

Professor Dr. Mathias Habersack

**Recht der Gesellschafterdarlehen
- Grundlagen, gesellschaftergleiche Dritte,
Rechtsnachfolger -**

**9. Mannheimer Insolvenzrechtstag
21. Juni 2013**



Überblick

1. Eigenkapitalersatzrecht im Überblick
2. Charakteristika des neuen Rechts
3. Legitimation (Normzweck)
4. Verbundene Unternehmen
5. Sonstige gesellschaftergleiche Dritte
6. Rechtsnachfolge; Ein- und Austritt

I. Eigenkapitalersatzrecht im Überblick

1. Analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG als Ausgangspunkt
2. „Novellenregeln“ – Krise, Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns
3. Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln neben Novellenregeln
4. Praktisch: Weitgehende Verdrängung der Novellenregeln
5. „Finanzierungsfolgenverantwortung“ als Legitimationsgrundlage auch der insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Folgen
6. Erstreckung auf Kapitalgesellschaft & Co. (§§ 129a, 172a HGB)
7. Sonderfall: Aktionärsdarlehen
8. Anwendbarkeit der „Novellenregeln“ auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland (BGHZ 190, 364 – IX. Zivilsenat)



II. Charakteristika des neuen Rechts

1. Ersatzloser Wegfall des Krisenmerkmals und der Maßgeblichkeit des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute
2. Begr. RegE: „Es gibt ... keine kapitalersetzenden Darlehen mehr. Jedes Gesellschafterdarlehen ist bei Eintritt der Insolvenz nachrangig.“
3. „Instrumentarium rein insolvenzrechtlicher Natur“ (BGHZ 190, 364 Tz. 30)
4. Abstrahieren von Umständen des Einzelfalls – Typisierung
5. Keine Bewertung des Verhaltens des Gesellschafters (auch bei Abzug nach Eintritt der „Krise“ bleibt es bei Anfechtbarkeit; Abzug trotz „Krise“ bleibt folgenlos, wenn er außerhalb der Jahresfrist erfolgt)
6. Rechtsformneutraler Ansatz (§ 39 Abs. 4 S. 1 InsO)
7. Einbeziehung von Auslandsgesellschaften als wesentliches Motiv
8. „Abschaffung“ der Rechtsprechungsregeln (§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG)



III. Legitimation (Normwecklehren) – Abschichtung

1. Finanzierungsfreiheit als Ausgangspunkt
2. Abkehr vom krisenbezogenen und auf Verhalten ordentlicher Kaufleute abstellenden Konzept der „Finanzierungsfolgenverantwortung“
3. „Krise“ wird weder widerlegbar noch unwiderlegbar vermutet
4. Auch „Insolvenzreife“ ist nicht an „Krise“ getreten
5. „Insiderstellung“ ist jedenfalls nicht geeignet, den Nachrang zu erklären
6. Kein „gespaltener“ Normzweck; Anfechtbarkeit versteht sich als Annex zum Nachrang, der nicht durch vorzeitige Rückzahlung unterlaufen werden soll.



III. Legitimation (Normwecklehren) – BGH

1. BGHZ 188, 363 Tz. 25: Keine Anknüpfung an Krise und fehlende Kreditwürdigkeit.
2. BGHZ 188, 363 Tz. 17: „Insiderstellung“ kann Nachrang nicht erklären.
3. BGHZ 190, 364 Tz. 30: „Instrumentarium rein insolvenzrechtlicher Natur“.
4. BGHZ 190, 364 Tz. 35: Auch „Novellenregeln“ (§ § 32a/b GmbHG a.F.) knüpften nicht an „Finanzierungsverantwortung“ an.
5. BGH ZIP 2013, 582 Tz. 18: Vermutung liege nahe, dass § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit Legitimationsgrundlage des alten Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmonisiere; Betonung des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses zwischen Gesellschaft und „regelmäßig wohlinformiertem Gesellschafter“.



III. Legitimation (Normwecklehren) – Kritik und eigener Ansatz

1. „Nähebeziehung“ und „Insiderstellung“ (ebenso Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital) begegnen auch (und erst Recht) bei typischen Personengesellschaften; dennoch dort kein Nachrang
2. Im Übrigen verfügt nicht jeder von der Neuregelung erfasste Gesellschafter über „Nähebeziehung“; man denke an Aktionär
3. Normzweck kann nur unter Berücksichtigung des Anwendungsbereichs und damit des § 39 Abs. 4 S. 1 InsO entwickelt werden
4. Gesetz stellt auf Zusammentreffen von Fremdfinanzierung und Haftungsbeschränkung und damit auf Gefahr der nominellen Unterkapitalisierung ab; Zusammenhang mit Schwächung des präventiven Gläubigerschutzes durch MoMiG (UG !)
5. Es wäre „missbräuchlich“ bzw. unangemessen, könnte Gesellschafter, der Haftungsbeschränkung in Anspruch nimmt, hinsichtlich des Darlehens auf Rangstufe gewöhnlicher Gläubiger begeben
6. Ähnlich Bitter: Abschöpfung von Gewinnchancen



IV. Verbundene Unternehmen

1. Ausgangslage: Vor MoMiG Generalklausel der einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
2. § 138 InsO unergiebig und unpassend
3. Begr. RegE: Anknüpfung an § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG
4. Damit weitgehende Einbeziehung von mittelbaren Gesellschaftern, die Einfluss auf Gesellschafter haben (BGH ZIP 2013, 582 Tz. 15 ff.), aber auch von Töchtern des Gesellschafters, auf die dieser Einfluss hat
5. Konzept der Haftungsbeschränkung spricht nach wie vor für Beschränkung auf mittelbare Gesellschafter, die Verlustrisiko tragen (Vertragskonzern), verträgt aber auch BGH-Lösung
6. Keinesfalls Erfassung aller Verbunddarlehen
7. Beispiel: BGH ZIP 2008, 1230 – Finanzierung durch „Schwester“-AG, die nicht unmittelbar an finanzierter Gesellschaft beteiligt ist; Betonung des § 76 Abs. 1 AktG und der Unabhängigkeit des AG-Aufsichtsrats

V. Sonstige gesellschaftergleiche Dritte

1. Weitgehende Anknüpfung an BGH-Judikatur zu § 32a III 1 GmbHG
2. Atypischer stiller Gesellschafter
3. Nießbraucher
4. Familienmitglieder
5. Nicht: durch Covenants gesicherte Gläubiger (BGH ZIP 2009, 1273)
6. Nicht: „Atypischer“ Pfandgläubiger (so aber BGHZ 119, 191)

VI. Rechtsnachfolge; Ein- und Austritt

1. Forderungsabtretung: Nachrang trifft nach § 404 BGB grds. auch den Zessionar (BGH ZIP 2013, 582 Tz. 24 mwN)
2. Aber: Analoge Anwendung der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (BGH ZIP 2013, 582 Tz. 25 ff.)
3. Breitflächiger Missbrauch durch sofortige Abtretung an Nichtgesellschafter nicht zu erwarten (so aber Wackerbarth)
4. Bei Rückzahlung innerhalb der Jahresfrist sind Gesellschafter (Zedent) und Zessionar Gesamtschuldner (BGH ZIP 2013, 582 Tz. 28 ff.)
5. Anteilsübertragung folgt Grundsätzen über Forderungsabtretung
6. Eintritt des Gläubigers in Gesellschaft begründet (vorbehaltlich des Sanierungsprivilegs) Nachrang- und Anfechtungsrisiko
7. Ersatzloses Ausscheiden lässt „Verstrickung“ der Forderung unberührt