsgesellschaft die Anteile treuhänderisch für einen Dritten. Die Kreditgeberin hatte sich verpflichtet, keine eigenen Weisungen hinsichtlich der Anteile zu erteilen, während der Dritte weisungsberechtigt gegenüber der Beteiligungsgesellschaft war. Das OLG München zog daraus den Schluss, dass die Kreditgeberin nicht mit einer unmittelbaren Gesellschafterin vergleichbar gewesen sei.

⁴²² Der BGH bemühte das Kriterium der „wirtschaftliche Einheit“ auch zur Beurteilung von Fällen, in denen die Rückzahlung des verstrickten Darlehens an einen gesellschaftsfremden Dritten erfolgte. Um die rechtliche Beurteilung dieser Konstellation geht es hier aber nicht. Kritisch deshalb *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12.7.

⁴²³ BGH, Urteil v. 19. September 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, wobei in den Entscheidungsgründen (abweichend vom Leitsatz) ausgeführt wurde, dies „könne“ bei verbundenen Unternehmen der Fall sein; dazu auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 12. Dezember 1996 – 10 U 33/95, DB 1997, 521 ff. mit weiteren Nachweisen; bestätigt u.a. in BGH, Urteil v. 21. Juni 1999 – II ZR 70-98, NJW 1999, 2822.

⁴²⁴ In diesem Zusammenhang wurde die Frage aufgeworfen, wie eine mehrheitliche Anteilsbeteiligung ohne die gleichzeitige Inhaberschaft der Mehrheit der Stimmrechte zu behandeln war. Teilweise wurde angenommen, dass auch in diesem Fall der Kredit der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung anheimfallen sollte, vgl. zum Eigenkapitalersatzrecht in Österreich *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, S. 74 f. mit weiteren Nachweisen. Dem ist entgegenzuhalten, dass es in der Rechtsprechung des BGH immer um die Frage ging, ob der gesellschaftsfremde Dritte in der Lage war, gesellschaftsgerleichen Einfluss auszuüben. Allein die mehrheitliche Anteilsbeteiligung ohne entsprechende Stimmrechte ermöglicht es der Kreditgeberin jedoch gerade nicht, über die Ausübung der Verwaltungsrechte aus den Geschäftsanteilen an der Kreditnehmerin auf Ebene der Gesellschafterin zu entscheiden.

unterfiel.⁴²⁵ Für den Fall der „Zwischenschaltung“ mehrerer Tochtergesellschaften waren die von den Töchtern gehaltenen Anteile an der Enkelgesellschaft zu kumulieren.⁴²⁶

Nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH den Fall einer schlichten Beteiligung der Muttergesellschaft an der Gesellschafterin.⁴²⁷ Mit Blick auf das „historische Argument“ ist davon auszugehen, dass der BGH den Anwendungsbereich der eigenkapitalersatzrechtlichen Regelungen nicht über die verbundenen Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG hinaus erstrecken wollte. Dafür sprechen die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils vom 18. Februar 1991 zum „inneren Grund“ für die Anknüpfung an die §§ 15 ff. AktG:

„Das liegt daran, daß es bei Unternehmensverbindungen im Sinne der §§ 15 ff. AktG typischerweise Einflussmöglichkeiten der nicht unmittelbar an der Gesellschaft beteiligten Unternehmen gibt, die es rechtfertigen, die Verantwortung für die Unternehmensfinanzierung auch ihnen aufzuerlegen.“⁴²⁸

Steht der kreditgebenden Gesellschaft nicht die Mehrheit der Geschäftsanteile oder der Stimmrechte an der Gesellschafterin zu, dann ist sie, vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, rechtlich nicht in der Lage, ihren Willen gegenüber den anderen Gesellschaftern durchzusetzen und damit in besonderem Maße Einfluss auf die Kreditnehmerin auszuüben.

Mit Blick auf die Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsleitung gemäß § 76 Abs. 1 AktG ist vor diesem Hintergrund fraglich, ob dem BGH allein eine mehrheitliche Beteiligung der Muttergesellschaft im Fall der „Zwischenschaltung“ einer Aktiengesellschaft für die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts ausgereicht hätte. Die historische Auslegung sprach dafür: Im Fall einer mehrheitlichen Beteiligung sind die Voraussetzungen für ein verbundenes Unternehmen nach §§ 15 i.V.m. 16 Abs. 1 AktG erfüllt. Da der Aktionär aber so gut

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 27. November 2000 – II ZR 179/99, WM 2001, 202, 203; *Fleischer*, in: von Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12.16.

⁴²⁶ BGH, Urteil v. 10. Oktober 1983 – II ZR 233/82, ZIP 1983, 1448, 1449.

⁴²⁷ Nach Ansicht des OLG Hamburg, Urteil v. 16. Dezember 2005 – 11 U 198/05, GmbHR 2006, 200 sollte eine Beteiligung in Höhe von 34% der Kreditgeberin an einer Holding-GmbH, die ihrerseits 100% an der kreditnehmenden GmbH hielt, genügen. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass es maßgeblich auf die Beteiligung des Dritten am Risikokapital der schuldnerischen Gesellschaft ankommen sollte und der „Gesellschafter-Gesellschafter“ grundsätzlich mittelbar an diesem beteiligt sei.

⁴²⁸ BGH, Urteil v. 18. Februar 1991 – II ZR 259/89 Rn. 5 (Juris). Bestätigt u.a. im Urteil v. 21. November 2005 – II ZR 277/03, ZIP 2006, 279 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

wie keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft hat, lag die Annahme von Finanzierungsfolgenverantwortung der Muttergesellschaft aus Sicht des BGH in dieser Konstellation fern.⁴²⁹ Allein ein Beherrschungsvertrag oder eine aktienrechtliche Eingliederung dürften aus der Sicht des BGH für die Annahme von Finanzierungsfolgenverantwortung des Aktionärs ausreichend gewesen sein.

(2) Horizontale Finanzierung

Wiederholt befasste sich der BGH mit Konstellationen, in denen das Darlehen von einer Tochtergesellschaft der Gesellschafterin („Schwester“ der Kreditnehmerin) ausgereicht wurde.⁴³⁰ War die Gesellschafterin „maßgeblich“ an der kreditgewährenden Tochtergesellschaft beteiligt, dann bestand nach Auffassung des BGH eine die Anwendung der eigenkapitalersatzrechtlichen Regelungen rechtfertigende „wirtschaftliche Einheit“.⁴³¹ Eine derartige Beteiligung sollte vorliegen, wenn die Gesellschafterin die Geschicke der kreditgewährenden Tochter bestimmen und durch Gesellschafterbeschluss Weisungen an deren Geschäftsführung, etwa zur Vergabe von Krediten an die Gesellschaft, durchsetzen konnte.⁴³² Dazu sollte regelmäßig eine Beteiligung am Stammkapital einer GmbH von mehr als 50% genügen.⁴³³ In diesem Fall, so der BGH, läge die Gefahr der Umgehung der Eigenka-

⁴²⁹ So der BGH ausdrücklich für den Fall der Kreditfinanzierung durch die „Tante“ in seinem Urteil v. 5. Mai 2008 – II ZR 2008, DB 2008, 1370 f.

⁴³⁰ Es geht dabei nicht um Fälle, in denen die Darlehensvaluta originär aus dem Vermögen der Muttergesellschaft stammt und zum Zweck der „Durchleitung“ an die Schwester ausgereicht wurde. Es geht allein um Kapital der Schwestergesellschaft.

⁴³¹ BGH, Urteil v. 21. Juni 1999 – II ZR 70/98, ZIP 1999, 1314; das OLG Sachsen-Anhalt hielt es in der mit der Revision angegriffenen Berufungsentscheidung noch für erforderlich, dass der Muttergesellschaft mindestens nahezu 100% der Anteile an der kreditgewährenden Tochtergesellschaft zustünden, vgl. Urteil v. 29. Januar 1998 – 7 U (HS) 180/97; dazu auch BGH, Urteil v. 27. November 2000 – II ZR 179/99, WM 2001, 201, 202; BGH, Urteil v. 28. Februar 2005 – II ZR 103/02, BB 2005, 846, 847 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 169.

⁴³² In diese Konstellation fallen auch die sog. „Betriebsaufspaltungen“. Gemeint sind damit Fälle, in denen ein einheitliches wirtschaftliches Unternehmen auf verschiedene Gesellschaften - regelmäßig eine Betriebsgesellschaft und eine Besitzgesellschaft - aufgeteilt wird. Die Eigentümer der beiden Gesellschaften sind regelmäßig identisch. Kredite zwischen den beiden Gesellschaften mussten bereits nach der allgemeinen Rechtsprechung zu horizontalen Finanzierungen erfasst werden, ohne dass die besondere wirtschaftliche Verbindung näherer Berücksichtigung bedurft hätte. Von besonderer Relevanz in diesem Zusammenhang war die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches auf eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassungen, vgl. dazu BGH, Urteil v. 16. Dezember 1991 – II ZR 294/90, BGHZ 127, 1 ff.; Urteil v. 14. Dezember 1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31 ff. Nach anderer Ansicht sollte allein die besondere wirtschaftliche Situation die Erfassung der Kredite bzw. Gebrauchsüberlassungen der Schwester rechtfertigen können und zwar auch dann, wenn die Eigentümerstruktur der beiden Gesellschaften keine Identität aufwies, *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12. 22 mit weiteren Nachweisen. In diesem Fall stellte sich die weitere Frage, ob auch die Kredite von Gesellschaftern, die nur an einer von den beiden Gesellschaften beteiligt waren, erfasst werden mussten, bejahend *Noack*, GmbHR 1996, 153, 156 f.; *Johlke/Schröder*, in: von Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.46, *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 150 mit weiteren Nachweisen.

⁴³³ BGH, Urteil v. 27. November 2000 – II ZR 179/99, ZIP 2001, 115, 116; dazu auch BGH, Urteil v. 28. Februar 2005 – II ZR 103/02, BB 2005, 846 ff. mit weiteren Nachweisen. Anders hingegen das

pitalersatzregeln besonders nahe.⁴³⁴ Ziel der Erstreckung auf Kredite von Tochtergesellschaften war es demnach, dass sich die Gesellschafterin der Finanzierungsfolgenverantwortung nicht mit Hilfe einer von ihr beherrschten Gesellschaft entledigte. Der Kredit einer Tochtergesellschaft musste demnach auch dann dem Eigenkapitalersatzrecht unterfallen, wenn der Gesellschafterin nicht die Mehrheit der Anteile, aber die Mehrheit der Stimmrechte oder sonstige Sonderrechte zustanden.⁴³⁵

In jüngerer Zeit beschäftigte sich der II. Zivilsenat des BGH in einem Urteil vom 5. Mai 2008 mit einer „Tanten“-Konstellation („Schwester“ der Gesellschafterin).⁴³⁶ Die klagende Aktiengesellschaft hatte der Tochter-GmbH ihrer Schwester-AG - selbst beide über eine AG miteinander verbunden und zu einem ganz überwiegenden Anteil in deren Eigentum stehend - ein Darlehen gewährt und dieses in der Krise stehen gelassen. Unter Rückgriff auf die zuvor entwickelten Kriterien lehnte der BGH die Anwendung von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. ab. Der BGH setzte sich allerdings nicht mit der Frage auseinander, ob die Beziehung zwischen der unmittelbaren Gesellschafterin und ihrer Schwestergesellschaft deshalb eine „wirtschaftliche Einheit“ darstellte, weil ihre „Mutter“ Einfluss auf die Entscheidung über die Kreditvergabe nehmen konnte bzw. ob der Muttergesellschaft in dieser Konstellation der Vorwurf einer Umgehung zu machen war. Ebenso wenig wie die „Schwester“ sei die Muttergesellschaft rechtlich in der Lage gewesen, entscheidenden Einfluss auf die Geschäftspolitik der kreditgebenden Klägerin zu nehmen und darüber zu bestimmen, ob der Schuldnerin die Finanzierungshilfe belassen oder diese abgezogen werden sollte. Die Geschäfte der Klägerin seien von ihrem Vorstand als dem für die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft zuständigen Organ nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung geleitet worden.⁴³⁷ An diesem Befund sollte auch der Umstand nichts ändern, dass nach § 84 AktG der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft den Vorstand bestellt und abberuft und nach § 111 AktG dessen Geschäftsführung überwacht.

Nach Ansicht des BGH schied folglich die eigenkapitalersatzrechtliche Erfassung der Kredite sowohl von Tanten- als auch von Schwestergesellschaften der Kreditnehmerin aus,

OLG Jena, Beschluss v. 7. April 1998 – 8 W 15/98, NZG 1998, 858, das selbst eine Beteiligung i.H.v. 60 % nicht ausreichen lassen wollte.

⁴³⁴ BGH, Urteil v. 28. Februar 2005 – II ZR 103/02, BB 2005, 846, 847.

⁴³⁵ *Johlke/Schröder*, in: von Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.41a. Nicht ausreichen konnte andererseits die mehrheitliche Anteilsbeteiligung, wenn diese nicht gleichzeitig die Mehrheit der Stimmrechte repräsentierte.

⁴³⁶ BGH, Urteil v. 5. Mai 2008 – II ZR 2008, DB 2008, 1370 f.

⁴³⁷ BGH, Urteil v. 5. Mai 2008 – II ZR 2008, DB 2008, 1370, 1371.

wenn diese als Aktiengesellschaften organisiert waren. Offen blieb unter anderem die Behandlung der Fälle, in denen die „Tante“ der Kreditnehmerin als GmbH organisiert war. Im Lichte der BGH-Rechtsprechung zur eigenkapitalersatzrechtlichen Behandlung von Darlehen verbundener Unternehmen ist davon auszugehen, dass ihre Kredite unter bestimmten Umständen in den Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts fallen konnten. Jedenfalls dann, wenn die Muttergesellschaft aufgrund ihrer Verbindung mit der unmittelbaren Gesellschafterin selbst Finanzierungsfolgenverantwortung gegenüber ihrer Enkelgesellschaft trug, drohte die Gefahr einer Umgehung durch eine weisungsgebundene Kreditfinanzierung durch die andere „Tochter“. Eine eigenkapitalersatzrechtliche Verstrickung dürfte demnach insbesondere dann möglich gewesen sein, wenn sowohl die unmittelbare Gesellschafterin als auch ihre „Schwester“ (also die „Tante“ der Kreditnehmerin) als GmbH organisiert waren und die Verbindung der Muttergesellschaft zu ihren beiden „Töchtern“ die Voraussetzungen der §§ 15 ff. AktG erfüllten. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der BGH diese Konstellation anders hätte beurteilen sollen, als die Kreditvergabe durch eine von der unmittelbaren Gesellschafterin beherrschte Schwester-GmbH.

bb) Streitstand in der Literatur

Die Rechtsprechung des BGH ist in der Literatur auf nicht unerheblichen Widerstand gestoßen.⁴³⁸ Dem BGH wurde u. a. vorgeworfen, die grundsätzliche rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Gesellschaften ebenso wenig zu berücksichtigen, wie den Fortbestand eigener Interessen trotz der gesellschaftsrechtlichen Verbindung. Da die §§ 15 ff. AktG keinen inneren Bezug zum Eigenkapitalersatzrechts aufwiesen, sollten sie sich nicht als das maßgebliche Zurechnungskriterium für die Finanzierungsfolgenverantwortung eignen.⁴³⁹ Bis zum Inkrafttreten des MoMiG wurde jedoch keine Einigkeit über die maßgeblichen Auslegungskriterien für konzernrechtliche Sachverhalte erzielt.

Lutter / Hommelhoff gingen etwa davon aus, dass die Anwendung von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. bei Mehrheits- oder Abhängigkeitsverhältnissen nur unter qualifizierten Voraussetzungen im Einzelfall in Betracht kommen würde. Notwendig sollten unter anderem „intensive“ Informations- und Einflussrechte des Mehrheitsgesellschafters sein. Allein im

⁴³⁸ Vgl. nur *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 153 ff.; *Heidinger*, in: Michalski, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b a. F. Rn. 203; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 63 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 32a, 32b Rn. 149; *Fleischer*, in: von Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12.7 ff.; *Früh*, GmbHR 1999, 842, 843; *Karollus*, in: FS Claussen, 199, 204 ff.; *Lutter*, ZIP 1989, 477, 480; *Noack*, GmbHR 1996, 153, 155 f.; v. *Gerkan*, ZGR 1997, 173, 181 ff. jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁴³⁹ *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 63, 64.

Vertragskonzern und im Fall der - mittlerweile überholten - Rechtsfigur des sog. qualifiziert faktischen Konzerns⁴⁴⁰ sei dies unwiderlegbar zu vermuten gewesen.⁴⁴¹ In anderen Fällen hätte hingegen konkret festgestellt werden müssen, dass der Dritte mit der Kreditgewährung die Finanzierungsfolgenverantwortung übernommen habe.⁴⁴² Nach dieser Ansicht sollte den §§ 15 ff. AktG allein für die Frage der Beweislastverteilung hinsichtlich der Finanzierungsfolgenverantwortung Bedeutung zukommen.⁴⁴³

Nach *Altmeyen* war hingegen entscheidend, dass die Kreditgeberin (mittelbar) mit Risikokapital an der Kreditnehmerin beteiligt war.⁴⁴⁴ Daneben sollte der Möglichkeit der Ausübung von (bestimmendem) Einfluss keine Bedeutung zukommen.⁴⁴⁵ Da sich die Muttergesellschaft mittelbar mit Risikokapital am Unternehmen ihrer „Enkelin“ beteiligt, sollte sie, unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung, regelmäßig Adressatin der eigenkapitaleretzenden Vorschriften sein. Die Erfassung der Kredite von „Schwestern“ und „Tanten“ sollte mangels Vermögensbeteiligung hingegen grundsätzlich ausscheiden.⁴⁴⁶

Auch *Fleischer* sprach sich gegen das von der Rechtsprechung entwickelte Lösungsmodell aus. Er befürwortete eine einzelfallabhängige Betrachtung unter Berücksichtigung der vorhandenen „Elemente partieller Gleichheit“ zwischen der Rechtsstellung des verbundenen Unternehmens einerseits und derjenigen eines Gesellschafters andererseits. Die von ihm auf diese Weise gefundenen Ergebnisse wiesen nicht unerhebliche Schnittmengen mit denen der Rechtsprechung auf. Unter Verweis auf den Normzweck lehnte er allerdings die Anwendbarkeit auf faktisch verbundene Schwestergesellschaften der Kreditnehmerin grundsätzlich ab.⁴⁴⁷ Weder habe sie gesellschaftsrechtlich abgesicherte Einfluss- und In-

⁴⁴⁰ Vgl. dazu *Heider*, in: MüKo zum AktG, Bd. 1, § 1 Rn. 68.

⁴⁴¹ Zur Einordnung der § 15 ff. AktG als widerlegbare Vermutung dahingehend, dass der Grund für die Kreditgewährung in der mittelbaren Beteiligung verankert war vgl. *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 5.47.

⁴⁴² *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 64. Nach einer anderen Ansicht sollte es überhaupt nicht auf den Konzernsachverhalt ankommen. Es sei ausschließlich zu prüfen gewesen, ob die Kreditgeberin mit der Kreditvergabe eine Finanzierungsentscheidung getroffen und damit ihr unternehmerisches Interesse an der Kreditnehmerin zu erkennen gegeben habe, *Timm/Geuting*, ZIP 1992, 525, 528.

⁴⁴³ Kritisch *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 163 f.

⁴⁴⁴ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a GmbHG Rn. 153 ff.; *ders.*, ZIP 1993, 1677, 1683; *ders.*, FS Kropff, S. 642, 661 ff.

⁴⁴⁵ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a GmbHG Rn. 155.

⁴⁴⁶ *Altmeyen*, in: FS Kropff, S. 642, 664, 665. An anderer Stelle führt er aber aus, im Fall der horizontalen Kreditgewährung müsse es bei der Rechtsprechung des BGH bewenden, vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a GmbHG Rn. 163.

⁴⁴⁷ Eine Ausnahme sollte hingegen im Fall der Betriebsaufspaltung gelten, *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12. 22.

formationsrechte, noch partizipiere sie an den Gewinnen der Schwestergesellschaft. Außerdem würden die übrigen Gesellschafter in nicht zu rechtfertigender Weise benachteiligt.⁴⁴⁸

cc) Stellungnahme

(1) Vertikale Finanzierung

Der BGH entwickelte mit der Anknüpfung an die §§ 15 ff. AktG klare und für die Praxis einfach zu handhabende Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des eigenkapitalersatzrechtlichen Regelungsregimes im Bereich mehrstufiger Unternehmensverbindungen. Im Unterschied zu den mitunter unpräzisen Annäherungsversuchen in der Literatur führte die Rechtsprechung in einer Vielzahl der Fälle zu eindeutigen und vorhersehbaren Ergebnissen und bewirkte damit ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Die zur Begründung für den Rückgriff auf die §§ 15 ff. AktG angeführten Argumente überzeugen hingegen nicht.

Bereits das „historische“ Auslegungskriterium erscheint nicht unproblematisch. In der „Nutzfahrzeug“-Entscheidung⁴⁴⁹ hatte der BGH noch ausführlich auf die Unzulänglichkeiten der „Novellenregelung“ hingewiesen. Trotzdem griff der BGH zur Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs, selbst der Rechtsprechungsregeln, auf die Begründung zum Regierungsentwurf zurück. Das erscheint zumindest inkonsequent.

Zudem berücksichtigte der BGH bei der Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs im Zusammenhang mit vertikalen Kreditgewährungen erneut nicht die einzelnen hinter der Finanzierungsverantwortung stehenden sachlichen Erwägungen. Es ist kaum verständlich, warum ein Kreditgeber, der lediglich eine schlichte Beteiligung an der unmittelbaren Gesellschafterin hält, durch die Kreditgewährung in der Krise seiner „Enkelin“ nicht gleichfalls das Finanzierungsrisiko auf die außenstehenden Gläubiger abwälzt. Durch seine mittelbare Beteiligung an Ertrag und Vermögen der Kreditnehmerin spekuliert er, nicht anders als ein Gesellschafter, auf Kosten und zu Lasten der Drittgläubiger. Er verlängert durch den Kredit den „Überlebenskampf“ der Gesellschaft und partizipiert anteilig am Sanierungserfolg. Darüber hinaus ist sein Verhalten widersprüchlich und sein Kredit geeignet, den übrigen Gläubigern eine ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft vorzuspiegeln. Unter Berücksichtigung der für das Eigenkapitalersatzrecht maßgeblichen Er-

⁴⁴⁸ *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, HdbKapER, Rn. 12. 7 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. oben § 2 A. II. Nr. 3).

wägungen war demnach die Subordination von Darlehen vertikal beteiligter Unternehmen mit *Altmeyen* unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung an der Gesellschafterin geboten. In Hinblick auf das Kleinbeteiligtenprivileg war es jedoch notwendig, dass der „Mutter“ rechnerisch über 10% des Stammkapitals der Kreditnehmerin zustanden.⁴⁵⁰

(2) Horizontale Finanzierung

Es ist nicht nachvollziehbar, warum es für die Einbeziehung der Kredite von Schwestergesellschaften auf den Umfang der Herrschaftsmacht der Gesellschafterin ankommen sollte. Die Konstellation entspricht auf den ersten Blick vielmehr den Fällen der „mittelbaren Stellvertretung“. Hier wie dort gibt ein Dritter den Kredit mit Mitteln, die aus wirtschaftlicher Sicht dem unmittelbaren Gesellschafter zuzuordnen sind.⁴⁵¹ In den Fällen der „mittelbaren Stellvertretung“ sollte zurecht bereits dieser Umstand ausreichen, um den Kredit eigenkapitalersatzrechtlich dem Gesellschafter zuzurechnen. Besondere rechtliche Möglichkeiten des Gesellschafters auf den kreditgebenden Dritten Einfluss zu nehmen, sollten hingegen nicht erforderlich sein. Hinter der Erfassung der Kredite „mittelbarer Stellvertreter“ standen ausschließlich Gerechtigkeitserwägungen: Der Gesellschafter sollte das Eigenkapitalersatzrecht nicht durch derartige Gestaltungen umgehen.

Ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen der „mittelbaren Stellvertretung“ besteht allerdings darin, dass das Vermögen der Kreditgeberin regelmäßig nicht allein der unmittelbaren Gesellschafterin zusteht. *Fleischer* wies darauf hin, dass kaum einzusehen sei, warum die Interessen der Drittgläubiger höher zu bewerten waren, als die der Minderheitsgesellschafter der kreditgebenden Gesellschaft.⁴⁵² Dieser Hinweis überzeugt, zumal die Erfassung der Kredite mittelbarer Stellvertreter nicht auf der Finanzierungsfolgenverantwortung beruhte, sondern allein mit Gerechtigkeitserwägungen begründet wurde. Daher konnten und mussten auch die Belange der übrigen Gesellschafter der kreditgebenden Gesellschaft Berücksichtigung finden. Nach Ansicht des Verfassers folgt daraus, dass eine Erfassung

⁴⁵⁰ Vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, §32a aF Rn. 158. Zur rechnerischen Beteiligungshöhe bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen näher unten c) bb).

⁴⁵¹ Vgl. *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 164; *Tim/Geuting*, ZIP 1992, 525, 528; a. A. *Noack*, GmbHR 1996, 153, 156.

⁴⁵² Etwas anderes musste hingegen gelten, wenn es sich um einen Fall der Betriebsaufspaltung handelte und die beiden Gesellschaften eine divergierende Eigentümerstruktur aufwiesen. Waren Gesellschafter an der Besitzgesellschaft beteiligt, ohne dass sie gleichzeitig Anteile an der Betriebsgesellschaft hielten, dann war ihnen von Anfang an bewusst, dass der maßgebliche Gesellschaftszweck in der Vermietung und Verpachtung von Gegenständen an die Betriebsgesellschaft bestand. Sie sind das damit einhergehende Risiko der eigenkapitalähnlichen Nutzungsüberlassung bewusst und gewollt eingegangen. Eine besondere Schutzwürdigkeit konnte vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden. Ihre Interessen waren geringer zu bewerten als die der Drittgläubiger.

der Kredite von Schwestergesellschaften grundsätzlich nur dann hätte erfolgen dürfen, wenn diese im Alleineigentum der Gesellschafterin stand.

Aus der Vergleichbarkeit mit den Fällen der „mittelbaren Stellvertretung“ folgt nach hier vertretener Ansicht des Weiteren, dass es auf die Herrschaftsmacht der Gesellschafterin über die kreditgewährende Gesellschaft - entgegen der Auffassung des BGH - nicht ankommen konnte. Auch bei den typischen Fällen der „mittelbaren Stellvertretung“ spielte dieser Aspekt keine Rolle. Bei genauer Betrachtung dürfte es demnach keinen Unterschied gemacht haben, ob die Kreditgeberin als GmbH oder als Aktiengesellschaft organisiert war.

- c) Recht der Gesellschafterdarlehen
- aa) Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung

(1) Schlussfolgerungen von *Huber / Habersack*

Huber / Habersack ziehen aus der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung den Schluss, dass die Kredite von verbundenen Unternehmen zukünftig nur dann dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen, wenn die nicht unmittelbar beteiligte Gesellschaft „auf Rechnung“ der Gesellschafterin handelt oder wenn diese mit der Gesellschafterin eine „wirtschaftliche Einheit“ bildet.⁴⁵³ Eine wirtschaftliche Einheit sei selbst bei verbundenen Unternehmen aber nur ausnahmsweise anzunehmen. Das verbundene Unternehmen müsse dafür in den auf die finanzierte Gesellschaft bezogenen Haftungsverbund einbezogen sein.⁴⁵⁴ Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht der Autoren nur im Vertragskonzern und im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern erfüllt. Im ersten Fall folge die Einbeziehung aus der Verlustausgleichspflicht, im letzten Fall aus der Eingliederungshaftung. Allein in diesen beiden Konstellationen sei die vermögensmäßige Trennung von Tochter- und Muttergesellschaft aufgehoben und eine wirtschaftliche Einheit hergestellt.⁴⁵⁵ Auch das Darlehen einer „Schwester“ soll zukünftig nur dann erfasst werden, wenn sie mit der Gesellschafterin einen Haftungsverbund bilde.⁴⁵⁶ Der Einfluss auf den internen Wil-

⁴⁵³ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2389; *Huber*, FS Priester, 259, 280.

⁴⁵⁴ *Habersack*, ZIP 2008, 2145, 2148.

⁴⁵⁵ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2389.

⁴⁵⁶ *Habersack*, ZIP 2008, 2385, 2390. Nach diesem Ansatz dürfte zukünftig die Erfassung von horizontalen Finanzierungen auch im Fall der Betriebsaufspaltung grundsätzlich ausscheiden. Allein die Interessensidentität zwischen den beiden Schwestergesellschaften führt nicht zu einer Haftungseinheit mit den Gesellschaftern im hier beschriebenen Sinne.

lensbildungsprozess - sei es im Fall der vertikalen oder der horizontalen Finanzierung - soll dagegen keine Rolle mehr spielen.

Die Einschränkung auf verbundene Unternehmen mit „interner Haftung“ bedeutet keinen Ausschluss der Fälle, in denen die jeweilige Untergesellschaft (die Gesellschafterin selbst bei „vertikalen“ Finanzierungen bzw. ihre Tochtergesellschaft im Fall „horizontaler“ Finanzierungen) nicht die Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufweist. § 302 AktG ist nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁵⁷ und der h. M. in der Literatur⁴⁵⁸ analog auf die GmbH als Untergesellschaft anwendbar. Die aktienrechtliche Eingliederung - und damit auch die Eingliederungshaftung - setzt hingegen voraus, dass sowohl die Hauptgesellschaft als auch die einzugliedernde Untergesellschaft Aktiengesellschaften sind.⁴⁵⁹

Eine gewisse Uneinigkeit herrscht zwischen den Autoren hinsichtlich der Erfassung vertikaler Finanzierungen. *Huber* hält auch in dem Fall der „Zwischenschaltung“ einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft ohne Abschluss eines Unternehmensvertrages eine „wirtschaftliche Einheit“ für möglich.⁴⁶⁰ Die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte sollen mithin für eine „wirtschaftliche Einheit“ ausreichend sein, wenn sie ausschließlich der Kreditgeberin zustehen. *Habersack* hingegen lehnt die Annahme einer „wirtschaftlichen Einheit“ in diesem Fall ausdrücklich ab.⁴⁶¹

(2) Stellungnahme

Nach Ansicht des Verfassers bietet, wie bereits dargelegt, allein die Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung eine überzeugende Erklärung für das neue Recht. Die Folgen dieser Legitimationsgrundlage für den Adressatenkreis im Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen stellen sich nach hier vertretener Ansicht jedoch anders dar, als von *Huber / Habersack* beschrieben. Nach der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung beruht das neue Recht auf der Überlegung, dass eine unternehmerische Betätigung unter Beschränkung des persönlichen Haftungsrisikos auf einen bestimmten Betrag

⁴⁵⁷ BGH, Urteil v. 16. September 1985 – II ZR 275/84, NJW 1986, 188, 189 f.; Urteil v. 11. November 1992 – II ZR 287/90, NJW 1992, 505, 506 f.; Urteil v. 11. Oktober 1999 – II ZR 120/98, NJW 2000, 210, 211; Urteil v. 10. Juli 2006 – II ZR 238/04, BGHZ 168, 285, 288.

⁴⁵⁸ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Anh § 13 Konzernrecht in der GmbH, Rn. 72; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rn. 25; jeweils mit weiteren Nachweisen auch zu Gegenstimmen.

⁴⁵⁹ Vgl. *Grunewald*, in: MüKo zum AktG, Bd. 5, § 319 Rn. 5 und *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 319 Rn. 5.

⁴⁶⁰ *Huber*, in: FS Priester, 259, 280.

⁴⁶¹ *Habersack*, in: U/H/W, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 44; *ders.*, ZIP 2008, 2385, 2389.

nur dann zulässig ist, wenn dieser Betrag den Gläubigern in der Insolvenz der Gesellschaft vollständig als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung allein sind nicht in der Lage dies sicherzustellen. Der Gesellschafter soll die Verteilung von Chancen und Risiken nicht durch die Gewährung eines Darlehens an Stelle von Haftkapital beeinflussen können.

Diese Gefahr realisiert sich jedoch auch dann, wenn nicht die Gesellschafterin das Darlehen gewährt, sondern ihre Muttergesellschaft und zwar unabhängig davon, ob „Mutter“ und „Tochter“ einen Vertragskonzern bilden oder eine aktienrechtliche Eingliederung vorliegt.⁴⁶² Für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung ist es nach Ansicht des Verfassers zudem grundsätzlich unerheblich, in welchem Umfang die Muttergesellschaft an der Gesellschafterin beteiligt ist. Durch ihre Anteile an der Gesellschafterin partizipiert die Muttergesellschaft mittelbar am Ertrag und am Vermögen der Kreditnehmerin. Verluste der „Enkelin“ wirken sich auf die Werthaltigkeit der Anteile der Muttergesellschaft aus. Dabei kommt der Muttergesellschaft die beschränkte Haftung zugute. Bei einer Insolvenz der „Enkelin“ droht allein eine Verringerung der Werthaltigkeit der eigenen Gesellschaftsanteile infolge des Verlustes des von der Gesellschafterin eingelegten Haftkapitals. Ein weitergehendes (mittelbares) Haftungsrisiko besteht für die Muttergesellschaft nicht. Gleichzeitig verringert sich durch den Rückzahlungsanspruch der Muttergesellschaft aufgrund des gewährten Darlehens die den Gläubigern in der Insolvenz der „Enkelin“ zur Verfügung stehende Haftungsmasse. Die Muttergesellschaft senkt dadurch ihr (mittelbares) Haftungsrisiko, das bestünde, wenn die Gesellschafterin auf ihre Kosten weiteres Eigenkapital gewähren würde. Vor diesem Hintergrund bedarf es nach Ansicht des Verfassers für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch die Muttergesellschaft keiner zusätzlichen Verlustausgleichspflicht oder Eingliederungshaftung im Verhältnis zur Gesellschafterin. Die Rechtsform der „zwischen geschalteten“ Gesellschaft ist unerheblich. Mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg ist es allerdings notwendig, dass die Muttergesellschaft rechnerisch in Höhe von über 10% am Haftkapital der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist.

Nach hier vertretener Ansicht hat die Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung im Übrigen keine Auswirkungen auf die Behandlung horizontaler Finanzierungen.⁴⁶³ Gute

⁴⁶² So wohl auch *Preuß*, in: K/P/B, InsO, Bd. I, § 39 Rn. 79.

⁴⁶³ Vgl. dazu oben b) aa) (2) und b) cc) (2).

Gründe sprechen dafür, dass sich der Adressatenkreis insoweit gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht nicht verändert hat.⁴⁶⁴ Im Eigenkapitalersatzrecht wurde die Sonderbehandlung der Kredite von Schwestergesellschaften mit Billigkeitserwägungen gerechtfertigt. Die Finanzierungsfolgenverantwortung spielte in diesem Zusammenhang hingegen keine Rolle. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die damals herangezogenen Billigkeitserwägungen im neuen Recht ihre Bedeutung verlieren sollten. Vielmehr muss es weiterhin entscheidend auf die Gefahr der Umgehung der gläubigerschützenden Vorschriften ankommen.

bb) Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter

Fraglich ist, zu welchem Ergebnis die Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter in den Fällen der horizontalen und vertikalen Finanzierung im Bereich mehrstufig verbundener Unternehmen gelangt. *Servatius* selbst macht hierzu keine Ausführungen. Da es nach dem von ihm entwickelten Legitimationsmodell maßgeblich auf die potentielle „guidance“, d. h. auf den Einfluss des Kreditgläubigers auf die eigenverantwortliche Unternehmensleitung und auf die Schuldenregulierung des kreditnehmenden Unternehmens ankommen soll, sind die Möglichkeiten und der Umfang der (mittelbaren) Einflussnahme der Kreditgeberin auf die Schuldnerin im Unternehmensverbund näher zu untersuchen.

(1) Vertikale Finanzierung

Im Bereich der vertikalen Finanzierung innerhalb einer mehrstufigen Unternehmensverbindung ist nach der Rechtsform der „zwischengeschalteten“ Gesellschaft zu differenzieren.

⁴⁶⁴ So wohl auch der BGH in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12 Rn. 19 (Juris). Allerdings sind die Ausführungen nicht eindeutig. Dem Urteil lag ein Fall der vertikalen Finanzierung zugrunde. Der BGH führte unter Bezugnahme auf die Theorie von *Huber / Habersack* aus, es sei nicht einsichtig, warum sich ein mittelbarer Gesellschafter das kapitalgesellschaftliche Prinzip der Haftungsbeschränkung nicht zunutze mache, wenn er ein Darlehen nicht unmittelbar, sondern über eine von ihm beherrschte Gesellschaft ausreichen würde. Offenbar hatte der BGH dabei jedoch keinen Fall der vertikalen Finanzierung vor Augen. Nach den Ausführungen gewährte der mittelbare Gesellschafter das Darlehen nicht selbst, sondern über eine von ihm beherrschte Gesellschaft. Hätte der BGH einen Fall vertikaler Finanzierung beschrieben, dann wäre die beherrschte, die den Kredit gewährende Gesellschaft selbst Gesellschafterin. Es läge mithin gar kein Fall der Finanzierung durch einen Dritten vor. Des Weiteren ging es dem BGH offenbar nicht um die Kreditgewährung durch eine Schwestergesellschaft. Er bezog sich nämlich auf den Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch den mittelbaren Gesellschafter. Das lässt den Schluss zu, dass sich die Ausführungen des BGH auf die Behandlung der Kreditgewährung durch eine „Tante“ bezogen. Nach Ansicht des BGH müssen auch diese Kredite dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen. Andernfalls würde der verfehlt Anreiz geschaffen, Kreditmittel nur über zwischengeschaltete Gesellschaften zu gewähren.

α) Handelt es sich bei der Gesellschafterin um eine Aktiengesellschaft, dann steht das Prinzip der eigenverantwortlichen Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG einer mittelbaren Einflussnahme durch die Muttergesellschaft grundsätzlich entgegen. Das Recht zur Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder und die dadurch bedingte mittelbare Einflussnahme auf den Vorstand (Besetzung, Kontrolle) dürfte kaum ausreichen, um diesen Befund zu ändern. Der Vorstand übt die Geschäftsführung, und damit insbesondere die der Aktionärin zustehenden Stimmrechte, unabhängig und nach eigenem Ermessen aus. Die Gesellschafter-Gesellschafterin ist demnach nicht in der Lage, „guidance“ bezüglich ihrer „Enkelin“ zu entfalten. Anders verhält es sich, wenn ihr durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages oder in Folge einer aktienrechtlichen Eingliederung ein entsprechendes Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand der Gesellschafterin zusteht. Hält die Gesellschafterin in diesem Fall mehr als 10% des Stammkapitals der Kreditnehmerin, dann ist von einem ausreichenden Maß an mittelbarem Einfluss seitens der Muttergesellschaft auf die unternehmensinterne Willensbildung der Kreditnehmerin auszugehen. Durch das Weisungsrecht bestimmt sie vollumfänglich über die Ausübung der Stimmrechte, die der Gesellschafterin aus dem Anteil an der Enkelgesellschaft zustehen. Die Muttergesellschaft steht insoweit nicht anders als die unmittelbare Gesellschafterin selbst.

β) Anders verhält es sich, wenn die Gesellschafterin als GmbH organisiert ist. In der GmbH ist grundsätzlich nicht der Geschäftsführer, sondern die Gesellschafterversammlung für die Geschäftsführung verantwortlich. Ihr steht ein Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer in allen Belangen der Geschäftsführung zu.⁴⁶⁵ Die Muttergesellschaft kann durch die Ausübung ihrer Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung (mit-) bestimmen, wie die Gesellschafterin die ihr zustehenden Verwaltungs- und Stimmrechte ausübt. Fraglich ist, wie die Beteiligungsverhältnisse Tochtergesellschaft-Enkelgesellschaft und Tochtergesellschaft-Muttergesellschaft ausgestaltet sein müssen, um von einem - im Sinne von *Servatius* - ausreichenden Maß an Einfluss ausgehen zu können.

Im Verhältnis der Tochter- zur Enkelgesellschaft dürfte es notwendig sein, dass die Beteiligung am Haftkapital oberhalb der Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs liegt. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, dann ist es der Gesellschafterin unter keinen Umständen mög-

⁴⁶⁵ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 3 ff.; *Walter G. Paefgen*, in: U/H/W, GmbHG, Bd. II, § 37 Rn. 18; *Uwe H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, Bd. II, § 37 Rn. 30; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 37 Rn. 20.

lich, in ausreichendem Maß Einfluss auf die Unternehmensleitung der „Enkelin“ an die Kreditgeberin zu vermitteln. Erfüllen „Mutter“ und „Tochter“ zudem die Voraussetzungen der §§ 15 ff. AktG, dann dürften mit *Servatius* - wie schon im Eigenkapitalersatzrecht - die Kredite der Muttergesellschaft dem neuen Recht unterfallen. Hält die Muttergesellschaft die Mehrheit der Geschäftsanteile, und damit grundsätzlich die Mehrheit der Stimmrechte, dann liegt es in ihrer Hand zu bestimmen, wie die Gesellschafterin die mitgliedschaftlichen Rechte aus der Beteiligung an der Enkelgesellschaft ausüben soll (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Sie steht hinsichtlich des Einflusses auf den gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess in der Enkelgesellschaft nicht anders als die Gesellschafterin selbst. Das gilt erst recht bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages.

Problematisch erscheint hingegen der Fall, dass der Muttergesellschaft allein eine schlichte Beteiligung an der Gesellschafterin zusteht. Ist sie nicht im Besitz der Mehrheit der Anteile, dann kann sie ihren Willen grundsätzlich nicht gegen den der anderen Gesellschafter durchsetzen. Sie kann nicht allein darüber bestimmen, wie die von der Gesellschafterin gehaltenen Verwaltungs- und Stimmrechte an der Kreditnehmerin ausgeübt werden. Aus diesem Umstand dürfte aber nicht folgen, dass sie nicht trotzdem in einem für die „Steuerung des Insolvenzrisikos“ ausreichenden Maß in den unternehmensinternen Willensbildungsprozess der Enkelgesellschaft einbezogen sein kann. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Kleinbeteiligtenprivilegs: Nach *Servatius* stellt es die gesetzlich typisierte Untergrenze des notwendigen gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses auf den Willensbildungsprozess in der Gesellschaft dar, damit sich der Kreditgeber dem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens aussetzt. Das Kleinbeteiligtenprivileg verlangt aber keinen beherrschenden Einfluss. Es verlangt nicht einmal eine Sperrminorität. Nichts anderes darf dann für die mittelbar beteiligte Muttergesellschaft gelten.

Um diese Konstellationen einer vertretbaren Lösung zuzuführen, könnte man - vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterin und / oder der Enkelgesellschaft und sonstiger besonderer Umstände des Einzelfalles - auf die rechnerische Höhe der Beteiligung der kreditgewährenden Muttergesellschaft zurückgreifen. Hält bspw. die Muttergesellschaft einen Stammkapitalanteil in Höhe von 30% an ihrer Tochtergesellschaft, und ist diese wiederum mit 40 % an der Enkelgesellschaft beteiligt, dann steht der Muttergesellschaft mittelbar eine Stammkapitalbeteiligung in Höhe von 12 % an der Enkelgesellschaft zu. Mit Blick auf die nach *Servatius* im Kleinbeteiligtenprivileg veran-

kerte Wertung könnte man von einem hinreichenden, durch die Anteile vermittelten Maß an Einfluss auf den Willensbildungsprozess in der Enkelgesellschaft ausgehen. Jedoch verkennt eine allein an der rechnerischen Beteiligungshöhe orientierte Betrachtung, dass das „Zwischenschalten“ einer GmbH die Einflussnahme auf die Unternehmensleitung der „Enkelin“ überproportional stark erschwert. Die Muttergesellschaft muss sich in zwei Gesellschafterversammlungen durchsetzen: Zum einen auf der Ebene der Tochtergesellschaft, zum anderen auf Ebene der Enkelgesellschaft. Die gesellschaftsrechtlich begründeten Möglichkeiten der Einflussnahme einer mittelbar in Höhe von 12% beteiligten Gesellschaft auf die Unternehmensleitung ihrer „Enkelin“ sind nicht vergleichbar mit einer in gleichem Umfang unmittelbar beteiligten Gesellschafterin.⁴⁶⁶

Nur dann, wenn die Tochtergesellschaft die Mehrheit der Geschäftsanteile an der Enkelgesellschaft hält, dürfte der kreditgewährenden Muttergesellschaft ohne eigene mehrheitliche Beteiligung an der Gesellschafterin ein „schädliches“ Maß an mittelbarem Einfluss zustehen. Auch in diesem Fall muss sich die Muttergesellschaft lediglich in einer Gesellschafterversammlung „durchsetzen“ - nämlich auf Ebene der Tochtergesellschaft - um ihren Willen und ihre Vorstellungen auf Ebene der Enkelgesellschaft zu verwirklichen. Ist sie in der Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft erfolgreich, dann setzt diese die Beschlüsse kraft der Mehrheit ihrer Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung der Enkelgesellschaft durch. Eine überproportionale Abschwächung des Einflusses der Muttergesellschaft auf die „Enkelin“ durch das „Zwischenschalten“ einer weiteren Gesellschaft liegt nicht vor. Es kommt lediglich zu einer Verlagerung auf die Ebene der Tochtergesellschaft. Das der kreditgewährenden Muttergesellschaft zustehende Maß an gesellschaftsrechtlich vermitteltem Einfluss auf die kreditnehmende „Enkelin“ ist in dieser Konstellation nicht anders als im umgekehrten Fall, wenn sie einen mehrheitlichen Anteil an ihrer „Tochter“ hält und diese lediglich schlicht an der Kreditnehmerin beteiligt ist.

Im Übrigen lässt sich eine generelle Aussage über die Handhabung von Fällen mit schlichter Beteiligung der Kreditgeberin an der GmbH-Gesellschafterin im Lichte der von *Servatius* vertretenen Theorie nicht treffen. Jeder Einzelfall müsste unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände dahingehend untersucht werden, ob die Stellung der Muttergesellschaft hinsichtlich des gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses und / oder ihrem faktischen Einfluss dem eines unmittelbar beteiligten Gesellschafters entspricht. Mit *Servatius*

⁴⁶⁶ Vgl. dazu *Schmidberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, S. 71, 83 ff. mit weiteren Nachweisen.

ist dabei entscheidend, ob die Muttergesellschaft eine Stellung innehat, aufgrund derer die Drittgläubiger auf ihr verantwortungsbewusstes Handeln vertrauen. Maßgeblicher Orientierungspunkt muss dabei stets die vom Kleinbeteiligtenprivileg gezogene Schwelle sein.⁴⁶⁷

(2) Horizontale Finanzierung

Ungeklärt ist des Weiteren, wie nach dem Legitimationsmodell von *Servatius* die Fälle zu behandeln sind, in denen der Kredit von einer „Schwester“ oder einer „Tante“ der Kreditnehmerin gewährt wird. Weder die eine noch die andere hat die Möglichkeit, gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss auf die Unternehmensleitung der kreditnehmenden Gesellschaft auszuüben. Diese Möglichkeit hat allein die Gesellschafterin bzw. die gemeinsame Muttergesellschaft. Die kreditgewährende Gesellschaft selbst setzt sich nicht dem Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens aus. Inwieweit das Legitimationsmodell von *Servatius* Raum für allgemeine Billigkeitserwägungen lässt, ist unklar. Um eine Umgehung des neuen Rechts zu verhindern, erscheint es sachgerecht, die Sonderbehandlung horizontaler Finanzierungen auch nach der These von *Servatius* grundsätzlich zuzulassen.

cc) Theorie der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken

Fraglich ist, wie § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. InsO n. F. im Hinblick auf Kredite bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen auszulegen ist, wenn die Theorie von der Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken als maßgebliches Auslegungskriterium herangezogen wird. Nach dieser soll es entscheidend auf die Beteiligung des Kreditgebers an den unternehmerischen Chancen und Risiken der insolventen Gesellschaft ankommen. Nach *Krolop* müsste die den Kredit gewährende Gesellschaft bei wertender Betrachtung als „Mitunternehmer“ zu qualifizieren sein.

(1) Vertikale Finanzierung

Im Bereich der vertikalen Kreditfinanzierung partizipiert die Muttergesellschaft über die von ihr gehaltenen Anteile an der Gesellschafterin mittelbar an den unternehmerischen Chancen und Risiken ihrer „Enkelin“. Sie ist nicht nur an den erwirtschafteten betrieblichen Gewinnen und Verlusten, sondern auch an den stillen Reserven und dem Unterneh-

⁴⁶⁷ An dieser Stelle wird besonders deutlich, wie problemträchtig die Einordnung des Sanierungsprivilegs als „pauschale“ Regelung vor dem Hintergrund der von *Servatius* entwickelten Legitimationsgrundlage ist. Es stellt sich u.a. die Frage, ob zur Konkretisierung des „schädlichen“ Maßes an Einfluss auf einen GmbH-Gesellschafter oder einen Aktionär abzustellen ist. Bei gleicher Beteiligungshöhe ist das ihnen zustehende Maß an gesellschaftsrechtlich vermitteltem Einfluss grundverschieden.

menswert beteiligt. Die Muttergesellschaft trifft ein der unmittelbaren Gesellschafterin entsprechendes „Unternehmerrisiko“. Nach *Krolop* bedarf es zusätzlich einem typischen stillen Gesellschafter vergleichbare Einfluss-, Kontroll- und Informationsrechte.⁴⁶⁸ Ausgangspunkt der Betrachtung ist demnach § 233 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift ist der „typische“ stille Gesellschafter berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Bei der Frage, ob der Muttergesellschaft ein vergleichbares Maß an gesellschaftsrechtlich vermittelter „Unternehmerinitiative“ hinsichtlich ihrer „Enkelin“ zusteht, ist zwischen GmbH und Aktiengesellschaft als „zwischen geschaltete“ Gesellschaft zu unterscheiden.

α) Vergleicht man das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 233 Abs. 1 HGB mit den Stimm-, Informations- und Kontrollrechten der Muttergesellschaft hinsichtlich ihrer „Enkelin“ im Fall einer „zwischen geschalteten“ GmbH, dann ist bei wertender Betrachtung die daraus resultierende „Unternehmerinitiative“ mindestens äquivalent. Das gilt nicht nur für verbundene Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG, sondern auch bei schlichten Beteiligungsverhältnissen. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Muttergesellschaft über ihre Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung der Gesellschafterin mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung ihrer „Enkelin“ nehmen kann. Andererseits ist der Auskunftsanspruch der Muttergesellschaft gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG nicht auf die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen als solche beschränkt. Unter „Angelegenheit der Gesellschaft“ sind auch Informationen über Angelegenheiten von verbundenen Unternehmen selbst zu verstehen, wenn sie für die Gesellschaft wirtschaftlich oder rechtlich von erheblicher Bedeutung sind.⁴⁶⁹ Aus dem Sinn und Zweck des Informationsrechtes wird abgeleitet, dass Gleiches im Fall einer schlichten Beteiligung gelten muss.⁴⁷⁰

β) Anders könnte es sich jedoch verhalten, wenn die Gesellschafterin die Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufweist. Aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes kann die Muttergesellschaft lediglich in sehr geringem Umfang auf die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft - und damit auf die Kreditnehmerin - einwirken. Die „Unternehmerinitiative“ von Aktionären in Bezug auf Enkelgesellschaften einerseits und typischen stillen

⁴⁶⁸ Vgl. oben Nr. 2 c) cc).

⁴⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. 8/3908, S. 75; OLG Köln, Beschluss v. 26. April 1984 – 24 W 54/84, WM 1986, 36, 39 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. II, § 51a Rn. 20; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 51a Rn. 12; enger hingegen *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 2, § 51a Rn. 39.

⁴⁷⁰ Str., in diesem Sinne *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 51a Rn. 13; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, § 51a Rn. 12.

Gesellschaftern andererseits dürfte im Ergebnis vergleichbar sein. Zwar hat der Aktionär nur dann einen Anspruch auf Auskunft über Angelegenheiten der Enkelgesellschaft, wenn sie zur sachgemäßen Bearbeitung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich sind und zudem eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.⁴⁷¹ Allerdings kann der Anspruch inhaltlich über den des stillen Gesellschafters hinausgehen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Aktionär zumindest mittelbar über den Aufsichtsrat Einfluss auf den Vorstand (Kontrolle und Bestellung), und damit auch auf die Enkelgesellschaft, nehmen kann. Nach der These von *Krolop* dürfte mithin das Darlehen der Muttergesellschaft auch dann dem neuen Recht unterfallen, wenn die Gesellschafterin eine Aktiengesellschaft ist.

(2) Horizontale Finanzierung

Horizontale Finanzierungen dürften nach der These von *Krolop* grundsätzlich nicht dem neuen Recht unterfallen. Weder die „Schwester“ noch die „Tante“ sind an den unternehmerischen Chancen und Risiken der in die Insolvenz geratenen Gesellschaft „mitunternehmerisch“ beteiligt. Allerdings erscheint es auch in diesem Zusammenhang sachgerecht, mögliche Umgehungen durch die Gesellschafterin zu vermeiden. Kredite, die von einer „Schwester“ oder „Tante“ gewährt werden, die vollständig im Eigentum der Gesellschafterin oder der Muttergesellschaft stehen, sollten auch nach der These von *Krolop* dem neuen Recht unterworfen werden.

d) Ergebnis

Der BGH arbeitete im Rahmen seiner Rechtsprechung zur eigenkapitalersatzrechtlichen Behandlung von Krediten mehrstufig verbundener Unternehmen mit der Anknüpfung an die §§ 15 ff. AktG praxistaugliche und rechtssichere Kriterien heraus. Eine überzeugende dogmatische Begründung blieb er hingegen schuldig. Die Rechtsprechung des BGH ist in der Literatur zurecht auf erheblichen Widerstand gestoßen. Nach Ansicht des Verfassers trug im Fall vertikaler Finanzierung jede Muttergesellschaft, mit einer rechnerischen Beteiligung von über 10% am Kapital der kreditnehmenden „Enkelin“, Finanzierungsfolgenverantwortung. Horizontale Finanzierungen von „Schwestern“ oder „Tanten“ konnten hingegen - unabhängig von der Rechtsform - nur dann dem Eigenkapitalersatzrecht unterfallen, wenn sie im Alleineigentum der unmittelbaren Gesellschafterin bzw. deren Muttergesellschaft standen.

⁴⁷¹ Hüffer, AktG, § 131 Rn. 16.

Es sprechen gute Gründe dafür, dass - entgegen dem Urteil des BGH vom 21.02.2013 - dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen die von *Huber / Habersack* entwickelte Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung zugrunde liegt. Nach *Huber / Habersack* hat dies zur Folge, dass allein bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags oder im Fall der aktienrechtlichen Eingliederung eine Sonderbehandlung des Darlehens möglich ist. Nach Ansicht des Verfassers ist es für einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch die Muttergesellschaft jedoch ausreichend, wenn sie rechnerisch mit über 10% am Haftkapital der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist. Horizontale Finanzierungen von „Schwester“ oder „Tanten“ sollten hingegen dann dem neuen Recht unterfallen, wenn sie vollständig im Eigentum der Gesellschafterin bzw. deren Muttergesellschaft stehen.

Nach der Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter dürfte im Fall der vertikalen Finanzierung bei „zwischenengeschalteter“ Aktiengesellschaft nur ein Beherrschungsvertrag oder die aktienrechtliche Eingliederung zur Anwendbarkeit des neuen Rechts führen. Ist die Gesellschafterin hingegen als GmbH organisiert, dann sollte eine mehrheitliche Beteiligung der Muttergesellschaft an der Gesellschafterin - wie bisher - für die Erfassung ihres Darlehens ausreichen. Nichts anderes dürfte in diesem Fall gelten, wenn die Gesellschafterin eine mehrheitliche Beteiligung an der Kreditnehmerin hält, die den Kredit gewährende Muttergesellschaft hingegen „schlicht“ an der Gesellschafterin beteiligt ist. Nach der von *Krolop* vertretenen These dürfte die kreditgewährende Muttergesellschaft hingegen stets „mitunternehmerisch“ beteiligt sein, unabhängig von der Rechtsform der zwischenengeschalteten Gesellschaft. Danach fällt das Darlehen der mittelbar beteiligten Muttergesellschaft typischerweise in den Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. Nach beiden Ansätzen dürfte eine Erfassung horizontaler Finanzierungen zukünftig zudem immer dann erfolgen, wenn die unmittelbare Gesellschafterin bzw. ihre Muttergesellschaft Alleineigentümerin der Kreditgeberin ist.

§ 5 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

A. Eigenkapitalersatzrecht

Es gelang zu keinem Zeitpunkt, eine überzeugende und widerspruchsfreie Begründung für das Eigenkapitalersatzrecht zu entwickeln. Sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber stellten auf die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter ab, wenn sich diese in der Krise der Gesellschaft bewusst für eine Kreditfinanzierung entschieden. Der Finanzierungsfolgenverantwortung lagen verschiedene gläubigerschützende Erwägungen zugrunde. Dazu zählten insbesondere die durch das Darlehen bewirkte Verlängerung des „Überlebenskampfes“ der in der wirtschaftlichen Krise befindlichen Gesellschaft und das damit unmittelbar zusammenhängende Abwälzen des Finanzierungsrisikos auf die Drittgläubiger. Außerdem sollte die Kreditfinanzierung eine tatsächlich nicht vorhandene Kapitalausstattung vorspiegeln. Den Gesellschaftern wurde darüber hinaus widersprüchliches Verhalten vorgeworfen. Schließlich wurde das Darlehen als „funktionelles Eigenkapital“ betrachtet. Die „mitunternehmerische Verantwortung“ des Gesellschafters war hingegen eine vom BGH allein für Aktionäre entwickelte, auf allgemeinen Billigkeitserwägungen beruhende Zurechnungsvoraussetzung für die Finanzierungsfolgenverantwortung. Sie war kein Bestandteil der Finanzierungsfolgenverantwortung selbst. Die einzelnen gläubigerschützenden Erwägungen, auf denen die Finanzierungsfolgenverantwortung beruhte, fanden in der Rechtsprechung des BGH zum Adressatenkreis des Eigenkapitalersatzrechts über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus kaum Beachtung.

Zuzustimmen ist der Annahme des BGH, dass der Kredit des sogenannten „mittelbaren Stellvertreters“ des Gesellschafters sowie das Darlehen des Treugebers im Fall der Vollrechtstreuhand am Geschäftsanteil dem eigenkapitalersatzrechtlichen Regelungsregime unterfiel. Nicht nachvollziehbar ist hingegen die Rechtsprechung, nach der es für die eigenkapitalersatzrechtliche Sonderbehandlung der Kredite stiller Gesellschafter vorrangig darauf ankommen sollte, dass diese über gesellschaftergleiche Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte verfügten. Nach Ansicht des Verfassers folgte aus den der Finanzierungsfolgenverantwortung zugrunde liegenden sachlichen Erwägungen, dass bereits das Darlehen des gesetzestypischen stillen Gesellschafters von dem Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts erfasst sein musste. Bei konsequenter Berücksichtigung der ein-

zelenen Erwägungen musste des Weiteren das Darlehen des Unterbeteiligten sowie des gesetzestypischen Nießbrauchsberechtigten am Geschäftsanteil Gegenstand des Eigenkapitalersatzrechts sein.

Zu widersprechen ist der Entscheidung des BGH, dass der durch ein Pfandrecht am Gesellschaftsanteil gesicherte Kredit Gegenstand der eigenkapitalersatzrechtlichen Sonderbehandlung sein konnte. Unklar blieb in diesem Zusammenhang, warum die vom BGH als maßgebliches Kriterium herausgearbeitete Machtposition des Dritten gesellschaftsrechtlich vermittelt sein musste, schuldrechtlicher oder wirtschaftlicher Einfluss hingegen unschädlich sein sollte. Im Bereich mehrstufiger Unternehmensverbindungen sollte es schließlich - sowohl bei vertikalen als auch bei horizontalen Finanzierungen - allein darauf ankommen, dass die Kreditgeberin ein verbundenes Unternehmen der Gesellschafterin im Sinne der §§ 15 ff. AktG war. Diese Rechtsprechung war höchst umstritten. Dem vom BGH vorrangig bemühten „historischen Argument“, das auf dem Regierungsentwurf zur GmbHG-Novelle aus dem Jahre 1977 beruhte, standen Bedenken entgegen. Nach hier vertretener Ansicht mussten vertikale Finanzierungen vielmehr bereits dann der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung anheimfallen, wenn die Kreditgeberin rechnerisch mit über 10% am Haftkapital der Kreditnehmerin beteiligt war. Auf die Rechtsform der „zwischengeschalteten“ Gesellschaft durfte es nicht ankommen. Kredite von „Schwestern“ oder „Tanten“ der Kreditnehmerin konnten hingegen nur dann Gegenstand des Eigenkapitalersatzrechts sein, wenn die Gesellschafterin bzw. deren Muttergesellschaft alleinige Eigentümerin der kreditgewährenden Gesellschaft war. Die Rechtsform der Kreditgeberin durfte hingegen keine Rolle spielen.

B. Recht der Gesellschafterdarlehen

Gute Gründe sprechen dafür, dass das neue Recht der Gesellschafterdarlehen mit *Huber / Habersack* auf einem Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch den Gesellschafter beruht, wenn dieser seiner Gesellschaft ein Darlehen gewährt. Nicht zu überzeugen vermag die - sowohl vom BGH als auch von verschiedenen Stimmen in der Literatur vertretene - Ansicht, das Recht der Gesellschafterdarlehen beruhe weiterhin auf der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter. Dies lässt sich insbesondere nicht aus der Begründung des Gesetzgebers für das neue Recht ableiten. Im Gegenteil bringt der Gesetzgeber dort mehrfach zum Ausdruck, dass die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens im Recht der Gesellschafterdarlehen aufgegeben wird. Die Finanzie-

rungsfolgenverantwortung sowie die hinter dieser stehenden verschiedenen sachlichen Erwägungen sind untrennbar mit dem Tatbestandsmerkmal der Krise der Gesellschaft verknüpft. Es ist nicht nachvollziehbar, warum einen Gesellschafter Finanzierungsfolgenverantwortung treffen sollte, wenn dieser seiner gesunden Gesellschafter einen Kredit gewährt. Vor diesem Hintergrund ist auch der von *Krolop* vertretene These zu widersprechen. Schließlich dürften die besseren Gründe gegen die von *Servatius* vertretene These zur Legitimationsgrundlage des neuen Rechts sprechen.

Da weder der Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften noch die Gesetzesbegründung eindeutige Hinweise auf den personellen Anwendungsbereich des Rechts der Gesellschafterdarlehen über den unmittelbaren Gesellschafter hinaus enthalten, kommt es für die erforderliche Auslegung maßgeblich auf den Sinn und Zweck des neuen Rechts an. Nach Ansicht des Verfassers folgt aus der Theorie vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung, abweichend von den von *Huber /Habersack* gezogenen Schlussfolgerungen, grundsätzlich eine Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht. So macht sich nach hier vertretener Ansicht bereits der typische stille Gesellschafter, der „seiner“ Gesellschaft einen Kredit gewährt, das Prinzip der Haftungsbeschränkung zunutze. Voraussetzung ist, dass die Einlage nominell über 10% des Haftkapitals der Gesellschaft beträgt. Auch der Unterbeteiligte am Geschäftsanteil nutzt das kapitalgesellschaftliche Prinzip der Haftungsbeschränkung missbräuchlich aus, selbst wenn er - was praktisch selten vorkommen dürfte - nur am Ertrag des Unternehmens beteiligt ist. Für die Anwendbarkeit des Kleinbeteiligtenprivilegs ist in diesem Zusammenhang allerdings nur der Umfang der Unterbeteiligung an dem Geschäftsanteil und nicht der Umfang des Geschäftsanteils selbst maßgeblich. Aus der These vom Missbrauch der Haftungsbeschränkung dürfte des Weiteren folgen, dass der Kredit eines Nießbrauchsberechtigten am Geschäftsanteil - unabhängig von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung - in der Insolvenz der Gesellschaft zukünftig an letzter Rangstelle zu befriedigen ist. Die Darlehen von „Pfandgläubigern“ sowie von Kreditgebern mit schuldrechtlichen Informations-, Kontroll- und Herrschaftsrechten könne hingegen unter keinen Umständen der Sonderbehandlung durch das Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen. Bei verbundenen Unternehmen liegt schließlich im Fall vertikaler Finanzierung ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung durch die Muttergesellschaft vor, wenn diese rechnerisch mit über 10% am Haftkapital der Kreditnehmerin beteiligt ist. Auf die Rechtsform der „zwischengeschalteten“ Gesellschaft kommt es nicht an. Die Darlehen von „Schwestern“ oder „Tanten“ sind hingegen nur dann

Gegenstand des neuen Rechts, wenn die Gesellschafterin oder ihre Muttergesellschaft alleinige Eigentümerin der kreditgewährenden Gesellschaft ist. Die Rechtsform der den Kredit ausreichenden Gesellschaft ist unerheblich.

Die von *Krolop* vertretene Theorie, nach der es für das Recht der Gesellschafterdarlehen maßgeblich auf die Beteiligung an den unternehmensspezifischen Chancen und Risiken ankommen soll, dürfte überwiegend zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Zu völlig anderen Ergebnissen führt hingegen die von *Servatius* vertretene Theorie vom widersprüchlichen Verhalten der Gesellschafter. Insbesondere können nach diesem Ansatz die Darlehen von „Pfandgläubigern“ sowie von Kreditgebern mit einer ausschließlich schuldrechtlich begründeten Machtposition gegenüber der Gesellschaft dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfallen.

LEBENS LAUF

Beruflicher Werdegang

seit 07/2012	Rechtsanwalt bei KÜFFNER MAUNZ LANGER ZUG- MAIER, München
2010-2012	Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells LLP, Düsseldorf
2010-2012	Promotion bei Prof. Dr. Prütting
2008-2010	Rechtsreferendariat am OLG Nürnberg / LG Regensburg

Schul- und Hochschulausbildung

2002-2007	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg
1994-2001	Theodor-Heuss-Gymnasium / Göttingen

Zivildienst

08/2001-07/2002	Neu-Bethlehem-Krankenhaus Göttingen
-----------------	--