

(Vorläufige) Thesen

zum neuen Eigenkapitalersatzrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

I. Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen (§ 39 InsO)

1. Die Nachrangigkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gilt auch für Zinsen und sonstige Nebenleistungen.
2. Tritt der Gesellschafter die Forderung auf Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens an einen Dritten ab, kann auch dieser gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren teilnehmen (§ 404 BGB analog), wenn die Abtretung im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag erfolgte.
3. Scheidet ein Gesellschafter aus der GmbH aus und soll seine Kreditgeberstellung anlässlich des Ausscheidens beendet werden, ist unter dem Gesichtspunkt einer potentiellen Haftung bei nachfolgender Insolvenz der GmbH der Verkauf der Darlehensforderung an den Erwerber der Gesellschaftsanteile deutlich günstiger als die Rückzahlung des Darlehens an den Altgesellschafter kombiniert mit einer neuen Kreditgewährung durch den Neugesellschafter: Bei einem Verkauf der Darlehensforderung kommt eine Anfechtung gemäß § 135 Nr. 2 InsO gegenüber dem Altgesellschafter nicht in Betracht, während der ausscheidende Gesellschafter bei einer Rückzahlung des Darlehens auf Rückgewähr haftet, falls die GmbH innerhalb eines Jahres nach seinem Ausscheiden Insolvenzantrag stellt.
4. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf ein – ggf. fortbestehendes – Darlehensverhältnis zwischen dem Altgesellschafter und der Gesellschaft nur Anwendung, wenn das Ausscheiden im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag erfolgte.
5. Das Kleinbeteiligungsprivileg in § 39 Abs. 5 InsO schafft mit seinem Bezug auf eine 10 %ige Beteiligung am „Haftkapital“ Unsicherheiten der Anwendung bei deutschen oder ausländischen Gesellschaftsformen ohne Grund- oder Stammkapital.

II. Anfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 I InsO)

1. Die zeitliche Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit bei Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen auf ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag in § 135 I Nr. 2 InsO ist rechtspolitisch bedenklich, da sie Insolvenzverschleppungen fördert. Eine Frist von zwei Jahren wäre sinnvoll gewesen. Jedenfalls ist bei der Berechnung der Jahresfrist derjenige Zeitraum nicht zu berücksichtigen, während dessen die Geschäftsleitung ihre Insolvenzantragspflicht aus §§ 92 Abs. 2 AktG, 64 Abs. 1 GmbHG, 130a, 177a HGB, 99 Abs. 1 GenG verletzt (Rechtsgedanke des § 162 BGB).
2. Die Vorsatzanfechtung des § 133 InsO kommt bei Gesellschafterdarlehen neben § 135 InsO zur Anwendung.

III. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung (§ 135 III InsO)

1. Der Ausschluss des Aussonderungsanspruchs in § 135 III 1 InsO gilt auch dann, wenn das Unternehmen nicht durch den bisherigen Rechtsträger, sondern – nach einer „übertragenden Sanierung“ – durch einen Unternehmenserwerber fortgeführt werden soll.
2. Die gesetzliche Anknüpfung der Ausgleichpflicht aus § 135 III 2 InsO an die im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung – nicht: vor dem Insolvenzantrag (!) – geleistete Vergütung ist verfehlt, weil so die Zahlung oder Nichtzahlung der Vergütung im Eröffnungsverfahren sowie der durch den Insolvenzverwalter im Wege der geschickt geplanten Einreichung seines Gutachtens beeinflussbare Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung Einfluss auf den nach Verfahrenseröffnung geschuldeten Ausgleich erlangt.

IV. Gesellschaftersicherheiten (§ 44a InsO)

1. Die Regelung des § 44a Abs. 1 InsO nimmt – ebenso wie bisher § 32a Abs. 2 GmbHG – eine Zwitterstellung zwischen dem Grundsatz der Doppelberücksichtigung (§ 43 InsO) und dem Ausfallprinzip (§ 52 InsO) ein. Bei richtigem Verständnis der Norm trifft den Gläubiger nur die verfahrensmäßige Komponente des Ausfallprinzips, so dass er vorrangig auf die Verwertung der Gesellschaftersicherheit verwiesen wird und erst anschließend an der Verteilung des Gesellschaftsvermögens teilnehmen kann. Dagegen kommt die materielle Komponente des Ausfallprinzips – trotz des mit § 52 InsO übereinstimmenden Wortlauts – im Rahmen des § 44a Abs. 1 InsO nicht zur Anwendung, so dass die Quote auf die volle Forderung des Gläubigers berechnet wird, solange der Gläubiger nicht voll befriedigt ist.
2. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, findet § 44a Abs. 1 InsO auf eine – ggf. fortbestehende – Sicherheit des Altgesellschafters nur Anwendung, wenn das Ausscheiden im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag erfolgte.

V. Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften

Die Verlagerung des Eigenkapitalersatzrechts in die Insolvenzordnung erleichtert in gewissem Umfang die internationalprivatrechtliche Qualifizierung als Insolvenzrecht und damit – bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens (!) – die Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften gemäß Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2 Satz 1 der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO). Die kollisionsrechtliche Einordnung ist allerdings für die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit ihrer Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften im Grundsatz ohne Bedeutung. Selbst im Anwendungsbereich der EuInsVO ist die Anwendung deutschen Insolvenzrechts auf ausländische Gesellschaften am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen. Nach diesem Maßstab dürfte die Anwendung der Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen jedoch vor dem Europäischen Recht Bestand haben.