

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 87

**Der neue Normzweck des Rechts  
der Gesellschafterdarlehen und seine  
Auswirkungen auf den persönlichen  
Anwendungsbereich**

**Gesellschafterfremdfinanzierung im Spannungsfeld  
zwischen Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz**

Von

**Julian Schulze De la Cruz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JULIAN SCHULZE DE LA CRUZ

Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen  
und seine Auswirkungen auf den persönlichen  
Anwendungsbereich

# Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 87

# Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen und seine Auswirkungen auf den persönlichen Anwendungsbereich

Gesellschafterfremdfinanzierung im Spannungsfeld  
zwischen Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz

Von

Julian Schulze De la Cruz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München  
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-14495-2 (Print)

ISBN 978-3-428-54495-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84495-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen und für die Drucklegung aktualisiert. Rechtsprechung und Literatur konnten bis November 2014 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Mathias Habersack, der in mir das Interesse für dieses Thema geweckt, die Arbeit vorzüglich betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Herrn Prof. Dr. Peter Kindler danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine hilfreichen Hinweise. Herrn Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit danke ich für seine Bereitschaft, den mündlichen Teil der Doktorprüfung mit zu betreuen. Für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe danke ich den Herausgebern und dem Verlag.

Meinen Eltern, meiner Schwester und meinen Freunden, insbesondere Dr. Dirk Barthel, Dr. Felix Höpker, Dr. Rüdiger Hopfe und Dr. Christian Kauffmann danke ich für ihren Zuspruch und stete Unterstützung. Meinen langjährigen Partnern Dr. Christoph von Bülow, Dr. Christoph L. Gleske und Dr. Andreas König danke ich für die mir stets entgegengebrachte Flexibilität und die Bereitschaft, mir die Fertigstellung dieser Arbeit neben meiner Anwaltstätigkeit zu ermöglichen.

Mein ganz persönlicher Dank gilt jedoch meiner Familie, insbesondere meiner Frau Stephanie, ohne deren Geduld und liebevolle Unterstützung diese Arbeit nicht gelungen wäre. Meinen Eltern und ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im Dezember 2014

*Julian Schulze De la Cruz*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	21
A. Einführung in die Problematik .....	21
I. Bedeutung, Motive und Vorteile der Gesellschafterfremdfinanzierung .....	21
II. Die Risiken der Gesellschafterfremdfinanzierung für die Gesellschaftsgläubiger .....	24
III. Das Eigenkapitalersatzrecht als Ergänzung des gesetzlichen Gläubigerschutzsystems .....	25
IV. Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG .....	27
B. Gegenstand der Untersuchung .....	29
C. Gang der Untersuchung .....	34

## *Kapitel 1*

<b>Die Neuordnung des Rechts der Gesellschafterdarlehen</b> .....	36
A. Grundlagen .....	36
I. Das Trennungsprinzip als Basis des Erfolgs haftungsbeschränkter Gesellschaftsformen .....	36
II. Die Nutzen und Risiken der Haftungsbeschränkung .....	38
III. Die Erforderlichkeit eines gesetzlichen Gläubigerschutzes .....	40
IV. Die Ausgestaltung und Schwächen des deutschen Gläubigerschutzes .....	45
V. Das Eigenkapitalersatzrecht als Lösung für das Problem der nominellen Unterkapitalisierung .....	52
B. Das Eigenkapitalersatzrecht vor Inkrafttreten des MoMiG .....	56
I. Ausgestaltung .....	56
1. Rechtsprechungsregeln .....	58
a) Entstehungsgeschichte .....	58
b) Tatbestand .....	59
c) Rechtsfolgen .....	61
d) Erweiterung des Anwendungsbereichs .....	62
2. Novellenregelungen .....	63
a) Entstehungsgeschichte .....	63
b) Tatbestand .....	66



c) Rechtsfolgen	66
d) Erweiterungen und Beschränkungen des Anwendungsbereichs	68
3. Stellungnahme	69
II. Dogmatische Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts	70
1. Rechtsprechung	70
a) Missbrauch der Rechtsform als Ausgangspunkt	70
b) Widersprüchliches Verhalten der Gesellschafter	71
c) Finanzierungsverantwortung	74
d) Finanzierungsfolgenverantwortung als Schlusspunkt	77
e) Stellungnahme	79
2. Schrifttum	82
a) Vertrauenshaftung (Erweckung des Anscheins einer ausreichenden Kapitalausstattung)	82
b) Doppelrolle des Gesellschafters	84
c) Insiderstellung des Gesellschafters	86
d) Verstoß gegen das Prinzip einer angemessenen Risikoverteilung (Verbot einer Abwälzung des Finanzierungsrisikos)	87
e) Vermeidung der Krisen- bzw. Insolvenzverschleppung/ Außerkraftsetzung der Außenkontrolle durch die Drittgläubiger	90
f) Ausschluss des Anreizes zur Risikoerhöhung in der Krise	94
g) Stellungnahme	96
III. Zusammenfassung und Fortgang der Untersuchung	97
C. Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen nach Inkrafttreten des MoMiG	98
I. Entstehungsgeschichte	98
II. Ausgestaltung	103
1. Die Aufgabe der Rechtsprechungsregeln	103
2. Die insolvenzrechtliche Neuordnung in §§ 39, 44a, 135 InsO; §§ 6, 6a AnfG	106
a) Nachrang (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)	107
aa) Grundtatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	108
bb) Tatbestandseinschränkungen in § 39 Abs. 4 und Abs. 5 InsO	109
(1) Alleinige Erfassung haftungsbeschränkter Gesellschaften	109
(2) Fortbestehen von Sanierungs- und Kleinbeteiligtenprivileg	112
(3) Weitere Einschränkungen	113
cc) Rechtsfolge	114
b) Insolvenzanfechtung (§ 135 InsO; § 6 AnfG)	114
aa) Tatbestand	115
bb) Rechtsfolge	117
3. Die Neuregelung der „mittelbaren“ Gesellschafterfinanzierung in §§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO; §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG	117
4. Bilanzielle Behandlung von Gesellschafterdarlehen	118

5. Die Übergangsregelung des Art. 103d EGInsO .....	119
III. Zusammenfassung und Fortgang der Untersuchung .....	120

### *Kapitel 2*

<b>Der Normzweck des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen</b>	122
A. Kontinuitätslehren .....	125
I. Strikte Kontinuitätslehre .....	125
1. Argumente .....	126
2. Stellungnahme .....	129
a) Bisherige Zweifel an der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter bestehen fort .....	129
b) Keine unwiderlegliche Vermutung der Krise .....	131
aa) Entstehungsgeschichte .....	131
bb) Wortlaut und Systematik .....	133
cc) Unwiderlegliche Vermutung der Krise im Widerspruch zur Finanzierungsfolgenverantwortung .....	136
dd) Kein verfassungsrechtliches Gebot zum Festhalten an der Krise .....	138
ee) Zwischenergebnis .....	142
c) Ausnahmetatbestände der § 39 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 InsO erfordern kein Festhalten an der Finanzierungsfolgenverantwortung .....	143
3. Zwischenergebnis .....	144
II. Modifizierte Kontinuitätslehren .....	145
1. Widerlegbare Vermutung der Insolvenzreife .....	146
a) Argumente .....	146
b) Stellungnahme .....	148
aa) Nicht die Anfechtung, sondern die Subordination ist als die zentrale Norm der Neuregelung anzusehen .....	148
(1) Wortlaut .....	148
(2) Entstehungsgeschichte .....	148
(3) Systematik .....	150
bb) Widerlegbare Vermutung der Insolvenzreife widerspricht dem Schematismus der Neuregelung .....	151
(1) Wortlaut .....	151
(2) Entstehungsgeschichte .....	152
(3) Systematik .....	152
c) Zwischenergebnis .....	152
2. Finanzierungszuständigkeit der Gesellschafter .....	153
a) Argumente .....	153

b) Stellungnahme .....	155
aa) Festhalten an alten Begrifflichkeiten bietet Raum für Missverständnisse .....	155
bb) Finanzierungsverantwortung ebenfalls „bloße Leerformel“ .....	156
cc) Fehlende Abgrenzung zu den Fällen materieller Unterkapitalisierung .....	156
c) Zwischenergebnis .....	157
3. Zwischenergebnis .....	157
III. Ergebnis .....	157
B. Diskontinuitätslehren .....	158
I. Erklärungsversuche im Vorfeld des MoMiG .....	158
1. Legitimation aus der Insiderstellung der Gesellschafter .....	159
a) Argumente .....	159
b) Stellungnahme .....	161
aa) Insidergedanke kann pauschale Subordination nicht erklären .....	161
bb) Keine Trennung von Nachrang und Insolvenzanfechtung .....	163
cc) Weitere Zweifel an der Plausibilität des Insidergedankens .....	164
c) Zwischenergebnis .....	166
2. Sanktionierung widersprüchlichen Gläubigerverhaltens .....	167
a) Argumente .....	167
b) Stellungnahme .....	170
aa) Lücke im deutschen Gläubigerschutzsystem bezüglich einflussnehmender Dritter .....	170
bb) Differenzierung zwischen einflussnehmenden und sonstigen Gläubigern findet in der Neuregelung keine Stütze .....	171
c) Zwischenergebnis .....	172
3. Zwischenergebnis .....	173
II. Neue Legitimationsansätze .....	173
1. „Nähe“ zur Gesellschaft (Doppelrolle des Gesellschafters) .....	173
a) Argumente .....	174
b) Stellungnahme .....	174
aa) Verweis auf die Nähe der Gesellschaft nicht ausreichend .....	174
bb) Einzelne, mit der Gesellschafterstellung verbundene Aspekte können Neuregelung ebenfalls nicht legitimieren .....	176
(1) Informationsvorsprung .....	176
(2) Möglichkeit der Einflussnahme .....	179
c) Zwischenergebnis .....	181
2. Gewährleistung des Prinzips einer angemessenen Risikoverteilung (Risikoübernahmeverantwortung) .....	182
a) Argumente .....	182
b) Stellungnahme .....	184

c) Zwischenergebnis .....	186
3. Korrelat zum Privileg der Haftungsbeschränkung .....	187
a) Argumente .....	187
b) Stellungnahme .....	188
aa) MoMiG legt die nominelle Unterkapitalisierung als das zentrale Problem des Rechts der Gesellschafterdarlehen wieder offen .....	188
bb) Neuregelung stellt das Korrelat zur Haftungsbeschränkung dar .....	193
cc) Neuregelung zeigt den Wandel vom gesellschaftsrechtlichen zum insolvenzrechtlichen Gläubigerschutz .....	194
dd) Neuregelung passt sich den Gegebenheiten der modernen Finanzierungspraxis an .....	198
ee) Wandel von richterlicher Rechtsfortbildung zur Regelung durch positives Recht führt auch zu niedrigeren Anforderungen an die Legitimation .....	199
ff) Rechtspolitische Bedenken bringen Rechtfertigung aus dem Prinzip der Haftungsbeschränkung nicht zu Fall .....	201
gg) Berufung auf eine Bekämpfung von Missbräuchen unnötig .....	203
III. Ergebnis .....	207
C. Zusammenfassung und Fortgang der Untersuchung .....	207

*Kapitel 3*

**Die Auswirkungen des neuen Normzwecks auf den persönlichen Anwendungsbereich des Rechts der Gesellschafterdarlehen** 209

A. Die Einbeziehung außenstehender Dritter .....	210
I. Mittelspersonen .....	215
1. Grundsatz .....	215
2. Nahe Angehörige .....	216
a) Bisherige Rechtslage .....	216
b) Neue Rechtslage .....	217
c) Zwischenergebnis .....	218
II. Treuhand .....	219
III. Mittelbare Beteiligung .....	219
IV. Stille Beteiligung .....	220
1. Typische stille Beteiligung .....	220
2. Atypische stille Beteiligung .....	221
a) Bisherige Rechtslage .....	221
b) Neue Rechtslage .....	222
c) Zwischenergebnis .....	224
V. Unterbeteiligung .....	224

VI. Nießbrauch	224
VII. Covenants	225
1. Allgemeines	225
2. Bloße Informationsrechte	226
3. Einflussrechte bzw. Zustimmungsvorbehalte	227
a) Bisherige Rechtslage	227
b) Neue Rechtslage	228
c) Zwischenergebnis	234
VIII. Pfandrecht	235
1. Typisches Pfandrecht	235
2. Atypisches Pfandrecht	235
a) Bisherige Rechtslage	236
b) Neue Rechtslage	237
c) Zwischenergebnis	239
IX. Doppelnützige Treuhand	239
X. Wandlungs- und Optionsrechte	240
XI. Zwischenergebnis	241
B. Verbundene Unternehmen	242
I. Bisherige Rechtslage	243
II. Neue Rechtslage	248
1. Ausgangspunkt	249
a) Meinungsstand	249
b) Stellungnahme	251
c) Zwischenergebnis	253
2. Untersuchung der Fallgruppen im Einzelnen	254
a) Horizontale Unternehmensverbindungen	254
b) Vertikale Unternehmensverbindungen	256
aa) Meinungsstand	256
bb) Stellungnahme	259
cc) Zwischenergebnis	260
III. Zwischenergebnis	261
C. Ausscheiden aus der Gesellschafterstellung	262
I. Bisherige Rechtslage	263
II. Neue Rechtslage	264
III. Zwischenergebnis	267
D. Forderungsabtretung	268
I. Bisherige Rechtslage	268

II. Neue Rechtslage .....	269
1. Zessionar .....	269
2. Zedent .....	273
III. Zwischenergebnis .....	279
E. Ergebnis .....	280
<b>Zusammenfassung und Abschluss der Untersuchung .....</b>	<b>282</b>
<b>Zusammenfassende Thesen .....</b>	<b>285</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>288</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>334</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ABl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
AG	Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift), Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
AN	Annahme
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
arg.	argumentum
Art., Artt.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Online-Ressource)
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

BMJ	Bundesministerium der Justiz
BörsG	Börsengesetz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRat	Bundesrat
BR-Drucks.	Drucksache des Bundesrates
BReg	Bundesregierung
BRZ	Zeitschrift für Bilanzierung und Rechnungswesen
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CFL	CORPORATE FINANCE law (Zeitschrift)
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselben
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DK	Der Konzern (Zeitschrift)
DNotV	Deutscher Notarverein
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DSZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EBOR	European Business Organization Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EKEG	Österreichisches Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatzgesetz – EKEG), öBGB I 2003, S. 92
endg.	endgültig
entspr.	entsprechend
ESTG	Einkommenssteuergesetz
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof



EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über das Insolvenzverfahren, ABl. EG L 160/1
EuZW e.V.	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) Eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) vom 25. Juli 1985, ABl. EG L 199/1
EWIV-AG	Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14. April 1988, BGBl I, S. 514
f., ff.	folgende(r)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FMSStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMSStFG)
FMSStG	Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz – FMSStG) v. 17. Oktober 2008, BGBl I, S. 1982
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTD	Financial Times Deutschland
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GewArch	Das Gewerearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ghM	ganz herrschende Meinung
GLJ	German Law Journal (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHGE	Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Novelle 1980	Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v. 4. Juli 1980, BGBl. I, S. 836
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	Der GmbH-Steuer-Berater (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

h.A.	herrschende Ansicht
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i. e. S.	in engerem Sinne
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KapAEG	Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen vom 20. April 1998, BGBI. I, S. 707
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998, BGBI. I, S. 786
krit.	kritisch
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, Zeitschrift für das Insolvenzrecht
KWG	Kreditwirtschaftsgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
ledigl.	lediglich
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring (Zeitschrift)
Ltd.	private company limited by shares
m. Anm.	mit Anmerkung(en)
mbH	mit beschränkter Haftung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mio.	Millionen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, BGBI. I, S. 2026

Mrd.	Milliarden
MüHb	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
n. rkr.	nicht rechtskräftig
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
ÖBA	Bank-Archiv: Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (hrsg. von der Österreichischen Bankwissenschaftlichen Gesellschaft)
öBGBI.	österreichisches Bundesgesetzblatt
o. g.	oben genannten
öGmbHG	österreichisches Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Zivilsachen
öOGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
phG	persönlich haftender Gesellschafter
PublG	Publizitätsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
rechtskr.	rechtskräftig
Ref.	Referat
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
s.	siehe
S.	Seite oder Satz
S.a r.l.	société à responsabilité limitée
SE	Europäische Aktiengesellschaft ( <i>Societas Europaea</i> )
Sec.	Section
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 8. Oktober 2001, ABl. EG L 294/1
S. L.	sociedad de responsabilidad limitada
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben

sog.	sogenannt
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuB	Steuern und Bilanzen (Zeitschrift)
StuW	Steuern und Wirtschaft (Zeitschrift)
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
UBG	Unternehmensbeteiligungsgesellschaft
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften
UCLR	University of Chicago Law Review
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG)
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UTLJ	University of Toronto Law Journal
u. U.	unter Umständen
v.	vom, von
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vert.	vertiefend
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
v.H.	von Hundert
VID	Verein der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
Vorbem.	Vorbemerkungen
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuB	Entscheidungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer(n)
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

z. T.	zum Teil
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung – Zwangsversteigerungsgesetz
z. Zt.	zur Zeit

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Hildebert/*Pannier*, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013, sowie auf *Duden*, Konrad, Die deutsche Rechtschreibung, 26. Aufl., Berlin 2013, Bezug genommen.

# Einleitung

## A. Einführung in die Problematik

### I. Bedeutung, Motive und Vorteile der Gesellschafterfremdfinanzierung

Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Leistungen der Gesellschafter sind in der Praxis ein beliebtes und häufig genutztes Mittel der Unternehmensfinanzierung.<sup>1</sup> Gerade bei kleineren und mittleren (Familien-)Unternehmen stellen sie in der Regel den wesentlichen Bestandteil der Unternehmensfinanzierung dar.<sup>2</sup> Auch innerhalb von Konzernstrukturen finden Gesellschafterdarlehen häufig Verwendung, wenn beispielsweise Tochtergesellschaften im Rahmen des weit verbreiteten Cash-Pooling<sup>3</sup> Liquidität der Muttergesellschaft in Form absteigender Darlehen (sog. *downstream loans*)<sup>4</sup> in Anspruch nehmen oder die Muttergesellschaft die Mittel aus

---

<sup>1</sup> Baier, DB 2014, 227; Eidenmüller, FS Canaris, 49; Schmalenbach, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, C. Rn. 70 ff.; Goette/Kleindiek, S. 1; Götz, S. 109 ff.; Hommelhoff, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rz. 2.1 ff.; Karsten, § 3 Rn. 286; Klaus, Gesellschafterfremdfinanzierung, S. 161 ff.; Priester, FS Döllerer, 475 ff.; Woedtke, GmbHR 2014, 1018.

<sup>2</sup> Götz, S. 109 ff.; Hommelhoff, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rz. 2.1 ff.; Karsten, § 3 Rn. 286; Klaus, Gesellschafterfremdfinanzierung, S. 161 ff.

<sup>3</sup> Zum Finanzierungsmanagement größerer Konzerne gehört typischerweise auch ein zentrales *Cash-Management*, bei dem es zu einem konzerninternen Liquiditätsausgleich über ein in der Regel bei der Muttergesellschaft oder einem Finanzierungsvehikel angesiedeltes, zentrales Verrechnungskonto (sog. *Cash-Pool*) kommt, vgl. Bayer, GmbH-Reform, 57, 82 f.; Jansen, FS Hommelhoff, 495 f.; Kamm/Kropf, ZInsO 2014, 689. Dabei wird die von einer Konzernobergesellschaft zumeist zentral bei einem größeren Bankenkonsortium aufgenommene Liquidität konzernintern über absteigende Darlehen an diejenigen Konzernuntergesellschaften weitergereicht (*downstream*), die sich am Cash-Pooling beteiligen. Im Gegenzug stellen die sich am Cash-Pooling beteiligenden Konzernuntergesellschaften ihnen zufließende Liquidität wieder der ausreichenden Konzernobergesellschaft als Darlehen zur Verfügung (*upstream*), die als Clearing-Stelle gegenüber den Banken die entstehenden Liquiditätsüberschüsse und -fehlbeträge auf den gruppeninternen Unterkonten saldiert. Die Nutzung eines zentralen *Cash-Management*-Systems ermöglicht, die Liquiditätsversorgung der beteiligten Konzerngesellschaften jederzeit sicherzustellen und deren Kreditverbindlichkeiten (und damit auch Fremdkapitalkosten) stets auf das notwendige Minimum zu beschränken, vgl. Altmeyen, ZIP 2006, 1025, 1026; Decker, ZGR 2013, 392, 393 ff.; Reuter, FS Wellensiek, 531, 532 f.; Zahre, S. 185.

<sup>4</sup> Ein aufsteigendes Darlehen der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft wird im Gegenzug als sog. *upstream loan* bezeichnet.

dem konzernweiten Cash-Pooling zur weiteren Verwendung an eine andere, ihr untergeordnete Finanzierungsgesellschaft weiterreicht.<sup>5</sup>

Die Gründe für die Nutzung von Gesellschafterdarlehen bei der Unternehmensfinanzierung sind vielfältig.<sup>6</sup> Bieten doch Gesellschafterdarlehen gegenüber einer alternativen Einbringung weiteren Eigenkapitals eine ganze Reihe rechtlicher, wirtschaftlicher und steuerlicher Vorteile:<sup>7</sup>

Zunächst einmal können die Gesellschafter durch den Einsatz von Gesellschafterdarlehen ihr persönliches Ausfallrisiko minimieren.<sup>8</sup> Da Gesellschafterdarlehen der Gesellschaft formell nur als Fremdkapital zur Verfügung gestellt werden,<sup>9</sup> unterfallen sie nicht den strengen Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.<sup>10</sup> Gesellschafterdarlehen sind daher grundsätzlich nur schuldrechtlichen Regeln unterworfen und berechtigen die Gesellschafter in der Insolvenz grundsätzlich nur zur anteiligen Befriedigung als Insolvenzgläubiger (vgl. § 38 InsO).<sup>11</sup> Als schnelle, unkomplizierte und publizitätsfreie Finanzierungsinstrumente lassen sie sich flexibel handhaben.<sup>12</sup> Ihr Einsatz führt zu keiner Verschiebung der gesell-

---

<sup>5</sup> Vgl. *Decker*, ZGR 2013, 392, 396; *Geist*, ZIP 2014, 1662, 1664; *Jansen*, FS Hommelhoff, 495, 496; *Zahrte*, S. 185.

<sup>6</sup> *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 548.

<sup>7</sup> *Conow*, S. 4 f.; *Hirte*, GesR, Rn. 5.104; *Skauradszun*, DZWIR 2014, 99, 101. Zu den Vorteilen der Fremdfinanzierung durch Gesellschafterdarlehen s. auch eingehend: *Beck*, S. 50 ff.

<sup>8</sup> *Eidenmüller*, FS Canaris, 49.

<sup>9</sup> Der Umstand, dass die Leistungen von einem Gesellschafter erbracht werden, ändert aus Sicht der Gesellschaft nichts an ihrem Rechtscharakter als Fremdkapital, vgl. BGHZ 133, 298; 146, 246, 272; *Lutter*, in: *Lutter*, 1, 13.

<sup>10</sup> *Hommelhoff/Kleindiek*, FS GmbHG, 421, 423. Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haben somit prinzipiell einen starken Anreiz, die Eigenkapitalquote, also ihren unmittelbaren Beitrag zum Haftungsrisiko der Gesellschaft, so gering wie möglich zu halten und finanzielle Mittel generell nur in Form von Fremdkapital zur Verfügung zu stellen, vgl. *Druckarczyk*, Finanzierung, S. 410 f.

<sup>11</sup> *Eidenmüller*, FS Canaris, 49; *Habersack*, in: GK-GmbHG, Anh. § 30 Rn. 13; *ders.*, ZHR 161 (1997), 457, 460 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, 10. Aufl., §§ 32a/b Rn. 2. Bei Einsatz von Eigenkapital würde dem Gesellschafter eine Liquidationsquote dagegen gemäß § 199 S. 2 InsO nur in dem Fall ausgezahlt, dass nach der vollständigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger noch ein herauszugebender Überschuss verbleibt. Dies ist realistischerweise so gut wie nie zu erwarten, vgl. *K. Schmidt*, in: Scholz, 10. Aufl., §§ 32a/b Rn. 2.

<sup>12</sup> Gesellschafterdarlehen bedürfen keines Gesellschafterbeschlusses und unterliegen weder der Publizitätspflicht nach § 30 Abs. 2 S. 2 GmbHG noch dem Rückgewährverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Langwierige Verhandlungen mit Banken oder anderen Dritten sind bei entsprechender Finanzkraft der Gesellschafter prinzipiell überflüssig. Die Gesellschafter ersparen auf diese Weise auch das oftmals zeitraubende und kostspielige Verfahren einer Kapitalerhöhung, vgl. *K. Schmidt*, JZ 1985, 301, 304; *Skauradszun*, DZWIR 2014, 99, 101. Gesellschafterdarlehen eignen sich daher hervorragend, (kurzfristige) Liquiditätseingpässe und Krisensituationen der Gesellschaft rasch und geräuschlos zu beseitigen, vgl. *Ehricke*, S. 151 ff.; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, S. 388 ff.; *Hommelhoff*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 1.1; *Hommelhoff/Kleindiek*, FS GmbHG, 421, 423; *Karsten*, § 3 Rn. 286; *Körner*, S. 31;

schaftsrechtlichen Machtbalance.<sup>13</sup> Das Risiko unerwarteter Kündigungen von Seiten des Darlehensgebers entfällt.<sup>14</sup> Die durch ihren Einsatz zur Verfügung gestellte Liquidität verbessert nicht nur die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gegenüber Drittgläubigern.<sup>15</sup> Vielmehr stellen Hilfeleistungen der Gesellschafter insbesondere in der Krise häufig die einzige Möglichkeit der Gesellschaft dar, überhaupt noch weiteres (Fremd-)Kapital zu erhalten.<sup>16</sup>

Gesellschafterdarlehen erlauben in der Regel auch eine Refinanzierung zu günstigeren Konditionen als vergleichbare Darlehen außenstehender Gläubiger.<sup>17</sup> Die Gesellschafter können sich gewährte Gesellschafterdarlehen angemessen verzinsen lassen.<sup>18</sup> Im Gegenzug kann die Gesellschaft die auf Gesellschafterdarlehen gezahlten Zinsen steuermindernd geltend machen.<sup>19</sup> Darüber hinaus können die

---

*Kreißig*, S. 209; *Nitschke/Rödding*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, C. Rn. 343; *Schönfelder*, WM 2013, 112, 116; *Vervessos*, S. 31 ff.

<sup>13</sup> *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 549. Gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen kann die Vorbereitung und Umsetzung einer alternativen Kapitalerhöhung wegen der damit verbundenen Verschiebung der Machtbalance regelmäßig zu Streit führen, vgl. *Vervessos*, S. 35.

<sup>14</sup> Vgl. *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 410; *Hirte*, GesR, Rn. 5.104; *Thiessen*, GmbH-Reform, 87, 90; kritisch *Liebendörfer*, S. 32: Die Vorteile des Einsatzes von Gesellschafterdarlehen würden überschätzt, da Gesellschafterdarlehen im Zweifel genauso schnell wieder gekündigt und abgezogen seien wie Drittdarlehen.

<sup>15</sup> Die Übernahme der vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht unter dem Schlagwort „Basel II“ am 26. Juni 2004 verabschiedeten Rahmenvereinbarung „*International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A revised framework*“ hat zu einer deutlichen Verschärfung der Eigenkapitalvorschriften für Banken in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union geführt, vgl. *Heinrich*, S. 431 ff.; *Runge*, S. 324 ff. Insbesondere in Deutschland ist seither eine immer stärkere Abkehr vom *Hausbankprinzip* und eine deutlich restriktivere Praxis der Kreditvergabe durch Banken zu beobachten, vgl. *Altmeyden*, NJW 2006, 1911, 1912; *Servatius*, S. 21 f.; *Weitmauer*, BKR 2009, 18; *Zahrte*, S. 186.

<sup>16</sup> Vgl. *Baier*, DB 2014, 227; *Geist*, ZIP 2014, 1662, 1671; *Vervessos*, S. 32. In Folge der seit 2008 andauernden internationalen Finanzkrise hat sich das Problem der nur eingeschränkten Kreditvergabe von Banken an Unternehmen im Einzelfall noch weiter verschärft, vgl. *Bitter/Alles*, WM 2013, 537.

<sup>17</sup> Dazu trägt z. B. der Wegfall der üblichen Kosten der Kreditwürdigkeitsprüfung und sonstigen Beschaffungskosten sowie der üblichen Gewinnmarge eines vergleichbaren Drittkapitalgebers bei, vgl. *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 410.

<sup>18</sup> Dies gilt allerdings nur, soweit dies nicht zulasten des Stammkapitals geht, vgl. *Goettel Kleindiek*, S. 2. Zur Frage der Verzinsung von Gesellschafterdarlehen bei einer gemeinnützigen GmbH (bzw. UG) siehe *Ullrich*, GmbHR 2009, 750, 757 ff.

<sup>19</sup> Die steuerliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen unterscheidet sich im Grundsatz nicht von der Behandlung sonstigen Fremdkapitals. Für die Gesellschaft stellen daher die Zinsen für Gesellschafterdarlehen im Rahmen ihrer Angemessenheit abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 4 EStG dar. Die Zinsen für Fremdkapital sind nach § 8a KStG vollständig von der Körperschaftsteuer und zumindest zur Hälfte von der Gewerbeertragssteuer absetzbar, soweit es sich um Dauerschulden handelt, vgl. *Claussen*, FS Westermann, 861, 866; *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 410; *Hirte*, GesR, Rn. 5.104; *Nitschke/Rödding*, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, C. Rn. 385 ff., 585 ff.; *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft, S. 417 f. Zu den steuerrechtlichen Aspekten der Gesellschafterfremdfinanzierung siehe