

TOBIAS BÜRK

Drittkapitalgeber im Recht der Gesellschafter- darlehen

*Schriften zum Unternehmens-
und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

133



Tobias Bürk

Drittkapitalgeber im Recht der Gesellschafterdarlehen

Mohr Siebeck

Tobias Bürk, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institute for Law and Finance der Universität Frankfurt am Main; 2023 Promotion; Rechtsanwalt in Frankfurt am Main.

D30

ISBN 978-3-16-163967-8 / eISBN 978-3-16-163968-5
DOI 10.1628/978-3-16-163968-5

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Goethe-Universität Frankfurt am Main im Sommersemester 2023 als Dissertation vorgelegt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juni 2023 berücksichtigt.

Zunächst möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Cahn für die hervorragende Betreuung und eine lehrreiche sowie prägende Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl bedanken.

Weiterhin gebührt mein Dank Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Theodor Baums für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, den Herausgebern der Reihe der „Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht“ für die Aufnahme dieser Arbeit sowie den Mitarbeitern des Institute for Law and Finance für ein hervorragendes Arbeitsumfeld. Fener möchte ich mich für die Ehrung dieser Arbeit mit dem Baker & McKenzie-Preis 2024 bedanken.

Bei meinem Mitstreiter und Kollegen Herrn Dr. Kilian Wentz möchte ich mich für die äußerst kurzweilige Zusammenarbeit über die Jahre am Lehrstuhl bedanken. Großen Dank schulde ich schließlich meinen weiteren Freunden und vor allem meiner Familie für die unablässige Unterstützung auf meinem Lebensweg und nicht zuletzt auch bei der Entstehung dieser Arbeit.

Frankfurt, 12.04.2025

Tobias Bürk

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
<i>A. Gesellschafterdarlehen in der Unternehmensfinanzierung</i>	1
<i>B. Die Frage der Dritterstreckung</i>	3
Teil 1: Der Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts	7
<i>A. Der Normzweck als Grundlage der Dritterstreckung</i>	7
<i>B. Der Stand der Normzweckdiskussion</i>	8
<i>C. Untersuchung des Normzwecks des Gesellschafterdarlehensrechts auf methodentheoretischer Grundlage</i>	75
Teil 2: Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts	175
<i>A. Grundlagen</i>	175
<i>B. Mittelbare Finanzierung (unechte Dritterstreckung)</i>	182
<i>C. Gesellschafterähnliche Dritte (echte Dritterstreckung)</i>	203
<i>D. Nicht erfasste Fallgruppen</i>	289
Schlussbetrachtung	293
<i>A. Zusammenfassung in Thesen</i>	293
<i>B. Ausblick</i>	305
Literaturverzeichnis	307
Sachregister	327

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Einleitung	 1
<i>A. Gesellschafterdarlehen in der Unternehmensfinanzierung</i>	1
<i>B. Die Frage der Dritterstreckung</i>	3
 Teil 1: Der Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts	 7
<i>A. Der Normzweck als Grundlage der Dritterstreckung</i>	7
<i>B. Der Stand der Normzweckdiskussion</i>	8
I. Historische Betrachtung der Normzweckdiskussion	8
1. Notwendigkeit einer historischen Betrachtung	8
2. Die Entwicklung des Kapitalersatzrechts	9
a) Die Ursprünge des Eigenkapitalersatzrechts	9
b) Institutionalisierung des Eigenkapitalersatzrechts und Entwicklung einer Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter	10
c) Die Gesetzesnovelle von 1980	12
d) Weitere Ausformung des Kapitalersatzrechts durch die Rechtsprechung, KapAEG und KontrAG	13
3. Die Diskussion über den Normzweck	15
a) Das Erfordernis einer dogmatischen Rechtfertigung	15
b) Der Normzweck des Kapitalersatzrechts	15
aa) Die Einheitlichkeit der dogmatischen Rechtfertigung von Rechtsprechungs- und Novellenregeln	15
bb) Die Finanzierungsfolgenverantwortung nach dem Verständnis des BGH	15
cc) Weitere Rechtfertigungsansätze	16
(1) Meinungsspektrum	16

(1) Widersprüchliches Gesellschafterverhalten	17
(2) Vertrauensschutz	17
(3) Doppelrolle des Gesellschafters	18
(4) Insiderstellung des Gesellschafters	19
(5) Verstoß gegen das Prinzip der angemessenen Risikoverteilung (Verbot der Abwälzung des Finanzierungsrisikos)	19
(6) Vermeidung der Krisen- oder Insolvenzverschleppung sowie Unterlaufen der Außenkontrolle des Kreditmarkts	21
(7) Ausschluss eines Anreizes zur Risikosteigerung in der Krise	22
4. Rechtspolitische Kritik	23
II. Das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen nach Inkrafttreten des MoMiG	24
1. Gesetzgeberisches Konzept	24
2. Anwendungsbereich	25
3. Der Nachrang nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO	27
4. Die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 InsO und § 6 AnfG	28
5. Sonderregelungen für gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	29
6. Die Neuregelung der Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in § 135 Abs. 3 InsO	29
7. Die Bilanzierung von Gesellschafterdarlehen	30
8. Die Rezeption des neuen Rechts	30
III. Zusammenfassung der Entwicklung des Gesellschafterdarlehensrechts	31
IV. Äußerungen zum Normzweck des Gesellschafterdarlehensrechts in seiner heutigen Form	32
1. Äußerungen des Gesetzgebers	32
2. Äußerungen der Rechtsprechung	33
3. Äußerungen des Schrifttums	37
a) Übersicht	37
b) Informationsvorsprung und Divergenz der Normzwecke	37
aa) Inhalt und Argumentation	37
bb) Stellungnahme	39
(1) Unterschiedlichkeit der Informationslagen	40
(2) Anfechtungstatbestand als Absicherung des Nachrangs	40
cc) Zwischenergebnis	43
c) Kontinuität der Normzwecke	44
aa) Inhalt und Argumentation	44
bb) Stellungnahme	46

(1) Fortbestehende Unklarheit der Herleitung der Finanzierungsfolgenverantwortung	47
(2) Wortlaut und Historie	47
(3) Systematik	49
(4) Verfassungskonformität unabhängig von Krisenvermutung	51
(5) Keine Relevanz der Privilegierungstatbestände	52
cc) Zwischenergebnis	53
d) Auf die Insolvenzureife bezogene Finanzierungsfolgenverantwortung	53
aa) Inhalt und Argumentation	53
bb) Stellungnahme	54
e) Selbstzweck des Gesellschafterdarlehensrechts	55
aa) Inhalt und Argumentation	55
bb) Stellungnahme	55
f) Sonderstellung der Gesellschafter	57
aa) Inhalt und Argumentation	57
(1) Sonderstellung der Gesellschafter und gesetzliche Risikoverteilung	57
(2) Finanzierungszuständigkeit	58
bb) Stellungnahme	58
(1) Inhaltsleere von Doppelrolle und Näheverhältnis	58
(2) Systematik	59
(3) Keine gesetzliche Risikoverteilung	60
(4) Keine Vergleichbarkeit mit dem Finanzplankredit	61
(5) Keine Vergleichbarkeit mit dem Haftkapital	62
(6) Leerformel der Finanzierungszuständigkeit	63
cc) Zwischenergebnis	63
g) Risikozuweisung bei Einflussmacht	64
aa) Inhalt und Argumentation	64
bb) Stellungnahme	65
h) Korrelat der Haftungsbeschränkung	69
aa) Inhalt und Argumentation	69
bb) Stellungnahme	71
cc) Zwischenergebnis	74
i) Steuerungswirkung des Gesellschafterdarlehensrechts bei Haftungsbeschränkung	74

<i>C. Untersuchung des Normzwecks des Gesellschafterdarlehensrechts auf methodentheoretischer Grundlage</i>	75
I. Methodentheoretische Grundlagen	76
1. Der Begriff des Normzwecks	76
2. Die Methodik der Ermittlung des Normzwecks	77
a) Objektive oder subjektive Auslegung	77
b) Primat des ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers	78
c) Mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers	79
II. Keine ausdrückliche gesetzgeberische Zweckbestimmung	82
III. Mutmaßliche gesetzgeberische Zweckbestimmung	82
1. Vorgehensweise	82
2. Wirkungsanalyse	83
a) Grundlagen	83
aa) Methodik	83
bb) Untersuchungsgegenstand	84
cc) Verfahren	86
dd) Annahmen	86
(1) Rational ökonomisches Verhalten und Nutzenmaximierung	86
(2) Eigen- und Fremdkapitalwert	87
(3) Unsicherheit	91
(4) Interessengleichlauf von Eigenkapitalgebern und Geschäftsleitern	91
(5) Anreizlage in Mehrpersonengesellschaften	92
(a) Schwierigkeiten bei Bestimmung der konkreten Anreizlage in Mehrpersonengesellschaften	92
(b) Die Annahme effizienter Ausgleichsmechanismen	93
(c) Ausgestaltung des Ausgleichs	94
(6) Einheitlichkeit des Normzwecks	94
b) Wirkungen der Haftungsbeschränkung	95
aa) Grundlagen	95
bb) Opportunistisches Verhalten der Eigenkapitalgeber	95
(1) Ausgangsproblem	95
(2) Vermögensumverteilung durch Steigerung des Investitionsrisikos	96
(3) Vermögensumverteilung durch fremdfinanzierte Zusatzinvestition	100
(4) Vermögensumverteilung durch Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen	103
(a) Umverteilungswirkung	103

(b) Rechtlicher Rahmen	106
bb) Kosten von Informationsasymmetrie und opportunistischem Verhalten – agency costs of debt	110
(1) Transaktionskosten	110
(2) Investitionsverzerrungen aufgrund des Risikosteigerungsanreizes	112
(3) Investitionsverzerrungen aufgrund des Ausschüttungsanreizes	115
c) Anreizwirkungen der Gesellschafterfremdfinanzierung	116
aa) Wirkung auf den Risikosteigerungsanreiz	116
(1) Grundsätzliche Gegenläufigkeit der Anreizwirkungen	116
(2) Eindeutige Anreizwirkung von Drittdarlehen und besicherten Gesellschafterdarlehen	117
(3) Anreizneutralität bei hypothetischer Proportionalbeteiligung	118
(4) Anreiz zu ertragswertneutralen Risikosteigerungen	119
(a) Risikosteigerungsgewinn bei Gesellschafterfremdfinanzierung	119
(aa) Vergleich der Risikoexposition bei Gesellschafterfremd- und -eigenfinanzierung	119
(bb) Formaler Beweis	120
(cc) Realtypische Risikoverteilung und realtypische Fremdfinanzierungsquoten	125
(b) Risikosteigerungsanreiz	127
(5) Anreiz zu ertragswertsenkenden Risikosteigerungen	128
(6) Zwischenergebnis	130
bb) Wirkung auf das Unterinvestitionsproblem	131
cc) Wirkung auf den Anreiz zu fremdfinanzierten Zusatzinvestitionen	131
dd) Wirkung auf den Anreiz zu Ausschüttungen	132
(1) Besserstellung des Ausschüttungsempfängers bei Gesellschafterfremdfinanzierung	132
(2) Formaler Beweis	133
(3) Unzureichende Kapitalschutzregeln	134
ee) Zusammenfassung der Anreizwirkungen der Gesellschafterfremdfinanzierung bei Haftungsbeschränkung	136
(1) Risikosteigerungsanreiz	136
(2) Unterinvestitionsproblem	137
(3) Anreiz zu fremdfinanzierten Zusatzinvestitionen	137
(4) Ausschüttungsanreiz	137

d) Anreizwirkungen der Nachrangregelung	137
aa) Inadäquanz privatautonomer Schutzinstrumente	137
bb) Wirkung auf den Risikosteigerungsanreiz	138
cc) Wirkung auf das Unterinvestitionsproblem	139
dd) Wirkung auf den Anreiz zu fremdfinanzierten Zusatzinvestitionen	140
ee) Wirkung auf den Anreiz zu Ausschüttungen	141
e) Überprüfung der zugrundeliegenden Annahmen	142
aa) Grenzen des ökonomisch rationalen Verhaltensmodells	142
(1) Allgemeine Grenzen	142
(2) Zu erwartende Abweichungen vom ökonomisch rationalen Verhaltensmodell bei Gesellschafterfremdfinanzierung	143
(a) Mögliche Korrekturen des Risikosteigerungsanreizes	143
(b) Mögliche Korrekturen des Anreizes zu fremdfinanzierten Zusatzinvestition	145
bb) Effizienz der Ausgleichsmechanismen	146
cc) Interessengleichlauf zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitern	147
f) Ergebnisse der Wirkungsanalyse	148
aa) Milderung des Risikosteigerungsanreizes	148
bb) Minderung der Altgläubigergefährdung durch gesellschafterfremdkapitalfinanzierte Zusatzinvestitionen	151
cc) Milderung des Ausschüttungsanreizes	151
dd) Bedeutung des Unterinvestitionsproblems	152
ee) Effizienzsteigernde Gesamtwirkung	153
3. Ableitung von Normzweckthesen aus der Wirkungsanalyse	154
a) Keine Steuerung des Anreizes zu fremdfinanzierten Zusatzinvestitionen	154
b) Milderung des Anreizes zu Risikosteigerungen	155
c) Milderung des Anreizes zu Ausschüttungen	155
d) Verhältnis der Normzweckthesen	155
4. Kohärenz der aus der Wirkungsanalyse abgeleiteten Normzweckthese mit feststellbaren gesetzgeberischen Wertungen	156
a) Kohärenz mit den Gesetzesmaterialien	156
aa) Vereinfachung des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen	156
bb) Abschaffung von Kapitalersatz und Krisenmerkmal	156
b) Kohärenz mit der Systematik des Gesellschafterdarlehensrechts (innere Kohärenz)	157
aa) Personeller Anwendungsbereich der Neuregelungen	157
bb) Sachlicher Anwendungsbereich der Neuregelungen	157

cc) Das Kleinbeteiligtenprivileg	158
(1) Doppelte Begrenzungsfunktion	158
(2) Einwirkungsmacht	159
(3) Fehlanreiz	160
(a) Bedeutung des Fehlanreizes	160
(b) Schwierigkeit der Ermittlung des Fehlanreizes im Einzelfall	161
(c) Unwiderlegliche Vermutung eines extrinsischen Fehlanreizes bei Mitwirkung an der Geschäftsführung	162
(d) Unwiderlegliche Vermutung eines extrinsischen oder intrinsischen Fehlanreizes bei zehnprozentiger Beteiligung am Haftkapital	163
dd) Sonstige Privilegierungstatbestände	163
(1) Schutz übergeordneter Interessen	163
(2) Geringes Gläubigergefährdungspotential	164
ee) Die Anfechtbarkeit von Gesellschaftssicherheiten	165
ff) Die insolvenzrechtliche Verstrickung von Gesellschafterssicherheiten	167
gg) Der Aussonderungsausschluss bei Nutzungsüberlassung nach § 135 Abs. 3 InsO	167
hh) Zwischenergebnis	169
c) Kohärenz mit sonstigen gesetzgeberischen Wertungen	
(äußere Kohärenz)	169
aa) Verfassungsrecht	169
bb) Effizienz als gesetzgeberische Wertung	171
IV. Ergebnis	172
 Teil 2: Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts	175
A. Grundlagen	175
I. Rahmenbedingungen der Dritterstreckung	175
1. Keine Kontinuität der Dritterstreckungsdogmatik des Kapitalersatzrechts	175
2. Kein bloßer Umgehungsschutz	175
3. Teleologische Einheitlichkeit des Gesellschafterdarlehensrechts . .	176
4. Bedeutung der Rechtssicherheit	176
5. Restriktive Anwendung angesichts gegenläufiger Anreizwirkungen	177
6. Beschränkung auf haftungsbeschränkte Gesellschaftsformen	178
II. Kategorien der Dritterstreckung	179

III. Bisherige Rechtsprechung zur Dritterstreckung des reformierten Gesellschafterdarlehensrechts	179
IV. Das Meinungsspektrum im Schrifttum zur Dritterstreckung	181
<i>B. Mittelbare Finanzierung (unechte Dritterstreckung)</i>	182
I. Einordnung der Fallgruppe	182
II. Darlehensgewährung für fremde Rechnung	183
III. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Darlehensgeber – horizontale Unternehmensverbindungen	184
1. Problematik	184
2. Herrschende Meinung: Zurechnung bei maßgeblicher Beteiligung	185
3. Eigene Lösung: Bewusste mittelbare Teilhabe an der Fremdkapitalposition	186
a) Wertungsgrundlage	186
b) Wirtschaftliches Durchschlagen des Ausfallrisikos	187
c) Anreizsteuerung nur bei Kenntnisnahme	190
IV. Rechtsfolgen bei unechter Dritterstreckung	194
1. Die insolvenzrechtliche Verstrickung der Darlehensforderung nach herrschender Meinung	194
2. Andere Lösungsansätze der Literatur	196
a) Ausnahme in Härtefällen	196
b) Anteilige insolvenzrechtliche Verstrickung	199
3. Eigene Lösung: Direktanspruch	199
a) Übertragbarkeit der gesetzlichen Wertung zu gesellschafterbesicherten Drittdarlehen	199
b) Irrelevanz des Innenverhältnisses	200
c) Rechtsfolge	201
d) Sonderfälle	202
<i>C. Gesellschafterähnliche Dritte (echte Dritterstreckung)</i>	203
I. Einordnung und Systematisierung der Fallgruppe	203
II. Der rechtliche Rahmen der echten Dritterstreckung	204
1. Der Doppeltatbestand aus Anreizlage und Einwirkungsmacht	204
2. Anreizlage	205
a) Risikosteigerungsanreiz	205
aa) Residualbeteiligung als Grundlage des Risikosteigerungsanreizes	205
bb) Formen der Residualbeteiligung	206
(1) Mittelbare Residualbeteiligung	206
(2) Unmittelbare Residualbeteiligung	206

(a) Erfolgsorientierte Barvergütung	206
(b) Equity kicker	207
(c) Beteiligung am freien Gesellschaftsvermögen	209
(d) Beteiligung am Erfolg verbundener Unternehmen	209
b) Ausschüttungsanreiz	209
aa) Teilnahme an Ausschüttungen als Grundlage des Ausschüttungsanreizes	209
bb) Formen der Ausschüttungsbeteiligung	210
3. Einwirkungsmacht	211
a) Investitionsentscheidungsmacht	212
aa) Einwirkungsmacht auf die investitionsbezogene Geschäftsführung als Grundlage der Investitionsentscheidungsmacht	212
bb) Formen der Investitionsentscheidungsmacht	212
(1) Mittelbare Einwirkungsmacht auf Investitionsentscheidungen durch Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung	212
(2) Mitgliedschaft in Gesellschaftsorganen	215
(3) Vertragliche Einwirkungsmacht auf Investitionsentscheidungen	216
b) Ausschüttungsentscheidungsmacht	217
aa) Einwirkung auf Ausschüttungsentscheidungen der Kapitalnehmerin	217
bb) Formen der Einwirkung auf Ausschüttungsentscheidungen der Kapitalnehmerin	217
(1) Mittelbare Einwirkungsmacht auf Ausschüttungsentscheidungen durch Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung	217
(2) Unmittelbare statutarisch abgesicherte Einwirkungsmacht auf Ausschüttungsentscheidungen	218
(3) Unmittelbare vertragliche Einwirkungsmacht auf Ausschüttungsentscheidungen	220
4. Das Verhältnis von Risikosteigerungs- und Ausschüttungsgefahr	220
5. Parallelität von Residualbeteiligung und Festbetragsanspruch	221
6. Maßgeblicher Zeitpunkt	221
7. Einschränkungen der Dritterstreckung	222
a) Hinreichende Einwirkungsmacht	222
b) Gegenläufigkeit der Anreize bei parallelem Festbetragsanspruch	223
c) Übertragbarkeit der Vermutungsregelungen des Kleinbeteiligtenprivilegs	225

d) Rechtliche Qualität der Einwirkungsmittel	226
III. Maßstäbe der echten Dritterstreckung	229
1. Beteiligung an der Geschäftsführung der Kapitalnehmerin	229
a) Risikosteigerungsgefahr durch geschäftsführende Drittkapitalgeber	229
b) Investitionsentscheidungsmacht geschäftsführender Drittkapitalgeber	229
c) Risikosteigerungsanreiz geschäftsführender Drittkapitalgeber	230
aa) Unwiderlegbare Vermutung eines extrinsischen Fehlanreizes	230
bb) Erfordernis einer Residualbeteiligung des geschäftsführenden Drittkapitalgebers	230
2. Gesellschafterähnliche Einwirkungsmacht und Residualbeteiligung nach Maßgabe der Kleinbeteiligungsschwelle	232
a) Entsprechende Anwendung der Kleinbeteiligungsschwelle	232
b) Risikosteigerungsgefahr durch hinreichend beteiligte Drittkapitalgeber	233
aa) Risikosteigerungsanreiz	233
(1) Vermutung eines intrinsischen oder extrinsischen Risikosteigerungsanreizes bei über zehnprozentiger Beteiligung an den Residua der Kapitalnehmerin	233
(2) Bestimmung der maßgeblichen Residualbeteiligung	234
bb) Hinreichende Investitionsentscheidungsmacht	236
(1) Der Maßstab des mit über 10 % am Haftkapital beteiligten Gesellschafters	236
(a) Rechtsformunabhängiger Maßstab	237
(b) Entwicklung eines Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht auf Investitionsentscheidungen	239
(c) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht	242
(aa) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei mittelbarer Einwirkungsmacht über Gesellschafter	242
(bb) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei Mitgliedschaft in Gesellschaftsorganen	244
(cc) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei vertraglicher Einwirkungsmacht	245
c) Ausschüttungsgefahr durch hinreichend beteiligte Drittkapitalgeber	246

aa) Ausschüttungsanreiz	246
(1) Vermutung eines intrinsischen oder extrinsischen Ausschüttungsanreizes bei über zehnprozentiger Beteiligung an Ausschüttungen	246
(2) Bestimmung der maßgeblichen Ausschüttungsbeteiligung	247
bb) Hinreichende Ausschüttungsentscheidungsmacht	247
(1) Der Maßstab eines mit über 10 % am Haftkapital beteiligten Gesellschafters	247
(2) Anwendung des Maßstabs hinreichender Ausschüttungsentscheidungsmacht	248
(a) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei mittelbarer Einwirkungsmacht über Gesellschafter	248
(b) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei unmittelbarer, statutarisch abgesicherter Einwirkungsmacht auf Ausschüttungsentscheidungen	249
(c) Anwendung des Maßstabs hinreichender Einwirkungsmacht bei vertraglicher Einwirkungsmacht	250
3. Dritterstreckung der übrigen Privilegierungstatbestände	250
a) Das Sanierungsprivileg	250
b) Sonstige Privilegierungstatbestände	254
4. Zusammenfassung der Maßstäbe der echten Dritterstreckung	254
IV. Mittelbare Gesellschafterstellung	255
1. Einordnung	255
2. Fallgruppen	255
a) Nießbraucher	255
aa) Keine Dritterstreckung auf typische Nießbraucher	255
bb) Ausnahmsweise Dritterstreckung bei besonderer- Einwirkungsmacht	257
b) Unterbeteiligte	258
aa) Keine Dritterstreckung auf typische Unterbeteiligte	258
bb) Ausnahmsweise Dritterstreckung bei besonderer Einwirkungsmacht	259
c) Pfandgläubiger	260
aa) Keine Dritterstreckung auf typische Pfandgläubiger	260
bb) Der sogenannte atypische Pfandgläubiger	261
d) Treugeber	263
e) Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen	265
aa) Einpersonengesellschaften	265

bb) Mehrpersonengesellschaften	266
(1) Einwirkungsmacht	266
(2) Fehlanreiz	268
cc) Personengesellschaften und gemischte Beteiligungen	269
3. Anfechtungsgegner bei mittelbarer Gesellschafterstellung	269
V. Faktische Gesellschafterstellung	269
1. Einordnung	269
2. Fallgruppen	270
a) Atypische stille Beteiligte	270
aa) Keine Dritterstreckung auf typische stille Beteiligte	270
bb) Die Einwirkungsmacht des atypischen stillen Beteiligten	270
cc) Fehlanreize des atypischen stillen Beteiligten	271
dd) Rechtsfolge: Insolvenzzrechtliche Verstrickung statt Umqualifizierung	273
b) Durch covenants gesicherte Hybridkapitalgeber	274
aa) Wesen hybrider Finanzierungsformen	274
bb) Anreizlage	275
(1) Risikosteigerungsanreiz	275
(2) Ausschüttungsanreiz	275
(3) Irrelevanz der vorrangigen Verlusttragung	276
cc) Einwirkungsmacht	276
(1) Keine hinreichende Einwirkungsmacht ohne gesonderte Vereinbarung	276
(2) Covenants	277
(a) Wesen und Wirkweise von covenants	277
(b) Hinreichende Einwirkungsmacht durch covenants	280
(aa) Regelungsbereich und -tiefe bezüglich Investitionsentscheidungen	280
(bb) Regelungsbereich und -tiefe bezüglich Ausschüttungsentscheidungen	283
(cc) Effektive Durchsetzung	284
c) Fremdgeschäftsführer	289
D. Nicht erfasste Fallgruppen	289
I. Nahestehende Personen (§ 138 InsO)	289
II. Zessionare	290
III. Von Gesellschafter weitergereichtes Drittdarlehen (Kettendarlehen)	291
IV. Bloße Unternehmensverbindung	292
V. Einflussmächtige Fremdkapitalgeber	292

Schlussbetrachtung	293
<i>A. Zusammenfassung in Thesen</i>	<i>293</i>
I. Normzweck	293
II. Dritterstreckung	299
<i>B. Ausblick</i>	<i>305</i>
Literaturverzeichnis	307
Sachregister	327

Einleitung

A. Gesellschafterdarlehen in der Unternehmensfinanzierung

Gesellschafter können sich grundsätzlich durch Überlassung von Fremd- oder Eigenkapital an der Finanzierung des von ihrer Gesellschaft getragenen Unternehmens beteiligen. Dies ist Ausdruck ihrer Finanzierungsfreiheit.¹ Die Finanzierungsfreiheit ist einerseits ein Gebot der verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatautonomie. Andererseits dient sie aber auch der Förderung der Effizienz der Unternehmensfinanzierung, denn sie erlaubt es den Parteien, die Finanzierungsmodalitäten und insbesondere Rang und Ergebnisbezogenheit der Vergütung privatautonom festzulegen. So können die Parteien ihre persönlichen Präferenzen auf dem Markt für Unternehmensfinanzierung verwirklichen, was grundsätzlich mit einem optimalen, wohlfahrtssteigernden Ressourceneinsatz einhergeht.² Soweit die Finanzierungsfreiheit und andere Interessen der Rechtsgemeinschaft in Konflikt geraten, hat das Gesetz diese gegeneinander abzuwägen. Ob die Gesellschafterfremdfinanzierung einen solchen Konfliktfall darstellt, war und ist heftig umstritten.

Gesellschafterdarlehen sind ein weit verbreitetes Mittel der Außenfinanzierung von Unternehmen.³ Anders als die Finanzierung durch Einlagen ins Grund- bzw. Stammkapital,⁴ Nachschüsse⁵ oder sonstige Leistungen in das Eigenkapital⁶ unterliegen darlehensweise überlassene Gesellschaftermittel hinsichtlich ihrer Rückzahlbarkeit einer deutlich abgeschwächten Bindung. Die Modalitäten

¹ Noack/Servatius/Haas/Haas, Anh. § 64 Rn. 1.

² Eingehend zum Verhältnis von Privatautonomie und ökonomischer Effizienz Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 471 ff.; Kötz, *Vertragsrecht*, 11.

³ *Schulze de La Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 21; *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. 2, 49; *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 548; *Baier*, DB 2014, 227; ähnlich BGHZ 75, 334, 337; BGHZ 76, 326, 330.

⁴ Vgl. §§ 57, 62 AktG und §§ 30 f. GmbHG.

⁵ Vgl. §§ 26 ff GmbHG.

⁶ In Frage kommen jegliche Leistungen, deren Rückzahlung ausgeschlossen ist oder zumindest unter dem Vorbehalt steht, dass hierdurch das Nennkapital und die von einer Auszahlung ausgenommenen Rücklagen nicht angegriffen werden, vgl. *Baums*, *Unternehmensfinanzierung*, § 11.

der Gewährung von Gesellschafterdarlehen können grundsätzlich vom Gesellschafter als Darlehensgeber und der Gesellschaft als Darlehensnehmerin beliebig und formlos vereinbart werden, sodass Gesellschafterdarlehen ein besonders flexibles und kurzfristig einsetzbares Finanzierungsinstrument sind. Im Gegensatz zur Finanzierung durch Einlagen ins Grund- bzw. Stammkapital oder Nachschüssen sind für Gesellschafterdarlehen keine besonderen Beschlussverfahren⁷ und Publizitätspflichten⁸ vorgesehen.⁹ Gesellschafterdarlehen unterfallen weiterhin nicht den strengen Vorschriften des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes¹⁰ und sind, sofern keine Insolvenz der Gesellschaft eintritt, frei rückzahlbar. Die Darlehensfinanzierung ermöglicht dem finanzierenden Gesellschafter aufgrund der üblicherweise festen Verzinsung eine risikoärmere Partizipation am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft und vermeidet eine Verschiebung der Stimmrechtsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft.¹¹ Die Finanzierungsbedingungen von Gesellschafterdarlehen sind gegenüber Drittdarlehen häufig günstiger, da üblicherweise Kosten für eine Kreditwürdigkeitsprüfung und sonstige Beschaffungskosten entfallen.¹² Anders als bei einer Eigenkapitalfinanzierung profitiert die Gesellschaft zudem finanziell von der steuerlichen Absetzbarkeit des Zinsaufwands für ein Gesellschafterdarlehen.¹³ Für eine Gesellschaft mit zweifelhafter Kreditwürdigkeit können Gesellschafterdarlehen zudem die einzig praktisch verfügbare Fremdkapitalquelle sein.¹⁴ Angesichts dieser Vorteile erscheint die pauschale Unterstellung, durch die Gesellschafterfremdfinanzierung strebten die Gesellschafter einer Gesellschaft mit geringem satzungsmäßigem Nennkapital vor allem eine quotenmäßige Befriedigung als Insolvenzgläubiger oder den ungehinderten Abzug ihres Finanzierungsbeitrags bei drohender Insolvenz an,¹⁵ zumindest zweifelhaft.

⁷ Vgl. etwa § 26 Abs. 1, § 53 Abs. 1 GmbHG sowie § 179 Abs. 1, 2 AktG.

⁸ Vgl. etwa § 54 GmbHG, § 30 Abs. 2 Satz 2 GmbHG sowie § 184 AktG.

⁹ Ähnlich *Drukarczyk/Lobe*, Finanzierung, 252; *Schulze de La Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 22.

¹⁰ Vgl. etwa §§ 30, 31 GmbHG, §§ 57, 62 AktG.

¹¹ *Schulze de La Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 22 f.; *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547, 549.

¹² *Drukarczyk/Lobe*, Finanzierung, 252; *Schulze de La Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 23.

¹³ Die Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen bei Ermittlung der körperschaftssteuerlichen bzw. gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage folgt aus §§ 8 f. KStG bzw. §§ 7 f. GewStG jew. i. V.m. §§ 4, 4h EStG; vgl. *Lüdicke/Sistermann/Eilers*, § 9 Rn. 99 f.; *Drukarczyk/Lobe*, Finanzierung, 252; *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft, 484.

¹⁴ *Drukarczyk/Lobe*, Finanzierung, 252; *Schulze de La Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 23; *Baier*, DB 2014, 227.

¹⁵ So *Gehrlein*, BB 2011, 3.

Vor allem kleine und mittelständische Unternehmen nutzen Gesellschafterdarlehen häufig als Mittel der Außenfinanzierung.¹⁶ Diesen Unternehmen steht der Zugang zu den vielfältigen Finanzierungsmöglichkeiten des Kapitalmarkts nicht in gleichem Maße offen wie größeren Unternehmen. Schwächere Publizitätsvorgaben für kleinere Unternehmen und deren geringerer Finanzierungsbedarf erhöhen zugleich den relativen Informationsaufwand für außenstehende Fremdkapitalgeber für die Beurteilung des Kreditrisikos. Demgegenüber haben die Gesellschafter bei kleinerer Unternehmensgröße häufig bessere Informationsmöglichkeiten und mehr Einwirkungsmacht, was ihnen Vorteile bei der Beurteilung und Steuerung des Kreditrisikos verschafft. Ein weiterer praktisch bedeutender Anwendungsfall ist die Darlehensvergabe im Rahmen konzerninterner *cash pools*.¹⁷

B. Die Frage der Dritterstreckung

Die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen im deutschen Recht blickt auf eine lange rechtshistorische Tradition zurück. Ausgehend von dem in der Rechtsprechung rechtsfortbildend entwickelten Kapitalersatzgedanken hat der Gesetzgeber sich diesen zunächst weitgehend zu eigen gemacht. Durch das MoMiG¹⁸ hat er die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen radikal vereinfacht. Mit dem MoMiG hat der Gesetzgeber eine teilweise Neuausrichtung der gesellschaftsrechtlichen Kapitalverfassung im Spannungsfeld aus Gläubigerschutz, Förderung der Effizienz der Unternehmensfinanzierung und Positionierung der GmbH im internationalisierten Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen vorgenommen.¹⁹ Abgesehen von dem Streben nach Vereinfachung ist dabei das hinter der Neuregelung des Gesellschafterdarlehensrechts stehende rechtspolitische und wertungsmäßige Konzept des Gesetzgebers weitgehend unklar geblieben. In der Literatur hat sich im Anschluss an die Neuregelung eine ähnlich ausufernde Diskussion über den Normzweck und dessen Auswirkungen auf konkrete Auslegungsfragen entwickelt wie bereits zum vor Inkrafttreten des MoMiG

¹⁶ Vgl. von Gerkan/Hommelhoff/Hommelhoff, Rn. 2.1 ff.; Klaus, Gesellschafterfremdfinanzierung, 161 ff.; Schulze de La Cruz, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 21.

¹⁷ Vgl. Zahrte, Cash Pooling, 185 ff.; Schulze de La Cruz, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 21 f.; Decker, ZGR 2013, 392, 396 f.

¹⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I, 2026.

¹⁹ Vgl. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, 25 f.; Noack/Servatius/Haas/Servatius, § 30 Rn. 1a.

geltenden Kapitalersatzrecht.²⁰ Eine der nicht zuletzt angesichts der Unsicherheit über den Normzweck am intensivsten diskutierten Fragen zur Auslegung des neugestalteten Gesellschafterdarlehensrechts ist dessen Erstreckung auf Nichtgesellschafter. In der Praxis der Unternehmensfinanzierung erzeugt die Ungewissheit einer solchen Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts im Einzelfall große Unsicherheit. Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, aufbauend auf einer auf methodentheoretischer Grundlage ermittelten Normzweckthese praxistaugliche Dritterstreckungsmaßstäbe zu bestimmen.

Nach dem Gesetzeswortlaut gilt das Gesellschafterdarlehensrecht, vorbehaltlich bestimmter gesetzlicher Ausnahmen, für sämtliche Gesellschafter der von § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO erfassten Gesellschaften. Die Gesellschafterstellung bestimmt sich nach formalen gesellschaftsrechtlichen Maßstäben. Stark umstritten ist, in welchem Verhältnis ein Nichtgesellschafter zur Gesellschaft oder zu deren Gesellschaftern stehen muss, um ebenfalls dem Gesellschafterdarlehensrecht zu unterliegen. Angesichts der aus der Umgehung zwingender gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Regelungen erwachsenden Gefahren für den Rechtsverkehr, die Gesellschaftsgläubiger und die Mitgesellschafter stellt sich die Frage der Dritterstreckung auf formelle Nichtgesellschafter in vergleichbarer Weise für zahlreiche Rechtsinstitute des Gesellschafts- und Insolvenzrechts.²¹ Insbesondere die stetig zunehmende Gestaltungsphantasie bei der Beteiligung Dritter an unternehmenstragenden Gesellschaften steigert die Bedeutung der Frage nach der Erstreckung zwingender gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Regelungen auf Nichtgesellschafter. Damit bildet die Dritterstreckung einen klassischen Topos des Gesellschafts- und Insolvenzrechts, der aber angesichts ganz unterschiedlicher Normzwecke nicht einheitlich für die betroffenen Rechtsinstitute behandelt werden kann. Vielmehr sind je nach Normzweck gesonderte Dritt-erstreckungsmaßstäbe zu entwickeln.²²

In der Diskussion um den Normzweck halten sich hartnäckig Bezugnahmen auf die vor Inkrafttreten des MoMiG ergangene Rechtsprechung. Deren Fortgeltung ist methodisch zu hinterfragen. In jüngster Zeit mehrten sich Stimmen, die den Normzweck der Regelungen über Gesellschafterdarlehen in einer Korrektur von Fehlanreizen sehen, die bei den Gesellschaftern durch die Haftungsbeschränkung erzeugt werden. Ein solcher Telos des Gesellschafterdarlehensrechts offenbart sich allerdings nicht ohne Weiteres beim Blick ins Gesetz. Vielmehr leiten im Einzelnen umstrittene methodentheoretische und insbesondere verfas-

²⁰ Vgl. etwa GroßkommGmbHG/Habersack, Anh. § 30 Rn. 10 ff.; Thole, ZHR 176 (2012), 513, 519 („Die Suche nach dem verlorenen Normzweck erweist sich teils als Quadratur des Kreises“).

²¹ Monographisch Wilhelm, Dritterstreckung.

²² Vgl. Wilhelm, Dritterstreckung, 12 ff.

sungsrechtliche Vorgaben die Ermittlung des Telos. Hierbei ist, nicht zuletzt auch aufgrund der in der Diskussion in verschiedener Ausprägung behaupteten Anreizwirkungen, eine Analyse der Realwirkungen des Gesellschafterdarlehensrechts von Bedeutung. Angesichts des Bezugs des Rechtsinstituts zum Wirtschaftsleben muss sich eine solche Analyse notwendigerweise ökonomischer Methoden bedienen. Eine auf einer Auseinandersetzung mit den maßgeblichen methodentheoretischen Grundlagen aufbauende Untersuchung des Normzwecks des Gesellschafterdarlehensrechts findet sich in Teil 2 dieser Arbeit.

Der ermittelte Normzweck bildet die Basis für die Herleitung von Maßstäben der Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts. Im Rahmen der Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts sind zwei Fallgruppen näher zu betrachten. Zum einen kommt eine Erstreckung auf Finanzierungsmittler in Betracht, die ein Gesellschafter bei der Finanzierung seiner Gesellschaft einschaltet. Zum anderen kommt eine Erstreckung auf gesellschafterähnliche Personen in Betracht, die selbst eine mit einem Gesellschafterdarlehensgeber vergleichbare Position einnehmen. Für beide Fallgruppen sind abstrakt-generelle Dritterstreckungsmaßstäbe zu entwickeln, die über den unbestimmten Tatbestand des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO hinaus einen Zugewinn an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verschaffen. Um ihre Praxistauglichkeit zu prüfen und eine weitere Auslegungshilfe zu bieten, sind die entwickelten Dritterstreckungsmaßstäbe auf typische gesellschaftsrechtliche Dritterstreckungskonstellationen anzuwenden und dabei den Ergebnissen der Anwendung anderer Dritterstreckungsmaßstäbe gegenüberzustellen. Der Frage der Grundlagen und Anwendung der Dritterstreckung widmet sich Teil 3 dieser Arbeit.

Sowohl bei der Beurteilung der wortlautgemäßen Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts als auch der Dritterstreckung beschränken sich die Ausführungen auf die Rechtsformen der AG, GmbH und KG, in denen das Gesellschafterdarlehensrecht typischerweise zur Anwendung kommt. Das Gesellschafterdarlehensrecht gilt darüber hinaus auch bei oHG und GbR, deren Gesellschafterkreis sich ausschließlich aus haftungsbeschränkten Gesellschaften zusammensetzt. Auf diese Anwendungsfälle sind die Ausführungen zur KG aber weitgehend übertragbar, sodass sie nicht gesondert erörtert werden. Nur in Ausnahmefällen wird zudem die Genossenschaft gesondert erwähnt, auf die das Gesellschafterdarlehensrecht zwar ohne Weiteres anwendbar ist, die aber eine geringere praktische Relevanz hat und nur wenige rechtsformspezifische Besonderheiten aufweist.

Teil I

Der Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts

A. Der Normzweck als Grundlage der Dritterstreckung

Die Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts ist bereits im Wortlaut von § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO angelegt, nach dem der insolvenzrechtliche Nachrang von Gesellschafterdarlehen auch für wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen gilt.¹ Diese Ausweitung des Geltungsbereichs zeigt, dass die Normen des Gesellschafterdarlehensrechts Einzelfallgerechtigkeit herstellen und Umgehungsgestaltungen möglichst erfassen sollen. Damit wählt der deutsche Gesetzgeber einen anderen Weg als etwa der österreichische, der die Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts in den §§ 5 ff. EKEG² abschließend geregelt hat.³ Die deutsche Rechtsnorm hingegen ist abstrakt gefasst und damit auslegungsbedürftig. Das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff,⁴ durch den der Gesetzgeber den Rechtsanwender ermächtigt, flexibel und wertungsgerecht die vielfältigen Finanzierungsgestaltungen der Praxis dem Gesellschafterdarlehensrecht zu unterstellen. In jedem potenziellen Dritterstreckungsfall hat der Rechtsanwender den vom Gesetzgeber eingeräumten Spielraum durch eine eigene Wertung und Entscheidung zu füllen. Die grundsätzlich dem Gesetzgeber zugewiesene Identifikation und Bewertung der betroffenen Interessen sowie deren Ausgleich in Form der Entscheidung darüber, ob das Gesellschafterdarlehens-

¹ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Dahl/Linnenbrink, Syst. Darst. 6 Rn. 46; GroßkommGmbHG/*Habersack*, Anh. § 30 Rn. 81; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, Anh. § 64 Rn. 138; MünchKommInsO/*Behme*, § 39 Rn. 77; *Wedemann*, ZGR 2016, 798, 809 f.; abw. *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. 2, 49, 64, der von einer Gesetzeslücke ausgeht; a.A. *Wälzholz*, DStR 2007, 1914, 1918, demzufolge der Wortlaut jede Erstreckung auf Drittdarlehen ausschließt.

² Österreichisches Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz) v. 28.10.2003, österreich. BGBl I Nr. 92/2013.

³ Zum personellen Anwendungsbereich des österreichischen Kapitalersatzrechts MünchKommAktG/*Doralt/Winner*, § 57 AktG Rn. 399 ff.; *Karollus*, FS Huber, 801 ff.

⁴ Auch wertausfüllungsbedürftiger Begriff, vgl. *Reimer*, Methodenlehre, Rn. 477; *Engisch*, Einführung, 162. Umstritten ist, ob die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe methodisch Auslegung oder Rechtsfortbildung ist. Für Ersteres *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 199; für Letzteres *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 836a f.

recht im konkreten Fall zur Anwendung kommen soll, sind so dem Rechtsanwender zugewiesen.⁵ Hierbei darf der Rechtsanwender allerdings nicht nach freiem Ermessen entscheiden. Um die grundgesetzliche Gesetzesbindung des Rechtsanwenders nach Art. 20 Abs. 3 GG zu verwirklichen, ist die Anwendung einer Rechtsnorm an deren Zweck auszurichten.⁶ Der Normzweck gibt den Maßstab für die Bewertung der im Einzelfall betroffenen Interessen vor. Die Formulierung des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO entspricht einem gesetzgeberisch angeordneten Analogieschluss. Gleich der Vorgehensweise beim Analogieschluss soll der Rechtsanwender die Wertungsgrundlage eines ausdrücklich geregelten Falles auf gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Fälle übertragen.

Der Normzweck bestimmt daher die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs zumindest insoweit, als er die Interessen vorgibt, an denen die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs auszurichten ist.⁷ Je konkreter der Normzweck ist und je typisierbarer die betroffenen Interessen sind, desto eher erlaubt der Normzweck auch eine materielle Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs, insbesondere in Form der Bildung von Fallgruppen durch Rechtswissenschaft und -praxis, die die Rechtssicherheit fördert und die, bezogen auf die Dritterstreckung des Gesellschafterdarlehensrechts, eines der Ziele dieser Arbeit ist.

B. Der Stand der Normzweckdiskussion

I. Historische Betrachtung der Normzweckdiskussion

1. Notwendigkeit einer historischen Betrachtung

Die Wurzeln der gegenwärtigen insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen reichen bis in die Frühzeit des GmbHG und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück. Zwar haben sich die vertretenen Varianten der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen seitdem mehrfach gewandelt, doch jedenfalls das „Ob“ einer solchen Sonderbehandlung war lange weitgehend

⁵ Vgl. Reimer, Methodenlehre, Rn. 487 („Abwägungsauftrag“). Man könnte angesichts der Unvollständigkeit der gesetzgeberischen Regelung so weit gehen, erst im Ergebnis der Abwägung des Rechtsanwenders die eigentliche Rechtsnorm zu erblicken, vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 14 und *passim*.

⁶ Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 28 ff., 120 ff.; Rütters, Rechtstheorie, Rn. 136, 717 ff.; Reimer, Methodenlehre, Rn. 251 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 163 ff.; Hirsch, JZ 2007, 853, 855; Grigoleit, FS Canaris II, 241, 247 f.; abw. für eine stärkere Orientierung an Gerechtigkeitsgesichtspunkten Zippelius, Methodenlehre, 61 f.

⁷ Vgl. Reimer, Methodenlehre, Rn. 489; Hofmann, Abwägung im Recht, 179 ff., 191 ff., 545; ähnlich Engisch, Einführung, 187 f.

unstreitig.⁸ Für eine Bestimmung des Normzwecks der gegenwärtigen Regelung ist es daher hilfreich, zunächst zu untersuchen, weshalb die Rechtsprechung und später der Gesetzgeber überhaupt eine Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen für notwendig gehalten haben.⁹ Auch in der rechtswissenschaftlichen Argumentation zu Normzweck und Anwendungsbereich der Spezialregelungen für Gesellschafterdarlehen bestehen teilweise Kontinuitäten zur Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG. Daher schließt die vorliegende Untersuchung eine kurze¹⁰ rechtshistorische Darstellung des vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Regelungsrahmens¹¹ für Gesellschafterdarlehen ein.

2. Die Entwicklung des Kapitalersatzrechts

a) Die Ursprünge des Eigenkapitalersatzrechts

Ursprünglich kannte das deutsche Gesellschaftsrecht keine Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen. Bereits bei Schaffung des GmbHG gab es aber Stimmen in der Literatur, die einer Gesellschafterfremdfinanzierung kritisch gegenüberstanden,¹² im 1900 in Kraft getretenen GmbHG jedoch keine Berücksichtigung fanden.¹³ Unter dem jungen Gesetz erfreute sich die Gesellschafterfremdfinanzierung insbesondere aufgrund ihrer gegenüber der Nachschusspflicht nach §§ 26 ff. GmbHG höheren rechtlichen Flexibilität zunächst großer Beliebtheit.¹⁴ Historischer Ausgangspunkt der judikativen Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen ist eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1937,¹⁵ in der das Gericht urteilte, dass eine deliktische Schädigung nach § 826 BGB vorliege, wenn ein Gesellschafter bei unzureichender Kapitalausstattung seiner GmbH sich im Konkursverfahren auf seine Gläubigerstellung berufe. Anschließend ging das Reichsgericht zu einer Umqualifizierung des Gesellschafterfremdkapitals in vorrangig haftendes Eigenkapital über, die das Gericht

⁸ Statt vieler von *Gerkan*, ZGR 1997, 173, 174; *Hellwege*, ZGR 1988, 516.

⁹ Weitergehend *Wilhelm*, ZIP 2020, 2210, 2211 („Worin genau der Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen liegt, lässt sich nur historisch erklären.“).

¹⁰ Vgl. für eine ausführlichere Darstellung *Schulze De la Cruz*, Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 56 ff.; *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter in der Insolvenz der GmbH, 20 ff.

¹¹ Die Gesamtheit der überholten, vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Regelungen für Gesellschafterdarlehen wird im Folgenden als Kapitalersatzrecht bezeichnet.

¹² Vgl. *AkDtR GmbHR*, 276 ff.

¹³ Vgl. *Thiessen*, Reform des GmbH-Rechts, 87, 89 f.

¹⁴ Vgl. *Thiessen*, Reform des GmbH-Rechts, 87, 90 f. m. w. N.

¹⁵ RG JW 1938, 862, 864 f.; JW 1939, 231. Diese Urteile stützte das Gericht auch auf nationalsozialistische Parolen wie die des „gesunden Volksempfindens“, vgl. zu den rechtshistorischen Hintergründen *Thiessen*, in: *Rechtstransfer*, 446, 475 ff.

auf einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Rechtsformmissbrauch stützte.¹⁶

Eine Fortentwicklung erfuhr die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen 1959 durch die Lufttaxi-Entscheidung des BGH.¹⁷ Hierin unterstellte das Gericht die Rückzahlung eines einer konkursgefährdeten Gesellschaft gewährten Darlehens den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG. Entscheidende Bedeutung maß das Gericht dem Willen des Darlehensgebers zu, durch seinen Finanzierungsbeitrag die Konkursantragspflicht für die Gesellschaft abzuwenden, was nur die Gewährung von Eigenkapital ermöglicht hätte. Fordere der Darlehensgeber seinen Finanzierungsbeitrag als Fremdkapital zurück, bevor der mit ihrer Hingabe verfolgte Zweck der nachhaltigen Abwendung der Konkursantragspflicht erreicht sei, so setze er sich in gegen Treu und Glauben verstoßender Weise in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten und müsse sich daher so behandeln lassen, als hätte er Eigenkapital zur Verfügung gestellt. In der Konsequenz unterfiel der Rückzahlungsanspruch aus einem eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen der „präventiven Durchsetzungssperre“¹⁸ des § 30 GmbHG, so dass ein Geschäftsführer eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen nicht zu Lasten des Stammkapitals zurückzahlen durfte. War dennoch eine Rückzahlung erfolgt, bestand ein Rückforderungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 GmbHG, den gegebenenfalls der Insolvenzverwalter geltend machen musste.

b) Institutionalisierung des Eigenkapitalersatzrechts und Entwicklung einer Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter

Im Nachgang zu der noch stark auf die Umstände des Einzelfalls abstellenden Lufttaxi-Entscheidung setzte eine zunehmende Institutionalisierung der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz ein. So entfernte sich der BGH zunehmend vom Erfordernis individuellen widersprüchlichen Verhaltens und verallgemeinerte die eigenkapitalgleiche Bindung in der Krise gewährter Gesellschafterdarlehen, indem er deren subjektive Voraussetzungen bei objektiv gegebenem eigenkapitalersetzendem Charakter eines Gesellschafterdarlehens vermutete.¹⁹ Zudem nahm der BGH auch bei Gesellschafterdarlehen, die außerhalb der Krise

¹⁶ Vgl. RGZ 166, 51, 57, 61, das bereits die Anwendung der §§ 30, 31, 43 Abs. 3 GmbHG in den Raum stellt.

¹⁷ BGHZ 31, 258, 268 ff. „Lufttaxi“; bestätigt durch BGHZ 67, 171, 174 ff.

¹⁸ Haas, ZInsO 2007, 617, 618.

¹⁹ BGHZ 75, 334, 338 f.; ähnlich BGHZ 127, 336, 344 ff.

Sachregister

- Abspaltungsverbot 213–215
agency costs of debt 111–113
Analyse, positive ökonomische 83, 84
Ausschüttungsanreiz 103–110, 132–136, 141, 142, 151, 152
- Beherrschungsvertrag *siehe* Unternehmensverträge
Beteiligung, atypische stille 270–274
Beteiligung, stille 276, 277
Beweislast *siehe* Darlegungs- und Beweislast
Bilanzierung von Gesellschafterdarlehen 30, 62
BuM/WestLB-Entscheidung 11, 12, 15–17, 19, 20
- cash pooling 3, 185
Coase-Theorem 93, 94
Covenants 277–289
- Darlegungs- und Beweislast 197, 198, 236
Drittdarlehen, gesellschafterbesicherte 29, 167, 184, 199, 200
Effizienzprinzip 153, 171, 172
Eigenkapitalersatzrecht *siehe* Kapitalersatzrecht
equity kicker *siehe* Wandelrechte
- Finanzierungsfolgenverantwortung 10, 11, 15–17, 33, 34, 37, 44–48, 51–54, 169
Finanzierungsfreiheit 1
- Gewinnabführungsvertrag *siehe* Unternehmensverträge
Gleichbehandlungsgrundsatz 109, 188, 187, 201, 247
GmbH-Novelle 1980 12, 13, 15, 16
- Haftungsbeschränkung *siehe* Wirkungen der Haftungsbeschränkung
Historie des Gesellschafterdarlehensrechts 8–14
Hybridkapital 274–277
- Kapitalerhaltung *siehe* Kapitalschutz
Kapitalersatzrecht 8–24, 31, 32
– Finanzierungsfolgenverantwortung 11, 15–17, 33, 34, 37, 44–48, 51–54, 169
– Nutzungsüberlassung, kapitalersetzende 14
Kapitalschutz 134–136, 191, 192, 198, 273, 274
Kleinbeteiligtenprivileg 14, 19, 26, 31, 52, 61, 72, 73, 158–162, 204, 222–226, 229, 230, 263, 264, 267
Konzern, faktischer 196
- Lufttaxi-Entscheidung 10, 17
- MoMiG 3, 4, 24–33
- Nießbrauch 210, 215, 255–258
Normalverteilung 88, 89
Nutzungsüberlassung 29, 42, 49, 50, 158, 167–169
Nutzungsüberlassung, kapitalersetzende 14
- Pfandgläubiger 260–263
Pfandgläubiger, atypischer *siehe* Pfandgläubiger-Entscheidung
Pfandgläubiger-Entscheidung 227, 261–263
Privilegierungstatbestände 26, 163–165, 250–255, *siehe* auch Sanierungsprivileg; Kleinbeteiligtenprivileg
- Rechtstatsachen 1–3

- Risikosteigerungsanreiz 22, 23, 74, 75,
96–100, 112–131, 136, 138, 139,
143–145, 148–151, 155
- Sanierungsprivileg 46, 53, 139, 165,
250–254
- Stimmbindung 213, 250
- Stimmrechtsvollmacht 214, 243
- Treuepflicht 29, 109, 213, 214
- Treugeber *siehe* Treuhand
- Treuhand 56, 210, 211, 213, 214, 232, 258,
263–265
- Unterbeteiligung 258–260
- Unterinvestitionsproblem 114, 131, 137,
139, 152, 153
- Unternehmensverträge 186, 189, 190, 216,
245, 268
- Verhaltensökonomik 143–148
- Wandelrechte 207–209
- Wirkung der Haftungsbeschränkung 95–116
- Zusatzinvestitionsanreiz 100–103, 131, 132,
137, 140, 141, 145, 146, 151, 152, 154, 155