

**Universität Osnabrück**  
**Wintersemester 2011/2012**

**Gesellschafterdarlehen in der GmbH**

# LITERATURVERZEICHNIS

- Althuber, Franz/Brandstätter, Thomas/Haberer, Thomas      Gesellschafterleistungen in der Krise – Neuregelungen des österreichischen Eigenkapitalersatzrechts, NZI 2004, S. 610 ff.
- Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V., (Hrsg.)      Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Köln 2009
- Baumbach, Adolf/  
Hueck, Alfred      GmbH-Gesetz, 19. Auflage, München 2010
- Bayer, Walter/Graff, Simone      Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, S. 1654 ff.
- Bitter, Georg      Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG, ZIP 2010, S. 1 ff.
- Blöse, Jochen      Das österreichische Eigenkapitalersatzrecht: Vorbild für den deutschen Gesetzgeber, GmbHR 2004, S. 412 ff.
- Bork, Reinhard      Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts, ZGR 2007, S. 250 ff.
- Burg, Michael/Blasche, Sebastian      „Eigenkapitalersetzende“ Nutzungsüberlassung nach dem MoMiG, GmbHR 2008, S. 1250 ff.
- Claussen, Carsten Peter      Die GmbH braucht eine Deregulierung des Kapitalersatzrechts, GmbHR 1996, S. 316 f.
- Dahl, Michael/Schmitz, Jan      Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, S. 325 ff.
- Eidenmüller, Horst      Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band II, München 2007, S. 49 ff.
- Fastrich, Lorenz      Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH - Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, 656 ff.
- Feil, Erich      Konkursordnung, Kommentar für Österreich, 6. Auflage, Wien 2008
- Fliegner, Kai      Das MoMiG – Vom Regierungsentwurf zum Bundestagsbeschluss, DB 2008, S. 1668 ff.
- Freitag, Robert      Finanzverfassung und Finanzierung von GmbH und AG nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, WM 2007, S. 1681 ff.
- Gehrlein, Markus      Das neue GmbH-Recht, 1. Auflage, Köln 2009
- Gehrlein, Markus/Witt, Carl-Heinz      GmbH-Recht in der Praxis, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2008

Gehrlein, Markus Prof. Dr.	Das Recht der Gesellschafterdarlehen im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikationen, BB 2011, S. 3.
Gehrlein, Markus	Die Behandlung von Gesellschafter Darlehen durch das MoMiG, BB 2008, S. 846 ff.
Gerkan, Hartwig von /Hommelhoff, Peter (Hrsg.)	Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Auflage, Köln 2002
Goette, Wulf/ Habersack, Mathias (Hrsg.)	Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 1. Auflage, Köln 2009
Goette, Wulf	Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht, ZHR 162, S. 223 ff.
Haas, Ulrich	Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZinsO 2007, S. 617 ff.
Habersack, Mathias	Gesellschafterdarlehen nach MoMiG, ZIP 2007, S. 2145 ff.
Harle, Georg/Geiger, Annette	Der steuerliche Umgang mit Gesellschafterdarlehen, BB 2011, S. 735 ff.
Häsemeyer, Ludwig	Insolvenzrecht, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2007.
Heckschen, Heribert	Das MoMiG in der notariellen Praxis, 1. Auflage, München 2009
Heckschen, Heribert/ Heidinger, Andreas	Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 2. Auflage, Köln/München 2009
Heinze, Harald	Die (Eigenkapital ersetzende) Nutzungsüberlassung in der GmbH-Insolvenz nach dem MoMiG, ZIP 2008, S. 110.
Hirte, Heribert	Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Auflage, Köln 2009
ders.	Das Kapitalersatzrecht nach Inkrafttreten der Reformgesetzgebung, ZInsO 1998, S. 147 ff.
Hölzle, Gerrit	Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, S. 729.
Kreft, Gerhard	Insolvenzordnung, Kommentar, 5. Auflage, Karlsruhe 2008
Kübler, Friedrich/ Assmann, Heinz-Dieter	Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Karlsruhe 2006
Liebendörfer, Steffen	Unternehmensfinanzierung durch Kleinbeteiligte und gesellschaftsfremde Dritte, 1. Auflage, Hamburg 2011
Löwisch, Gottfried	Eigenkapitalersatzrecht – Kommentar zu §§ 32 a, b GmbHG, 1.

- Auflage, München 2007
- Lüneborg, Cäcilie                      Dissertation, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 2010
- Lurger, Brigitta                        Neuere Entwicklungen im österreichischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 2005, S. 209 ff.
- Lutter, Marcus /  
Hommelhoff, Peter (Hrsg.)            17. Auflage, Köln 2009.
- Lutter, Marcus /  
Wiedemann, Herbert                 Gestaltungsfreiheiten im Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, Berlin 1998
- Manz, Gerhard                         Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.01.2009, II ZR 260/07, BB 2009, S. 918 ff.
- Marotzke, Wolfgang                 Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO - eine alte Rechtsfrage in neuem Kontext, JZ 2010, S. 592 ff.
- Meyer, Justus/Hermes, Judith        Das GmbH-Schutzschild in der Insolvenz, GmbHR 2005, S. 807 ff.
- Michalski, Lutz                         Kommentar GmbHG, Band 1 (§§1-34), 2. Auflage, München 2010
- Münchener Kommentar                zur Insolvenzordnung,  
hrsg. von Kirchof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf  
Band 1, §§1-102, 2. Auflage, München 2007  
Band 2, §§103-269, 2. Auflage, München 2008
- Noack, Ulrich                         Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, S. 1395 ff.
- Obermüller, Manfred                 Änderungen des Rechts der kapitaleretzenden Darlehen durch KonTraG und KapAEG, ZinsO 1998, 51 ff.
- Oppenhoff, Christine                 Die GmbH-Reform durch das MoMiG – ein Überblick, BB 2008, S. 1630 ff.
- Pentz, Andreas                         Sanierungsprivileg und Zurechnung, ZIP 2006, 1169 ff.
- Poertzgen, Christoph                 Die künftige Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG, GmbHR 2007, S. 1258 ff.
- Ring, Gerhard/  
Grziwotz, Herbert                     Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, 1. Auflage, Köln 2009
- Roth, Günter H.                        Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen, ZGR 2005, 348 ff.

- Roth, Günter H./  
Altmeyden, Holger                      Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
(GmbH), Kommentar, 6. Auflage, München 2009
- Rowedder, Heinz/Schmidt-  
Leithoff, Christian (Hrsg.)              Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
(GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002
- Schaumann, Michael                      Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschaf-  
terhaftung, Band 29, Frankfurt am Main 2009
- Schmidt, Karsten                          Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem  
Reg.E.-MoMiG, Aufsatz, GmbHR 2007, S. 1072 ff.
- ders.    GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?, Aufsatz,  
GmbHR 2008, S. 449 ff.
- ders.    Eigenkapitalersatzrecht, oder: Gesetzesrecht versus Rechtspre-  
chungsrecht?, ZIP 2006, S. 1925 ff.
- ders.    Nutzungsüberlassung nach der GmbH-Reform, DB 2008, S.  
1727 ff.
- ders.    Gesellschafterdarlehen als Insolvenzrechtsproblem, ZIP 1981, S.  
689 ff.
- ders.    Zurechnungsprobleme um das Zwerganteilsprivileg des § 32a  
Abs. 3 S. 2 GmbHG, GmbHR 1999, S. 1269 ff.
- Scholz, Franz (Hrsg.)                      Kommentar zum GmbHG mit Anhang, Konzernrecht, 1. Band,  
(§§1-34), 10. Auflage, Köln 2006
- Spliedt, Jürgen D.                          MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, S.  
149 ff.
- Ulmer, Peter                                  GmbHG, Großkommentar, 21. Auflage, Tübingen 2005
- Ulmer, Peter / Habersack, Ma-  
thias / Winter, Martin (Hrsg.)              Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung –  
Großkommentar,  
Band II (§§ 29-52), 1. Auflage, Tübingen 2006
- Wälzholz, Eckhard                          Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Ge-  
sellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, S.  
1914 ff.
- Wedemann, Frauke                          Das neue GmbH-Recht, WM 2008, S. 1381 ff.
- Wimmer, Klaus (Hrsg.)                      Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Auflage, Köln  
2009

# GLIEDERUNG

A. Einleitung .....	1
B. Konfliktpotential der Gesellschafterdarlehen.....	2
I. Rechtsprechungsregeln .....	3
1. Krise .....	3
2. Finanzierungsfolgenverantwortung .....	4
II. Novellenregeln .....	5
1. Insolvenzrechtliches Schutzkonzept .....	5
2. Rechtsprechungsregeln neben Novellenregeln .....	6
III. Österreichisches Vorbild.....	6
C. Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG.....	7
I. Nachrangigkeit in der Insolvenz.....	8
1. Anwendungsbereich § 39 I 5 InsO.....	9
a) Persönlicher Anwendungsbereich.....	9
b) Sachlicher Anwendungsbereich.....	9
aa) Darlehensgewährung.....	10
bb) Gleichgestellte Forderungen und Nutzungsüberlassung .....	11
2. Darlehensbesicherung durch Gesellschafter i.S.d § 44a InsO .....	14
3. Anfechtung von Rückzahlungen .....	14
II. Ausnahmen vom Nachranggrundsatz.....	15
1. Sanierungsprivileg .....	16
2. Kleinbeteiligtenprivileg .....	16
III. Gesellschafterkredite als bilanzielle Verbindlichkeiten.....	17
D. Steuerliche Betrachtung von Gesellschafterdarlehen.....	18
E. Übergangsvorschrift des Art. 103d EGIInsO.....	19
F. Resümee.....	20

# Bearbeitung

## Gesellschafterdarlehen in der GmbH

### A. Einleitung

Als beliebteste Rechtsform in Deutschland, übersteigt die Anzahl existierender GmbHs bei weitem die Anzahl der im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften. Dies liegt wohl unter anderem daran, dass es zur Gründung einer GmbH, anders als bei der Aktiengesellschaft, gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG 25.000€ Stammkapital bedarf, während bei der Aktiengesellschaft 50.000€ Grundkapital im Sinne des § 7 AktG aufgebracht werden müssen. Gemäß § 3 I Nr. 3 GmbHG bezeichnet das Stammkapital den satzungsmäßig festzulegenden Betrag, welcher von den Gesellschaftern einer GmbH durch ihre Stammeinlagen erbracht werden muss.<sup>1</sup> Wurde dieses Kapital aufgebracht, haftet gegenüber Gläubigern der GmbH nur noch das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist insofern ausgeschlossen. Konfliktpotential entsteht indes regelmäßig bei der Verwirklichung der gesellschaftlichen Haftungsbeschränkung einerseits und der Gewährleistung des Gläubigerschutzes von außenstehenden Drittgläubigern andererseits.<sup>2</sup> Insbesondere dann, wenn die Gesellschaft bei Zahlungsunfähigkeit Insolvenz anmelden muss und es gilt, die Gläubiger aus der Masse zu befriedigen. Das gesetzlich vorgeschriebene Stammkapital reicht dabei in den seltensten Fällen aus um seine Geschäftstätigkeit langfristig durchzuführen. Im Vergleich der Anzahl existierender GmbHs gegenüber existierender Aktiengesellschaften, übersteigt das Stammkapital in der Gesamtsumme, das Grundkapital nur um rund ein Drittel.<sup>3</sup> Insofern lässt sich daraus schon schließen, dass die Hürde zur Gründung einer GmbH finanziell verhältnismäßig sehr niedrig, hingegen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit sehr hoch liegt. Benötigt die Gesellschaft zur Aufnahme oder Fortführung somit über das Stammkapital hinausgehend weiteres Geld, weil andernfalls Zahlungsunfähigkeit drohen würde, stehen den Gesellschaftern grundsätzlich mehrere Handlungsalternativen offen. Nach dem Prinzip der Finanzierungsfreiheit können diese

---

<sup>1</sup> Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 18 II, S. 267.

<sup>2</sup> Meyer/Hermes, GmbHR 2005, 807 (808).

<sup>3</sup> Ulmer, GmbHG, 2005 Einl. A 70.

selbst entscheiden, ob sie Eigen- oder Fremdkapital in die Gesellschaft einbringen.<sup>4</sup> Zum einen könnten die Gesellschafter eine Kapitalerhöhung durchführen. Diese Variante ist jedoch regelmäßig sehr zeitintensiv und kostspielig. Ferner wäre die Aufnahme von Fremdkapital möglich, die durch dritte Geldgeber aber gerade in finanziell angespannten Zeiten sehr teuer wäre. Diese Gläubiger würden ihre Unterstützung nur gegen Gewährung hoher Zinsen, oder durch Stellung ausreichender Sicherheiten verwirklichen. Obgleich eine Nachschusspflicht (§26 GmbHG) über das Erbringen der Stammeinlage hinaus, jedenfalls nicht für Gesellschafter besteht, sofern dieses im Gesellschaftsvertrag nicht bestimmt ist, könnten sie auch persönlich weiteres Kapital in die Gesellschaft einbringen. Kommt es zur Insolvenz, wäre dieser Nachschuss jedoch ebenso verloren, da es als vollhaftendes Eigenkapital betrachtet würde. Letztendlich kommt in der Praxis somit regelmäßig eine weitere Form in Betracht. Hierbei wird der Gesellschaft das Eigenkapital in Form eines grundsätzlich zunächst rückzahlbaren Darlehens i.S.d §§ 488 ff. BGB zur Verfügung gestellt. Dieser in der Vergangenheit bezeichnete „Eigenkapitalersatz“ hatte bis zur Einführung des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) für die Gesellschafter jedenfalls den Vorteil, dass ihre Kredite rechtzeitig abgezogen und im Falle der Insolvenz vom Gesellschafter geltend gemacht werden konnten, da sie wie jeder dritte Geldgeber eine Quote an der Insolvenzmasse erhielten.<sup>5</sup>

Die vorliegende Seminararbeit gibt hinsichtlich der Thematik der Gesellschafterdarlehen und des Eigenkapitalersatzrechts eine systematische Vertiefung in den Verlauf der richterlichen Rechtsprechungen und gesetzliche Kodifikationen bis zum heute geltenden MoMiG.

## **B. Konfliktpotential der Gesellschafterdarlehen**

Gesellschafterdarlehen ermöglichen in der Regel eine günstigere Liquiditätszufuhr als durch Fremdfinanzierung, da schon bei ökonomischer Betrachtung Transaktionskosten<sup>6</sup> gespart würden. Durch die Nähe des Gesellschafters zur Gesellschaft kann die unter Umständen langwierige Suche nach Vertragspartnern unterbleiben. Hingegen entstehen dabei auch gleichzeitig weitreichende Nachteile für dritte Gläubiger einer Gesellschaft, da

---

<sup>4</sup> BGHZ, 104, 33 (40); Scholz in: Schmidt, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn.4.

<sup>5</sup> Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 18 VI, S. 292.

<sup>6</sup> Eidenmüller, Festschrift Canaris, Band II 2007, S. 49, Rn. 1.



grundsätzlich bei jedem Abzug von finanziellen Mitteln vor einer Insolvenzeröffnung, die Quote aller Gläubiger verringert wird. Dabei beruht der Interessenskonflikt zwischen kreditgewährenden Gesellschaftern und dritten Gläubiger vorliegend auch darauf, dass den Gesellschaftern stets die Gewinne aus ihrem unternehmerischem Erfolg zustehen, obgleich sie nur in Höher ihrer Einlage im Falle eines Misserfolgs haften. Unternehmerische Fehlentscheidungen und finanzielle Rückschläge gehen somit stets zu Lasten der Gläubigermasse. Insofern sind umfangreiche Kodifikationen notwendig, die gleichermaßen die Interessen der Gläubiger und Gesellschafter berücksichtigen müssen.

## **I. Rechtsprechungsregeln**

Wenn das Reichsgericht Gesellschafterdarlehen zunächst noch als sittenwidrige Gläubigerschädigung im Sinne des § 826 BGB beurteilte,<sup>7</sup> entwickelte der BGH im Jahr 1960 spezielle Regelungen zur Behandlung dieser Gewährung von Mitteln eines Gesellschafters an die Gesellschaft. Hierbei wurde die Möglichkeit der Geltendmachung einer Forderung auf Rückgewähr der Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in mehreren wegweisenden Entscheidungen<sup>8</sup> verneint, da die Gesellschafter anstatt Fremdkapital eigentlich Eigenkapital zur Verfügung hätten stellen müssen und somit dieses Fremdkapital als derartiges Eigenkapital behandelt wurde.<sup>9</sup> Dabei unterstellte der BGH die kapitalersetzenden Darlehen zunächst den Kapitalschutzregeln der §§ 30,31 GmbHG a.F., den sogenannten Rechtsprechungsregeln.<sup>10</sup> Sobald hiernach derartige Darlehen in einer Krise gewährt wurden, wurden sie wie haftendes Eigenkapital behandelt und durften erst dann zurückgewährt werden, wenn die Überschuldung wieder anderweitig gedeckt werden konnte.

### **1. Krise**

Eine Krise bestand hiernach, wenn bei der Gesellschaft Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten ist. Ferner mussten Anzeichen vorliegen, die eine mangelnde Bereitschaft Dritter signalisierten, der Gesellschaft

---

<sup>7</sup> RG JW 1938, 862 (864); RG JW 1939, 229 (231).

<sup>8</sup> BGHZ 31, 258 (268 ff.); BGHZ 76, 326 (328 ff.); BGHZ 81, 311 (314 ff.)

<sup>9</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5, Rn. 5.103.

<sup>10</sup> NJW 1960, 285 (286); Stodolkowitz/Bergmann in: MüKo-InsO, § 135, Rn. 8.

zu marktüblichen Bedingungen einen Kredit zu gewähren.<sup>11</sup> Festgestellt wurde diese Kreditunwürdigkeit von der Rechtsprechung in der Regel durch unterschiedliche Indizien. So galten Vereinbarungen ungewöhnlicher Kreditbedingungen,<sup>12</sup> oder das Fehlen von Sicherheiten und stillen Reserven,<sup>13</sup> genau wie Verwendungen des Darlehens für Investitionen, die üblicherweise durch Eigenkapital finanziert werden<sup>14</sup> als verdächtig. Die Gesellschaft durfte in dieser Zeit dem Gesellschafter das Darlehen nicht zurückzahlen und bereits getätigte Zahlungen mussten unverzüglich zurück erstattet werden (vgl. § 31 GmbHG a.F.).<sup>15</sup> Dadurch, dass sich der Rückgewähranspruch auf die Wiederherstellung des Stammkapitals richtete, wurde neben der Unterbilanz, auch eine Überschuldung (s. hierzu auch C. III. abgedeckt.<sup>16</sup> Somit wäre bei einer GmbH mit einem Stammkapital von 25.000€, bei der nach Rückzahlung eines derartigen Darlehens in Höhe von 50.000€ diese Gesellschaft mit 10.000€ überschuldet sei, der Erstattungsanspruch auf 35.000€, also bis zur Wiederherstellung der Stammkapitalziffer, beschränkt.<sup>17</sup>

## **2. Finanzierungsfolgenverantwortung**

Auf Grund der Finanzierungsfreiheit, sind die Gesellschafter grundsätzlich in der Entscheidung frei, ob und wie sie ihre Gesellschaft finanzieren, solange sie sich nicht in der Krise befindet,<sup>18</sup> da eine liquidationsreife Gesellschaft fortführen nur mit haftendem Eigenkapital fortgeführt werden darf.<sup>19</sup> Gewährten Gesellschafter ihrer Gesellschaft somit einen Kredit, den sie sich anderweitig nicht beschaffen konnte, mussten sie sich an dieser Entscheidung festhalten lassen, da sie mithin auch den Liquidationsbeschluss hätten herbeiführen können. Indes ist auch bei Unterstützung durch die Gesellschafter das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit nicht gänzlich ausgeschlossen, wodurch das Risiko aber nur dann nicht auf dritte Gläubiger „abgewälzt“<sup>20</sup> wurde, wenn die getätigte Darlehensgewährung als nicht rückzahlbar qualifiziert worden war. Andernfalls wär es möglich gewesen,

---

<sup>11</sup> BGHZ 76, 326 (329).

<sup>12</sup> BGHZ 104, 35 (41); NJW 1982, 383; GmbHR 1990, 134.

<sup>13</sup> GmbHR 1995, 381; BGH NJW 1996, 720.

<sup>14</sup> Heidinger in: Michalski, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn.55.

<sup>15</sup> BGHZ 31, 258 (268); BGHZ 67, 171 (174).

<sup>16</sup> NJW 1990, 1730 (1731); WM 2005, 695 (696).

<sup>17</sup> Gehrlein/Witt, GmbH-Recht in der Praxis, 9. Kapitel, Rn. 5.

<sup>18</sup> Stodolkowitz/Bergmann in: MüKo-InsO, Kommentar, § 135, Rn. 3.

<sup>19</sup> BGHZ 121, 31 (35f.)

<sup>20</sup> Stodolkowitz/Bergmann in: MüKo-InsO, Kommentar, § 135, Rn. 2, 3.

das Darlehen ungeschmälert abzuziehen und der Insolvenzmasse nicht zurechnen zu müssen. Im Rahmen der sogenannten Finanzierungsfolgenverantwortung<sup>21</sup> für die Gesellschaft, musste der Gesellschafter sich sein unternehmerisches Handeln insofern bis zur tatsächlichen Insolvenzeröffnung zurechnen lassen. Darüber hinaus hat dieser das Kapital so lange in der Gesellschaft zu belassen, bis das Stammkapital oder die darüber hinausgehende Überschuldung wieder gedeckt war.<sup>22</sup>

## **II. Novellenregeln**

### **1. Insolvenzrechtliches Schutzkonzept**

Die stetige Rechtsprechung hinsichtlich der Behandlung von eigenkapitalersetzenden Darlehen fand beim Gesetzgeber derart viel Aufmerksamkeit, dass im Jahr 1980 die neu eingeführten §§ 32a, 32b GmbHG sowie § 32a KO die Rechtsprechungsregeln verdrängten und sich schon dadurch gesetzgeberisch ein besserer Gläubigerschutz entfalten sollte.<sup>23</sup> Da sich die Vorschriften dem Wortlaut nach jedoch ausschließlich auf den Eintritt einer Insolvenz bezogen (insolvenzrechtliches Schutzkonzept),<sup>24</sup> durften die an die Gesellschaft gewährten Darlehen, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von den Gesellschaftergläubigern zurückverlangt werden.<sup>25</sup> Eine Anfechtung der Rückgewährung kam allenfalls in Frage, wenn das Darlehen binnen eines Jahres vor dem Eröffnungsantrag an den Gesellschafter zurückgezahlt wurde.<sup>26</sup> Dieser Erstattungsanspruch richtet sich, im Gegensatz zu den bisher geltenden Rechtsprechungsregeln, aber auf die gesamte Darlehenssumme, also auch den Teil der über die Stammkapitalziffer hinausgeht.<sup>27</sup> Insofern wäre bei o.g. Beispiel die Summe von 50.000€ zu erstatten. Dabei kann sich der Gesellschafter aber nicht darauf berufen, dass sich bei Rückzahlung des Darlehens die Gesellschaft schon gar nicht mehr in der Krise befand,<sup>28</sup> da die Rechtsprechung aus den § 32b GmbHG a.F., § 135 I Nr. 2 InsO die unwiderlegliche Vermutung annahm, dass sich binnen Jahresfrist vor Eröffnungsantrag die Gesellschaft automatisch in der Krise be-

---

<sup>21</sup> BGHZ 127, 336 (344f.); Bork, ZGR 2007, 250 (257).

<sup>22</sup> BGHZ 81, 252 (257).

<sup>23</sup> BT-Drucks. 8/1347, S. 39.

<sup>24</sup> Gehrlein, BB 2011, 3 (5).

<sup>25</sup> Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b Rn. 15; Gehrlein/Witt, GmbH-Recht in der Praxis, 9. Kapitel Rn.8.

<sup>26</sup> Gehrlein/Witt, GmbH-Recht in der Praxis, Rn.9.

<sup>27</sup> BGHZ 90, 372 (381).

<sup>28</sup> Haas, ZinsO 2007, 617 (621); BGH NJW 2006, 225; NJW 1984, 1891.

fand, also kreditunwürdig war.<sup>29</sup>

## **2. Rechtsprechungsregeln neben Novellenregeln**

Durch die Novellenregelungen sollten die §§ 30, 31 a.F. GmbHG analog neben den §§ 32a, b GmbHG gelten, welches der BGH in seiner „Nutzfahrzeuge“- Entscheidung letztendlich ausdrücklich klarstellte.<sup>30</sup> Hiernach kam es im vorliegenden Fall schon deswegen zu Schutzlücken, da beim betroffenen Unternehmen die Insolvenz im Zeitpunkt der Rückzahlung noch nicht eingetreten war, wodurch die Novellenregeln erst gar nicht zu Anwendung kommen konnten. Zunächst entschloss sich der BGH, die Novellen- sowie die dazugehörigen Anfechtungsregeln nur analog anzuwenden.<sup>31</sup> Letztendlich wurden aber die §§ 30, 31 a.F. GmbHG herangezogen, da die neuen Regelungen derartige Lücken aufwiesen, das es ein „unabweisbares Bedürfnis“<sup>32</sup> nach Heranziehung dieser Normen gab, um den Gläubigerschutz nachhaltig verbessern zu können. Entsprechend den Novellenregeln, erfassten die §§ 30, 31 a.F. GmbHG analog jede Art der Rückgewähr sowie sämtliche einem Gesellschafter wirtschaftlich gleichgestellten Kreditgebern. Relevant hierbei war aber der Unterschied, dass die ursprünglichen §§ 30, 31 a.F. GmbHG entgegen den neuen §§ 32 a, b a.F. GmbHG bereits im Vorfeld der Insolvenz Anwendung finden konnten. Ferner lag die Frist zur Anfechtung gemäß § 31 V 1 GmbHG einer Darlehensrückzahlung vor der Insolvenz, nicht wie bei den §§ 32 a, b GmbHG a.F. bei dem regelmäßig als zu knapp<sup>33</sup> geltenden einen Jahr, sondern bei zehn bzw. fünf Jahren. Mithin existierten vorerst zwei unterschiedliche Systeme zur Behandlung der eigenkapitalersetzenden Darlehen.

## **III. Österreichisches Vorbild**

In Österreich existiert seit dem 01.01.2004 das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG), welches einen Ausgleich zwischen Finanzierungsfreiheit einer Gesellschaft einerseits und Berücksichtigung von Interessen der Gläubiger andererseits, schaffen soll.<sup>34</sup> Hiernach sind der Gesellschaft in der Krise

---

<sup>29</sup> NJW 1984, 1891; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a a.F., Rn. 50; Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn. 54.

<sup>30</sup> BGHZ 90, 370.

<sup>31</sup> BGHZ 90, 370 (375).

<sup>32</sup> BGHZ 90, 370 (380).

<sup>33</sup> Altmeppen, NJW 2005, 1911 (1914); Gehrlein, BB 2008, 846 (852); Hölzle, GmbHR 2007, 729 (733).

<sup>34</sup> Althuber/Brandstätter/Haberer, NZI 2004, 610 (611).

gewährte Kredite von Gesellschaftern eigenkapitalersetzend, wenn sie einen Zeitraum von 60 Tagen überschritten haben (§ 3 EKEG).<sup>35</sup> Solange sich die Gesellschaft in der Krise befindet, kann der Gesellschafter das Darlehen nicht zurückverlangen. Krise bedeutet vorliegend nach österreichischem Recht i.S.d. § 2 EKEG, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Überschuldet ist eine Gesellschaft im Sinne des Unternehmensorganisationsgesetz (URG), wenn die Eigenkapitalquote bei unter 8% liegt (§ 23 URG), die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) über 15 Jahren entspricht und die Gesellschaft der Reorganisation bedarf.<sup>36</sup> Sofern der Gesellschafter diese Umstände bei Gewährung des Darlehens kannte oder darüber Bescheid wissen musste<sup>37</sup>, wird sein Darlehen grundsätzlich als kapitalersetzend eingestuft und als nicht rückzahlbar qualifiziert. Im Falle von Nutzungsüberlassungen (dazu ausführlich C. I. 1. b) bb), wird nur das dafür gezahlte Entgelt als kapitalersetzend eingestuft (§ 3 III EKEG), wodurch Nutzungsüberlassungsverträge in der Krise gekündigt werden können und der Gegenstand an den Gesellschaft herausgegeben werden muss (§ 26a österreichische Insolvenzordnung).<sup>38</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass ausschließlich kontrollierende Gesellschafter, oder solche die mindestens Anteile über 25% an der Gesellschaft halten, vom EKEG betroffen sind. (§ 5 I 1-3 EKEG). Wird ferner über die Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, wird das Darlehen oder das zur Nutzungsüberlassung geforderte Entgelt, als Nachrangig eingestuft,<sup>39</sup> mithin erst am Ende befriedigt, sofern noch Kapital aus der Insolvenzmasse zur Verfügung steht.

### **C. Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG**

Am 01.11.2008 trat in der Bundesrepublik Deutschland das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG<sup>40</sup>) in Kraft. Im Interesse einer „Deregulierung“<sup>41</sup> wurde das Eigenkapitalersatzrecht durch Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG und einer Klarstellung in § 30 I 3 GmbHG abgeschafft. Wenn diese Gesellschafterdarlehen vorher gesellschaftsrechtlich qualifiziert wurden, so gelten nun,

---

<sup>35</sup> Blöse, GmbHR 2004, 412.

<sup>36</sup> Lurger, RIW 2005, 209 f.; Blöse, GmbHR 2004, 412.

<sup>37</sup> Lurger, RIW 2005, 209 f.

<sup>38</sup> Feil, KO, § 26a, Rn.2.

<sup>39</sup> Althuber/Brandstätter/Haberer, NZI 2004, 610 (614).

<sup>40</sup> BGBl. I, S. 2026.

<sup>41</sup> Gehrlein, Das neue GmbH-Recht 2009, Rn. 61; Fliegner, DB 2008, 1668 (1670).

anknüpfend an die Novellenregeln, rein insolvenzrechtliche Normen (§ 39 I Nr. 5, § 135 I, II InsO). Darüber hinaus entfällt der Anspruch einer Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung<sup>42</sup> (siehe unten I. 1. b) bb) (1). Vielmehr gewährt § 135 III 1 InsO nach österreichischem Vorbild dem Insolvenzverwalter ein kostenpflichtiges Nutzungsrecht, welches aber auf die Dauer eines Jahres beschränkt ist.

### **I. Nachrangigkeit in der Insolvenz**

Erhält die Gesellschaft ein Darlehen von einem Gesellschafter, so wird es, unabhängig von einem Krisenmerkmal, gemäß § 39 I Nr. 5 InsO grundsätzlich nachrangig behandelt. Sofern eine Rückzahlung binnen Jahresfrist vor der Insolvenzeröffnung erfolgte, kann sie gemäß § 135 I Nr. 2 InsO von der Gesellschaft angefochten werden. Das Geld ist der Gesellschaft vom Gesellschafter dann zurück zu gewähren. Regelmäßig reichen die Vermögenswerte für diese Befriedigung aus der Insolvenzmasse am Ende nicht mehr aus, wodurch die Gesellschafter bei Verteilung der Masse keine Rückzahlung mehr erhalten.<sup>43</sup> Die bis dahin angewandte Finanzierungsfolgenverantwortung kann als Legitimationsgrundlage ebenso nicht mehr dienen, da nach dem MoMiG sowohl das Merkmal der Krise als auch das Eigenkapitalersatzrecht und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen, entfallen sind.<sup>44</sup> Insofern sei es nachvollziehbarer nach dem Schutzzweck der § 39 I 5, IV InsO und § 135 I 2 InsO zu fragen.<sup>45</sup> Die Normen finden mithin grundsätzlich auf Gesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafter Anwendung<sup>46</sup>, wodurch einer missbräuchlichen Ausnutzung der Haftungsbeschränkung entgegen gewirkt werden könnte.<sup>47</sup> Insofern soll der Gesellschafter im Falle der Insolvenz nicht von der gegebenenfalls zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse noch profitieren.<sup>48</sup> Somit behandle der Gesetzgeber gesellschaftsrechtliche Finanzierungsformen wie eine Kapitalerhöhung (§§ 55ff. GmbHG) oder durch Nachschuss (§ 26 GmbHG) ähnlich

---

<sup>42</sup> Bitter, ZIP 2010, 1 (10f.), Burg/Blasche, GmbHR 2008, 1250 (1252); Schmidt, DB 2008, 1727 (1731).

<sup>43</sup> Marotzke, JZ 2010, 592 (592).

<sup>44</sup> Schmidt, GmbHR 2008, 449 (453); Wedemann WM 2008, 1381 (1384), Oppenhoff, BB 2008, 1630 (1632).

<sup>45</sup> Gehrlein, BB 2011, 3 (7).

<sup>46</sup> so auch Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, § 30, Rn.1.

<sup>47</sup> Habersack, ZIP 2007, 2145 (2147); auch: Gehrlein: BB 2008, 846 (849).

<sup>48</sup> Vgl. bereits RG, JW 1938, 62.

wie derer über Gesellschafterdarlehen, da der Gesellschafter ohne den § 39 I 5 InsO wie ein normaler Gläubiger seine Ansprüche aus der Insolvenzmasse geltend machen könnte.<sup>49</sup> Hingegen erlangen bei Kapitalerhöhungen oder Nachschuss ausschließlich dritte Gläubigern Zugang zur Verteilung der Masse im Insolvenzverfahren.

## **1. Anwendungsbereich § 39 I 5 InsO**

### **a) Persönlicher Anwendungsbereich**

Bei § 39 I 5 InsO kommt es nicht ausschließlich auf den reinen Adressatenkreis der Gesellschafter der insolvenzreifen Gesellschaft an, da mit Hilfe des Tatbestandes der gleichgestellten Forderungen, die personellen Erweiterungen des bisherigen §32 a a.F. GmbHG mit einbezogen werden sollen.<sup>50</sup> Insofern ist, abweichend von § 138 InsO, der den Adressatenkreis der Nahestehenden Personen bestimmt und auf der Grundlage der Rechtsprechung zu § 32 a III 1 a.F. GmbHG, ein Dritter, der mit von einem Gesellschafter überlassenen Mitteln, einer Gesellschaft ein Darlehen gewährt, auch vom Anwendungsbereich der Norm betroffen.<sup>51</sup> Auch Dritte können mithin durch Beteiligungen an der Gesellschaft Teilhaber dieser werden, sofern sie eigene Mittel aufwenden. Ihre Einlagen geltend jedoch dann stets als Fremdkapital und fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO. Mit einbezogen sind dabei aber Rückgewährungen stiller Einlagen (§136 InsO), da aus Gründen der Verbeugung von Rechtsmissbrauch davon ausgegangen werden muss, dass stille Gesellschafter ihre Einlagen bei „drohendem Verlust“<sup>52</sup> abziehen würden und somit die den dritten Gläubigern zur Verfügung stehende Insolvenzmasse schmälern.

### **b) Sachlicher Anwendungsbereich**

Zum sachlichen Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO zählen nur Darlehen und gleichgestellte Forderungen.<sup>53</sup> Hierunter fallen aber jegliche Finanzierungsformen, bei der die Mittelzuführung eines Gesellschafters unter das Abzugsverbot analog § 30 GmbHG fallen würde.<sup>54</sup> Insofern zählen hierzu die Gewährung von stillen Beteiligungen neben dem Geschäftsan-

---

<sup>49</sup> Gehrlein, BB 2011, 3 (8).

<sup>50</sup> BR-Drucks, 354/07, S. 130.

<sup>51</sup> Habersack, ZIP 2007, 2145 (2148); a.A. Wälzholz, DStR 2007, 1914 (1918).

<sup>52</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 30, 60.

<sup>53</sup> Schmidt, ZIP 2006, 1925 (1928).

<sup>54</sup> Schmidt in: Scholz, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn. 121

teil,<sup>55</sup> Forderungskauf mit Rückbelastungsmöglichkeit (Factoring)<sup>56</sup> und auch Belieferung unter Eigentumsvorbehalt,<sup>57</sup> sowie deren Anfechtungsmöglichkeiten.<sup>58</sup> Ebenso bleibt der Nachrang erhalten, wenn die Forderung des Gesellschafters auf Rückzahlung des Darlehens an einen Dritten abgetreten wird.<sup>59</sup> Jedoch sei der § 135 I Nr. 2 InsO welcher die Anfechtung anordnet, zumindest dann analog anzuwenden, wenn diese Abtretung länger als ein Jahr vor Antragstellung stattfand.<sup>60</sup>

#### **aa) Darlehensgewährung**

Die Rückforderungen von Gesellschafterdarlehen werden in der Insolvenz nur nachrangig im Sinne des § 39 I 5 InsO behandelt (s.o.). Dies geschieht unabhängig vom Zeitpunkt der Gewährung der finanziellen Mittel,<sup>61</sup> oder einer konkreten Zweckbestimmung,<sup>62</sup> da Gesellschafterdarlehen nach Gewährung der Mittel keine Umqualifizierung mehr erfahren müssen. Nichts desto trotz sind Darlehen von Gesellschaftern regelmäßig wirtschaftlich sinnvoll für die Gesellschaft,<sup>63</sup> da dadurch häufig teure Kapitalerhöhungen vermieden werden, oder die an den Gesellschafter gezahlten Darlehenszinsen bei der steuerlichen Gewinnermittlung abzugsfähig geltend gemacht werden könnten.<sup>64</sup> Die aus der Gewährung des Darlehens resultierenden Zinszahlungen an den Gesellschafter werden in der Insolvenz nicht eingestellt.<sup>65</sup> Gemäß § 39 III InsO jedoch auch nur nachrangig befriedigt. Darüber hinaus sind weder Aufrechnungen mit anderen Forderungen,<sup>66</sup> noch die Verwertung der von der Gesellschaft möglicherweise gestellten Sicherheiten, für den Gläubiger möglich.<sup>67</sup>

---

<sup>55</sup> Heidinger in: Michalski, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn. 156; Gehrlein, BB 2008, 846 (850).

<sup>56</sup> Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32 b, Rn. 124; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32aF, Rn. 215.

<sup>57</sup> Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32a/b Rn. 153.

<sup>58</sup> Bayer/Graff, DStR 2007, 1654 (1657).

<sup>59</sup> Habersack, ZIP 2007, 2145 (2149).

<sup>60</sup> Gehrlein in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Kap. 26, Rn. 42.

<sup>61</sup> Freitag, WM 2007, 1681.

<sup>62</sup> Gehrlein, BB 2008, 846 (850).

<sup>63</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5, Rn. 5.102.

<sup>64</sup> Goette, ZHR 162, 223 (225 f.).

<sup>65</sup> BGH ZIP 2005, 82 (84); Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a a.F., Rn. 89.

<sup>66</sup> Ulmer/Habersack/Winter, §§ 32a/b, Rn. 90; Heidinger in: Michalski, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b, Rn. 257.

<sup>67</sup> Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, §32a, Rn. 69.



## **bb) Gleichgestellte Forderungen und Nutzungsüberlassung**

Betrachtet man Stundungen eines Gesellschafters von Miete oder Pacht zu Gunsten der Gesellschaft aus wirtschaftlicher Sicht, so bewirkt dieser Vorgang ebenfalls eine Darlehensgewährung an die Gesellschaft, da dieser Aufwand andernfalls selbst erbracht werden müsste und mithin so von der Gesellschaft eingespart werden kann. Folglich tritt somit automatisch Nachrangigkeit dieser Forderungen ein.<sup>68</sup> In der Praxis werden Gesellschaften ferner regelmäßig nicht nur durch unmittelbar finanzielle Hilfe von ihren Gesellschaftern unterstützt, sondern auch durch zur Verfügung stellen von Betriebseinrichtung oder Grundstücken, die im Eigentum des Gesellschafters stehen. Diese schuldrechtliche Überlassungen von Grundstücken oder Gegenständen können auch kapitalersetzend wirken, wenn die Gesellschaft ohne diese Überlassung nicht überlebensfähig wäre.<sup>69</sup> Hinter dem Begriff der Nutzungsüberlassung steht somit die Problematik, dass Gesellschafter, oder diesem wirtschaftlich gleichgestellte Dritte, ihrer überlassungsunwürdigen Gesellschaft betriebsnotwendiges Vermögen überliefern, obgleich Dritte aus Vorsichtsgründen davon Abstand genommen hätten.<sup>70</sup> Insofern wird der Gesellschaft zwar kein Darlehen in Form einer Zurverfügungstellung von finanziellen Mitteln eingeräumt, aber jedenfalls der „Nutzungswert“<sup>71</sup> an einem Gegenstand überlassen. Erfasst sind dabei Gegenstände, die der Gesellschaft für Betriebszwecke zur Nutzung überlassen wurden, insbesondere Grundstück, Maschinen oder immaterielle Güter.<sup>72</sup> Die Eigenkapitalersatzfunktion kam der Gebrauchsüberlassung bis zur Reform dabei dann gleich, wenn die Gesellschaft insolvenzreif oder überlassungsunwürdig war.<sup>73</sup> Dies lag jedenfalls dann vor, wenn sie gemessen an ihren finanziellen Verhältnissen, außerstande war, das benötigte Wirtschaftsgut selber zu beschaffen, oder die Miete oder Pacht zu bezahlen.<sup>74</sup>

### **(1) Bisherige Rechtslage**

Überlies ein Gesellschafter seiner Gesellschaft entsprechend eines abge-

---

<sup>68</sup> ZInsO 2009, 775 (779); Schmidt, DB 2008, 1727 (1731); Gehrlein in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Kap. 26, Rn. 45; auch: Bork, NZG 2007, 250 (266).

<sup>69</sup> Gehrlein in: Das Eigenkapitalersatzrecht, BB 2011, 3 (4).

<sup>70</sup> BGH ZInsO 2008, 36; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, § 32a Rn. 57.

<sup>71</sup> Lüneborg, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen, § 12, S. 182.

<sup>72</sup> Kleindiek in: Kreft, InsO, § 135, Rn. 27.

<sup>73</sup> BGHZ 127,1 (5f.); BGHZ 109, 55 (58).

<sup>74</sup> BB 1989, 2350 (2350).

schlossenen Vertrages zum Beispiel ein Grundstück, so war es dem Insolvenzverwalter grundsätzlich unentgeltlich für einen „branchenüblichen Zeitraum“ zur Verfügung zu stellen.<sup>75</sup> Sofern dieser Gesellschafter jedoch bereits Entgelte in der Krise erhalten hatte, waren sie zurück zu gewähren.<sup>76</sup> Die Rechtsprechung qualifizierte bis zum MoMiG diese Art der Überlassung als kapitalersetzend im Sinne des § 32a III 1 a.F. GmbHG,<sup>77</sup> da der Zweck des Eigenkapitalrechts darin bestehe, eine vor- oder gleichrangige Befriedigung zwischen Gesellschaftsgläubiger und anderen Gesellschaftern in der Gesellschaft, zu verhindern.<sup>78</sup> Insofern wurde die Nutzungsüberlassung der Darlehensgewährung gleichgestellt. Diese Handhabung vermochte jedoch nicht zu überzeugen, da schon bereit auf Ebene des Tatbestandes eine Nutzungsüberlassung grundsätzlich von einer Darlehensgewährung abweiche.<sup>79</sup> Ferner wurde begründet, dass eine Gesellschaft in der Krise vor allem liquide Mittel benötige, wobei eine reine Nutzungsüberlassung allenfalls Aufwendung ersparen würde.<sup>80</sup> Darüber hinaus würden die Gebrauchsvorteile, anders als Gesellschafterdarlehen, nicht auf der Passivseite der Handelsbilanz erscheinen können<sup>81</sup> (s.a. III.

## **(2) Neue Rechtslage**

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum MoMiG wurde über die Behandlung eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassungen folglich viel spekuliert.<sup>82</sup> Mit Einführung des § 135 Abs. 3 InsO, wird dieser Vorgang nun ähnlich des § 26a KO des österreichischen Rechts (s. B. III. .), auch in Deutschland explizit geregelt. Grundsätzlich bestehen entgeltliche Nutzungsverträge jetzt zwischen Gesellschafter und dem Insolvenzverwalter auch nach Eröffnung des Verfahrens fort (§§ 103, 108 InsO). Stehen dem Gesellschafter noch Entgelte für den Zeitraum vor dem Verfahren zu, werden sie einfache Insolvenzforderungen gemäß § 108 II InsO. Nach Eröffnung des Verfahrens sind die Forderungen des Gesellschafters wie einfache Masseverbindlichkeiten zur behandeln und somit nicht nachrangig zu be-

---

<sup>75</sup> BB 1999, 173 (173).

<sup>76</sup> BB 1994, 2020 (2020); Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§32a/b Rn. 145.

<sup>77</sup> BGH ZIP 2005, 84; Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar, § 32 a, § 32 b, Rn. 129.

<sup>78</sup> Löwisch, Eigenkapitalersatzrecht, Rn. 225.

<sup>79</sup> Lüneborg, Gesellschafterdarlehen, § 12, S. 183.

<sup>80</sup> Haas/Dietrich in: v. Gerkan/Hommelhoff, Kommentar, Rn. 813.

<sup>81</sup> Schmidt in: Scholz, GmbHG, §§ 32a/b, Rn. 135.

<sup>82</sup> Heinze, ZIP 2008, 110; Hölzle, GmbHR 2007, 729 (735); Noack, DB 2007, 1395, (1398).

friedigen (§ 108 II i.V.m. § 55 I Nr. 2 InsO). Die Gesellschaft erhält dagegen das Recht, den Gegenstand weiterhin zu besitzen. Bei beweglichen Sachen, steht dem Insolvenzverwalter überdies ein Wahlrecht gem. § 103 I, II S. 1 InsO zu, das Nutzungsverhältnis mit dem Gesellschafter fortzuführen oder zu beenden.<sup>83</sup> Kündigt der Insolvenzverwalter den Nutzungsvertrag (§ 109 I 1 InsO), müsste dieser den Gegenstand an den Gesellschafter gemäß § 47 InsO zurückgeben. Jedoch kann § 135 III InsO dem Verwalter überdies die Weiternutzung trotz Kündigung gestatten, wodurch anstelle des vertraglichen, ein gesetzliches Nutzungsrecht für maximal ein Jahr ab Eröffnung des Verfahrens eintritt. Somit würden nicht nur lange Vertragslaufzeiten vermieden, sondern ins Besondere auch die Nutzungskosten gesenkt.<sup>84</sup> Diese Art der Behandlung von gesetzlichen Besitzrechten kommt zur Anwendung, wenn der Gegenstand zur Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung ist (§ 135 III). Gemäß § 21 II 1 Nr. 5 InsO liegt Betriebsnotwendigkeit vor allem dann vor, wenn im Falle des Abzugs, der „Betriebsablauf“<sup>85</sup> ohne Möglichkeit der Weiternutzung nicht unerheblich gestört würde.<sup>86</sup> Die Begründung wird ins Besondere in der Fortwirkung der Treuepflicht<sup>87</sup> des Gesellschafters zu seiner Gesellschaft im Insolvenzfall gesehen, auch wenn dieser keinen Beitrag zur Sanierung des Unternehmens leisten wolle. Er habe jedoch alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft schädige.<sup>88</sup> Für den Gebrauch des Gegenstands oder seiner Nutzung steht dem Gesellschafter ein Ausgleich zu, dessen Höhe der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung ist (§ 135 III 2 InsO). Obgleich diese Befriedigung die Insolvenzmasse zwar schmälert, wodurch auch dritte Gläubiger benachteiligt würden,<sup>89</sup> handele es sich insofern ausschließlich um die konsequente Durchsetzung des Wegfalls des Eigenkapitalersatzrechts. Somit wird deutlich, dass die Nutzungsüberlassung keine mit einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Finanzierungsform mehr darstellt, da weder Nachrangigkeit i.S.d § 39 I 5 InsO noch Anfechtungsmöglichkeiten gem. § 135 InsO vorliegen.<sup>90</sup>

---

<sup>83</sup> Heckschen, MoMiG in der Praxis, Rn. 705.

<sup>84</sup> Schmidt, DB 2008, 1727 (1732).

<sup>85</sup> Kleindiek in: Kreft., InsO, § 135 Rn. 28.

<sup>86</sup> Spliedt, ZIP 2009, 149 (156).

<sup>87</sup> Habersack in: Goette/Habersack, GmbHG, Kap. 5, Rn. 5.39; Kleindiek in: Kreft, InsO, § 135, Rn. 21.

<sup>88</sup> Begr. Zur Beschlussbefassung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 59.

<sup>89</sup> Heinze, ZIP 2008, 110 (112).

<sup>90</sup> Schmidt, DB 2008, 1727 (1732).

Die Nutzungsüberlassung wird nunmehr unter die §§ 103 ff. gefasst und regelt lediglich eine weitere Alternative für den Insolvenzverwalter, sofern dieser sich gegen eine Fortführung des Vertrages entscheidet.

## **2. Darlehensbesicherung durch Gesellschafter i.S.d § 44a InsO**

Der Anwendungsbereich des § 44a InsO ist eröffnet, wenn ein Dritter eine Darlehensforderung gegen die Gesellschaft geltend macht, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat. Hiernach tritt gem. § 39 I 5 InsO ebenso Nachrangigkeit dieser Forderung ein, da die Bestellung einer Sicherheit für Fremddarlehen, wirtschaftlich gesehen einer Darlehensgewährung an die Gesellschaft durch den Gesellschafter gleich kommt. Überdies kann der Drittgläubiger nur dann am Insolvenzverfahren teilnehmen, wenn die Forderung nicht schon durch die Sicherheit des Gesellschafters befriedigt werden konnte.<sup>91</sup> Darüber hinaus darf der Gläubiger die Forderung jedenfalls in voller Höhe gegen den Schuldner geltend machen,<sup>92</sup> da der Grundsatz der Doppelberücksichtigung im Sinne des § 43 InsO und nicht das Ausfallprinzip gemäß § 50 InsO anzuwenden sei.<sup>93</sup> Dies wäre der Fall, würde die Sicherheit nicht vom Gesellschafter, sondern direkt von der Schuldnergesellschaft gestellt worden sein. Sofern der Gesellschafter jedoch das Kleinbeteiligungs- oder Sanierungsprivileg (s.u. II. 1. II. 2. ) genießt, findet die Norm keine Anwendung, da folglich auch ein vom Gesellschafter gewährtes Darlehen nicht in den Nachrang des § 39 I 5 InsO fielen.<sup>94</sup>

## **3. Anfechtung von Rückzahlungen**

Eine Rückzahlung des Darlehens der Gesellschaft an den Gesellschaftsgläubiger kann gem. § 135 I Nr. 1 InsO angefochten werden, wenn die Befriedigung binnen Jahresfrist vor Insolvenzeröffnung erfolgte. Diese Norm verdrängt den bis dahin geltenden § 31 GmbHG, welcher insoweit den Erstattungsanspruch der Gesellschaft regelte, sofern der Gläubiger seinen Rückzahlungsanspruch in der Krise geltend gemacht hat.<sup>95</sup> Eine Rechts-handlung, die für ein Darlehen Sicherheit gewährte kann ferner angefochten

---

<sup>91</sup> Gehrlein, BB 2008, 846 (852).

<sup>92</sup> Freitag, WM 2007, 1681 (1684); Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, §32 a, Rn. 85; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, § 32 a Rn. 172.

<sup>93</sup> Bitter in: MüKo-InsO; § 43, Rn. 23.

<sup>94</sup> Freitag, WM 2007, 1681 (1684).

<sup>95</sup> Schmidt, ZIP 2006, 1925 (1929).

werden, wenn diese innerhalb von 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde (§ 135 I Nr. 2 InsO). Darüber hinaus sind sämtliche Zahlungen aus Nichtbargeschäften anfechtbar, die sich auf Begleichungen von Forderungen eines Gesellschafters beziehen, sofern der Gesellschafter diese Forderung nicht „innerhalb der verkehrüblichen Gepflogenheiten“<sup>96</sup> geltend gemacht hat. Bei genauerer Betrachtung der Regelungsinhalte zeigt sich, dass zwar mit Wegfall des Krisenmerkmals eine „Beweiserleichterung“<sup>97</sup> eingetreten sei, da jedes Darlehen der Gesellschafter als kapitalersetzend eingestuft wird, Rechtsunsicherheit jedoch ins Besondere bei der Wahl der kurzen Anfechtungsfristen vorliegt. Wenn vorher eine Anfechtung und damit die Rückerstattung zurückgezahlter Darlehen nach § 31 V GmbHG über einem Zeitraum von zehn Jahren möglich war, beschränkt § 135 I Nr. 2 InsO dies nur noch auf die Dauer eines Jahres vor Antragstellung. Es wäre einem Gesellschafter somit zuzutrauen, sich sein Darlehen vom eigentlich schon insolvenzreifen Unternehmen auszahlen zu lassen, um dann aber den Zeitpunkt der tatsächlichen Insolvenzeröffnung über die einjährige Frist hinweg hinauszuzögern und somit keinem Rückgewähranspruch der Gesellschaft ausgesetzt zu sein. In der Praxis kommen jedenfalls regelmäßig Fälle vor, in denen derartige Unternehmen länger als ein Jahr insolvenzreif fortgeführt wurden. Jedoch könnten sich bei Rückerstattungen gewährter Darlehen außerhalb der einjährigen Frist, gegebenenfalls Anfechtungsmöglichkeiten aus § 133 I InsO ergeben. Dies wäre der Fall, würde beim Gesellschafter Benachteiligungsvorsatz nachgewiesen werden können. Dieser läge möglicherweise aber genau dann vor, wenn der Gesellschafter wissentlich der Zahlungsunfähigkeit seines Unternehmens, das Darlehen zurück gefordert habe.<sup>98</sup>

## **II. Ausnahmen vom Nachranggrundsatz**

Nicht jede Leistung eines Gesellschafters fällt automatisch in den Anwendungsbereich des § 39 I 5 InsO und erfährt eine nachrangige Behandlung. Es kann sowohl zu einer Privilegierung des Darlehensgebers kommen, wenn das Darlehen zu Sanierungszwecken gewährt wurde, als auch dann, wenn der Gesellschafter nur mit 10 % oder weniger an der GmbH beteiligt

---

<sup>96</sup> Gehrlein, BB 2011, 3 (6); NJW 1995, 457 f.

<sup>97</sup> Liebendörfer, Unternehmensfinanzierung, S.2.

<sup>98</sup> Spliedt, ZIP 2009, 149 (154); Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325 (327).

ist.

### **1. Sanierungsprivileg**

Das gemäß § 32a III 3 a.F. GmbHG normierte Sanierungsprivileg wurde nach dem MoMiG in § 39 IV 2 InsO übernommen. Hiernach ist es gestattet, der Gesellschaft durch Bereitstellung von Eigenkapital, finanzielle Möglichkeiten zur Sanierung zu überlassen, ohne befürchten zu müssen in die strengen Vorschriften über Gesellschafterdarlehen zu fallen und im Insolvenzfall die Forderung nicht mehr geltend machen zu können. Dieses Privileg gilt dabei aber nur für Personen, die vor dem Erwerb der Gesellschaftsanteile weder Gesellschafter noch gleichgestellte Dritte waren, also nicht in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO gefallen wären.<sup>99</sup> Dadurch, dass das Merkmal der Krise entfallen ist, wird jedoch nun ausschließlich auf den Zeitpunkt der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit abgestellt. Die Privilegierung des neuen Gesellschafters der die Anteile übernimmt, tritt demnach nur dann ein, wenn die finanzielle Unterstützung tatsächlich zum Zweck der Sanierung der Gesellschaft erfolgt.<sup>100</sup> Dies setzt folglich voraus, dass die Gesellschaft einerseits aus Sicht eines objektiven Dritten sanierungsfähig und die finanzielle Unterstützung andererseits überhaupt objektiv geeignet sei, die Sanierung durchzuführen.<sup>101</sup> Das Privileg gelte dabei solange, bis die Sanierung der Gesellschaft nachhaltig abgeschlossen wurde.<sup>102</sup> Obgleich eine automatische Umqualifizierung des Darlehens im Falle des Scheiterns der Sanierung in ein Gesellschafterdarlehen ausgeschlossen ist, da das Privileg nicht vom Sanierungserfolg abhängt, erlangt diese Zahlung dann trotzdem den Status eines Gesellschafterdarlehens, wenn es nach abgeschlossener Sanierung, später zu erneuter Zahlungsunfähigkeit und einer Insolvenz kommt.<sup>103</sup>

### **2. Kleinbeteiligtenprivileg**

Die genannten Vorschriften gelten gemäß § 39 V InsO ferner nicht für Gesellschafter, die mit 10 % oder weniger am haftenden Eigenkapital beteiligt

---

<sup>99</sup> Pentz, ZIP 2006, 1169 (1173); Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage, § 32a, Rn. 19; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 32a a.F., Rn. 60; Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar, § 32a, 32b, Rn. 195.

<sup>100</sup> Barth in: Praxiskommentar GmbH-Recht, S. 815 Rn. 36.

<sup>101</sup> Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar §§ 32a, 32b, Rn. 217.

<sup>102</sup> Hölzle, GmbHR 2007, 729 (733).

<sup>103</sup> Ulmer/Habersack/Winter, §§ 32a/b Rn. 204, Schumacher in: FK-InsO, §39, Rn. 13d.

sind. Dagegen findet sie grundsätzlich bei geschäftsführenden Gesellschaftern Anwendung.<sup>104</sup> Dabei ist es nicht möglich, seine Beteiligung nach Vergabe des Darlehens auf unter 10% zu reduzieren, oder die Gesellschafterstellung insgesamt aufzugeben,<sup>105</sup> um nachträglich privilegiert zu werden. Erfüllte ein Gesellschafter die Voraussetzungen des Kleinbeteiligterprivilegs zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Kredit gewährte, wird dieser Kredit auf Grund des Privilegs nicht als Gesellschafterdarlehen qualifiziert.<sup>106</sup> Umgekehrt jedoch kann ein einmal gewährtes Privileg bei nachträglichem Überschreiten der Schwelle entzogen werden.<sup>107</sup> Schließen sich Gesellschafter, die erst gemeinsam mit mehr als 10% beteiligt sind, zu einer Darlehensgewährung zusammen, so werden ihre Anteile zusammengerechnet, wodurch ebenso eine Privilegierung ausscheidet.<sup>108</sup>

### **III. Gesellschafterkredite als bilanzielle Verbindlichkeiten**

Während grundsätzlich sämtliche Darlehen die einer Gesellschaft gewährt werden, somit auch Darlehen von Gesellschaftern, in der Handelsbilanz als Passiva unter Verbindlichkeiten aufzuführen sind, ist es fraglich, ob dieser Grundsatz ebenso i.R.d. Aufstellung einer Überschuldungsbilanz gilt. Durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 wurde § 19 II 1 InsO dahingehend neu formuliert, dass Überschuldung jedenfalls dann vorliegt, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“ Hiernach seien die Fortführungsprognose und eine Bewertung des Schuldners nach seiner Liquidität gleichermaßen zu beurteilen.<sup>109</sup> Sowohl Überschuldung gemäß § 19 I InsO, als auch Zahlungsunfähigkeit gemäß §§ 17,18 InsO, können für juristische Personen mithin einen Insolvenzgrund darstellen. Insofern ist es von Bedeutung, ob diese Verbindlichkeiten der Passivseite der Bilanz zuzurechnen sind, da abhängig davon, eine Überschuldung festgestellt werden könnte oder nicht. Nach dem alten Recht mussten diese Darlehen jedenfalls

---

<sup>104</sup> Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32 a/b Rn. 73; Ulmer/Habersack/Winter, §§ 32a/b Rn. 196; Schmidt in: Scholz, GmbHG, Kommentar, §§ 32a, 32b Rn. 202.

<sup>105</sup> Heidinger in: Michalski, GmbHG, Kommentar §§ 32a/b Rn. 219; Obermüller, ZInsO 1998, 51 (52).

<sup>106</sup> Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG § 32a a.F., Rn.60 ff.; Haas, ZInsO 2007, 617 (619).

<sup>107</sup> Gehrlein, Konzern 2007, 771 (788); Haas, ZInsO 2007, 617 (620); Habersack, ZIP 2007, 2145 (2150).

<sup>108</sup> Hirte, ZInsO 1998, 147 (153); Schmidt, GmbHR 1999, 1269 (1276).

<sup>109</sup> BT-Drucks. 16/10600, S. 21.

dann passiviert werden, wenn kein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde. Dies wurde damit begründet, dass derartige Darlehen nicht die Qualifizierung als Verbindlichkeiten verlieren würden, sondern ausschließlich während der Krise nicht durchsetzbar sein sollten.<sup>110</sup> Nach Einführung des MoMiG, regelt nun § 19 II InsO ausdrücklich diese Bilanzierung. Hiernach sind Forderungen aus Rechtshandlungen und solche, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 19 II 2 InsO) nicht mehr zu passivieren,<sup>111</sup> da es auch angesichts des grundsätzlichen Nachrangs dieser Verbindlichkeiten gemäß § 39 I 5 InsO hierfür schon keinen Sinn mehr gäbe.<sup>112</sup> Jedoch bedarf es entsprechend der Rechtsprechung des BGH, stetig einer ausdrücklichen Rangrücktrittserklärung des betreffenden Gesellschafters.<sup>113</sup> Begründet wird dies damit, dass die Qualifizierung einer den Darlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung, die indes nicht vom Nachrang betroffen sei (s.o.), im Einzelfall schwierig abzugrenzen sei.<sup>114</sup> Nur auf Grund der Vereinbarung sei es für einen Geschäftsführer möglich, konform die Abgrenzung der Forderung hinsichtlich etwaiger Passivierungspflichten vorzunehmen<sup>115</sup> und der Gefahr einer strafbaren Insolvenzverschleppung (§§ 823 II BGB, 64 I GmbHG) vorzubeugen.<sup>116</sup> Insofern sind Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz zwar nicht aufzunehmen, jedoch grundsätzlich mit einer Rangrücktrittserklärung zu versehen.

#### **D. Steuerliche Betrachtung von Gesellschafterdarlehen**

Hält der Gesellschafter die Darlehensforderung in seinem Privatvermögen, werden die Zinsen von der Gesellschaft zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d § 20 I Nr. 7 EStG gezählt und unterliegen mithin der Abgeltungsteuer gemäß § 32d I EStG. Dem Gesellschafter steht indes kein Abzug von Werbungskosten zu, da grundsätzlich nur der Pauschbetrag i.H.v. 801€ gemäß § 20 IX EStG in Anspruch genommen kann. Das gleiche gilt darüber hinaus auch für die mögliche Günstigerprüfung gemäß § 32a VI EStG. Besitzt der Gesellschafter jedoch mindestens 10% der Anteile an der Gesellschaft, findet § 32d II Nr. 1b EStG Anwendung. Hiernach kommt keine

---

<sup>110</sup> BGHZ 146, 264 (272).

<sup>111</sup> Poertzen, GmbHR 2007, 1258 (1263).

<sup>112</sup> Gehrlein, BB 2008, 846 (847).

<sup>113</sup> BGH ZIP 2001, 235; Wälzholz, DStR 2007, 1914 ff.

<sup>114</sup> BR-Drucks., 354/07, S. 126.

<sup>115</sup> Heckschen, MoMiG in der notariellen Praxis, Rn. 728.

<sup>116</sup> Gehrlein, BB 2008, 846 (847).



Einbeziehung der Abgeltungsteuer mehr in Betracht, sondern die persönliche Tarifbesteuerung des Gesellschafters. Für diesen Fall ist der Abzug von Werbungskosten dann zulässig. Da es im Privatvermögen von Steuerpflichtigen jedoch keine Teilwertabschreibungen gibt, sind als Werbungskosten lediglich die bei Veräußerung oder Verlust des Darlehens, nachträglich höheren Anschaffungskosten steuerlich zu berücksichtigen.<sup>117</sup> Bei der Schuldnergesellschaft führen die Zinszahlungen zu steuerminderndem betrieblichen Aufwand, sofern diese marktüblich und mithin angemessen sind.<sup>118</sup> Zahlungen nicht marktüblicher Zinsen, die einem Fremdvergleich durch fiktive Annahme eines Kredites von Dritten Gläubigern nicht standhalten würden, könnten als verdeckte Gewinnausschüttung der Gesellschaft an den Gesellschafter qualifiziert werden. Diese Ausschüttungen liegen insbesondere dann vor, wenn Gesellschaften ihren Gesellschaftern außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil gewähren, den sie bei Anwendung der Sorgfalt ordentlicher und gewissenhafter Kaufleute einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätten.<sup>119</sup> Die Ausschüttung erhöht dabei nachträglich die Steuerpflicht der Gesellschaft hinsichtlich Körperschafts- und Gewerbesteuer.

### **E. Übergangsvorschrift des Art. 103d EGIInsO**

Gemäß Art. 103d des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO), sind die durch das MoMiG geänderten und neu eingefügten Vorschriften hinsichtlich Insolvenzverfahren nur dann anwendbar, wenn diese nach Einführung des MoMiG eröffnet wurden. Somit findet das alte Recht weiterhin, für die vor dem 01.11.2008 eröffneten und noch laufenden Insolvenzverfahren Anwendung.<sup>120</sup> Für den Fall, dass ein Insolvenzverfahren zwar nach dem MoMiG eröffnet, obwohl ein Gesellschafterdarlehen vorher schon zurückbezahlt wurde, kommt es jedenfalls auch zur Anwendung der bisherigen Rechtsprechungs- und Novellenregeln, da es nur auf den Zeitpunkt der Gewährung eines Darlehens ankomme und nicht auf den Zeitpunkt der Rückzahlung.<sup>121</sup> Insofern werden während kommenden Jahre weiterhin gleichzeitig die Rechtsprechungs- sowie Novellenregeln für Altfälle, sowie die rein insolvenzrechtlichen Vorschriften angewendet

<sup>117</sup> Harle/Geiger, BB 2011, 735 (736).

<sup>118</sup> Wartenburg/Salzmann in: Praxiskommentar, Rn. 60.

<sup>119</sup> BB 1973, 694

<sup>120</sup> BGH-Urteil vom 26.01.2009, 2. Zivilsenat, AZ II ZR 260/07.

<sup>121</sup> Manz, Anmerkung: BGH-Urteil vom 26.01.2009, II ZR 260/07, BB 2009, 918 (921).

werden müssen.

## F. Resümee

Die restriktive Vergabe von Krediten, resultierend aus angespannten Finanzmärkten, bringt ins Besondere die kleinen und mittleren Unternehmen, welche kaum über ausreichend Sicherheiten zur Abdeckung benötigter Kreditsummen verfügen, in finanzielle Notlagen. Sie können nur schwerlich günstige Kredite von Außen erhalten. Somit scheint das Thema der Unternehmensfinanzierung über gesellschaftereigene Darlehen aktueller denn je. Damit der Gesellschafter sich dabei jedoch nicht zum „Großgläubiger“<sup>122</sup> seines Unternehmens macht und das unternehmerische Risiko der Finanzierung auf außenstehende Gläubiger überträgt, wurde die Finanzierungsfreiheit durch das MoMiG stark eingeschränkt. Kreditgewährende Gesellschafter dürfen nicht mehr in der Erwartung besserer Informationsmöglichkeiten, ihre Gelder im Notfall rechtzeitig in Sicherheit bringen.<sup>123</sup> Die vorliegende Bearbeitung über das Recht der Gesellschafterfinanzierung hat gezeigt, dass Regelungsversuche hinsichtlich dieser Thematiken zurück bis zu Entscheidungen des Reichsgerichts reichen, wodurch das Eigenkapitalersatzrecht im Laufe der letzten Jahre durch umfangreiche Rechtsprechung des BGH gefolgt von Erörterungen und Verbesserungsanweisungen aus Schrifttum und Literatur zu einem schwer durchschaubaren Rechtsinstitut<sup>124</sup> gewachsen ist. Die gesamte Materie sei nach Aussagen in der Literatur mittlerweile wohl nur noch vom „Berufsstand der Kapitalersatzrechtler“<sup>125</sup> zu verstehen. Alles in allem stärkt das neue Recht jedenfalls nicht nur die Gläubiger bei Darlehensgewährungen an die Unternehmen, bei denen keine natürliche Person vollhaftender Gesellschafter ist. Es sollte dabei aber vor allem auch strukturelle Rechtsklarheit und Vereinfachung hinsichtlich der jetzt geltenden Normen mit sich bringen. Teilweise ist eine Vereinfachung jedenfalls schon dadurch eingetreten, dass das Recht der Gesellschafterdarlehen nun rein insolvenzrechtlich behandelt wird und nicht mehr von Eigenkapitalersatzfunktionen oder Krisenmerkmalen, die regelmäßig schwerlich festzustellen waren, abhängig gemacht wird.

---

<sup>122</sup> Liebendörfer, Unternehmensfinanzierung, S.1.

<sup>123</sup> NJW 1984, 1893 (1895).

<sup>124</sup> Lüneborg, Gesellschafterdarlehen, S. 27.

<sup>125</sup> Claussen, GmbHR 1996, 316 (317).

## **Erklärung**

Diese Seminararbeit habe ich eigenständig und nur unter Hinzuziehung der jeweils in den Fußnoten angegebenen Quellen verfasst. Wörtlich übernommene Textstellen sind in jedem Einzelfall durch Anführungszeichen gekennzeichnet. Alle verwendete Literatur wurde ins Literaturverzeichnis aufgenommen.