

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhalt	XI
Einleitung	1
1. Kapitel Vom Eigenkapitalersatzrecht zum Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG	3
A. Vom richterrechtlichen Gläubigerschutz zum Rechtsinstitut des Eigenkapitalersatzrechts	3
B. Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG	52
C. Zusammenfassung und Auswertung	73
2. Kapitel Gesellschafterfremdfinanzierung zwischen Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz	77
A. Gesellschafterfremdfinanzierung und Unternehmensfinanzierung	77
B. Gesellschafterfremdfinanzierung und Gläubigerschutz	93
C. Legitimationsgrundlage des neuen Rechts der Gesellschafterleistungen	115
3. Kapitel Das neue Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung	161
A. Anwendungsbereich	161
B. Das Gesellschafterdarlehen als Ausgangsfall – Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Ausnahmen des neuen Rechts	207
C. Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen – Ausweitung des Grundtatbestandes	282
D. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG	317
E. Nutzungsüberlassung, § 135 Abs. 3 InsO	334
F. Bilanzierung und Rangrücktrittsvereinbarung	339
G. Abgrenzung: Finanzplankredite	347
4. Kapitel Zusammenfassung und Thesen	349
Abkürzungen	357
Literatur	361
Sachregister	393

Inhalt

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
1. Kapitel Vom Eigenkapitalersatzrecht zum Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG	3
A. <i>Vom richterrechtlichen Gläubigerschutz zum Rechtsinstitut des Eigenkapitalersatzrechts – die historische Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts</i>	3
I. Die rechtliche Ausgangslage durch das GmbHG von 1892 und weitere Gesetze	3
II. Die Reaktion von Wissenschaft und Rechtsprechung	8
III. Die Rechtsprechung des BGH – das Eigenkapitalersatzrecht als Rechtsinstitut	16
IV. Die GmbH-Reform von 1980	23
V. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln: zweistufiges Eigenkapital- ersatzrecht	29
VI. Rechtsprechung und Rechtsentwicklung nach der GmbH-Novelle	31
VII. Weitere gesetzliche Änderungen des Eigenkapitalersatzrechts	39
1. InsO und EGInsO 1994	39
2. KapAEG, KonTraG und UBGG	41
a) Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (KapAEG)	41
b) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)	44
c) Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBGG)	47
d) Auswertung: rechtspolitische Zielrichtung der Gesetze	48
3. Treuhandanstalt und Eigenkapitalersatzrecht – § 56e DMBilG	50
B. <i>Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG</i>	52
I. Missstände und Kritik des Eigenkapitalersatzrechts	52
1. Begründungsdefizit	52
2. Zweckverfehlung und negative Auswirkungen des Eigenkapitalersatzrechts	54
3. Konzeptionsmängel und Unübersichtlichkeit	56
II. Reformprozess	58
1. Anstöße für den Reformprozess	58
a) Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsformen	58
b) Insolvenz- und Gläubigerschutzprobleme	61
2. Reformkonzepte	62

a)	Abschaffung des Kapitalersatzrechts	62
b)	Erstattungspflicht und Besicherungsverbot	63
c)	Unterschiedsloser Nachrang und generelle Anfechtbarkeit	65
d)	Systemimmanente Modifikationen des Eigenkapitalersatzrechts	66
III.	Gesetzgebungsverfahren	67
1.	Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz	67
2.	Rezeption des Referentenentwurfs auf dem 66. Deutschen Juristentag	69
3.	Regierungsentwurf MoMiG	70
4.	Beratungen in Bundestag und Rechtsausschuss	70
5.	Weiteres Gesetzgebungsverfahren	72
C.	Zusammenfassung und Auswertung	73
2. Kapitel	Gesellschafterfremdfinanzierung zwischen Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz	77
A.	Gesellschafterfremdfinanzierung und Unternehmensfinanzierung	77
I.	Möglichkeiten der GmbH-Finanzierung	77
1.	Eigenkapitalfinanzierung	79
2.	Fremdkapitalfinanzierung	81
3.	Finanzierung mit Mezzanine-Kapital	82
4.	Gesellschafterdarlehen als Mezzanine-Kapital ex lege	83
II.	Vorteile der Gesellschafterfremdfinanzierung	85
1.	Liquidität	87
2.	Rentabilität	88
3.	Risiko	89
4.	Unabhängigkeit	90
IV.	Ergebnis	92
B.	Gesellschafterfremdfinanzierung und Gläubigerschutz	93
I.	Das Gesellschafter-Gesellschaftsgläubiger-Verhältnis als Prinzipal-Agenten- Beziehung	93
1.	Die Prinzipal-Agenten-Beziehung	93
2.	Informationsasymmetrien und die Annahme opportunistischen Verhaltens	94
II.	Die grundsätzliche Risikosituation der Gesellschaftsgläubiger	95
1.	Das Investitionsrisiko	95
2.	Das Informations- und Bewertungsrisiko	96
3.	Das Risiko riskanter Investitionspolitik	96
a)	Risikoreiz der Gesellschafter	97
b)	Haftungsbeschränkung und Risikoreiz	98
4.	Das Gläubigerkonkurrenrisiko	99
5.	Das Risiko sonstigen opportunistischen Gesellschafterverhaltens	100
III.	Die Risikosituation der Gesellschaftsgläubiger bei Gesellschafter- fremdfinanzierung	100
1.	Gesellschafterfremdfinanzierung in der Krise	101
a)	Auswirkungen auf das Investitions- und Informationsrisiko	102
b)	Auswirkungen auf das Risiko riskanter Investitionen	102
aa)	Gesteigerter Risikoreiz des Gesellschafters	102

bb) Minderung des Risikoanreizes durch die Gläubigerstellung des Gesellschafters?	105
c) Auswirkungen auf das Gläubigerkonkurrenzrisiko	106
d) Auswirkungen auf das Risiko sonstigen opportunistischen Verhaltens der Gesellschafter	108
2. Gesellschafterfremdfinanzierung außerhalb der Krise	109
a) Keine unmittelbare Steigerung des Ausfallrisikos durch Gesellschafterfremdfinanzierung außerhalb der Krise	110
b) Steigerung des Ausfallrisikos durch Belassen des Gesellschafterfremdkapitals bei Kriseneintritt	111
3. Zwischenergebnis	113
IV. Ergebnis	113
C. <i>Legitimationsgrundlage des neuen Rechts der Gesellschafterleistungen</i>	115
I. Legitimationsgrundlage des bisherigen Eigenkapitalersatzrechts	116
1. Grundzüge der Finanzierungsfolgenverantwortung	116
2. Wegfall des Krisenmerkmals durch das MoMiG	117
II. Auswertung der Gesetzesmaterialien	118
III. Begründungsansätze des Schrifttums	119
1. Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung	119
a) Vermutung der Krise	120
b) Vermutung der Insolvenzreife	122
2. Herleitung aus dem Prinzip der Haftungsbeschränkung	123
3. Finanzierungsverantwortung und Finanzierungsentscheidung in gewandeltem Verständnis	125
4. Doppelrolle des Gesellschafter-Kreditgebers	127
a) Insiderstellung des Gesellschafters	127
b) Beteiligung an den unternehmerischen Chancen und Risiken	129
c) Gesellschafterfremdfinanzierung als Beitrag zur Insolvenzverschleppung	130
d) Beeinflussung des unternehmerischen Risikos	131
IV. Risikoerhöhung und gesetzliche Risikoallokation als Legitimationsgrundlage	132
1. Erhöhung des Ausfallrisikos als Ausgangspunkt	132
2. Risikoerhöhung als Verstoß gegen gesetzgeberische Risikoallokation	133
a) Anhaltspunkte einer angemessenen Risikoallokation aus GmbHG und InsO	134
b) Risikoallokation der MoMiG-Regeln als überzeugende rechtspolitische Entscheidung	136
c) Risikoerhöhung durch Gesellschafterfremdfinanzierung als Verstoß gegen angemessene Risikoallokation	139
3. Umsetzung durch das neue Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung . .	139
a) Regelungsziel und Rechtsfolgen des neuen Rechts der Gesellschafterleistungen	139
b) Tatbestandliche Ausgestaltung: Entbehrlichkeit des Tatbestandsmerkmals der Krise und Berechtigung der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	142
4. Die bisherigen Ansätze im Lichte der Risikoerhöhung und Risikoallokation	146

a) Risikoerhöhung, Finanzierungsfolgenverantwortung und Eigenkapitalersatz	146
b) Risikoerhöhung und das Privileg der Haftungsbeschränkung	150
c) Risikoerhöhung und die Doppelrolle des Gesellschafters	153
V. Ergebnis	158
3. Kapitel Das neue Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung	161
A. Anwendungsbereich	161
I. Zeitlicher Anwendungsbereich	161
1. Fortgeltung der Novellenregeln	162
2. Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln	164
a) Anwendung des Art. 103 d EGInsO?	164
b) Art. 103 d EGInsO analog?	165
c) Rückwirkende Abschaffung der Rechtsprechungsregeln?	166
d) Die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechts	167
e) Der Gegenanspruch des Gesellschafters – dolo-petit Einwand und Aufrechnung	168
aa) Auswirkung außerhalb eines Insolvenzverfahrens	169
aaa) Dolo-petit Einwand und Aufrechnungsmöglichkeit des Gesellschafters	169
bbb) Ergebniskorrektur durch wertende Einbeziehung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	172
bb) Auswirkung im Insolvenzverfahren	175
cc) Zwischenergebnis	177
3. Ergebnis	178
II. Erfasste Gesellschaften	179
1. Kapitalgesellschaften	180
a) GmbH, UG und Vorgesellschaft	180
b) Aktiengesellschaft	183
c) Kommanditgesellschaft auf Aktien	184
d) Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Europäische Privatgesellschaft (SPE)	185
2. Eingetragene Genossenschaft, einschl. Europäische Genossenschaft (SCE)	185
3. Atypische Personengesellschaften	188
4. Gesetzestypische Personengesellschaften	189
5. Stille Gesellschaft	193
6. Verein und Stiftung	194
7. EU-Auslandsgesellschaften	195
a) Kollisionsrechtlicher Einwand: Die Rechtsnatur der Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung	196
b) Europarechtlicher Einwand: Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	199
c) Anfechtung nach §§ 6, 6a AnfG	204
d) Ergebnis	204
8. Gesellschaften aus Drittstaaten (Dritt-Auslandsgesellschaften)	205

B. Das Gesellschafterdarlehen als Ausgangsfall – Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Ausnahmen des neuen Rechts	207
I. Voraussetzungen	207
1. Das Darlehen	207
2. Gesellschafter als Darlehensgeber	209
a) Gesellschaftereigenschaft	209
b) Gesellschafter der GmbH & Co KG	209
c) Gesellschafterwechsel	210
aa) Altgesellschafter	211
bb) Neugesellschafter	214
d) Gesellschafter als Zedent und Zessionar	215
aa) Abtretung der Darlehensforderung	215
bb) Erwerb der Darlehensforderung	217
3. Die Darlehensgewährung	217
a) Gewährung des Darlehens	217
b) Zeitpunkt der Darlehensgewährung	218
c) Dauer der Darlehensgewährung (kurzfristige Überbrückungs-	
darlehen)	218
d) Subjektives Element?	220
II. Rechtsfolgen	221
1. Keine analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften,	
§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG	222
a) Die »Nichtanwendungsvorschrift« des § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG	222
b) Kein kapitalerhaltungsrechtliches Auszahlungsverbot	223
c) Auszahlung als Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG?	225
2. Insolvenzrechtlicher Nachrang, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	230
a) Der Rückerstattungsanspruch des Gesellschafters aus	
§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB	230
b) Der besicherte Rückerstattungsanspruch	231
aa) Gesellschaftssicherheit	231
bb) Drittsicherheit	235
c) Zinsen	237
3. Insolvenz- und Gläubigeranfechtung	239
a) Insolvenzanfechtung, § 135 Abs. 1 InsO	239
aa) Anfechtbare Rechtshandlungen	239
bb) Rechtsfolgen der Anfechtung, § 143 Abs. 1 InsO,	
§ 144 Abs. 1 InsO	241
cc) Anfechtungsfristen und Verjährung	242
b) Gläubigeranfechtung, §§ 6, 11 AnFG	245
III. Ausnahmetatbestände	246
1. Kleinbeteiligungsprivileg, § 39 Abs. 5 InsO	246
a) Normzweck	246
b) Geringfügige Beteiligung	247
c) Kein Geschäftsführer-Gesellschafter	250
d) Beteiligungsveränderung und Erwerb/Aufgabe der Geschäftsführer-	
position	252
e) Rechtsformübergreifende Geltung des Kleinbeteiligungsprivilegs	254
aa) Kapitalgesellschaften	254

bb) Atypische Personengesellschaften	254
cc) Eingetragene Genossenschaft	261
dd) Stiller Gesellschafter	263
ee) Limited	264
f) Privilegierung nicht-unternehmerischer Gesellschafter de lege ferenda	264
2. Sanierungsprivileg, § 39 Abs. 4 S. 2 InsO	265
a) Normzweck	265
b) Erfasste Darlehensgeber	267
c) Erfasste Finanzierung	269
d) Sanierungszweck	270
e) Maßgeblicher Zeitpunkt und Privilegierungsdauer	271
3. Die Privilegierungstatbestände in UBGG und FMStBG	276
a) Die Privilegierung nach § 24 UBGG	276
b) Die Privilegierung gem. § 18 FMStBG	280
C. <i>Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen – Ausweitung des Grundtatbestandes</i>	282
I. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung	282
1. Methodologische Einordnung und Prüfungsfolge	282
2. Erweiterter Geltungsbereich und Legitimationsgrundlage	283
3. Zurechnungskriterien wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalte	285
II. Erweiterung des Normadressatenkreises	287
1. »Strohmann«-Gesellschafter und zwischengeschalteter Nichtgesellschafter.	288
a) Treugeber	288
b) Vertretener bei mittelbarer Stellvertretung	289
c) Zahlungsmittler	289
d) Nahe Angehörige	290
2. Mittelbar an der Gesellschaft beteiligte Kreditgeber und einflussreiche Dritte	291
a) Stiller Gesellschafter	292
b) Pfandgläubiger	295
c) Nießbraucher	297
d) Unterbeteiligter	299
e) <i>Covenants</i> -gestützte Kreditgeber	299
III. Erweiterung des Kreises relevanter Rechtshandlungen	303
1. Stundung und stundungsähnliche Finanzierungsmaßnahmen	303
2. An- und Vorauszahlung	306
3. Wechseldiskont	307
4. Factoring	307
5. Stille Beteiligung	308
6. Eigentumsvorbehalt	310
7. Finanzierungsleasing (einschließlich sale-and-lease-back-Verfahren)	312
8. Dienstleistungen des Gesellschafters	315
D. <i>Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG</i>	317
I. Grundgedanke und Systematik	317

II.	Voraussetzungen	318
1.	Drittkreditgeber	318
2.	Darlehen oder darlehensgleiche Finanzierungsmaßnahme des Dritten	319
3.	Gesellschaftersicherheit	320
a)	Gesellschafter oder gesellschaftergleicher Dritter als Sicherungsgeber	320
b)	Sicherheit	320
4.	Auswirkungen der Abschaffung des Merkmals »eigenkapitalersetzend«	321
III.	Rechtsfolgen	322
1.	Keine Freistellungspflicht des Gesellschafters nach § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. analog	322
2.	Die Insolvenzforderung des Dritten, § 44a InsO	323
a)	Vorrangige Inanspruchnahme der Gesellschaftersicherheit	323
b)	Subsidiaritätsabreden und Verzichtserklärung	325
3.	Anfechtung gem. §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG	327
a)	Anfechtungsgegenstand und Anfechtungsgegner	327
b)	Erstattungspflicht und Ersetzungsbefugnis des Gesellschafters nach § 143 Abs. 3 InsO	328
c)	Gläubigeranfechtung gem. §§ 6a, 11 Abs. 3 InsO	329
IV.	Sonderfall der Doppelbesicherung	330
1.	Meinungsstand unter dem Eigenkapitalersatzrecht	330
2.	Doppelbesicherte Drittdarlehen im neuen Recht der Gesellschaftersfremdfinanzierung	331
E.	Nutzungsüberlassung, § 135 Abs. 3 InsO	334
I.	Die eigenkapitalersatzrechtliche Erfassung der Nutzungsüberlassung	334
II.	Darlehensgleicher Charakter der Nutzungsüberlassung?	334
III.	Die Neuregelung im Überblick	336
F.	Bilanzierung und Rangrücktrittsvereinbarung	339
I.	Bilanzierung von Gesellschafterdarlehen	339
1.	Berücksichtigung im Jahresabschluss der Gesellschaft	339
2.	Berücksichtigung im Überschuldungsstatus der Gesellschaft	342
II.	Rangrücktrittsvereinbarung	344
1.	Auswirkung auf den Jahresabschluss der Gesellschaft	344
2.	Auswirkungen auf die Überschuldungsbilanz der Gesellschaft	345
G.	Abgrenzung: Finanzplankredite	347
4.	Kapitel Zusammenfassung und Thesen	349
	Abkürzungen	357
	Literatur	361
	Sachregister	393