

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
Erster Teil: Ökonomische Beurteilung der Gesellschafterdarlehen und Notwendigkeit einer gesetzlichen Sonderregelung	
§ 1 Gesellschafter und Gesellschafterfremdfinanzierung	27
I. Die Wesensmerkmale der Gesellschafterstellung der geschlossenen Kapitalgesellschaft	27
1. Überblick über die geschlossene Kapitalgesellschaft	27
2. Merkmale der Stellung der Gesellschafter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft	29
a) Begrenztes Risiko	29
b) Herrschaft im Innenverhältnis	30
c) Die Interessenverfolgung	31
d) Zusammenfassende Betrachtung	31
3. Korrespondenz von interessenbezogener Herrschaft und Haftung	33
a) ... als ein Gestaltungsprinzip?	33
b) Gegenläufige Überlegungen	34
c) Fazit	35
II. Finanzierungsfreiheit und Gesellschafterfremdfinanzierung	36
1. Grundsatz der Finanzierungsfreiheit	36
2. Gesellschafterfremdfinanzierung und ihre Attraktivität	37
a) Vorteile für die Gesellschaft	37
aa) Im Vergleich zur Eigenkapitalfinanzierung	37
(1) Senkung der Transaktionskosten und zusätzliche Finanzierungsmöglichkeit	37
(2) Steuerliche Vorteile	38
bb) Im Vergleich zur Drittfinanzierung	38
b) Vorteile für die Gesellschafter	39
3. Gläubigergefährdung durch eine Gesellschafterfremdfinanzierung	39

## Inhaltsverzeichnis

a) Keine spezifische konkrete Gläubigergefährdung	39
b) Gefahr der abstrakten Risikoabwälzung?	41
III. Zusammenfassung	42
§ 2 Die Gesellschafterfremdfinanzierung in Hinsicht auf das Agent-Problem	44
I. Das Agent-Problem bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft	44
1. Das Modigliani-Miller-Theorem und die Prinzipal-Agent-Theorie	44
2. Wirtschaftliche Struktur der geschlossenen Kapitalgesellschaft	45
3. Der Prinzipal-Agent-Konflikt bei Unternehmensentscheidungen	46
II. Die Kapitalstruktur und der Risikoanreiz der Gesellschafter	47
1. Modellbildung und Ausgangsvoraussetzungen	47
2. Der Risikoanreiz des Gesellschafters bei der Eigenkapitalfinanzierung	49
a) Unterschiedliche Projekte	49
b) Fazit	50
3. Risikoanreizerhöhung durch Gesellschafterdarlehen	51
a) Im Vergleich zur Eigenkapitalfinanzierung	51
b) Im Vergleich zur Nichtfinanzierung	53
4. Besicherte Gesellschafterdarlehen	55
a) Risikoanreiz bei Gesellschaftssicherheit für Gesellschafterforderung	55
b) Exkurs: Nutzen der Kreditsicherheit	55
5. Zwischenergebnisse und Anpassung	57
a) Zwischenergebnisse	57
b) Kleingesellschafter	57
III. Zusätzliche Kosten bei einem erhöhten Risikoanreiz	58
1. Überblick über die Agenturkosten	58
2. Wohlfahrtsverlust wegen Investitionsverzerrung	59
3. Transaktionskosten	60
a) Die Möglichkeit der Gegensteuerung durch die Gläubiger	60
b) Anpassungsunfähige Gläubiger	61
c) Warenkreditgeber	61
d) Finanzinstitute	62
aa) Zinssatzerhöhung	62
bb) Kreditsicherheit	63
cc) Einflussnahme bei der Entscheidung	63

dd) Vereinbarung des Nachrangs der Gesellschafterforderung	64
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	64
§ 3 Aufgaben und Ansatz der Sonderregelung	66
I. Notwendigkeit einer Sonderbehandlung	66
1. Allgemeine Überlegungen	66
2. Schutzlücken bei Krisenlagen der Gesellschaft	67
a) Schwächen des Gläubigerschutzes aufgrund des Stammkapitals	68
b) Unzureichender Schutz vor materieller Unterkapitalisierung	69
II. Die Aufgaben der Regelungen	69
1. Regelungsaufgabe	69
2. Insbesondere: Gesellschaftssicherheit	70
III. Unterschiedliche Regelungsansätze	71
1. Anknüpfungspunkte	71
2. Allgemeine Instrumente	72
a) Deliktsrechtlicher Ansatz	72
b) Bindung der Rechtsausübung an das Gesellschaftsinteresse	73
3. Spezifische Lösungsansätze	74
a) Der Ansatz der stammkapitalähnlichen Bindung	75
b) Der insolvenzrechtliche Rangrücktritt	76
IV. Zusammenfassende Bewertung	77

Zweiter Teil: Die Entwicklung und gegenwärtige Regelung im deutschen Recht

§ 4 Rechtliche und dogmatische Entwicklung der Regelungsansätze	79
I. Die Behandlung der Gesellschafterdarlehen durch das Reichsgericht	79
1. Die Ausgangslage nach der Gesetzgebung von 1892	79
a) Die Finanzierung der GmbH	79
aa) Stammkapital und Nachschüsse	79
bb) Keine Berücksichtigung der Gesellschafterdarlehen bei der Gesetzgebung	81
cc) Finanzierung der GmbH in der Praxis	81

b) Keine Sonderbehandlung der Gesellschafterdarlehen im Zivilrecht und beim Konkursverfahren	82
c) Steuerrechtliche Behandlung der Gesellschaftsfinanzierung	83
2. Eingriffe der Rechtsprechung	84
a) Urteil vom 16.11.1937 – RG II 70/37	84
b) Urteil vom 3.12.1938 – RG II 84/38	85
c) Urteil vom 13.1.1941 – RG II 88/40	86
3. Fazit	87
II. Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung	88
1. Umstellung des Ansatzes auf Stammkapitalbindung	88
a) Das Lufttaxi-Urteil vom 14.12.1959 – II ZR 187/57	89
aa) Abgrenzung vom Problem der (materiellen) Unterkapitalisierung	89
bb) Gleichsetzung der Gesellschafterdarlehen mit Eigenkapital	89
cc) Kritik aus Literatur	90
b) Das Deckenputz-Urteil vom 29.11.1971 – II ZR 121/69	91
2. Fortbildung des Eigenkapitalersatzrechts	92
a) Erweiterung auf wirtschaftlich ähnliche Leistung	92
aa) Das Urteil vom 27.09.1976 – II ZR 162/75 (gesellschafterbesicherte Drittadlungen)	92
bb) Das Urteil vom 26.11.1979 – II ZR 104/77 (Stehenlassen)	93
cc) Das Urteil vom 24.03.1980 – II ZR 213/77 (gestundete Nichtdarlehensforderung)	93
b) Der eigenkapitalersetzende Charakter: Das Urteil vom 24.03.1980 – II ZR 213/77	94
aa) Das Kriterium der Kreditunwürdigkeit	94
bb) Beschränkung der Verstrickung auf Höhe des Stammkapitals	95
c) Einbeziehung der Nutzungsüberlassung	95
aa) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit	96
bb) Spezielle Kreditunwürdigkeit und Überlassungsunwürdigkeit	96
cc) Rechtsfolge	97
(1) Eigentum der Sache	97
(2) Nutzungsrecht	97
(3) Zahlungsansprüche	98
3. Finanzierungsfolgenverantwortung als Legitimationsgrundlage	99
III. Kodifizierung des Eigenkapitalersatzrechts	101

1.	Der konkursrechtliche Behandlungsansatz seit dem RefE 1939	101
2.	Die Novellenregeln von 1980	102
a)	Überblick	102
b)	Regelungsinhalt	102
aa)	Die Krisenfinanzierung	102
bb)	Anwendungsfälle	103
cc)	Rechtsfolgen	104
(1)	Gesellschafterdarlehen	104
(2)	Gesellschafterbesicherte Drittadlehen	104
3.	Ergänzung durch das KapAEG 1998 und das KonTraG 1998	105
a)	Kleinbeteiligungsprivileg	105
b)	Sanierungsprivileg	106
4.	Insolvenzordnung 1994/1999	108
IV.	Das MoMiG von 2008	108
1.	Reformkonzeption	109
2.	Inhalt der Reformen im Überblick	109
a)	Verzicht auf das Merkmal der Krisenfinanzierung	109
b)	Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts	110
c)	Verlagerung des Gesellschafterdarlehensrechts ins Insolvenzrecht	110
3.	Legitimationsgrundlage des neuen Gesellschafterdarlehensrechts	111
a)	Die Lehre vom Preis der Haftungsbeschränkung	111
b)	Festhalten an der Finanzierungsfolgenverantwortung	113
c)	Die Lehre von der Finanzierungszuständigkeit	113
d)	Die Lehre vom Näheverhältniss	114
e)	Die Lehre vom Herrschaftsbereich	115
f)	Die Lehre von der Risikoübernahmeverantwortung	115
g)	Die Lehre von der Verhinderung der Risikoerhöhungsstrategien	116
h)	Der Standpunkt des BGH	117
i)	Fazit	118
V.	Zusammenfassung	119
§ 5 Das geltende Gesellschafterdarlehensrecht nach dem MoMiG		120
I.	Der Tatbestand der Gesellschafterdarlehen	120
1.	Erfasste Gesellschaften nach § 39 Abs. 4 S. 1 InsO	120
a)	Allgemeines	120
b)	Kapitalistisch ausgestaltete Personengesellschaften	121
		13

2. Erfasste Kreditgeber	122
a) Gesellschafter	122
b) Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs	123
aa) Zurechnungsfälle	124
(1) Ausdehnung	124
(2) Teleologische Reduktion?	125
bb) Gesellschaftergleiche Dritte	126
(1) Atypisch stiller Gesellschafter	126
(2) Nießbraucher und Unterbeteiligte	128
(3) Atypischer Pfandgläubiger	129
c) Das Kleinbeteiligungsprivileg	130
aa) Das Kleinbeteiligungsprivileg nach dem MoMiG	130
bb) Kleinbeteiligungsprivileg bei gleichgestellten Dritten	132
3. Sachlicher Anwendungsbereich	133
a) Darlehen	133
aa) Darlehensgewährung	133
bb) Kurzfristiger Darlehen als Ausnahme?	134
b) Wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen	135
aa) Keine Einbeziehung der Nutzungsüberlassung	136
bb) Stehengelasse und gestundete Forderungen	137
cc) Finanzierungsgeschäfte mit Sachwerten	138
c) Sanierungsprivileg	140
aa) Voraussetzungen	140
(1) Insolvenzreife der Gesellschaft	140
(2) Anteilserwerb durch Gläubiger	141
(3) Sanierungswille	142
(4) Andauern des Sanierungsprivilegs	143
bb) Rechtsfolgen	144
II. Rechtsfolgen	144
1. Überblick	144
2. Nachrang	145
3. Anfechtung	146
a) Anfechtbarkeit der Befriedigung	146
b) Anfechtbarkeit der Sicherung	147
aa) Drittsicherheiten	147
bb) Gesellschaftssicherheiten	147
cc) Privilegierung anfänglich bestellter Sicherheiten?	148
c) Durchsetzbarkeit der Sicherung	149
aa) Rechtslage vor und nach dem MoMiG	149
bb) Auffassung des IX. Zivilsenats des BGH	150

(1)	Urteil vom 28.06.2012: Nachrang verdrängt Absonderung	150
(2)	Urteil vom 18.07.2013: Unabhängigkeit bei der Anfechtungstatbestände	150
cc)	Abweichende Meinungen in der Literatur	151
	(1) Kritik am Urteil vom 18.07.2013	151
	(2) Vorrang der Durchsetzbarkeit der Sicherheit	152
	(3) Vorrang der Nachrangigkeit und Anfechtbarkeit der Forderung	153
4.	Bilanzielle Behandlung	155
III.	Gesellschafterbesicherte Drittgarlehen	156
1.	Tatbestand	157
2.	Rechtsfolge	157
	a) Im Verhältnis Kreditgeber – Gesellschaft bzw. Gesellschafter	157
	b) Im Verhältnis Gesellschaft – Gesellschafter	159
	aa) Anfechtbarkeit der Tilgung durch die Gesellschaft	159
	bb) Regressanspruch des Gesellschafters	160
3.	Doppelbesicherung	160
IV.	Zusammenfassende Betrachtung	162

### Dritter Teil: Regelung im chinesischen Recht

§ 6 Die Ausgangslage im chinesischen Recht	164
I. Kapitalgesellschaften im chinesischen Recht	164
1. Kapitalgesellschaften	164
a) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	165
aa) Rechtsregelungen	165
bb) Fazit	166
b) Die Aktiengesellschaft	166
2. Atypische Personengesellschaften	167
II. Die Novelle von 2013/2014	168
1. Die Abschaffung des gesetzlichen Mindestkapitals	169
2. Die Abschaffung der Mindesteinlageleistung und der Einlagenprüfung	169
3. Die Abschaffung der Sonderregelungen für eine Sacheinlage	169
III. Vermögensschutz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht	170
1. Grundsatz der Finanzierungsfreiheit	170
2. Das Kapitalbindungssystem	170

a)	Stamm- und Grundkapital und die Einlagepflicht	170
b)	Einlagenrückgewährverbot	171
c)	Rücklage und Gewinnausschüttung	172
3.	Haftungsdurchgriff wegen erheblicher Unterkapitalisierung	172
a)	Überblick	172
b)	Das Kriterium der Rechtsprechung	173
c)	Der Haftungsdurchgriff bei Unterkapitalisierung seit der Novelle	174
4.	Insolvenzrecht	175
a)	Die Insolvenzeröffnung	175
aa)	Eröffnungsgründe	175
bb)	Der Antragsberechtigte und -verpflichtete	176
b)	Insolvenzanfechtung	177
c)	Verteilungsrangfolge	178
IV.	Zusammenfassende Betrachtung	178
1.	Die Kapitalgesellschaften nach der Novelle 2013/2014	178
2.	Die Schwäche des Vermögensschutzes im Gesellschaftsrecht	179
3.	Rechtliche und praktische Probleme des Insolvenzrechts	180
4.	Ergebnis	181
§ 7 Verortung und Regelungsansatz des Gesellschafterdarlehens-rechts im chinesischen Recht	182	
I.	Notwendigkeit und Anregungen einer Sonderregelung	182
1.	Notwendigkeit einer Sonderregelung	182
2.	Anregungen der Sonderbehandlung	183
a)	Entwurf einer Justizauslegung 2003	183
b)	Beratungsentwurf 2004	184
c)	Ein Versuch der Rechtsprechung: Das Shagang-Urteil	186
aa)	Sachverhalt des Shagang-Falls	186
bb)	Die Begründung des Gerichts	187
II.	Verortung der Sonderregelung	187
1.	Anwendungsbereich	187
2.	Voraussetzung eines Fehlverhaltens?	188
a)	Grundsatz der equitable subordination	188
b)	Funktionale Betrachtung	189
3.	Verhältnis zum Kapitalbindungssystems: Shagang-Urteil	190
4.	Fazit: Der systematische Standort	191
III.	Ansatz und Grundzüge der Sonderregelung	191
IV.	Zusammenfassung	193

§ 8 Ausgestaltung des Rechts der Gesellschafterdarlehen im chinesischen Recht de lege ferenda	194
I. Normzweck	194
II. Persönlicher Anwendungsbereich	194
1. Der Normadressat	194
a) GmbH-Gesellschafter und Aktionär	195
b) Unbeschränkt haftender Partner	195
c) Anknüpfung an die formale Gesellschafterstellung	196
2. Kleinbeteiligungsprivileg	197
3. Erweiterung auf Dritte	198
a) Maßstab für gesellschaftergleiche Dritte	198
aa) Risikobeschränkung	199
bb) Gewinnbeteiligung	199
cc) Einflussmöglichkeit	199
b) Das Ausmaß der Einfluss- und Gewinnrechte	200
c) Anwendungsfälle der gesellschaftergleichen Dritten	201
III. Sachlicher Anwendungsbereich	201
1. Gesellschafterdarlehen	201
2. Erweiterung auf wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen	202
a) Maßstab der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit	202
b) Stundung bzw. Stehenlassen einer Gesellschafterforderung	202
c) Finanzierungsgeschäfte mit Sachwerten	203
d) Nutzungüberlassung	205
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	206
4. Sanierungsprivileg	206
IV. Rechtsfolgen	207
1. Innerhalb des Insolvenzverfahrens	207
a) Nachrang im Insolvenzverfahren	207
b) Anfechtungsregelung	207
aa) Die Anfechtungsfrist	208
bb) Ausnahme	209
c) Akzessorität der Gesellschaftssicherheit	209
2. Außerhalb des Insolvenzverfahrens	210
3. Bilanzielle Behandlung	210
4. Sonderregel für gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	211
5. Sonderregeln für die Nutzungüberlassung	212
V. Schlussbetrachtung: Die rechtsdogmatische Einordnung	213
1. Eine Verantwortung des Gesellschafters ...	213
2. ... aus seiner Sonderstellung ...	214

*Inhaltsverzeichnis*

3. ... als Zurechnungsgrund	215
VI. Formulierungsvorschläge	215
1. Gesetzliche Regelungen	215
a) Grundtatbestand und Nachrang im Insolvenzverfahren	215
b) Gesellschafterbesicherte Drittddarlehen	216
c) Anfechtungsregelungen	216
d) Sperrung des Absonderungsrechts durch den Nachrang	217
e) Sonderregelung für Nutzungsüberlassung	217
2. Justizauslegung	218
3. Weitere Rechtsfortbildung für Nutzungsüberlassung	218
Zusammenfassung der Ergebnisse	219
Literaturverzeichnis	225