

Veröffentlichungen des Instituts  
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,  
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht  
der Freien Universität Berlin

46

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Julia Gerzen

## Das Recht der Gesellschafter- Fremdkapitalfinanzierung

Rechtsvergleichende Analyse der Behandlung  
von Gesellschafterdarlehen vor und in der Insolvenz  
der GmbH nach deutschem und russischem Recht

# Einleitung

Die Dynamik des Wirtschaftsrechts ist bemerkenswert. Kaum ein anderes Rechtsgebiet wird durch die auffallende wirtschaftliche Entwicklung und den Praxisbezug so beeinflusst, wie das Wirtschaftsrecht. Geprägt vom steigenden Wirtschaftswachstum, zunehmender vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten immer erfinderisch werdender Unternehmer in der Unternehmenspraxis und der Offenheit internationaler Märkte, ist das Gesellschaftsrecht ständigen Veränderungen und Ausdifferenzierungen ausgesetzt und steht im Mittelpunkt des Wirtschaftslebens.

Und kaum ein anderes Land passt aufgrund seiner Historie und Einzigartigkeit in diesen kontinuierlichen Entwicklungsprozess wie Russland. Die unendliche Bandbreite vielseitiger lukrativer Geschäftschancen dieses Landes ist eine unwiderstehliche Verlockung für viele ausländische Investoren, nicht nur die neuen jungen Märkte zu erforschen, aber auch sich an den konservativen Märkten der Automobil- und Rohstoffindustrie zu beteiligen und ihre Geschäftsideen zu verwirklichen. Grund genug, den jüngsten Entwicklungen erneut auf die Spur zu kommen.

## A. Anlass der Arbeit und Problemstellung

Durch das am 01. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber nach mehr als 30 Jahren nahezu unveränderten GmbH-Rechts die Notwendigkeit einer Reform erkannt und diese umgesetzt.

Seit dem Inkrafttreten des GmbHG am 20.04.1892 unterlag das GmbH-Recht bis zur „Großen Reform“ im Jahre 2008 insgesamt 40 Änderungen. Doch trotz der zahlreichen Versuche das GmbH-Recht der realen wirtschaftlichen Entwicklung in Deutschland und Europa anzupassen, insbesondere sie insolvenzsicherer zu machen, den Gläubigerschutz zu erhöhen und sie damit im Allgemeinen attraktiver zu gestalten, können die vorgenommenen Änderungen einschließlich

---

1 Gesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I. 2026), in Kraft getreten am 1.11.2008.

der sog. „kleinen GmbH-Reform“<sup>2</sup> aus dem Jahr 1980 kaum als „Reformen“ betrachten werden<sup>3</sup>. Immer wieder war die Rechtsprechung gezwungen, gesetzliche Schutzlücken zu schließen und den zahlreichen Umgehungen des Gesetzes entgegenzuwirken. Dies führte schließlich dazu, dass im Rahmen der kleinen GmbH-Novelle 1980 einzelne richterliche Fortentwicklungen des GmbH-Rechts zwar nachträglich in das Gesetz aufgenommen wurden<sup>4</sup>. Im Großen und Ganzen hat sich der Gesetzgeber jedoch mit nennenswerten Veränderungen des GmbHG zurückgehalten.

Auch einige nachträglich kodifizierte Regelungen erwiesen sich als ein missglückter Versuch, das GmbH-Recht entsprechend den Erfordernissen des Wirtschaftslebens zu regeln. Dies betrifft insbesondere eines der entscheidenden Regelungskomplexe im Recht der Kapitalgesellschaften im Bereich der Unternehmensfinanzierung, nämlich das Eigenkapitalersatzrecht, das im Widerspruch zu den bereits vielfach ergangenen Urteilen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ins Gesetz aufgenommen wurde<sup>5</sup>. Nicht nur, dass aufgrund der zunehmenden Komplexität dieser Kapitalmaßnahme die ergangene Rechtsprechung des BGH für die Praxis allmählich unübersehbare Ausmaße eingenommen hat und die Rechtsberatung erschwerte, auch vermochte die langersehnte Kodifizierung dieses Regelungskomplexes in §§ 32 a, b GmbHG, § 32 a KO (späterer § 135 InsO) und § 3 b AnfG (späterer § 6 AnfG)<sup>6</sup> keine Richtigstellung und erkennbare Besserung zu gewähren. Als Konsequenz „verweigerte die Rechtsprechung<sup>7</sup> dieser Fehlleistung des Gesetzgebers die Gefolgschaft“<sup>8</sup>, so dass auch weiterhin die

---

2 Gesetz zur Änderung des GmbHG und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980, BGBl. I, 836 – GmbH-Novelle 1980; für einen Überblick über die GmbH-Novelle 1980 s. Mosthaf, Die Reformen des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

3 Leistikow, Das neue GmbH-Recht, Rdn. 1.

4 Bayer/Koch, Bayer, Das neue GmbH-Recht, S. 5.

5 Vgl. Bayer/Koch, Bayer, Das neue GmbH-Recht, S 5, der sogar von einem missglückten Fehlgriff spricht.

6 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 Abs. 3, § 37 Abs. 4.

7 Grundlagenentscheidung des BGH, sog. „Nutzfahrzeug“-Urteil v. 26.03.1984, BGHZ 90, 370, 380. Hierzu führte der BGH aus, dass es „mit dem Gläubigerschutz unvereinbar wäre, die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze fortan nicht mehr anzuwenden, ohne dass die neuen Vorschriften einen gleichwertigen Gläubigerschutz bieten“.

8 Unter großer Zustimmung der Literatur: Bayer/Koch, Das neue GmbH-Recht, S. 5; K. Schmidt, JZ, 1984, 880, 881 mit durchaus passenden Worten „lex mala posterior non derogat bonae priori“; Hommelhoff, ZGR 1988, 460, 461; Seidl, ZGR 1988,

Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts der Rechtsprechung überlassen werden musste.

Auf die Bitte der Justizminister der Bundesländer am 14.11.2002 an das Bundesministerium der Justiz, die Reformbedürftigkeit der GmbH zu prüfen, ergaben die vom Bundesministerium der Justiz eingeholten Studien und Reformvorschläge aus Justiz, Wissenschaft und Praxis, dass eine umfassende Änderung, vor allem im Hinblick auf die in der Wirtschaft betriebenen missbräuchlichen Verwendungen der GmbH unumgänglich ist<sup>9</sup>. Diese Reformbedürftigkeit wurde auch durch die vom Europäischen Gerichtshof zur Niederlassungsfreiheit<sup>10</sup> ergangene Rechtsprechung<sup>11</sup> in Sachen *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* bekräftigt. Der EuGH hat im Interesse der grundfreiheitlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit entschieden, dass alle in den Mitgliedstaaten ordnungsgemäß gegründeten Gesellschaften auch in Deutschland dann rechtsfähig sind, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Gründungsstaat aufgeben und nach Deutschland verlegen. Dieser Sinneswandel von der in Deutschland herrschenden Sitztheorie zur der vom EuGH befürworteten Gründungstheorie war der Auslöser dafür, dass die deutsche GmbH in einen starken Wettbewerb mit den europäischen Gesellschaftsformen, die in den Mitgliedstaaten weitaus leichtere Gründungsanforderungen genießen, getreten war<sup>12</sup> und es zu befürchten war, dass sie diesem Druck – bei unveränderten Rahmenbedingungen für die deutschen Gründer – nicht mehr lange standhalten können würde.

---

296, 312 zur Rechtmäßigkeit rechtsfortbildender Entscheidungen des BGH in Gesellschaftsrecht.

- 9 Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 1, Rdn. 1; Seibert, ZIP 2006, 1157 (1157).
- 10 Gem. Art. 43 S. 1 EG sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Und gem. Art. 48 S. 1 EG stehen für die Anwendung dieses Kapitels die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.
- 11 EuGH v. 27.09.1988, Rs. C-81/87 (*Daily Mail*) in NJW 1989, 2186; EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*) in NJW 1999, 2027; EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*) in NJW 2002, 3614; EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) in NJW 2003, 3331.
- 12 Vgl. Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 1, Rdn. 2; Birkendahl, Reform des GmbH-Rechts, S. 20; Geyrhalter/Gänßler, DStR 2003, 2167 (2167).

Damit wurden die ersten Meilensteine in Richtung einer großen GmbH-Novelle gelegt. Nach nunmehr sechs Jahren andauernden Beratungs- und Diskussionsprozesses ist das Reformverfahren abgeschlossen. Das Ergebnis ist ein modernisiertes und dereguliertes GmbH-Recht, das in vielen Aspekten teils neue, teils überarbeitete Regelungen<sup>13</sup> erfahren hat, das der Konkurrenz gegenüber einer GmbH ähnlich ausgestalteten Gesellschaften der Mitgliedstaaten standzuhalten verspricht und die Attraktivität gegenüber ausländischen Rechtsformen steigern soll. Eines der größten Bestandteile des MoMiG nahm im Bereich der Unternehmensfinanzierung die Gewährung des Fremdkapitals durch die Gesellschafter – das allseits bekannte Eigenkapitalersatzrecht – ein.

Aus diesem Anlass soll mit der vorliegenden Arbeit untersucht werden, welche Änderungen das Recht des Eigenkapitalersatzes durch das MoMiG erfahren hat und wie die Ausstattung der Gesellschaft mit Fremdkapital – sei es in Zeiten der Krise oder früher – in Russland gehandhabt wird. Aus der Sicht des deutschen Rechts spielt die Neuregelung des Kapitalersatzrechts vor allem zur Schaffung klarstellender Regelungen in der Praxis eine wichtige Rolle. Die Klarstellung durch die langersehnte GmbH-Reform war insbesondere vor dem Hintergrund, dass die vorherigen Gesetzesregelungen den einschlägigen BGH-Urteilen nicht immer entsprachen und für viel Verwirrung sorgten, unumgänglich.

Der Vergleich mit dem russischen Recht soll deutschen Unternehmen, die sich in Form von Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen zunehmend am russischen Markt beteiligen möchten, einen umfassenden und lohnenswerten Einblick in das russische Recht des Eigenkapitalersatzes gewähren. Dadurch soll ihnen die Möglichkeit gegeben werden, auf dem teils noch sehr unregulierten Bereich im Recht der Kapitalgesellschaften, abschätzen zu können, inwieweit Gesellschafterleistungen in der Insolvenz der Gesellschaft im Interesse des Gläubigerschutzes gebunden werden.

Die Darstellung des russischen Rechts im unmittelbaren Vergleich zum deutschen Recht der Gesellschafterfinanzierung soll auch einen inspirierenden Charakter einnehmen. Aus der Sicht des russischen Rechts spielt die judikative und legislative Entwicklung in Deutschland auch für die Rechtsentwicklung in Russland eine wichtige Rolle. Führt man sich die geschichtliche Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts vor Augen, so kann man konstatieren, dass während

---

13 Die Reform betraf die Gründungserleichterung und -beschleunigung, die Kapitalaufbringung und das Kapitalersatzrecht, den gutgläubigen Erwerb von Anteilen, die Geschäftsführerhaftung, die Insolvenzantragspflicht und die Insolvenzanfechtung, die sog. Bestattungsfälle sowie die sprachliche Modernisierung, vgl. Begründung zum MoMiG, NZG 2008, Beilage, S. 15.

das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht seinen Ursprung bereits im 19. Jahrhundert hatte<sup>14</sup> und die GmbH als deutsche Rechtsform bereits 1892 vom deutschen Gesetzgeber ohne ein geschichtliches Vorbild neu geschaffen wurde<sup>15</sup>, das russische Gesellschaftsrecht dagegen als ein in die deutschen Stapfen tretender junger Stern am kapitalgesellschaftsrechtlichen Himmel betrachtet werden kann. In seiner Struktur und im Regelungsbereich wird erkennbar, dass Deutschland bei der Ausgestaltung des russischen Gesellschaftsrechts eine Vorbildfunktion innehatte und es ist zu erwarten, dass auch die Neuregelungen des deutschen Gesellschaftsrechts für die Entwicklung des russischen Rechts in den kommenden Jahren ebenfalls wegweisend sein werden.

## **B. Der Russlandbezug**

Seit dem Zerfall der Sowjetunion hat die Russische Föderation ihre Rechtsordnung neu gestaltet. Das Ziel war unter anderem, das Land für ausländische Investitionen interessanter und attraktiver zu machen und die rechtlichen Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten für ein ausländisches Engagement dementsprechend zu verbessern.

Noch vor 20 Jahren, während der Sowjetunion, gehörte in Russland alles dem Staat. Nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion kam die große Wende. Russland ist zwar von der Planwirtschaft auf die Marktwirtschaft umgestiegen. Doch der Zustand der Technik und der Technologie entsprach weiterhin nicht der „modernen“ und innovativen westlichen Welt.

Die nach der Sowjetunion entstandene Russische Föderation war von Anfang an bestrebt, diesen Zustand zu verändern und die wirtschaftliche Entwicklung voranzutreiben und an das westliche Niveau anzupassen. Dies benötigte aber zum einen das entsprechende Know-how und zum anderen Investitionen, insbesondere ausländische Investitionen.

In Europa ist Deutschland das führende Technologieland und bereits seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts der bedeutendste Handelspartner Russlands<sup>16</sup>. Allein aufgrund der Entwicklung des internationalen Rohstoffmarktes

---

14 Zur Geschichte der Gesellschaftsrechtswissenschaft, wie sie heute verstanden wird, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 3 IV 1.

15 Baumbach/Hueck, Hueck/Fastrich, GmbHG, Einl., Rdn. 18; Münch. Hdb. GesR III, Grziwotz, § 1, Rdn. 3.

16 Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation, Repräsentanz in der Bundesrepublik Deutschland, Beitrag zum russischen Wirtschaftsrecht für ausländische Investoren, S. 1.

ist Russland ein investitionsreiches Land. Viele deutsche Unternehmen sind aber auch bereit, in die neuen – außerhalb der Rohstoffbranche liegenden – Märkte zu expandieren und zu investieren. Insbesondere seit Inkrafttreten des neuen Auslandsinvestitionsgesetzes im Jahr 1999 (AusInvG)<sup>17</sup> ist Russland aufgrund der verbesserten und investitionsfreundlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die ausländischen Investitionen offener geworden<sup>18</sup>.

Aufgrund einer positiven und dynamischen Entwicklung der deutsch-russischen Beziehungen ist das gegenseitige Interesse an einer bilateralen Zusammenarbeit in letzter Zeit immer aktueller geworden. Russland sieht in Deutschland einen führenden und wirtschaftlich seinen wichtigsten Partner<sup>19</sup>. Für Deutschland ist Russland nicht nur in kultureller oder gesellschaftlicher Hinsicht, sondern vor allem aufgrund zahlreicher Rohstoffe und des großen Marktes ein spannendes Land. Doch damit der russische Markt für deutsche Unternehmen seine Attraktivität nicht verliert und damit die Präsenz deutscher Unternehmen in Russland auch weiterhin ansteigt, sind die Investoren in erster Linie daran interessiert, ihre Investitionen von der russischen Gesetzgebung als gesichert anzusehen<sup>20</sup>.

Aus diesen Gründen und aufgrund unterschiedlicher, voneinander abweichender Rechtslagen und Rechtumsetzungen in Deutschland und Russland,

---

17 Gesetz „Über ausländische Investitionen in der Russischen Föderation“, vom Präsidenten unterzeichnet am 9.7.1999 und in Kraft getreten am 14.7.1999; löste das alte Auslandsinvestitionsgesetz vom 4.7.1991 ab.

18 Vgl. Schwarz, Investieren in Russland, S. 47. Zwar schreibt Art. 2 I ZGB für ausländische natürliche und juristische Personen die gleichen Rechte und Pflichten vor wie auch für die russischen Rechtssubjekte. Indes gibt es eine Reihe von Rechtsvorschriften, die für ausländische Unternehmen weitergehende und teilweise schärfere Bestimmungen als für inländische Subjekte vorsehen. Dies betrifft etwa das Gesetz über private Detekteien und Sicherheitsdienste, Gesetz über das Versicherungswesen und den Goldhandel; vgl. Arzinger/Galander, Russisches Wirtschaftsrecht, S. 10. Aus diesen Gründen sollte das im Jahr 1991 erstmals geschaffene und im Jahr 1999 reformierte Gesetz über ausländische Investitionen in der Russischen Föderation (AusInvG) den Ausländern mehr Freiheit und gewisse Rechtsgarantien geben, in dem der Schutzbereich des AusInvG grundsätzlich alle Kapitalanlagen umfassen soll, die von ausländischen Investoren in Russland getätigt werden.

19 Auswärtiges Amt zu deutsch-russischen Beziehungen, abrufbar unter: <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Laenderinformationen/RussischeFoederation/Bilateral.html>, Stand 20.01.2010.

20 Vgl. Sevillano, WiRO 2000, 337 (337), der zu Recht vermerkt, dass das zur Entwicklung der russischen Wirtschaft bereit gestellte Kapital weiterer Sicherungen bedarf, um als investitionssicher angesehen werden zu können.

besteht seitens deutscher Unternehmen, die am russischen Markt in irgendeiner Form partizipieren, ein beachtliches Interesse, einen Überblick über die russische Rechtslage zu bekommen. Daher ist es zum Zwecke einer erfolgreichen deutsch-russischen Beziehung notwendig und auch wünschenswert, durch einen Vergleich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Vor- und Nachteile beider Rechtsordnungen im Bereich der Unternehmensfinanzierung durch Gewährung des Fremdkapitals durch die Gesellschafter aufzuzeigen.

### **C. Historischer Überblick über das russische GmbH-Recht in einer Gegenüberstellung zum deutschen Recht**

Während das deutsche GmbH-Recht in den 80er Jahren bereits einige Änderungen erfahren hat, wurden in der damaligen Sowjetunion erstmalig 1990 vorläufige GmbH-Regelungen<sup>21</sup> erlassen<sup>22</sup>. Betrachtet man die endgültigen Regelungen von 1998<sup>23</sup>, so wird umso deutlicher, dass – von einzelnen Ausnahmen abgesehen – das russische GmbH-Recht in seinem Aufbau und System das deutsche GmbH-Modell übernommen hat<sup>24</sup>. Damit ist nach mehr als 100 Jahren nach Inkrafttreten des ersten GmbHG im Jahre 1892 in Deutschland auch in Russland 1998 ein GmbHG(R)<sup>25</sup> entstanden. Doch trotz dieser Errungenschaft ist aus systematischen Gesichtspunkten noch zu berücksichtigen, dass sich neben dem eigenständigen russischen GmbHG weiterhin Regelungen zum GmbH-Recht auch in Artt. 87–94 des Zivilgesetzbuches wiederfinden, die bereits 1994 eingeführt wurden<sup>26</sup> und in denen die meisten Vorschriften auf die Regeln des

---

21 Im Gesetz über Unternehmen und Unternehmenstätigkeiten in der Russischen Föderativen Unionsrepublik vom 25.12.1990, wobei es zu dieser Zeit kein eigenständiges GmbH-Gesetz existierte, sondern die GmbH lediglich in der Unionsverordnung Nr. 590 „Über Aktiengesellschaften mit beschränkter Haftung“ vom 19.06.1990 und in den Art. 87–94 des ersten Teils des ZGB geregelt wurde, vgl. Micheler, WiRO 1998, 161, (161); vgl. a. Klemm, Die Entwicklung des russischen Rechts der Kapitalgesellschaften, S. 75 ff., 92 ff.

22 Lutter, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 49, 54; Lutter, GmbHR 2005, 1 (1).

23 Schwarz/Balayan, WiRO 1998, 251, (251); deutsche Fassung des russischen GmbHG in WiRO 1998, 252 ff; Knaul/Heeg, WiRO 1998, 153, 154; Micheler, WiRO 1998, 161, (161).

24 Lutter, GmbHG 2005, 1, 2.

25 Am 1.3.1998 ist das neue russische Föderationsgesetz Nr. 14-FZ über Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Kraft getreten.

26 Angenommen von der staatlichen Duma am 21.10.1994 und in Kraft gesetzt durch Beschluss des Präsidenten der RF vom 30.11.1994.

GmbHG verweisen<sup>27</sup>. Und wie der Zufall so will, so wurde pünktlich zu der erfolgreichen GmbH-Reform in Deutschland im Jahr 2008 auch in Russland die langersehnte GmbH-Novelle im selben Jahr verabschiedet<sup>28</sup>.

Das junge russische GmbH-Recht spiegelt sich auch in der Anzahl der in Russland registrierten GmbHs im Vergleich zu Deutschland wieder. Die GmbH ist nicht nur die erfolgreichste, sondern auch die beliebteste Rechtsform des deutschen Unternehmensrechts<sup>29</sup>. Die Zahl der GmbHs in der Bundesrepublik Deutschland steigt kontinuierlich. Während der Bestand von GmbHs im Jahr 1992 noch etwa 500.000<sup>30</sup> betrug und im Jahr 2006 auf etwa 970.000 geschätzt worden ist, so lag die Zahl der eingetragenen GmbHs im Jahr 2008 schon bei 986.650<sup>31</sup>.

Aufgrund des jungen GmbH-Rechts in Russland befindet sich derzeit noch die Aktiengesellschaft auf dem ersten Platz auf der Beliebtheitskala<sup>32</sup>. Dies ist zum einen dadurch zu erklären, dass seit dem Zusammenbruch der Sowjetunion die staatlichen Betriebe in Aktiengesellschaften umgewandelt und weitgehend privatisiert wurden. Zum anderen sieht das russische Aktiengesetz in Art. 7 Pkt. 1 zwei Formen von Aktiengesellschaften vor, die offene Aktiengesellschaft (OAO) und die geschlossene Aktiengesellschaft (ZAO). Die Rechtsform der geschlossenen Aktiengesellschaft ist einer GmbH sehr ähnlich. Insbesondere ausländische Investoren ziehen es vor, für ihre Unternehmen eine Rechtsform der GmbH oder der geschlossenen Aktiengesellschaft zu wählen. Diese haben den Vorteil, dass gem. Art. 7 Pkt. 3 AktG(R) und Art. 7 Pkt. 3 GmbHG(R) an den Gesellschaften nicht mehr als 50 Gesellschafter beteiligt werden dürfen<sup>33</sup> und dass die Aktien einer geschlossenen Aktiengesellschaft gem. Art. 66 Pkt. 6 ZGB

---

27 Vgl. Art. 88 Pkt. 1 ZGB, Art. 89 Pkt. 2 ZGB, Art. 90 Pkt. 1 ZGB, Art. 91 Pkt. 2 ZGB, Art. 93 Pkt. 5 ZGB, Art. 94 Pkt. 2 ZGB.

28 Das Föderale Gesetz Nr. 312-FZ „Über Änderungen des Ersten Teils des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation und anderer Gesetzgebungsakte der Russischen Föderation“ ist am 24.12.2008 von der Staatsduma beschlossen, am 29.12.2008 vom Föderationsrat gebilligt und am 30.12.2008 vom Präsidenten unterzeichnet worden. Das Gesetz trat am 01.07.2009 in Kraft. Die eingefügten Änderungen sind abrufbar unter <http://www.rg.ru/2008/12/31/gk-izmenenia-dok.html>, (Stand 29.01.2010).

29 Baumbach/Hueck, GmbHG, Vorwort zur 19. Auflage, VII.

30 Lutter, FS 100 Jahre GmbHG, 1993, 49, 76, damit war bereits 2005 die Zahl der GmbHs in Deutschland 180mal höher als die der Aktiengesellschaften.

31 Baumbach/Hueck, Hueck/Fastrich, GmbHG, Einl., Rdn. 16; Kornblum, GmbHR 2009, 25, 26 (Tabelle 1).

32 Lutter, GmbHR 2005, 1, 2.

33 Vgl. Knaul/Heeg, WiRO 1998, 153, 154; Micheler, WiRO 1998, 161 (161).

nicht öffentlich gezeichnet werden können. Somit können die Unternehmen mit Auslandsbeteiligung immer sicherstellen, dass der Aktionärskreis nicht mit „fremden“ Beteiligungen vermischt wird.

Trotz einer Vielzahl von unterschiedlichen Gesellschaftsformen<sup>34</sup>, die das russische Zivilgesetzbuch den ausländischen Investoren bietet, ist derzeit noch die Aktiengesellschaft die meist verbreitete Rechtsform deutscher Beteiligungen in Russland; aber auch die Zahl der GmbHs ist mittlerweile auf über 500.000 gestiegen<sup>35</sup>, wobei mit Blick in die Zukunft die Zunahme an GmbHs in den nächsten Jahren sehr wahrscheinlich ist.

Dies wird damit zu erklären sein, dass im russischen Gesellschaftsrecht in den nächsten Jahren weitere grundlegende Änderungen zu erwarten sein dürften. Der Rat für Kodifizierung und Weiterentwicklung der Zivilgesetzgebung beim Präsidenten der Russischen Föderation hat einen umfangreichen Bericht<sup>36</sup> ausgearbeitet, der Vorschläge zu einer umfassenden Reformierung des russischen Gesellschaftsrechts enthält. Die bestehende Unterteilung der Aktiengesellschaften in geschlossene AG und offene AG soll zu Gunsten einer einheitlichen Rechtsform mit besonderen Anforderungen für börsennotierte Aktiengesellschaften wegfallen<sup>37</sup>.

---

34 Das russische Zivilgesetzbuch sieht folgende Gesellschaftsformen vor: Die volle Partnerschaft (Art. 69–81 ZGB), die Kommanditgesellschaft (Art. 82–86 ZGB), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 87–94 ZGB), die Gesellschaft mit zusätzlicher Haftung (Art. 95 ZGB), die jedoch laut Bericht „Über die Konzeption der Entwicklung der Gesetzgebung über juristische Personen“ abgeschafft werden soll (S. 50), die geschlossene und offene Aktiengesellschaft (Art. 96–104 ZGB), die Produktionsgenossenschaft (Art. 107–112 ZGB) und nichtkommerzielle Organisationen (Art. 116–120 ZGB). Die Rechtsform des Unitären Unternehmens (Art. 113–115 ZGB) die bislang nur den staatlichen und kommunalen Unternehmen vorbehalten ist, soll laut Bericht „Über die Konzeption der Entwicklung der Gesetzgebung über juristische Personen“ im Zuge einer Fortentwicklung des russischen Gesellschaftsrechts abgeschafft werden.

35 Lutter, GmbH 2005, 1, 2 (im russischen OOO genannt).

36 Sog. „Konzeption der Entwicklung der Gesetzgebung über juristische Personen“ vom 16.03.2009; vgl. Marenkov, Aktuelle Entwicklungen im russischen Gesellschaftsrecht, 1/2009, abrufbar unter: <http://www.gtai.de/MKT200908128013>, (Stand 29.01.2010).

37 Darüber hinaus wird vorgeschlagen das AktG und das GmbHG durch ein einheitliches Gesetz über die Kapitalgesellschaften zu ersetzen und die allgemeinen Bestimmungen über die Grundlagen des Gesellschaftsrechts weiterhin im ZGB zu verorten. Eine solche Entscheidung kann nicht befürwortet werden kann. Die russischen Gesetze unterscheiden sich von den deutschen Gesetzen insbesondere in der Fülle ihrer Regelungen, die trotz ihrer langen Ausführungen bei weitem nicht immer als verständlich bezeichnet

Für deutsche Unternehmen mit Auslandsbeteiligungen, die in Russland eine Rechtsform der geschlossenen Aktiengesellschaften gewählt haben, würde die Rechtsänderung eine Umwandlung der geschlossenen Aktiengesellschaften in eine GmbH oder in eine offene Aktiengesellschaft nach sich ziehen, wobei die GmbH wohl den Ausschlag geben wird.

Einer der entscheidenden Gründe für die Wahl der geschlossenen Aktiengesellschaft für eine deutsche Beteiligung in Russland war das mangelnde Vorkaufsrecht im alten russischen GmbHG<sup>38</sup>. Dies entsprach selbstverständlich nicht dem Interesse und dem Wunsch deutscher Investoren, die den Aktionärs- bzw. Gesellschafterkreis überschaubar und „unverfremdet“ gestalten wollten. Zudem vermochte das frühere Vorerwerbsrecht im russischen GmbHG die Interessen der Investoren nicht zu befriedigen. Mit dem neuen Art. 21 Pkt. 4 des russischen GmbHG wurde nun das frühere Vorerwerbsrecht wie ein echtes Vorkaufsrecht ausgestaltet, das auch dingliche Wirkung entfalten kann<sup>39</sup>.

Aufgrund dieser zahlreichen Neuregelungen des GmbHG – bereits im Jahr 1998 und seit dem Inkrafttreten der großen GmbH-Reform im Jahr 2008 in der Russischen Föderation – sind keine ausschlaggebenden Gründe mehr ersichtlich, die gegen eine Umwandlung der bereits existierenden geschlossenen Aktiengesellschaft in die GmbH bzw. gegen die Wahl der GmbH für eine Neugründung sprechen.

Zudem spielt auch das Stammkapital bei der Wahl einer Rechtsform eine entscheidende Rolle. Während das derzeitige gesetzliche Mindeststammkapital einer GmbH und einer geschlossenen Aktiengesellschaft in Russland bei 10.000 Rubel (ca. 220 Euro) und einer offenen Aktiengesellschaft bei 100.000 Rubel (ca. 2.200 Euro) liegt, wird in dem Bericht vorgeschlagen, das Stammkapital bei der Gründung einer GmbH auf nicht niedriger als eine Million Rubel (22.200 Euro) und bei einer Aktiengesellschaft auf nicht niedriger als zwei Millionen Rubel (ca. 44.400 Euro) zu erhöhen. Den bereits bestehenden Gesellschaften soll eine Übergangsphase von etwa eins bis zwei Jahren eingeräumt werden, um das Mindeststammkapital entsprechend den gesetzlichen Vorgaben anzupassen. Ob dieser Vorschlag des Rates für Kodifizierung und Weiterentwicklung

---

werden können. Eine Zusammenfassung einer börsenfähigen Aktiengesellschaft mit den Regelungen über die GmbH würde die Undurchsichtigkeit beider Gesellschaften zum Nachteil der Rechtsanwender, Verwirrungen und unnötige Kompliziertheit mit sich bringen.

38 Im Gegensatz dazu sah Art. 7 Pkt. 3 AktG für geschlossene Aktiengesellschaft ausdrücklich ein Vorkaufsrecht vor.

39 Schwarz/Balayan, WiRO 1998, 251, 252.

der Gesetzgebung über die juristischen Personen tatsächlich eine gesetzliche Grundlage finden wird, bleibt abzuwarten.

Eine solche Umsetzung würde jedoch sowohl positive als auch negative Folgen auslösen. Zum einen könnte ein derartiger Anstieg des gesetzlichen Mindeststammkapitals bei einer GmbH um das 100-fache und bei einer AG um das 20-fache zu einem Rückgang von Gesellschaftsgründungen führen. Außerdem gäbe es zu befürchten, dass allein die Anhebung der Stammkapitalziffer zu keinen nennenswerten Verbesserungen im Recht der Kapitalgesellschaften in der Russischen Föderation führen wird. Zwar sieht der Bericht unter anderem strengere Voraussetzungen hinsichtlich der Art und Weise der Einbringung des Stammkapitals vor. Damit diese möglichen Neuregelungen aber auch erfolgreich durch die Gründer umgesetzt und nicht umgangen werden, ist eine Schaffung von Instrumentarien erforderlich, die den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Erbringung von Stammeinlagen vorsehen und dementsprechend sanktionieren.

Auf der anderen Seite könnte die Anhebung des Stammkapitals zu einer Steigerung der Investitionsbereitschaft ausländischer Unternehmen führen. Ausländische Investoren, die in Russland Auslandsbeteiligungen gegründet haben – sei es in Form einer Tochtergesellschaft oder eines Joint Ventures – sehen sich vor dem Hintergrund einer höheren Haftungsmasse sicherer, mit russischen Unternehmen Geschäftsbeziehungen einzugehen. Die Erhöhung des Stammkapitals garantiert in erster Linie einen höheren Gläubigerschutz und würde auch die Seriosität russischer Gesellschaften erheblich steigern.

## **D. Ziel der Dissertation und Gang der Untersuchung**

Die in dieser Arbeit angestellte Analyse der Gesellschafterfinanzierung im deutschen und russischen Recht konzentriert sich auf das Recht der GmbH und der einschlägigen Bestimmungen des Insolvenzrechts. Vor dem Hintergrund der einige Jahre zuvor ergangenen Reform des GmbH-Rechts, sowohl im deutschen als auch im russischen Recht, werden an den relevanten Stellen die alten Regelungen überblicksartig dargestellt, um dem Verständnis der Neuregelungen und dem Übergangsrecht hinreichend Rechnung zu tragen. Dabei konzentriert sich die Arbeit zunächst auf die wichtigsten Bereiche des „Eigenkapitalersatzrechts“ im deutschen Recht (Teil 1). So wird sich im ersten Kapitel zunächst mit der allgemeinen Finanzverfassung in der GmbH auseinander gesetzt, um in dem anschließenden Teil des russischen Rechts (Teil 2) die Gegenüberstellung präziser zu machen (1. Kapitel).

Das zweite Kapitel des ersten Teils der Arbeit setzt sich ausführlich mit den neuen Regelungen des reformierten Rechts der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

auseinander. Dabei werden die wichtigsten und interessantesten Fallgruppen der Gesellschafterfinanzierung dargestellt und auf die – infolge des MoMiG weiterhin bestehenden oder erst entstandenen – Probleme aufmerksam gemacht. Dabei wird unter anderem die neue den Geschäftsführer treffende Erstattungspflicht nach § 64 S. 3 GmbHG dargestellt (unter C.) und das neue Recht der Nutzungsüberlassung (unter E.) aufgezeigt, die erst infolge der Reform im Jahr 2008 die jetzige Kodifizierung erfahren haben. Im Anschluss an das zweite Kapitel des deutschen Rechts der Gesellschafterfinanzierung zeigen die Bestimmungen des intertemporalen Rechts (unter I.), inwieweit das ehemalige Eigenkapitalersatzrecht auch nach der Reform noch weiterhin Geltung beansprucht.

Aufgrund der rechtsvergleichenden Darstellung mit dem russischen Recht der Gesellschafterdarlehen wird am Ende der Darstellung des deutschen Rechts auch auf das Problem der Gewährung der Gesellschafterdarlehen nach der Stellung des Insolvenzantrages eingegangen (3. Kapitel). Der erste Teil wird schließlich mit einer thesenartigen Zusammenfassung und einer Schlussbemerkung in Bezug auf das neue deutsche Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung abgerundet (4. Kapitel).

Der zweite Teil der Arbeit behandelt die rechtliche Darstellung der Gesellschafterfinanzierung in Russland. Aufgrund der großen Unterschiede im russischen Recht der Kapitalgesellschaften im Vergleich zum deutschen Recht, wird zur Einstimmung auf die Thematik zunächst ein Überblick über das russische GmbH-Recht (1. Kapitel, B) und Insolvenzrecht (2. Kapitel) dargestellt.

Im dritten Kapitel wird die Rechtslage der Gesellschafterdarlehen in Russland einer umfassenden Analyse unterstellt. Durch die detaillierte Darstellung russischer Insolvenzprozeduren, die eine Gesellschafterfinanzierung explizit vorsehen, sollen die differenzierte Herangehensweise beider Rechtsordnungen zum demselben Thema und – mit Blick auf die weiteren gesetzlichen Ausgestaltungen – die unterschiedliche gesetzliche Schwerpunktsetzung deutlich gemacht werden. Anschließend wird im 4. Kapitel die rechtliche Stellung der Gesellschafter in der Insolvenz dargestellt und der Frage nachgegangen, welche Rangordnung die Gesellschafterforderungen aus Darlehensverträgen in der Insolvenz einnehmen.

Einen wesentlichen Teil im Rahmen der Darstellung des russischen Rechts nimmt die Insolvenzanfechtung ein (5. Kapitel). Als Reaktion auf die in der Praxis oft vorzufindende Entziehung von Vermögenswerten in Fällen drohender Insolvenzen und der dadurch ansteigenden Zahl von masselosen Insolvenzen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Anfechtung der im Vorfeld der Insolvenzen getätigten Rechtsgeschäfte erweitert. Insofern wird ausführlich erläutert unter welchen Bedingungen, die im Vorfeld der Insolvenz zurückgezählten

Darlehensforderungen oder sonstige Gesellschaftsleistungen durch Anfechtung in die Insolvenzmasse zurückgefordert werden können. Anschließend soll die Darstellung des Rechts der Nutzungsüberlassungen in Russland den Unterschied zum deutschen Recht verdeutlichen (6. Kapitel).

Im letzten Teil zum russischen Recht soll der Vollständigkeit halber die Haftung der Geschäftsleitung für die insolvenzverursachenden Handlungen kurz dargestellt werden (Kapitel 7). Es wird insbesondere auf die Frage eingegangen, ob die Zahlungen der Gesellschaft auf Gesellschafterforderungen für die Geschäftsleitung im anschließenden Insolvenzverfahren haftungsauslösend sein können, wenn feststeht, dass die Auszahlung zur der Insolvenz der Gesellschaft geführt hat.

Mit der anschließenden Schlussbetrachtung werden die gefundenen Ergebnisse zum russischen Recht der Gesellschafterfinanzierung in aller Kürze nochmal zusammengefasst (8. Kapitel).