



Vincent Braunschweig

Die Behandlung  
von Gesellschafterdarlehen  
in der Insolvenz in Deutschland  
und den USA



PETER LANG

# § 1 Einleitung

## I. Allgemeine Einführung

Das Szenario ähnelt sich immer wieder: eine Gesellschaft befindet sich in einer finanziellen Schieflage und benötigt dringend neues Kapital. Die Gesellschafter stehen nun vor der Wahl, das benötigte Kapital als zusätzliches Eigenkapital in die Gesellschaft einzubringen oder der Gesellschaft Fremdkapital in Form eines Gesellschafterdarlehens zur Verfügung zu stellen. Kommt es trotzdem zu einer Insolvenz der Gesellschaft, wäre aus der Sicht der Gesellschafter das Eigenkapital verloren. Bei Gewährung eines Darlehens wären die Gesellschafter hingegen Gläubiger der Gesellschaft und könnten theoretisch Befriedigung in Höhe der Insolvenzquote erlangen.<sup>1</sup> Eine solche Befriedigung auch der Gesellschafter würde die Insolvenzquote der übrigen Gläubiger schmälern und würde daher zu deren Lasten gehen.

Schon auf den ersten Blick erscheinen eine solche Ungleichbehandlung der Gewährung von Eigen- oder Fremdkapital und die damit verbundenen Ergebnisse ungerecht. Zudem ist zu bedenken, dass Kapitalgesellschaften in Deutschland und den USA als eigenständige Rechtssubjekte ausgestaltet sind, deren Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist.<sup>2</sup> Die Gesellschafter haften nur mit ihrer Einlage, nicht aber mit ihrem Privatvermögen. Entscheiden sich die Gesellschafter also in dem geschilderten Szenario für die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens, würden sie kein weiteres Eigenkapital zur Verfügung stellen, d.h., sie würden ihre – der Haftung zugänglichen – Einlage nicht vergrößern. Stattdessen würden sie in der Insolvenz der Gesellschaft sogar wie Gläubiger be-

---

1 *Eidenmüller*, FS Canaris, S. 49 sowie *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, § 510.05 (3) (e), S. 510-24.

2 Vgl. § 13 GmbHG, § 1 AktG; in den USA gibt es kein einheitliches normiertes Gesellschaftsrecht, da die Gesetzgebungskompetenz bei den einzelnen Bundesstaaten liegt; vgl. dazu *Bungert*, *Gesellschaftsrecht in den USA*, S. 1; *Hay*, *US-Amerikanisches Recht*, S. 194; *Merkl/Göthel*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, S. 153 ff.; *Gerber* in: *Süß/Wachter*, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, S. 1833, Rn. 1. Allerdings orientieren sich alle Bundesstaaten an dem Model Business Corporation Act (MBCA, 4th Edition, Supplement September 2009), einem von der American Bar Association und dem American Law Institute erarbeiteten Mustergesetz, so dass von einem einheitlichen Grundmodell ausgegangen werden kann; vgl. dazu *Merkl/Göthel*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, S. 144 f. Zu der eigenen Rechtspersönlichkeit einer corporation vgl. § 3.02 MBCA, zur beschränkten Haftung vgl. § 6.22 MBCA.

handelt und auf ihr Gesellschafterdarlehen (theoretisch) mit der Insolvenzquote befriedigt. In Kapitalgesellschaften ist daher die Frage nach dem Gläubigerschutz besonders hoch zu bewerten.<sup>3</sup>

Die nachfolgende Untersuchung befasst sich mit dieser Schnittstelle des Gesellschafts- und Insolvenzrechts. Analysiert wird die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz einer Gesellschaft. Rechtsvergleichend werden die Regelungen im deutschen und amerikanischen Recht<sup>4</sup> untersucht.

In den USA wurden durch Rechtsprechung und Gesetzgeber Instrumentarien zum Schutz der Gläubiger entwickelt. Zum einen kann die *doctrine of re-characterization of debt as equity capital* herangezogen werden, nach der ein Gesellschafterdarlehen zu Eigenkapital umqualifiziert wird. Hauptsächlich Anwendung findet allerdings die *doctrine of equitable subordination*, nach der Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz als nachrangig behandelt werden.

In Deutschland diente das Eigenkapitalersatzrecht, worunter sowohl die Rechtsprechungsregeln als auch die Novellenregeln §§ 32 a, 32 b GmbHG a.F. zu verstehen waren, der Verwirklichung des Gläubigerschutzes. Die dahinterstehende grundlegende Überlegung besagte, dass Darlehen und vergleichbare Leistungen, die der Gesellschafter einer entweder überschuldeten, also bereits insolvenzreifen oder zumindest kreditunwürdigen und daher nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft gewährt, wie gebundenes Stammkapital zu behandeln sind.<sup>5</sup>

---

3 Vgl. hierzu monographisch *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 1 ff. Im deutschen Recht sind die Motive zur Gewährung von Fremd- statt Eigenkapital aus Gesellschaftsersicht zudem gesellschaftsrechtlicher, wirtschaftlicher und steuerrechtlicher Art, vgl. ähnlich BGH, Urteil v. 24.03.1980, II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330. Hiermit sind insbesondere die Flexibilität der Unternehmensfinanzierung (vgl. hierzu *Lutter*, FS Riesenfeld, S. 165, 180 f.), die steuerliche Behandlung von (Gesellschafter-) Fremdkapital (vgl. hierzu *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 417 f. sowie *Koss/Lemmen/Niemann/Wohlgemuth* in: Pelka/Niemann, Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2010/2011, S. 491, Rn. 1865a) und betriebswirtschaftliche Vorteile, insbesondere der Leverage-Effekt (vgl. hierzu umfassend und mit Rechenbeispielen *Wöhe/Döring*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 665 f.) gemeint. Im US-amerikanischen Recht sind die Motive ebenfalls gesellschaftsrechtlicher, wirtschaftlicher und steuerrechtlicher Art, vgl. ausführlich hierzu *Rands*, 90 West Virginia Law Review 1009, 1017, 1020 ff., 1094 ff. (1988). Hiermit sind insbesondere die Machtverhältnisse in der Gesellschaft (vgl. hierzu *Henn/Alexander*, Corporations, S. 493, *Rands*, 90 West Virginia Law Review 1009, 1017, 1094 ff. (1988) und *Rohrlich/Lee/Gross*, Organizing Corporate and Other Business Enterprises, § 3.02, S. 3-7), steuerrechtliche (vgl. hierzu ausführlich *Bittker/Eustice*, Taxation, § 4.20, S. 4-28 ff.; *Moll/Ragazzo*, Closely Held Corporations, § 2.11 (B), S. 2-101 ff.; *Ness/Vogel*, Taxation, § 2.12, S. 2-60 ff.; *Rands*, 90 West Virginia Law Review 1009, 1020 ff. (1988)) und betriebswirtschaftliche Vorteile (vgl. hierzu *Henn/Alexander*, Corporations, S. 414 sowie *Moll/Ragazzo*, Closely Held Corporations, § 2.11 (B), S. 2-101 f.) gemeint.

4 Zur Begründung für die Auswahl der amerikanischen Rechtsordnung vgl. § 1 II.

5 *Gehrlein*, BB 2008, 846. Vgl. ausführlicher zum früheren Eigenkapitalersatzrecht § 2 II 1.

Grundlegende Änderungen hat allerdings das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) gebracht. Die Anwendbarkeit der Rechtsprechungsregeln auf kapitalersetzende Darlehen wurde abgeschafft, § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG. Die Novellenregeln wurden aus dem GmbHG herausgenommen und rechtsformübergreifend in der Insolvenzordnung geregelt.<sup>6</sup> Das Eigenkapitalersatzrecht wird nunmehr als Recht der Gesellschafterdarlehen bezeichnet.<sup>7</sup> Grundgedanke ist nun, dass Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft pauschal als nachrangig behandelt werden.<sup>8</sup>

## II. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

In der vorliegenden Arbeit soll die Frage untersucht werden, inwieweit sich die Schutzkonzeptionen in Deutschland und den USA entsprechen, unterscheiden oder sich durch die Gesetzesänderungen durch das MoMiG angenähert bzw. auseinander entwickelt haben. Gerade bei Unterschieden stellt sich die weitere Frage, inwieweit zumindest ähnlicher Schutz für die Gläubiger gewährt wird.

Die vorliegende Dissertation ist soweit ersichtlich die erste Arbeit, die sich nicht nur mit den neuen deutschen Regelungen zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz befasst,<sup>9</sup> sondern zugleich einen Vergleich mit den Regelungen des amerikanischen Rechts anstellt.<sup>10</sup> Die durch das MoMiG eingeführten neuen deutschen Regelungen hinsichtlich der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz werden in einen internationalen Zusammenhang gesetzt. Zu untersuchen ist, ob das deutsche Recht der Gesellschafterdarlehen einem internationalen Vergleich standhält.

Als vergleichende Rechtsordnung wurde die US-amerikanische gewählt. Diese bietet sich gleich aus mehreren Gesichtspunkten an. Zum einen sind die USA der wichtigste außereuropäische Handelspartner Deutschlands.<sup>11</sup> Zudem ist

6 Zudem finden sich weitere Regelungen im Anfechtungsgesetz. Diese Regelungen gelten außerhalb eines Insolvenzverfahrens (vgl. § 1 Abs. 1 AnfG), insbesondere in dem Fall, dass es mangels ausreichender Masse nicht zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt.

7 So ausdrücklich *Desch* in: Bunnemann/Zirngibl, § 8, Rn. 15; andeutend *Altmeppen*, NJW 2008, 3601 und *Blöse*, GmbHR Sonderheft MoMiG 2008, 71.

8 Vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

9 Vgl. beispielsweise *Azara*, Das Eigenkapitalersatzrecht der GmbH nach dem MoMiG; *Engert*, Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG; *Lüneborg*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen; *Ulrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH.

10 Für einen Vergleich der früheren deutschen Regelungen mit amerikanischem Recht vgl. *Gehde*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen.

11 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,683840,00.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2011).

die Spaltenstellung amerikanischer Unternehmen in allen Bereichen der internationalen Wirtschaftsbeziehungen hervorzuheben.<sup>12</sup> Schon aus diesen Gründen kommt eine rechtsvergleichende Betrachtung im Rahmen des Unternehmensrechts nicht am amerikanischen Recht vorbei. Zum anderen ist eine grundsätzliche Aufgeschlossenheit der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung gegenüber Rechtsfiguren und Regelungskonzepten des anglo-amerikanischen Rechtskreises, insbesondere des US-amerikanischen Gesellschafts- und Insolvenzrechts zu beobachten.<sup>13</sup>

Zudem bietet sich ein Vergleich mit der US-amerikanischen Rechtsordnung auch gerade hinsichtlich des hier zu untersuchenden Themas an. Denn ähnlich wie in Deutschland beschäftigt sich die Rechtsprechung in den USA seit langem<sup>14</sup> intensiv mit Fragestellungen zu der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz und hat hierzu eine Vielzahl von Problemlösungen entwickelt.

Darüber hinaus ist die US-amerikanische Rechtsordnung von einer unterschiedlichen Tradition des Gläubigerschutzes geprägt.<sup>15</sup> Auch unter diesem Gesichtspunkt soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden, inwieweit sich das deutsche und amerikanische Rechtsverständnis hinsichtlich der Behandlung von

---

12 *Merk/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 7.

13 Vgl. ausführlich zur Rezeption des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland v. *Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, insbesondere zur Rezeption im Aktienrecht S. 63 ff., zu den Ursachen und Gründen der Rezeption S. 287 ff. sowie zu den rechtlichen Grundlagen einer Rezeption S. 397 ff.

Als Beispiel für eine Orientierung am amerikanischen Gesellschaftsrecht sei hier die Business Judgement Rule genannt (hierzu auch v. *Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, S. 913 ff.). Diese beruht auf den Principles of Corporate Governance des American Law Institute aus dem Jahre 1994 (vgl. *American Law Institute*, Principles of Corporate Governance, § 4.01(c)), wurde vom Bundesgerichtshof in der ARAG/Garmenbeck Entscheidung (vgl. BGH, Urteil v. 21.04.1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244) übernommen und ist mittlerweile in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG niedergelegt. Vgl. ebenso *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 269.

Bestes Beispiel für eine Orientierung am amerikanischen Insolvenzrecht ist die Figur des Insolvenzplans. Die Bestimmungen zum deutschen Insolvenzplanverfahren in §§ 217 – 269 InsO sind stark an das US-amerikanische Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 des Bankruptcy Code angelehnt. Vgl. ausführlich hierzu beispielsweise *Eidenmüller* in: MünchKommInsO, vor §§ 217 – 269, Rn. 15 ff. und *Lüer* in: Uhlenbrück/Hirte/Vallender, InsO, vor §§ 217 – 269, Rn. 13 ff.

14 Vgl. die erste Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Taylor v. Standard Gas & Electric Co.*, 306 U.S. 307 (1939).

15 Im amerikanischen Recht werden die Gläubiger im Vergleich zum deutschen Recht mehr in die Verantwortung genommen, sich selbst zu schützen und abzusichern, vgl. *Kübler*, WM 1990, 1853, 1855 sowie dem folgend *Gehde*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, S. 28 f. Vgl. ausführlich hierzu *Engert* in: Lutter, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 755 ff.

Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz durch die Neuregelungen des MoMiG entsprechen, angenähert oder auseinander entwickelt haben.

### **III. Themenbegrenzung**

Die Frage der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz ist eingegliedert in ein komplexes Haftungssystem. Dementsprechend kann das Erfordernis eines adäquaten Gläubigerschutzes umfassend nur unter Berücksichtigung des gesamten Haftungssystems, d.h. unter Berücksichtigung aller Instrumente insbesondere des Zivil-, Gesellschafts-, Insolvenz- und Bilanzrechts untersucht werden. Eine solche umfassende Untersuchung ist im Rahmen dieser rechtsvergleichenden Arbeit nicht möglich. Im Hinblick auf das Erfordernis eines adäquaten Gläubigerschutzes muss daher vorausgesetzt werden, dass es eines solchen Schutzes bedarf, ohne grundlegende Gedanken zum Erfordernis eines Gläubigerschutzes in Kapitalgesellschaften anzustellen. Diese Untersuchung beschränkt sich daher allein auf die Frage, wie Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz zu behandeln sind und welche Auswirkungen die Lösungen des deutschen und amerikanischen Rechts auf den Gläubigerschutz haben. Weitere, über das hier zu untersuchende Thema hinausgehende, aber doch hiermit zusammenhängende Gläubigerschutzinstrumente wie beispielsweise die Insolvenzverschleppungshaftung oder die Existenzvernichtungshaftung können nur am Rande angeprochen werden. Ebenso bleiben steuerrechtliche Aspekte der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz<sup>16</sup> sowie die Behandlung von Gesellschafterdarlehen außerhalb eines Insolvenzverfahrens unberücksichtigt.<sup>17</sup>

### **IV. Gang der Arbeit**

Für eine systematische Gliederung dieser Untersuchung wird die Arbeit in drei Abschnitte unterteilt. In einem abschließenden vierten Teil werden die wichtigsten Ergebnisse in Thesen zusammengefasst.

---

16 Vgl. hierzu weiterführend beispielsweise *Bullinger*, DStR 1993, 225 ff. sowie *Harle/Geiger*, BB 2011, 735 ff.

17 Vgl. hierzu weiterführend *Kirchhof* in: MünchKommAnfG, §§ 6, 6a.

## 1. Erster Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland

Im **ersten Teil** dieser Untersuchung wird die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland analysiert. Hierzu wird zunächst die Ausgangslage des deutschen Rechts dargestellt (§ 2). Anschließend wird die Legitimation einer gesonderten Behandlung von Gesellschafterdarlehen untersucht (§ 3). Darauf folgend werden die Voraussetzungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen dargestellt, wobei auch auf die Besonderheit der Nutzungüberlassung und die Ausnahmen Kleinbeteiligtenprivileg und Sanierungsprivileg eingegangen wird (§ 4). Im Anschluss werden die Rechtsfolgen und damit die eigentliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz analysiert (§ 5). Ein besonderes Augenmerk wird hierbei auf die Frage gelegt, ob etwaige Milderungen der Gesetzeslage nach Inkrafttreten des MoMiG durch andere Instrumentarien, namentlich der Rechtsprechung zu Finanzplankrediten und der Existenzvernichtungshaftung sowie durch weitere Anfechtungstatbestände, kompensiert werden können. Auf einen besonderen Punkt der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz wird im Weiteren eingegangen, nämlich der Frage, wie Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe und im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung des § 64 S. 3 GmbHG berücksichtigt werden (§ 6). Abschließend werden die Besonderheiten des Rechts der Gesellschafterdarlehen im Konzern erläutert (§ 7). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform rundet die Analyse ab (§ 8).

## 2. Zweiter Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in den USA

Der **zweite Teil** beschäftigt sich mit der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz im amerikanischen Recht. Zuerst wird die Ausgangslage im amerikanischen Recht, insbesondere die Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung, dargestellt (§ 9). Daran anschließend wird die Legitimation aus amerikanischer Sichtweise untersucht (§ 10). Da das amerikanische Recht zwei Instrumente zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen kennt, werden diese nacheinander analysiert. Zunächst wird auf die *doctrine of equitable subordination* eingegangen (§ 11), im Anschluss wird die *doctrine of recharacterization of debt as equity capital* untersucht (§ 12). Hierzu wird jeweils insbesondere auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eingegangen. Im Rahmen der *doctrine of equitable subordination* wird zudem die Besonderheit der Nutzungüberlassung im amerikanischen Recht behandelt. Abschließend wird kurz auf die Behand-

lung von Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe (§ 13) sowie auf die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Konzern eingegangen (§ 14), bevor die Ergebnisse der Analyse in Thesenform zusammengefasst werden (§ 15).

### 3. Dritter Teil: Rechtsvergleich

Der **dritte Teil** stellt den rechtsvergleichenden Teil der Arbeit dar. Hier werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Hinblick auf den Gläubigerschutz bei der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA untersucht. Grundlage dieses Vergleichs ist die in den ersten beiden Teilen herausgearbeitete jeweilige Analyse der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz. Zunächst werden die rechtlichen Rahmenbedingungen und die jeweilige Konzeption des Rechts der Gesellschafterdarlehen gegenübergestellt (§ 16). Im Anschluss werden die sachlichen Voraussetzungen verglichen (§ 17). Nach einer Analyse der persönlichen Voraussetzungen sowie Reichweite und Ausnahmeregelungen (§ 18) werden die Rechtsfolgen eingehend verglichen (§ 19). Abschließend wird auf die Punkte Berücksichtigung von Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe (§ 20) sowie Gesellschafterdarlehen in Konzernkonstellationen (§ 21) eingegangen.

### 4. Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen

Die Arbeit schließt im **vierten Teil** mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen.