

Rangrücktritt im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen von Martin Wilhelm

Thesenpapier:

1. Das Prinzipal/Agenten Modell lässt sich erkenntnisgewinnend auf die Gesellschafterdarlehens-Problematik anwenden. Ein Prinzipal/Agenten Verhältnis zwischen kreditgewährendem Gesellschafter bzw. kreditannehmender Geschäftsleitung (Agenten) und außenstehenden Gläubigern (Prinzipal) liegt insofern vor, als sowohl eine faktische Abhängigkeit und Informationsschranken des Prinzipals als auch ein Interessenkonflikt der Parteien besteht. Letzterer ergibt sich prinzipiell daraus, dass der kreditgewährende Gesellschafter bei fast verzehrtem Eigenkapital der Gesellschaft einem Anreiz unterliegt, risikoreiche Projekte zu verfolgen.
2. Der natürlichen Risikoabneigung der Geschäftsleitung (Reputationsverlust bei etwaiger Insolvenz und geringere Risikodiversifizierung als Streubesitzaktionäre) wirkt eine konzentrierte Besitzstruktur entgegen. Im Gegensatz zu Gesellschaften mit Streubesitz unterliegen Gesellschafter bei konzentriertem Besitz geringeren Koordinierungs-Kosten. Mithin steigt die Fähigkeit der Gesellschafter ihre Interessen der Geschäftsleitung aufzuerlegen.
3. Allerdings wird der Interessenkonflikt dadurch gemildert, dass der kreditgewährende Gesellschafter (auch) einen Gläubiger-Anspruch gegen die Gesellschaft hat. Wäre der kreditgewährende Gesellschafter risikoneutral, bestünde keine Gefährdung für das Gläubigerkollektiv; ein gesetzlicher Eingriff wäre mithin redundant.
4. Einem Risikoanreiz unterliegt der kreditgewährende Gesellschafter nichtsdestotrotz. Dieser ergibt sich aus seiner Doppelrolle. Denn er empfängt weiterhin (auch das Aufwärtspotential) der Geschäftsführung in der Krise. Sein Informationsvorsprung gegenüber Fremdgäubiger führt rechtsökonomisch zu einem *moral-hazard*-Problem.
5. Der Risikoanreiz des kreditgewährenden Gesellschafters ist jedoch nicht konstant. Vielmehr hängt dieser von dem Verhältnis seiner Fremd- /Eigenkapitalbeteiligung nach der Kreditgewährung und der Sanierungswürdigkeit der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Kreditgewährung ab.
6. Risikoneutral wäre der kreditgewährende Gesellschafter bei noch hinreichendem Eigenkapital. Ausnahmslos risikofreudig wäre er hingegen bei voll werthaltiger Besicherung des Darlehens.
7. Neben dem Vorliegen eines Risikoanreizes des kreditgewährenden Gesellschafters lässt sich die Gefährdung für Fremdgäubiger auch an der Qualität der verfolgten Projekte messen. Hier kommt es darauf an, ob ein Projekt zum Zeitpunkt der Kreditgewährung unternehmenswertsteigernd und zumutbar risikoreich wäre.
8. Beide herausgearbeiteten Kriterien sind für die Ernsthaftigkeit der Gesellschafterkredite aussagekräftig.
9. Die *pauschale* Rückstufung von Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist zweckwidrig. Das folgt daraus, dass der Ansatz auch dann für den Agenten (kreditgewährender Gesellschafter/Geschäftsführer) einen Gegenanreiz generiert, wenn dies für den Prinzipal (Gläubigerkollektiv) gar nicht erforderlich ist. Das verursacht (auch) auf Gläubiger negativ auswirkende Effekte, nämlich die Entmutigung sich auf unternehmenswertsteigernde vorinsolvenzliche Sanierungen einzulassen, auch, wenn diese geboten wären.
10. Auch das Sanierungsprivileg gemäß § 39 Abs. 4 S. 2 InsO rettet die grundsätzliche Zweckwidrigkeit der Subordinierung *de lege lata* nicht.
11. Die alternative Legitimationsgrundlage, sämtliche Gesellschafterdarlehen seien als Risikokapital einzustufen, trägt dieser Differenzierung nicht Rechnung. Daher ist die im vorliegenden Beitrag entwickelte Begründung vorzuziehen.

12. Aufgrund der Unbestimmtheit der herausgearbeiteten Kriterien wäre ein auf sie gefußter Tatbestand unangemessen. Ein weiter gefasster Wertungsmaßstab ex post wäre zu bevorzugen, zumal dieser die nötige Differenzierung von gläubigerschädigende und – fördernde Gesellschafterdarlehen zulässt.
13. Allerdings sieht die Einführung der bereits vorgeschlagenen Geschäftsleiterhaftung für sorgfaltswidrige Geschäftsfortführung sich zwei Problemen ausgesetzt. Zum einen die mögliche Erzeugung von Rechtsunsicherheit durch die Schwierigkeit der Herausbildung von Verhaltensmaßstäben für sorgfaltsmäßiges Handeln der Geschäftsleiter in der Krise; und zum anderen, angesichts des Fehlens von überwältigender Kritik am Recht der Gesellschafterdarlehens, die Unwahrscheinlichkeit einer weiteren Reform.