

Thesen

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

1. Befristung der Anfechtungsmöglichkeit

Die zeitliche Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit bei Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen auf ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag in § 135 Nr. 2 RefE-InsO ist rechtspolitisch bedenklich, da sie Insolvenzverschleppungen fördert. Eine Verlängerung der Frist auf zwei Jahre wäre sinnvoll. 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. Abtretung der Forderung und Austritt von Gesellschaftern

Anders als nach bisherigem Recht ist die Gesellschaftereigenschaft des Darlehensgebers im Zeitpunkt der Gewährung oder des Stehenlassens des Darlehens in der „Krise der Gesellschaft“ nicht mehr entscheidend. Ist die Forderung aus einem Gesellschafterdarlehen an einen Nichtgesellschafter abgetreten worden oder ist der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden, sind die insolvenzrechtlichen Regeln über Gesellschafterdarlehen nur anwendbar, wenn die Abtretung oder das Ausscheiden im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag erfolgte (Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 135 Nr. 2 RefE-InsO). Dies bedeutet im Einzelnen:

a) Tritt der Gesellschafter die Forderung auf Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens innerhalb der Jahresfrist an einen Dritten ab, kann auch dieser gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren teilnehmen. Bei Rückzahlung des Darlehens an den Dritten nach einer innerhalb der Jahresfrist erfolgenden Abtretung ist der Dritte der Anfechtung aus § 135 Nr. 2 RefE-InsO ausgesetzt. Die Darlehensforderung wird hingegen aus den Bindungen der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Nr. 2 RefE-InsO entlassen, wenn die Abtretung früher als ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag erfolgte.

b) Scheidet ein Gesellschafter innerhalb der Jahresfrist aus der Gesellschaft aus, findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO auf ein – ggf. fortbestehendes – Darlehensverhältnis zwischen dem Altgesellschafter und der Gesellschaft Anwendung. Bei Rückzahlung des Darlehens an den

innerhalb der Jahresfrist ausgetretenen Altgesellschafter ist dieser der Anfechtung aus § 135 Nr. 2 RefE-InsO ausgesetzt. Ferner findet beim Ausscheiden innerhalb der Jahresfrist § 44a Abs. 1 RefE-InsO auf eine – ggf. fortbestehende – Sicherheit des Altgesellschafters Anwendung. Die Darlehensforderung oder die gewährte Sicherheit werden hingegen aus den Bindungen der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a, 135 Nr. 2 RefE-InsO entlassen, wenn der Gesellschafter früher als ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

3. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung

Mit der Neuregelung des RefE-InsO entfällt die Rechtsgrundlage für die Rechtsfigur der „eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“:

a) Tatbestandlich lässt sich die Nutzungsüberlassung nicht allgemein als eine der Darlehensgewährung „wirtschaftlich entsprechende“ Rechtshandlung i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO mit der Folge eines allgemeinen Nachrangs der aus dem Miet-/Pachtverhältnis entstehenden Forderungen einordnen. Ein Nachrang von Miet-/Pachtzinsforderungen ist nicht begründbar, wenn das Gesetz nicht gleichzeitig auch bei Vorleistungen aufgrund sonstiger Verträge (z.B. Kauf-, Werk- oder Dienstverträge) den Nachrang der Gesellschafterforderung anordnet. Nachrangig i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO werden Forderungen aus allen derartigen Verträgen erst, wenn der Gesellschafter sie der Gesellschaft stundet.

b) Auf der Rechtsfolgenseite lässt sich jedenfalls die bisher dem § 32a Abs. 3 GmbHG entnommene Pflicht des Gesellschafters, dem Insolvenzverwalter das Grundstück für die Zwecke des Insolvenzverfahrens für die vereinbarte oder für die – im Falle der Vereinbarung einer nicht hinnehmbar kurzen Frist – übliche Zeit zu überlassen, nicht aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO entnehmen. Zum einen existiert ein „Abzugsverbot“ in der Krise, hinsichtlich dessen der BGH die Vergleichbarkeit von Darlehensgewährung und Nutzungsüberlassung begründet hat, im neuen Recht nicht mehr. Zum anderen regelt § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO nur den Nachrang von Insolvenzforderungen und eine solche Forderung gibt es hinsichtlich der weiteren Nutzung nicht. Auf das Aussonderungsrecht des vermietenden Gesellschafters (§ 47 InsO) ist die Vorschrift nicht anwendbar. In der Folge ist auch die an § 39 Abs. 1 Nr. 5 RefE-InsO anknüpfende Regelung des § 135 RefE-InsO unanwendbar.

4. Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivileg

a) Die Neufassung des Sanierungsprivilegs in § 39 Abs. 4 Satz 2 RefE-InsO erscheint wenig sanierungsfreundlich. Die Beschränkung auf einen Anteilserwerb „bei drohender Zahlungsunfähigkeit“ privilegiert keine frühzeitigen Sanierungsmaßnahmen. Umgekehrt greift das Ende der Privilegierung bei „Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit“ zu früh ein.

b) Das Kleinbeteiligungsprivileg in § 39 Abs. 5 RefE-InsO schafft mit seinem Bezug auf eine 10 %ige Beteiligung am „Haftkapital“ Unsicherheiten der Anwendung bei deutschen oder ausländischen Gesellschaftsformen ohne Grund- oder Stammkapital.

5. Gesellschaftersicherheiten

Die Regelung des § 44a Abs. 1 RefE-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 RefE-InsO nicht zur Anwendung, so dass die Quote auf die volle Forderung des Gläubigers berechnet wird, solange der Gläubiger nicht voll befriedigt ist.

6. 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 der 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.