



Vincent Braunschweig

Die Behandlung
von Gesellschafterdarlehen
in der Insolvenz in Deutschland
und den USA



PETER LANG

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	21
I.	Allgemeine Einführung	21
II.	Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	23
III.	Themenbegrenzung	25
IV.	Gang der Arbeit	25
Erster Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland		29
§ 2	Ausgangslage	29
I.	Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutzinstrumente im deutschen Gesellschaftsrecht	29
II.	Überblick über Entwicklung und Rechtslage	39
III.	Ergebnisse	43
§ 3	Legitimation und Funktion des Rechts der Gesellschafterdarlehen	43
I.	Legitimation	44
II.	Funktion	49
III.	Ergebnisse	49
§ 4	Voraussetzungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen	50
I.	Tatbestandsmerkmale	50
II.	Nutzungsüberlassung	67
III.	Ausnahmen	78
IV.	Ergebnisse	84
§ 5	Rechtsfolgen des Rechts der Gesellschafterdarlehen	85
I.	Keine Rückzahlungssperre im Vorfeld der Insolvenz	86
II.	Nachrangigkeit	86
III.	Insolvenzanfechtung	87
IV.	Kompensation möglicher Schutzlücken durch andere Instrumentarien	94
V.	Ergebnisse	101
§ 6	Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe sowie im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG	102
I.	Überschuldung § 19 InsO	103
II.	(drohende) Zahlungsunfähigkeit §§ 17, 18 InsO	105
III.	Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung des § 64 S.3 GmbHG	106

IV.	Ergebnisse	110
§ 7	Das Recht der Gesellschafterdarlehen im Konzern	111
I.	Der Adressatenkreis des Rechts der Gesellschafterdarlehen im Konzern	112
II.	Die Problematik des Cash-Pool-Systems	115
III.	Gesellschafterdarlehen im Vertragskonzern	118
IV.	Gesellschafterdarlehen im faktischen Konzern	120
V.	Ergebnisse	121
§ 8	Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Teils	122
Zweiter Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in den USA		
		127
§ 9	Ausgangslage	127
I.	Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutzinstrumente	127
II.	Überblick über Entwicklung und Rechtslage	135
III.	Ergebnisse	146
§ 10	Legitimation und Funktion der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen	148
I.	Legitimation	148
II.	Funktion	149
III.	Ergebnisse	149
§ 11	Equitable Subordination (sec. 510 (c) Bankruptcy Code)	149
I.	Rechtsgrundlage	150
II.	Voraussetzungen der equitable subordination	150
III.	Personeller Anwendungsbereich	168
IV.	Nutzungsüberlassung	182
V.	Rechtsfolgen	183
VI.	Ergebnisse	188
§ 12	Recharacterization of debt as equity capital	190
I.	Rechtsgrundlage	190
II.	Voraussetzungen	192
III.	Rechtsfolgen	204
IV.	Bedeutung in der Rechtsprechung und Verbesserungsvorschläge im Schrifttum	206
V.	Ergebnisse	209
§ 13	Gesellschafterdarlehen im Rahmen der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe	210
I.	Balance Sheet Insolvency	211
II.	Equity Insolvency	212

III. Berücksichtigung im Rahmen einer Ausschüttungssperre für Geschäftsführer	213
§ 14 Konzernrecht	213
§ 15 Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils	214
Dritter Teil: Rechtsvergleich	219
§ 16 Konzeption und rechtliche Rahmenbedingungen	219
I. Ausgangslage	219
II. Finanzierungsfreiheit	220
III. Die Gläubigerschutzinstrumente Haftkapital und materielle Unterkapitalisierung	220
IV. Nominelle Unterkapitalisierung – Recht der Gesellschafterdarlehen	223
V. Ergebnisse	229
§ 17 Sachliche Voraussetzungen	230
I. Anwendungsbereich	230
II. Verständnis und Bedeutung der Frage des Vorliegens einer nominellen Unterkapitalisierung	232
III. Bestimmung der nominellen Unterkapitalisierung	233
IV. Zusätzliche Voraussetzung eines Missverhaltens des Gesellschafters	235
V. Folgen für den Gläubigerschutz	238
VI. Sonderregelung der Nutzungsüberlassung	239
VII. Ergebnisse	242
§ 18 Persönliche Voraussetzungen, Reichweite und Ausnahmen	244
I. Gesellschafterstellung	244
II. Directors und officers	245
III. Konzernsachverhalte	246
IV. Lender Liability – Kreditgeberhaftung	247
V. Folgen für den Gläubigerschutz	249
VI. Ergebnisse	251
§ 19 Rechtsfolgen	252
I. Nachrangigkeit	252
II. Insolvenzanfechtung	256
III. Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital	258
IV. Folgen für den Gläubigerschutz	259
V. Kritische Überlegungen zum Recht der Gesellschafterdarlehen ..	260
VI. Ergebnisse	262
§ 20 Berücksichtigung bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe	264
I. Überschuldung	264

II. Zahlungsunfähigkeit	265
III. Berücksichtigung im Rahmen einer Ausschüttungssperre für Geschäftsführer	265
§ 21 Konzernrecht	266
Vierter Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen	267
Abkürzungsverzeichnis	273
Literaturverzeichnis	277
Verzeichnis zitierter US-amerikanischer Entscheidungen	315
Sachregister	321

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	21
I.	Allgemeine Einführung	21
II.	Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	23
III.	Themenbegrenzung	25
IV.	Gang der Arbeit	25
	1. Erster Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland	26
	2. Zweiter Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in den USA	26
	3. Dritter Teil: Rechtsvergleich	27
	4. Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen	27
Erster Teil Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland		29
§ 2	Ausgangslage	29
I.	Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutzinstrumente im deutschen Gesellschaftsrecht	29
	1. Finanzierungsfreiheit	29
	2. Gläubigerschutzinstrumente	30
	a) Schaffung eines Haftkapitals	30
	(1) Kapitalaufbringung	30
	(2) Kapitalerhaltung	31
	(3) Funktion	32
	b) Schutz vor materieller Unterkapitalisierung	34
	c) Schutz bei Finanzierung durch Fremd- statt Eigenkapital – nominelle Unterkapitalisierung	37
II.	Überblick über Entwicklung und Rechtslage	39
	1. Rechtslage vor MoMiG	39
	a) Rechtsprechungsregeln	39
	b) Novellenregeln	40
	c) Wesentliche Unterschiede zwischen Rechtsprechungs- und Novellenregeln	41
	2. Änderungen durch das MoMiG – Überblick über die wesentlichen Neuerungen	42

III.	Ergebnisse	43
§ 3	Legitimation und Funktion des Rechts der Gesellschafterdarlehen	43
I.	Legitimation	44
1.	Begründungsansätze bis zur „BuM/WestLB“-Entscheidung des BGH	44
2.	Die Finanzierungs(folgen)verantwortung nach „BuM/WestLB“	44
3.	Begründungsansätze nach MoMiG	45
a)	Weitergeltung des Prinzips der Finanzierungsfolgenverantwortung	45
b)	Doppelstellung als Gesellschafter und Kreditgeber	46
c)	Prinzip der beschränkten Haftung	47
d)	Stellungnahme	47
II.	Funktion	49
III.	Ergebnisse	49
§ 4	Voraussetzungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen	50
I.	Tatbestandsmerkmale	50
1.	Art der Gesellschafterhilfe	50
a)	Gewährung eines Darlehens	51
b)	Gleichgestellte Forderungen	51
c)	Stehenlassen von Darlehen	53
d)	Austauschgeschäfte mit Gesellschaftern	53
e)	Gesellschafterbesicherte Darlehen	55
f)	Zusammenfassung der Ergebnisse	57
2.	Gesellschafter	58
a)	Erfasste Gesellschaften	58
(1)	Erfasste deutsche und europäische Gesellschaften	59
(2)	Anwendung auf Scheinauslandsgesellschaften	60
b)	Gesellschafterstellung	62
c)	Gleichgestellte Kreditgeber	63
d)	Nachträglicher Verlust der Gesellschafterstellung oder Abtretung der Darlehensforderung	65
e)	Zusammenfassung der Ergebnisse	66
II.	Nutzungsüberlassung	67
1.	Definition und Problematik einer Nutzungsüberlassung	68
2.	Rechtslage bis zum 31.10.2008	68
3.	Neue Rechtslage	69
a)	Verbot der Geltendmachung des Aussonderungsanspruchs	69
b)	Ausgleichsanspruch	70
(1)	Ausgleichsanspruch ist Masseanspruch	71

	(2) Berechnung des Ausgleichsanspruchs	71
	(3) Anknüpfungszeitpunkt für die Berechnung	71
	c) Sonderfragen und Problemkreise	72
	(1) Verhältnis zu §§ 103, 108 ff. InsO	73
	(a) Regelung der §§ 103 ff. InsO	73
	(b) Verhältnis zu § 135 Abs. 3 InsO	73
	(c) Folgen für den Einzelfall	75
	(2) Vorzeitige Nutzungsbeendigung	75
	(3) Nutzungsentgeltansprüche aus dem Zeitraum vor Insolvenzeröffnung	77
	4. Ergebnisse	77
III.	Ausnahmen	78
	1. Kleinbeteiligungsprivileg	79
	2. Sanierungsprivileg	81
	3. Zusammenfassung der Ergebnisse	83
IV.	Ergebnisse	84
§ 5	Rechtsfolgen des Rechts der Gesellschafterdarlehen	85
I.	Keine Rückzahlungssperre im Vorfeld der Insolvenz	86
II.	Nachrangigkeit	86
III.	Insolvenzanfechtung	87
	1. Die Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	87
	2. Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO als Einschränkung der Anfechtbarkeit	89
	3. Die Anfechtbarkeit von Sicherheiten nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO	90
	4. Die Anfechtbarkeit von gesellschafterbesicherten Drittdarlehen nach § 135 Abs. 2 InsO	91
	5. Die sog. Doppelbesicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter	92
	6. Ergebnisse	93
IV.	Kompensation möglicher Schutzlücken durch andere Instrumentarien	94
	1. § 133 Abs. 1 InsO	94
	2. § 133 Abs. 2 InsO	95
	3. Finanzplankredit	97
	4. Existenzvernichtungshaftung	98
	5. Ergebnisse	101
V.	Ergebnisse	101

§ 6	Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe sowie im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG	102
I.	Überschuldung § 19 InsO	103
II.	(drohende) Zahlungsunfähigkeit §§ 17, 18 InsO	105
III.	Gesellschafterdarlehen bei der Prüfung des § 64 S.3 GmbHG	106
	1. Auswirkung der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens auf die Zahlungsunfähigkeitsprüfung des § 64 S. 3 GmbHG ..	106
	2. Verbleibender Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG	108
IV.	Ergebnisse	110
§ 7	Das Recht der Gesellschafterdarlehen im Konzern	111
I.	Der Adressatenkreis des Rechts der Gesellschafterdarlehen im Konzern	112
	1. Rechtslage vor den Änderungen des MoMiG	112
	2. Rechtslage nach den Änderungen des MoMiG	113
II.	Die Problematik des Cash-Pool-Systems	115
	1. Der Begriff Cash Pooling	115
	2. Änderungen durch das MoMiG wegen unklarer Rechtslage	116
	3. Neue Problematik der Anfechtbarkeit im Rahmen des Cash Pooling	116
III.	Gesellschafterdarlehen im Vertragskonzern	118
IV.	Gesellschafterdarlehen im faktischen Konzern	120
V.	Ergebnisse	121
§ 8	Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Teils	122

Zweiter Teil: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in den USA

§ 9	Ausgangslage	127
I.	Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutzinstrumente	127
	1. Finanzierungsfreiheit	127
	2. Gläubigerschutzinstrumente	128
	a) Kein Haftkapital	128
	b) Haftungsdurchgriff – piercing the corporate veil – Schutz vor materieller Unterkapitalisierung	129
	(1) Allgemeines	129
	(2) Fallgruppen	130
	c) Schutz bei Finanzierung durch Fremd- statt Eigenkapital – nominelle Unterkapitalisierung	132
	d) Verhältnis von Durchgriffshaftung und Recht der Gesellschafterdarlehen	133
II.	Überblick über Entwicklung und Rechtslage	135

1. Rechtsprechung bis 1978	135
a) Equity-Befugnisse der amerikanischen Gerichte	135
b) Taylor v. Standard Gas & Electric Co.	136
c) Pepper v. Litton	138
d) Comstock v. Group of Institutional Investors	139
e) In re Mobile Steel	140
2. Bankruptcy Code von 1978	142
a) Doctrine of equitable subordination	142
b) Doctrine of recharacterization of debt as equity capital	144
c) Verhältnis der Rechtsfiguren	145
III. Ergebnisse	146
§ 10 Legitimation und Funktion der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen	148
I. Legitimation	148
II. Funktion	149
III. Ergebnisse	149
§ 11 Equitable Subordination (sec. 510 (c) Bankruptcy Code)	149
I. Rechtsgrundlage	150
II. Voraussetzungen der equitable subordination	150
1. Mobile Steel Test	151
a) 1. Teil: Inequitable Conduct	152
(1) Undercapitalization	152
(a) Nominelle Unterkapitalisierung	153
(b) Zusätzliche Voraussetzung eines Missverhaltens ...	155
(2) Fraud, Illegality, Breach of Fiduciary Duty	156
(a) Fraud	156
(b) Illegality	157
(c) Breach of Fiduciary Duty	158
(3) Use of Debtor as Alter Ego or Instrumentality	158
b) 2. Teil: Nachteil für die Gläubiger oder Vorteil für den Gesellschafter	159
(1) Nachteil für die Gläubiger	160
(2) Vorteil für den Gesellschafter	161
(3) Ausgleich des Nachteils/Vorteils	161
(4) Relevanz dieser Voraussetzung in den Entscheidungen	161
c) 3. Teil: Übereinstimmung mit dem Insolvenzrecht	162
2. Verzicht auf die Voraussetzung des inequitable conduct?	162
a) Darstellung der Entscheidungen	163
(1) In re Virtual Network Services	163
(2) In re Vitreous Steel Products	164

b) Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidungen	165
3. Ergebnisse	167
III. Personeller Anwendungsbereich	168
1. Erfasste Gesellschaften	169
2. Voraussetzung des Bankruptcy Code:	
insider sec. 101 (31) B.C.	169
a) Gesellschafter	170
b) Directors und Officers	172
c) Konzernsachverhalte	173
3. Lender Liability – Kreditgeberhaftung	173
a) Begründungsansätze für eine Kreditgeberhaftung	174
b) Voraussetzungen und Fallgruppen der Lender Liability	175
(1) Unmittelbare Einflussnahme	176
(a) Einzelne Unternehmensentscheidungen vs.	
„day-to-day business affairs“	176
(b) Ausnutzung der Verhandlungsmacht:	
In re W.T. Grant Company	177
(c) Einflussnahme aufgrund vertraglicher	
Vereinbarung: In re T.E. Mercer Trucking	
Company	178
(2) Mittelbare Einflussnahme	178
(3) In re Yellowstone	179
(4) Unterkapitalisierung	181
4. Ergebnisse	181
IV. Nutzungsüberlassung	182
V. Rechtsfolgen	183
1. Änderung der Rangfolge	183
2. Rechtsstellung als Gläubiger nicht betroffen	184
3. Insolvenzanfechtung	185
a) Preferences, sec. 547 (b), (c) B.C.	185
b) Fraudulent Conveyances, sec. 548 B.C.	187
4. Ergebnisse	187
VI. Ergebnisse	188
§ 12 Recharacterization of debt as equity capital	190
I. Rechtsgrundlage	190
II. Voraussetzungen	192
1. Die drei Kategorien aus In re Cold Harbor	192
a) The Formality of the Alleged Loan Agreement	193
b) The Financial Situation of the Company	193
c) The Relationship Between the Creditor and the Debtor	194

2.	Der 11-factor test aus In re AutoStyle Plastics	194
a)	Names Given to the Instruments	195
b)	Presence or Absence of a Fixed Maturity Date and Schedule of Payments	195
c)	Presence or Absence of a Fixed Rate of Interest and Interest Payments	195
d)	Source of Repayment	196
e)	Adequacy or Inadequacy of Capitalization	196
f)	Identity of Interest Between the Creditor and the Stockholder	196
g)	Security for the Advances	197
h)	Corporation's Ability to Obtain Outside Financing	197
i)	Extent to Which Advances Were Subordinated to Claims of Outside Creditors	197
j)	Extent to Which Advances Were Used to Acquire Capital Assets	198
k)	Presence or Absence of a Sinking Fund to Provide Repayments	198
l)	Zusammenfassung	198
3.	Keine Voraussetzung eines inequitable conduct	199
4.	Verdeutlichung der Unsicherheiten anhand zweier aktueller Entscheidungen	200
a)	Dornier Aviation	200
b)	SubMicron Systems	201
c)	Schlussfolgerung	202
5.	Persönliche Voraussetzungen	203
a)	Allgemeine Anwendbarkeit	203
b)	Insiderstellung	203
c)	Lender Liability	204
III.	Rechtsfolgen	204
1.	Zurechnung des Darlehens zum Haftkapital	205
2.	Insolvenzanfechtung	205
3.	Verlust der Gläubigerrechte	206
IV.	Bedeutung in der Rechtsprechung und Verbesserungsvorschläge im Schrifttum	206
1.	Bedeutung in der Rechtsprechung	206
2.	Verbesserungsvorschläge im Schrifttum	208
V.	Ergebnisse	209

§ 13	Gesellschafterdarlehen im Rahmen der Prüfung der	
	Insolvenzeröffnungsgründe	210
	I. Balance Sheet Insolvency	211
	II. Equity Insolvency	212
	III. Berücksichtigung im Rahmen einer Ausschüttungssperre für Geschäftsführer	213
§ 14	Konzernrecht	213
§ 15	Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils	214
Dritter Teil: Rechtsvergleich		219
§ 16	Konzeption und rechtliche Rahmenbedingungen	219
	I. Ausgangslage	219
	II. Finanzierungsfreiheit	220
	III. Die Gläubigerschutzinstrumente Haftkapital und materielle Unterkapitalisierung	220
	1. Haftkapital: Regelungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung	221
	2. Schutz vor materieller Unterkapitalisierung	222
	IV. Nominelle Unterkapitalisierung – Recht der Gesellschafterdarlehen	223
	1. Entwicklung	223
	2. Verortung	225
	3. Offensichtliche Gemeinsamkeiten und wesentliche Unterschiede in den Haftungskonzepten	226
	4. Legitimation und Funktion	227
	a) Legitimation	227
	b) Funktion	228
	V. Ergebnisse	229
§ 17	Sachliche Voraussetzungen	230
	I. Anwendungsbereich	230
	II. Verständnis und Bedeutung der Frage des Vorliegens einer nominellen Unterkapitalisierung	232
	III. Bestimmung der nominellen Unterkapitalisierung	233
	IV. Zusätzliche Voraussetzung eines Missverhaltens des Gesellschafters	235
	V. Folgen für den Gläubigerschutz	238
	VI. Sonderregelung der Nutzungsüberlassung	239
	VII. Ergebnisse	242
§ 18	Persönliche Voraussetzungen, Reichweite und Ausnahmen	244
	I. Gesellschafterstellung	244

II.	Directors und officers	245
III.	Konzernsachverhalte	246
IV.	Lender Liability – Kreditgeberhaftung	247
V.	Folgen für den Gläubigerschutz	249
VI.	Ergebnisse	251
§ 19	Rechtsfolgen	252
I.	Nachrangigkeit	252
II.	Insolvenzanfechtung	256
III.	Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital	258
IV.	Folgen für den Gläubigerschutz	259
V.	Kritische Überlegungen zum Recht der Gesellschafterdarlehen ..	260
VI.	Ergebnisse	262
§ 20	Berücksichtigung bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe	264
I.	Überschuldung	264
II.	Zahlungsunfähigkeit	265
III.	Berücksichtigung im Rahmen einer Ausschüttungssperre für Geschäftsführer	265
§ 21	Konzernrecht	266
Vierter Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen		267
Abkürzungsverzeichnis		273
Literaturverzeichnis		277
Verzeichnis zitierter US-amerikanischer Entscheidungen		315
Sachregister		321