

**Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt**

Bucerius Law School, Hamburg

Hochschule für Rechtswissenschaft



BUCERIUS LAW SCHOOL  
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

# Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach MoMiG

**27.02.2009**

**Institut für Insolvenzrecht**



**I. Rechtspolitische Gesamteinschätzung**

**II. Das klassische Gesellschafterdarlehen**

**III. Ähnliche Sachverhalte**

**IV. Restriktionen**

**V. Nutzungsüberlassung**

**VI. Varia**

# I. Rechtspolitische Gesamteinschätzung

Die §§ 32 a, b GmbHG, 129 a, 172a HGB a.F. waren in Normen gegossenes Rechtsprechungsrecht.

Die bis in die Reichsgerichtszeit und in die frühe BGH-Praxis zurückreichende Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz war

- weder sanierungsfeindlich
- noch für die Unternehmenspraxis inakzeptabel.

# I. Rechtspolitische Gesamteinschätzung

Die Praxis zum Eigenkapitalersatzrecht basierte auf zwei Grundlagen

- Finanzierungsfreiheit und
- Finanzierungsverantwortung.

Die Wertungsgrundlagen des neuen Rechts sind zweifelhaft. Sie werden z. T. nur noch in einem Ausgleich für Haftungsbeschränkung gesehen (so **Habersack**, ZIP 2008, 2385, 2386; bedenklich!).

# I. Rechtspolitische Gesamteinschätzung

Die „Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts“ ist für die Gesellschafter kein Grund zu ungeteiltem Jubel.

Das MoMiG erfasst nunmehr jede Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei jeder Gesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter

(eingehend Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Eine Reform, 54 ff.).

Die Verlagerung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung Einfluss auf die Unternehmensfinanzierung hat.



**I.** Rechtspolitische Gesamteinschätzung

**II.** **Das klassische Gesellschafterdarlehen**

**III.** Ähnliche Sachverhalte

**IV.** Restriktionen

**V.** Nutzungsüberlassung

**VI.** Varia

## II. Das klassische Gesellschafterdarlehen

Dem Sonderrecht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung unterliegen nach wie vor nur Darlehen und wirtschaftlich entsprechende Leistungen (gestundete Forderungen, typische stille Einlagen etc.).

 Dieses Sonderrecht gilt also nicht für alle Gesellschafterforderungen und hindert nicht den regulären Geschäftsverkehr zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern.

## II. Das klassische Gesellschafterdarlehen

Ein Rückzahlungsverbot in der Krise (§ 30 GmbHG in analoger Anwendung) gibt es nicht mehr (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. = Abschaffung der „Rechtsprechungsregeln“).

Rückzahlungen stehen nur noch unter dem Anfechtungsrisiko nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bzw. § 6 Abs. 1 Nr. 2 AnfG, wenn sie ein Jahr vor dem Insolvenzantrag bzw. vor dem Schuldtitel erfolgt sind;

die analoge Anwendung des § 31 GmbHG nach den „Rechtsprechungsregeln“ war insofern strenger.

## II. Das klassische Gesellschafterdarlehen

Für den Geschäftsführer besteht allerdings das Zahlungsverbot des § 64 Satz 3 GmbHG n. F.

Dieses ist aus Geschäftsführersicht eine Verschlechterung gegenüber den „Rechtsprechungsregeln“, denn

- der Tatbestand des Zahlungsverbots ist schwerer zu prüfen als § 30 GmbHG und
- die Rückzahlungssanktion trifft nicht mehr den Empfänger (so bisher analog § 31 GmbHG), sondern den Geschäftsführer (§ 64 Satz 3 GmbHG n. F.).

**I.** Rechtspolitische Gesamteinschätzung

**II.** Das klassische Gesellschafterdarlehen

**III.** **Ähnliche Sachverhalte**

**IV.** Restriktionen

**V.** Nutzungsüberlassung

**VI.** Varia



### III. Ähnliche Sachverhalte

Die Ausdehnung auf nahestehende Nichtgesellschafter (§ 39 Abs.1 Nr. 5 InsO, bisher § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.) bleibt unverändert, insbesondere auch bezüglich Konzerngesellschaften

(a.M. Habersack, ZIP 2008, 2385, 2386 ff.).

### III. Ähnliche Sachverhalte

Die Regelungen über gesellschafterbesicherte Drittkredite

- Bankkredite
- Warenkredite

bisher in §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG geregelt, sind im Gesetz unübersichtlich platziert

(§§ 44 a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO, §§ 6 a, 11 Abs. 3 AnfG).

Auch hier ist zu beachten, dass es kein Befreiungsverbot in der Krise analog § 30 GmbHG mehr gibt

(Einzelheiten bei Karsten Schmidt, BB 2008, 1966 ff.).

### III. Ähnliche Sachverhalte

Finanzplankredite wurden bisher vom Eigenkapitalersatz unterschieden

(BGHZ 142,116

= NJW 1999, 2809 m. Anm. Altmeyden

= BB 1999,1672 m. Anm. Thümmel

= GmbHR 1999, 911 m. Anm. Bauer).



Die Finanzplanbindung ist eine rechtsgeschäftliche, nicht eine gesetzliche Bindung. Sie kann sogar Einzahlungspflichten begründen.



Wichtig ist die Frage ihrer Aufhebbarkeit.

Nach Ansicht des BGH konnte die Finanzplanbindung bisher nur bis zum Eintritt der Krise aufgehoben werden.

Das sollte sich nach dem MoMiG ändern.

**I.** Rechtspolitische Gesamteinschätzung

**II.** Das klassische Gesellschafterdarlehen

**III.** Ähnliche Sachverhalte

**IV.** **Restriktionen**

**V.** Nutzungsüberlassung

**VI.** Varia



Das Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO, früher § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.) wird für die GmbH weiterhin wenig Bedeutung haben.

Das Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO, früher § 32 a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F.) spielt nicht nur bei Gesellschafterdarlehen eine Rolle, sondern auch bei gesellschafterbesicherten Bankkrediten.

# Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach MoMiG

**I.** Rechtspolitische Gesamteinschätzung

**II.** Das klassische Gesellschafterdarlehen

**III.** Ähnliche Sachverhalte

**IV.** Restriktionen

**V.** **Nutzungsüberlassung**

**VI.** Varia



Rechtsprechung über Nutzungsüberlassungen als Quasi-Gesellschafterdarlehen ist durch § 135 Abs. 3 InsO die Grundlage entzogen (str.).

 Der Befund zum neuen Recht lautet  
(Karsten Schmidt, DB 2008, 1727, 173 F.):

## V. Nutzungsüberlassung

- a) § 135 Abs. 3 InsO n. F. verbietet eine Fortsetzung der Rechtsprechung über eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen. Nicht nur die Qualifikation als „Eigenkapitalersatzrecht“ und die Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG entfällt (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F.; Streichung der § 32 a, b GmbHG, § 129 a, § 172 a HGB a.F.), sondern es entfällt die ganze Behandlung als Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen „wirtschaftlich entsprechen“ (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F., § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.).
- Auch eine Nachrangigkeit des Nutzungsentgelts nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO kann sich nur aus Stundungsabreden ergeben, nicht schon aus dem Tatbestand der Nutzungsüberlassung.

- b) § 135 Abs. 3 InsO n. F. enthält keine Anfechtungsregel, sondern eine die § 103, § 108 ff. InsO modifizierende Regel über die Abwicklung gegenseitiger Verträge. Die Bestimmung gestattet es dem Insolvenzverwalter, den Nutzungsgegenstand entgeltlich weiterzunutzen, und zwar auch nachdem er Nichterfüllung gewählt (§ 103 InsO) bzw. das Nutzungsverhältnis gekündigt hat (§ 109 InsO). § 135 Abs. 3 InsO n. F. setzt in diesen Fällen ein gesetzliches entgeltliches Nutzungsverhältnis an die Stelle des aufgelösten vertraglichen Schuldverhältnisses. Wird das Rechtsverhältnis fortgesetzt, so ist das vereinbarte Entgelt als Masseschuld zu entrichten. Wird nur die Nutzung fortgesetzt, so begrenzt § 135 Abs. 3 InsO diese Masseschuld.

- c) § 135 Abs. 3 InsO n. F. gibt dem Insolvenzverwalter ein außerordentliches Optionsrecht und setzt den Gesellschafter einer Situation der Rechtsunsicherheit aus. Der Insolvenzverwalter ist sowohl hinsichtlich der Wahrnehmung als auch der Beendigung dieses Rechts offenbarungspflichtig.

- d) Ungeregelt geblieben ist die Beendigung des Nutzungsverhältnisses vor der Insolvenzverfahrenseröffnung. Will der Verwalter das Nutzungsverhältnis in diesen Fällen fortsetzen, so ist an eine Anfechtung der Vertragsbeendigung nach § 131 InsO oder an eine praeter-legem-Erweiterung des § 135 Abs. 3 InsO n. F. zu denken.

- e) Die Neuregelung wird auch die Strategien von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Krise verändern. Die laufende Entgeltzahlung ist nicht mehr potentiell rechtswidrig, sondern rechtmäßig und vor dem Hintergrund eines möglichen Insolvenzverfahrens sogar anzuraten, weil jede Nicht-Zahlung den gesetzlichen Nutzungsausgleich verringert.

# Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach MoMiG

**I.** Rechtspolitische Gesamteinschätzung

**II.** Das klassische Gesellschafterdarlehen

**III.** Ähnliche Sachverhalte

**IV.** Restriktionen

**V.** Nutzungsüberlassung

**VI.** **Varia**



Im Überschuldungsstatus sind Gesellschafterdarlehen nach wie vor zu passivieren. Hiervon befreit nur ein Rangrücktritt (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO n. F.), der kein qualifizierter Rangrücktritt mehr sein muss (so noch BGHZ 142,116).



Im Fall eines gesellschafterbesicherten Darlehens muss eine Freistellungsvereinbarung hinzukommen (Karsten Schmidt, BB 2008,1966,1971).

Zum Übergangsrecht vgl. § 103 d InsO und dazu Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rdnr. 84).

 Bemerkenswert OLG Köln, ZIP 2008, 315 (n. rkr.):  
„§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG in der ab 1.11.2008 geltenden Fassung gilt für vor dem 1.11.2008 erfolgte Rückzahlungen auf ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen jedenfalls dann nicht, wenn vor dem 1.11.2008 über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Vielmehr finden auf diese Altfälle die sog. Rechtsprechungsregeln weiterhin Anwendung.“

**Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt**

Bucerius Law School, Hamburg

Hochschule für Rechtswissenschaft



BUCERIUS LAW SCHOOL  
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

# Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach MoMiG

**27.02.2009**

**Institut für Insolvenzrecht**