

Hamburger Rechtsstudien
herausgegeben von Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
Heft 67

Gesellschafterdarlehen bei Insolvenz

Amerikanische Erfahrungen zum Gläubigerschutz

Von

Dr. Hartmut G. Grossmann, LL. M.



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HARTMUT G. GROSSMANN

Gesellschafterdarlehen bei Insolvenz

Hamburger Rechtsstudien
herausgegeben von Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
Heft 67

Gesellschafterdarlehen bei Insolvenz

Amerikanische Erfahrungen zum Gläubigerschutz

Von

Dr. Hartmut G. Grossmann, LL. M.



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der Universität Hamburg

Alle Rechte vorbehalten
© 1978 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1978 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04191 7

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Terminologie	19
1. Loan und Darlehen	19
a) Loan	19
b) Darlehen	20
c) Vergleich	21
2. Capital und Einlage	21
a) Capital	21
b) Einlage	21
3. Abgrenzung	22
C. Motive für die Finanzierung mittels Gesellschafterdarlehen	23
1. Flexibilität der Finanzierung	23
2. Stabilität der Machtverhältnisse	24
3. Eigeninteresse der Gesellschafter	24
4. Steuervorteile	25
D. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen	26
1. Hintergrund der Problemstellung: Das amerikanische Konkursrecht	26
a) Das einschlägige Recht	26
b) Die grundsätzlichen Möglichkeiten der Behandlung von Ge- sellschafterdarlehen	28
aa) Disallowance und allowance	28
bb) Anwendung von equity-Grundsätzen	29
(a) Nachordnung von Ansprüchen (subordination)	30

(b) Postponement	31
(c) Ergebnis	31
2. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen	31
a) Die einschlägigen Grundsätze	33
aa) Unterkapitalisierung	34
(a) Begründung des Kriteriums	35
(b) Bestimmungskriterien	37
(aa) Vergleich mit Unternehmen gleicher Art und Größe	38
(bb) Möglichkeit der Kreditaufnahme von Dritten	40
(cc) „Debt-Equity-Ratio“ (Verhältnis der Verbindlichkeiten zum Eigenkapital)	48
(aaa) Errechnung des Verhältnisses	49
(α) Verbindlichkeiten	50
(β) Eigenkapital	51
(bbb) Anwendung des Kriteriums	54
(dd) Zeitpunkt der Darlehensgewährung	57
(ee) Verwendungszweck der Darlehen	59
bb) Weitere Kriterien (Gläubiger- oder Gesellschafterverhalten?)	60
(a) Die Form der Kreditgewährung	62
(b) Bestimmter Fälligkeitstermin	64
(c) Unbedingte Rückzahlungsverpflichtung	65
(d) Einschränkung der Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs	69
(e) Zinsvereinbarung	70
(f) Rangrücktrittsvereinbarungen	73
(g) Tatsächliche Durchsetzung des Rückzahlungs- bzw. Zinsanspruches/Tatsächliche Vertragserfüllung	76
(h) Darlehensgewährung im Verhältnis zur Einlagebeteiligung	79
(i) Kontrollrechte	82
(j) Einräumung von Sicherheiten/Rücklagenbildung	84
(k) Parteiwille	87
(l) „Business purpose“ (geschäftliche und wirtschaftliche Erwägungen)	89
cc) „Escape Devices“ (Umgehungsregeln)	91
(a) Gesellschafterbürgschaften	91
(b) Vermietung, Verpachtung und Leasing	95
(c) Darlehensgewährung mittels „trust“/Zwischenschaltung anderer Personen	96
(d) Sonstiges	97

dd) „Defenses“	98
(a) Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis	99
(b) Erwartung zukünftiger Gewinne	102
(c) Weitere Einwendungen	103
ee) Der betroffene Gesellschafterkreis	104
ff) Beweislast	106
gg) Behandlung von Sicherheiten	109
(a) Darlehen mit Eigenkapitalcharakter	110
(b) Kapitalzuwendungen mit Darlehenscharakter	111
(aa) Nachträgliche Sicherheitsbestellung	111
(bb) Gleichzeitige Gewährung von Sicherheit und Darlehen	112
(aaa) Darlehen von Gesellschaftern mit Verwaltungsbeteiligung	112
(bbb) Darlehen von Gesellschaftern ohne Verwaltungsbeteiligung	113
b) Zusammenfassende Analyse und Würdigung	114
aa) Die bei der Behandlung von Gesellschafterdarlehen herangezogenen Kriterien und ihre Anwendung in der Rechtsprechung	114
bb) Ergebnis	119
3. Reformbestrebungen	120
a) Konkursrecht	121
aa) Commission Report	121
bb) Judges' Bill	124
b) Steuerrecht	125
c) Gesamtwürdigung der Reformvorschläge	128
E. Schlußbemerkung und Ausblick	130
Literaturverzeichnis	133
Stichwortverzeichnis	141

Abkürzungsverzeichnis

A.	= Atlantic Reporter
A. 2d	= Atlantic Reporter Second Series
a. A.	= anderer Ansicht
ABA	= American Bar Association
ABA-ALI Model Bus.Corp.Act	= Model Business Corporation Act, herausgegeben von der American Bar Association und dem American Law Institute
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
a. F.	= alte Fassung
aff'd	= affirmed
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Ala.L.Rev.	= Alabama Law Review
ALI	= American Law Institute
Am.B.L.J.	= American Bankruptcy Law Journal
Am.B.R.	= American Bankruptcy Reports
Am.B.R. (NS)	= American Bankruptcy Reports New Series
Amtl. Begr.	= Amtliche Begründung
Anm.	= Anmerkung
Ann.	= Annotated
App.Cas.	= Appeal Cases
Ariz.	= Arizona
art.	= article
BB	= Betriebsberater
BCL	= Business Corporation Law
Bd	= Band
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Boston U.L.Rev.	= Boston University Law Review
BR-Drucks.	= Bundesrats-Drucksache
Brooklyn L.Rev.	= Brooklyn Law Review
BStBl.	= Bundessteuerblatt
B.T.A.M.	= Board of Tax Appeals, Memorandum Decisions
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache
Bus.Law.	= Business Lawyer
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Cal.	= California Reports
Cal. 2d	= California Reports Second Series
Cal.App. 2d	= California Appellate Reports Second Series
Cal.Civ.Code	= California Civil Code
Cal.Corp.Code	= California Corporations Code
CCH Bankr.L.Rep.	= Commerce Clearing House Bankruptcy Law Reports
cert.den.	= certiorari denied
Cir.	= Circuit
C.I.R.	= Commissioner of Internal Revenue
Civ.Code La.	= Civil Code of Louisiana
Col.L.Rev.	= Columbia Law Review
Colo.	= Colorado
Com.L.J.	= Commercial Law Journal
Comm'r	= Commissioner
Congr.	= Congress
Conn.	= Connecticut
Cornell L.Q.	= Cornell Law Quarterly
Ct.Ch.	= Court of Chancery
Ct.Cl.	= Court of Claims
D.	= District Court
DC	= District of Columbia
Del.Gen.Corp.Law	= Delaware General Corporation Law
ders.	= derselbe
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
E.	= Entwurf
E 38	= Entwurf eines GmbH-Gesetzes des Reichs- justizministeriums
ed.	= edition
F.	= Federal Reporter
F. 2d	= Federal Reporter Second Series
Fed.R.Civ.P.	= Federal Rules of Civil Procedure
Festschr.	= Festschrift
FG	= Finanzgericht
Fla.	= Florida
Fla.Gen.Corp.Law	= Florida General Corporation Law
Fn.	= Fußnote
Fordham L.Rev.	= Fordham Law Review
FR	= Finanz-Rundschau
F.Supp.	= Federal Reporter Supplement
Ga.	= Georgia
GA.	= Gesammelte Aufsätze
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz über Gesellschaften mit beschränk- ter Haftung
GmbHR	= GmbH-Rundschau
Harv.L.Rev.	= Harvard Law Review
HGB	= Handelsgesetzbuch
Ill.	= Illinois (Reports)
Ill. 2d	= Illinois Reports Second Series
Ill.B.J.	= Illinois Bar Journal
I.R.C.	= Internal Revenue Code

J.	= Journal
Jb.	= Jahrbuch
J.Taxation	= Journal of Taxation
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Kan.	= Kansas (Reports)
KG	= Kommanditgesellschaft
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	= Konkursordnung
KTS	= Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KVStG	= Kapitalverkehrsteuergesetz
Ky.	= Kentucky (Reports)
La.	= Louisiana (Reports)
Mass.	= Massachusetts (Reports)
Md.	= Maryland (Reports)
Minn.	= Minnesota (Reports)
Mo.	= Missouri (Reports)
Mont.	= Montana (Reports)
N.C.	= North Carolina (Reports)
N.E.	= North Eastern Reporter
N.E. 2d	= North Eastern Reporter Second Series
N.J.	= New Jersey (Reports)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nw.U.L.Rev.	= Northwestern University Law Review
N.Y.	= New York (Reports)
N.Y.L.Rev. Comm'n Report	= New York Law Revision Commission Report
N.Y.U. Inst. on Fed.Tax.	= New York University Institute on Federal Taxation
Okl.	= Oklahoma (Reports)
Ore.	= Oregon (Reports)
P.	= Pacific Reporter
P. 2d	= Pacific Reporter Second Series
Penn.	= Pennsylvania (Reports)
P-H MemoTC	= Prentice Hall, Tax Court Memorandum Decisions
Rabels Z	= Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht, begründet von Rabel
Rdz	= Randziffer
RefE	= Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Ref.J.	= Journal of National Association of Referees in Bankruptcy
Reg.	= Regulation(s)
RegE	= Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1972
reh.den.	= rehearing denied
Rep.	= Report
Rev.	= Revision of the Statutes Revised
rev'd	= reversed
RFH	= Reichsfinanzhof

RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	= Rechtsprechung
RStBl.	= Reichssteuerblatt
S.Ct.	= Supreme Court
SEC	= Securities and Exchange Commission
So.	= Southern Reporter
Sp.	= Spalte
Stan.L.Rev.	= Stanford Law Review
Stat.	= Statute(s)
S.W.	= South Western Reporter
S.W. 2d	= South Western Reporter Second Series
TaxL.Rev.	= Tax Law Review
T.C.	= Tax Court
T.C.M.	= Tax Court, Memorandum Decisions
Temple L.Q.	= Temple Law Quarterly
Tenn.	= Tennessee (Reports)
Tul.L.Rev.	= Tulane Law Review
UCC	= Uniform Commercial Code
U.Chi.L.Rev.	= University of Chicago Law Review
U.C.L.A. L.Rev.	= University of California at Los Angeles Law Review
U.Fla.L.Rev.	= University of Florida Law Review
U. Ill.L.F.	= University of Illinois Law Forum
U.Richmond L.Rev.	= University of Richmond Law Review
U.S.	= United States Supreme Court Reporter
U.S.C.	= United States Code
U.S.C.A.	= United States Code Annotated
U.S.L.W.	= United States Law Week
U.S.T.C.	= United States Tax Court Reports
Va.	= Virginia (Reports)
Va.L.Rev.	= Virginia Law Review
Vand.L.Rev.	= Vanderbilt Law Review
Vol.	= Volume
Wash.	= Washington (Reports)
Wash.L.Rev. and State B.J.	= Washington Law Review and State Bar Journal
Wheat.	= Wheaton (U.S. 1816 - 1827)
Wis.	= Wisconsin (Reports)
WM	= Wertpapier-Mitteilungen
Wpg.	= Die Wirtschaftsprüfung
Wyo.	= Wyoming Reports
Yale L.J.	= Yale Law Journal
ZStW	= Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft

A. Einleitung

GmbH wie auch corporation sind mit eigener Rechtspersönlichkeit und allen typischerweise hiermit verbundenen Rechten und Pflichten ausgestattet¹. Insofern ist in den Vereinigten Staaten wie in Deutschland die selbständige Verpflichtungsfähigkeit von GmbH bzw. corporation anerkannt. Gesellschaften können mit ihren Gesellschaftern grundsätzlich in Vertragsbeziehungen treten, u. a. auch von diesen Darlehen zur Finanzierung der Betriebstätigkeit oder zu anderen Zwecken aufnehmen². Hieraus ergibt sich in Verbindung mit der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf ihre Einlage in beiden Rechtsordnungen — vereinfacht — folgende typische Konfliktsituation zwischen Gesellschaftern und Drittgläubigern:

Die Gesellschafter statten ihre Gesellschaft im Verhältnis zu Geschäftsumfang und -risiken mit äußerst geringem Eigenkapital aus und finanzieren das Unternehmen weitgehend durch Darlehen, die sie der Gesellschaft gewähren. Im Konkurs der Gesellschaft berufen sich die Gesellschafter auf ihre Gläubigerrechte oder aber sie benutzen ihr insider-Wissen, um sich die Darlehensbeträge vor Konkurseröffnung zurückzahlen zu lassen³.

Werden die Gesellschafterdarlehen vor Konkurseröffnung abgezogen und kommt eine Anfechtung⁴ nicht in Betracht, oder führt eine Anfechtung nicht zum Erfolg, so vermindert sich die Quote der Drittgläubiger. Dies gilt entsprechend, wenn auch u. U. in weniger gravierendem Maße, sofern die Gesellschafterdarlehen im Konkursverfahren anerkannt werden. Wenn sich die Gesellschafter Sicherheiten haben einräumen lassen, kommt sogar vorzugsweise Befriedigung in Betracht.

¹ Vgl. z. B. § 13 Abs. 1 GmbHG; § 1 RegE; Lattin, S. 65 ff.; §§ 801, 802 Cal.Corp.Code; § 122 Del.Gen.Corp.Law; in re Knoke Co., 38 F.2d 232 (9th Cir. 1930), cert.den. 282 U.S. 840 (1930).

² Vgl. z. B. Salomon v. A. Salomon & Co., Ltd. App.Cas. 22 (House of Lords, 1897); Arnold v. Phillips, 117 F.2d 497 (5th Cir. 1941), cert.den. 313 U.S. 583 (1941); Goldstein v. Wolfson, 132 F.2d 624 (2d Cir. 1943); in re Black Ranches, Inc., 362 F.2d 19, 37 (8th Cir. 1966), cert.den. 385 U.S. 990 (1966).

³ Teilweise werden Gesellschafterdarlehen auch als Druckmittel in Vergleichsverhandlungen benutzt. Vgl. hierzu Klausling, 1. Arbeitsbericht, S. 31 ff. Zum Hintergrund der Problematik im deutschen Recht auch Wüst, S. 6 ff.

⁴ Vgl. §§ 29 ff. KO und die Anfechtungsvorschriften des Anfechtungsgesetzes bzw. 11 U.S.C.A. §§ 97, 107 im amerikanischen Konkursrecht.

Die Drittgläubiger werden sich in einem solchen Fall für übervorteilt halten, während sich die Gesellschafter auf ihre grundsätzlich anerkannten Gläubigerrechte berufen können.

Die sich aus dieser Konfliktsituation zwischen Drittgläubigern und Gesellschaftern, Gläubigerschutzgedanken und Prinzip der juristischen Person ergebenden Fragen sind im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht seit langem Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen und lebhafter Diskussion. In Deutschland hat die Diskussion allerdings nicht zu einer Klärung des Problems geführt, das nach wie vor als außerordentlich umstritten angesehen werden muß. Die neuere Rechtsprechung, die in den wenigen bisher zu entscheidenden Fällen Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft wie Eigenkapital behandelt hat, soweit die Darlehen zum Zwecke der Konkursabwendung an die Gesellschaft gewährt wurden, die Gesellschaft unterkapitalisiert war und ohne die Darlehen zahlungsunfähig geworden wäre⁵, ist in der Literatur weitgehend auf Ablehnung gestoßen⁶. Die überwiegende Meinung im Schrifttum ordnet das Problem der Behandlung von Gesellschafterdarlehen vielmehr unter dem Gesichtspunkt des Haftungsdurchgriffs⁷ oder allgemeiner deliktischer Haftung ein⁸. Die dabei vertretenen Ansichten weichen aber wiederum in ihrem theoretischen Ansatzpunkt, in den Voraussetzungen der Haftung und deren Ausgestaltung ganz erheblich voneinander ab. Im Rahmen der einzelnen Auffassungen sind viele Einzelfragen, etwa die Frage nach dem Schicksal von Sicherheiten, die für Gesellschafterdarlehen eingeräumt wurden, ungeklärt geblieben⁹. Insofern ist allgemein eine gesetzliche Lösung der Problematik von Gesellschafterdarlehen für notwendig erachtet worden¹⁰. Daher ist nun — wie bereits entsprechend im Regierungsentwurf

⁵ Grundlegend BGHZ 31, 258.

⁶ Ablehnend u. a. Schönle, Anm. GmbHR 1960, 64; Wolany, S. 67 ff.; Hofmann, NJW 1966, 1943; Ballerstedt, JZ 1960, 514; Dempewolf, DB 1961, 1011; Woeste, GmbHR 1968, 72; Sonnenberger, NJW 1969, 2034; Kamm, S. 126 - 128; Stauder, GmbHR 1968, 72; Friedrich, S. 71 ff.

⁷ Vgl. zum einen etwa die Ansichten, wonach ein Haftungsdurchgriff bei Unterkapitalisierung erfolgt: u. a. Erlinghagen, GmbHR 1962, 171; Wiedemann, S. 6, 17; Winkler, BB 1969, 1202, 1205; Reinhardt, Festschr. f. H. Lehmann, Bd. 2, S. 590 f.; Erman, KTS 1959, 128 ff.; zum anderen die subjektiven Durchgriffstheorien: u. a. Kamm, S. 132 ff.; Stauder, GmbHR 1968, 72 ff.; Wolany, S. 69; Sonnenberger, NJW 1969, 2036; Kamprad, S. 62 f.

⁸ Vgl. Hofmann, NJW 1966, 1946; Nölting, S. 67 ff.; Kühn, S. 128 ff.

⁹ Eine andere ungeklärte Frage ist ferner z. B., ob der Haftungsdurchgriff Herrschaftsmacht des fraglichen Gesellschafters in der Gesellschaft voraussetzt. Vgl. hierzu Winter, S. 74, 81, 92, 105.

¹⁰ Vgl. Amtl. Begründung zu §§ 32 a, 32 b des Regierungsentwurfs einer GmbH-Novelle BR-Drucks. 404/77; Kamprad, Verdeckte Stammeinlagen, S. 79; Kamm, S. 149; Geßler, GmbHR 1966, 108; ders. BB 1969, 589; Eder, GmbHR 1966, 138; Jaeger-Weber, KO, §§ 207, 208, Anm. 38; Schupp, JR 1964, 407 ff.; C. Fischer, S. 14, 117 f.; Erlinghagen, Festschr. f. Kaufmann, S. 140.

eines GmbH-Gesetzes von 1972¹¹ — eine eingehende Regelung dieser Frage in §§ 32 a, 32 b des Regierungsentwurfs einer GmbH-Novelle¹² vorgesehen worden. Die dabei vorgeschlagene Lösung ist aber auf erhebliche Kritik gestoßen¹³ und dürfte wohl nicht als das letzte Wort des Gesetzgebers zu dieser Frage angesehen werden.

Anders als in Deutschland hat sich in den Vereinigten Staaten eine weitgehend gefestigte Rechtsprechung zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen herausgebildet, die reiches Anschauungsmaterial für das deutsche Recht im Hinblick auf eine mögliche Lösung der Problematik und aller dabei auftretenden Einzelfragen bietet. Diese Rechtsprechung und das amerikanische Schrifttum hierzu sollen im folgenden eingehend dargestellt und gewürdigt werden. Dabei soll sich die Erörterung auch auf Detailprobleme erstrecken, um die praktischen Auswirkungen des amerikanischen Rechts, das sich — dies sei hier vorangeschickt — bei der Behandlung von Gesellschafterdarlehen sehr weiter Generalklauseln bedient, in vollem Umfang zu verdeutlichen.

Obleich Anlaß der Untersuchung die Lösung der Gesellschafterdarlehensproblematik im deutschen Recht ist, so ist die vorliegende Arbeit doch bewußt vorwiegend auslandsrechtlich und nicht rechtsvergleichend konzipiert worden. Dies hat folgende Gründe: Das Problem der Behandlung von Gesellschafterdarlehen bedarf, wie erwähnt, der Regelung durch den Gesetzgeber. Insofern liegt der Schwerpunkt der Auseinandersetzung in Deutschland nunmehr auf der rechtspolitischen Ebene. Hier liegt bereits eine Vielzahl von Reformvorschlägen vor, die den Spielraum weitgehend ausgelotet haben, wobei sich bisher allerdings auch in diesem Rahmen nicht einmal annähernd Einigkeit hat erzielen lassen. Angesichts dieser Gegebenheiten bietet es sich an, einen Blick auf das amerikanische Recht zu werfen, das dasselbe Problem zu bewältigen hat und hierbei einen Erfahrungsvorsprung besitzt, und die Erkenntnisse und Erfahrungen des amerikanischen Rechts für das deutsche zu verwerten. Darüber hinaus würde eine eingehende rechtsvergleichende Untersuchung ohnehin durch die Zersplitterung der in Deutschland vertretenen Ansichten, insbesondere des theoretischen Anknüpfungspunktes — Sonderbehandlung im Konkurs einerseits, Haftungsdurchgriff andererseits —, stark erschwert werden und würde den Umfang dieser Arbeit bei weitem sprengen.

¹¹ §§ 49, 50, BT-Drucks. VI/3088, 1972; siehe früher §§ 36, 37 E 38; §§ 47, 48 RefE.

¹² BR-Drucks. 404/77; Deutler, GmbHR 1977, 73, 75.

¹³ Vgl. u. a. (z. T. zum RefE) Meßmer, BB 1970, 1057 f.; Arbeitskreis GmbH-Reform, S. 19; Erlinghagen, Festschr. f. Kaufmann, S. 138 ff.; Kamprad, GmbHR 1969, 173; ders. GmbHR 1975, 54; Centrale f. GmbH, Zwischenbilanz, S. 5; Lutter, S. 77; Friedrich, S. 108; Winter, G., S. 229; Immenga, S. 416; Wiedemann, S. 43; zustimmend demgegenüber Ulmer in Hachenburg, GmbHG, Anh. zu § 30 Anm. 4.