

**Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen
Analyse des Rechts**

Band 32

**Eigenkapitalersetzende
Gesellschafterleistungen in
Deutschland und den USA**

**Zugleich ein Beitrag zur marktkonformen
Schutzkonzeption des Eigenkapitalersatzrechts**

Von

Björn Gehde



Duncker & Humblot · Berlin

BJÖRN GEHDE

**Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen
in Deutschland und den USA**

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts

herausgegeben von

Heinz Grosseckler, Münster · Bernhard Großfeld, Münster
Klaus J. Hopt, Hamburg · Christian Kirchner, Berlin
Dieter Rückle, Trier · Reinhard H. Schmidt, Frankfurt/Main

Band 32

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland und den USA

**Zugleich ein Beitrag zur marktkonformen
Schutzkonzeption des Eigenkapitalersatzrechts**

Von

Björn Gehde



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gehde, Björn:

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland
und den USA : zugleich ein Beitrag zur marktkonformen
Schutzkonzeption des Eigenkapitalersatzrechts / von Björn

Gehde. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse
des Rechts ; Bd. 32)

Zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 1995/96

ISBN 3-428-09066-7

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-09066-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam im WS 1995/1996 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung sind Literatur und Rechtsprechung bis Januar 1997 berücksichtigt worden.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Harald Herrmann, meinem verehrten Lehrer, der diese Arbeit umfassend betreut und durch zentrale Hinweise gefördert hat. Herr Professor Dr. Reinhard Welter hat freundlicherweise das Zweitgutachten übernommen. Des weiteren danke ich der Graduiertenförderung des Landes Brandenburg für die Gewährung eines Promotionsstipendiums. Ebenso gilt mein Dank dem Kreis der Freunde und Förderer der Universität Potsdam für die Verleihung des Wolf-Rüdiger-Bub Preises. Den Herausgebern der "Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts" danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Ferner danke ich den Bibliothekaren der Universität Cornell, Ithaca, N.Y., USA, ohne deren ausdauernde und freundliche Hilfe der amerikanische Teil der Arbeit so nicht hätte entstehen können.

Schließlich möchte ich ein herzliches Wort des Dankes an meine Freunde und meine Familie richten, die mich während der gesamten Zeit mit Rat und Tat unterstützt haben und mir so den notwendigen persönlichen Rückhalt gaben.

Björn Gehde

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Aktuelle Entwicklung im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts	27
B. Diskussionsstand und einzelne Fragestellungen	28
C. Eingrenzung der Thematik	31
I. Abgrenzung hinsichtlich rechtlicher Aspekte	31
II. Abgrenzung hinsichtlich der Methodik	32
D. Gang der Untersuchung	36
E. Problemaufriß	36

1. Kapitel

Rechtslage in Deutschland

A. Überblick über die systembildenden Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzrechts	41
I. Haftungsrechtlicher Gläubigerschutz mit gesellschaftsrechtlichen Instrumenten	41
1. Präventiver Schutz durch die Schaffung eines Garantiekapitals	41
a) Kapitalaufbringung und -erhaltung	41
b) Funktion des Garantiekapitals	42
2. Aufteilung des Verlustrisikos während der werbenden Geschäftstätigkeit	45
3. Repressiver Schutz wegen materieller Unterkapitalisierung	46

4.	Repressiver Schutz wegen nomineller Unterkapitalisierung	50
5.	Zusammenfassung	53
II.	Die rechtliche Entwicklung zur Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital auf dem Gebiet der Gesellschafterdarlehen	53
1.	Rechtsprechungsgrundsätze des Eigenkapitalersatzes bis zur GmbH Novelle 1980	53
2.	Die Novellenregelung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aus dem Jahre 1980	57
3.	Zweistufiges Schutzsystem zum Kapitalersatz	61
III.	Dogmatische Beweggründe für eine Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital	62
1.	Übersicht	62
2.	Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung	65
3.	Ökonomische Betrachtung der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung	67
IV.	Motive für eine Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen	69
1.	Flexibilität der Unternehmensfinanzierung	70
2.	Gleichbleibende Machtverhältnisse	71
3.	Steuerrechtliche Vorteile	71
4.	Haftungsbeschränkung	72
B.	Tatbestand einer Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital	72
I.	Grundsätze einer Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital auf dem Gebiet der Gesellschafterdarlehen	73
1.	Abgrenzung nach der Betriebswirtschaftslehre	73
a)	Idealtypische Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital	74
b)	Funktionale Betrachtung	75
c)	Risikokapitaldefinitionen	76
d)	Schlußfolgerung	78
2.	Eigenkapitaldefinitionen in der Rechtswissenschaft	78
a)	Gesetzliche Regelung des Eigenkapitals	79
b)	Materieller Eigenkapitalbegriff	80
c)	Quasi- Eigenkapital	82
3.	Zusammenfassung	84

II.	Einzelne Beurteilungsmaßstäbe zur Bestimmung der Eigenkapitalersatzfunktion	85
1.	Überblick über die entwickelten Beurteilungsmaßstäbe	85
2.	Beurteilungsmaßstab bei der konkursreifen Gesellschaft	88
a)	Zahlungsunfähigkeit und Überschuldungssituation der Gesellschaft	88
b)	Abgrenzung zum Tatbestand der Unterbilanz	90
3.	Beurteilungsmaßstab im Vorfeld der Konkursreife	91
a)	Kriterium der Kreditwürdigkeit	91
aa)	Marktvergleichskonzept	92
bb)	Grenzen des Marktvergleichskonzepts	96
cc)	Indizien der Kreditwürdigkeitsprüfung	102
b)	Aussagen eines Finanzexperten	104
4.	Beurteilungsmaßstab der Kapitalstruktur eines Unternehmens	105
III.	Beurteilungsmaßstab der Finanzplanung	108
1.	Tatbestand	109
a)	Tatbestandsvoraussetzungen nach dem Bundesgerichtshof	109
aa)	Untersuchung der Vertragsbedingungen	109
bb)	Gesellschaftsvertragliche Verpflichtung	110
b)	Tatbestandsvoraussetzungen nach der Literatur	111
aa)	Zwingende Notwendigkeit zur Erreichung des Gesellschaftszweckes	111
bb)	Beteiligungsproportionale Darlehensgewährung	112
cc)	Kreditwürdigkeit	113
c)	Ergebnis	114
2.	Rechtsfolgen	115
a)	Bindung der Mittel in der Unternehmenskrise	115
b)	Bindung der Mittel außerhalb der Unternehmenskrise	115
IV.	Einschränkung der Merkmale zur Bestimmung der Eigenkapitalersatzfunktion	117
1.	Überbrückungsdarlehen	117
2.	Konsortialkredite	118
V.	Zusammenfassung	119
C.	Zurechnungszusammenhang zwischen Mitgliedschaft und Kreditvergabe	120

I.	Zurechnungszusammenhang der Finanzierungsverantwortung in der GmbH	121
1.	Stellung als Gesellschafter	121
2.	Einschränkende Zurechnungskriterien	122
a)	Der Gläubigerwille als zusätzliches Zurechnungskriterium	123
b)	Unternehmerische Beteiligung als Zurechnungszusammenhang in der GmbH	124
aa)	Rechtslage de lege lata	124
bb)	Rechtslage nach dem Regierungsentwurf	128
c)	Sanierungsprivileg	129
3.	Zusammenfassung	131
II.	Zurechnungszusammenhang der Finanzierungsverantwortung innerhalb der Aktiengesellschaft	132
1.	Stellung als Unternehmeraktionär	134
2.	Kriterien zur Bestimmung einer Unternehmerstellung	134
a)	Einfluß im Aufsichtsrat	135
b)	Mehrheitsbeteiligung	135
c)	Koordinierte Kreditvergabe mehrerer Aktionäre	136
d)	Wesentliche Beteiligung eines Aktionärs	137
e)	Weitere Merkmale einer unternehmerischer Beteiligung	138
3.	Einschränkendes Zurechnungskriterium eines Sanierungsprivileges	139
4.	Zusammenfassung	141
III.	Zurechnungszusammenhang der Finanzierungsverantwortung im Konzern	141
1.	Problemlage	141
2.	Gesellschaftereigenschaft der Konzernunternehmen	142
3.	Kapitalersetzende Darlehen im Vertragskonzern	143
a)	Aktienrechtlicher Vertragskonzern	143
aa)	Sicherungssystem der §§ 302, 303 AktG als vorrangige Spezialregelung	143
(1)	Gleichwertiger Schutz in der Krise von Mutter- und Tochtergesellschaft	144
(2)	Reichweite des Schutzes in der Krise der Tochtergesellschaft	145
bb)	Schlußfolgerung	147
b)	GmbH- Vertragskonzern	148

aa)	Keine vertragskonzernrechtliche Sonderregel	148
bb)	Liquiditätsschutz der Tochtergesellschaft als eigenständiger Schutz	148
4.	Kapitalersetzende Darlehen im qualifiziert faktischen Konzern	150
5.	Kapitalersetzende Darlehen im einfach faktischen Konzern . . .	152
a)	Einfach faktischer Aktienkonzern	152
b)	Einfach faktischer GmbH-Konzern	154
6.	Zusammenfassung	155
IV.	Gleichstellung von Gesellschaftern und gesellschaftsfremden Dritten	155
1.	Problematik	155
2.	Gleichstellung von Gesellschaftern und Konzernunternehmen .	158
a)	Ausgangslage	158
b)	Einzelne Konzernkonstellationen	160
aa)	Mittelbare Beteiligung bei unmittelbarer Kreditgewähr	160
bb)	Mittelbare Kreditgewährung bei unmittelbarer Beteiligung	162
c)	Schlußfolgerung	164
3.	Gleichstellung von Gesellschaftern und Angehörigen	165
4.	Gleichstellung von Gesellschaftern mit mittelbaren Unternehmensbeteiligungen	166
a)	Stiller Gesellschafter als Fall der mittelbaren Unternehmensbeteiligung	166
b)	Pfandrechtsgläubiger als Unterfall der mittelbaren Unternehmensbeteiligung	168
5.	Zusammenfassung	169
D.	Besonderheiten und Rechtsfolgen	170
I.	Quasi- Eigenkapitalbegriff als rechtsformübergreifendes Prinzip . .	170
1.	Rechtsprechung	171
2.	Schrifttum	172
3.	Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen mit Eigenkapital in der gesetzestypischen KG	175
a)	Eigenkapitalersetzende Darlehen in der KG	175
b)	Tatbestand und Hinderungsgründe	176
aa)	Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers	176
bb)	Strukturunterschied der persönlichen Haftung	177

(1) Vermögen der KG als eigenständige Haftungs-	
masse	177
(2) Persönliche Haftung als gleichwertiger Schutz	
bei einer Gesellschafterfremdfinanzierung	178
cc) Zurechnungszusammenhang zwischen Gesellschafter-	
stellung und Kreditvergabe	179
c) Rechtsfolgen	180
aa) Verstrickung der Gesellschaftermittel aufgrund von	
§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB	181
bb) Verstrickung der Gesellschaftermittel aufgrund einer	
analogen Anwendung des § 237 HGB	182
cc) Verstrickung der Gesellschaftermittel aufgrund einer	
analogen Anwendung des § 32 a KO	183
4. Ergebnis	185
II. Nutzungsüberlassung als eigenkapitalersetzende Leistung	186
1. Gleichstellung der Nutzungsüberlassung mit der Darlehensge-	
währ nach § 32 a Abs. 3 GmbHG	186
a) Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes	186
b) Kritik an der Rechtsprechung	188
c) Stellungnahme	189
2. Tatbestandliche Voraussetzungen für eine kapitalersetzende	
Nutzungsüberlassung	190
3. Rechtsfolgen einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlas-	
sung	191
a) Verstrickung des Nutzungsentgelts im Gesellschaftsver-	
mögen	191
b) Verstrickung des Nutzungsrechtes im Gesellschaftsver-	
mögen	192
aa) Überblick	192
bb) Eigentumsübergang der vermieteten oder verpachte-	
ten Gebrauchsgegenstände	194
cc) Beschränkung auf die Miet- oder Pachtzinsen	195
dd) Verstrickung des Nutzungsrechtes	196
c) Verwertung des Nutzungsrechtes	197
4. Ergebnis	199
III. Rechtsfolgen	199
1. Die Rechtsfolge außerhalb des Konkurses	199

2. Die Rechtsfolge im Konkurs	200
---	-----

2. Kapitel

Rechtslage in den USA

A. Grundlegung zur "equitable subordination" Doktrin	202
I. Haftungsrechtlicher Gläubigerschutz mit Instrumenten des Gesellschafts- und Insolvenzrechtes	202
1. Kein präventiver Gläubigerschutz durch die Schaffung eines Garantiekapitals	202
2. Aufteilung des Verlustrisikos während der Geschäftstätigkeit des Unternehmens	205
3. Repressiver Gläubigerschutz durch einen Haftungsdurchgriff bei grober Unterkapitalisierung	205
4. Repressiver Gläubigerschutz durch eine Nachordnung von Darlehen bei nomineller Unterkapitalisierung	209
5. Abgrenzung von Haftungsdurchgriff und Nachordnung von Darlehen	212
II. Unterscheidung der Gesellschafterdarlehen in Fremd- und Eigenkapital als Materie des amerikanischen Konkursrechtes	213
1. Allgemeines zur Terminologie	213
a) Debt/Loan	214
b) Capital/Equity	214
2. Amerikanisches Konkursrecht als relevanter Regelungsrahmen	215
a) Regelungsrahmen des Insolvenzrechtes	215
b) Vermögensverteilung im Konkurs	216
III. Entwicklung und Rechtslage zur Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital auf dem Gebiet der Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft	219
1. Common Law Rechtsprechung zur Equitable Subordination bis 1978	219
a) Equity Power der amerikanischen Konkursgerichte	219
b) Taylor v. Standard Gas & Electric Co., "Deep Rock"-Doktrin	221

c)	Pepper v. Litton	223
d)	Comstock v. Group of Institutional Investors	225
e)	Mobile Steel	227
f)	Schlußfolgerung	230
2.	Gesetzgebungsreform zum Konkursrecht von 1978	230
a)	Reformvorschlag einer automatischen Nachordnung von Gesellschafterdarlehen im Konkurs	231
b)	Vorbilder in der Rechtsprechung für eine automatische Nachordnung	231
c)	Gesetzgeberische Entscheidung gegen eine automatische Nachordnung	233
3.	Übersicht über das geltende Recht des Bankruptcy Code von 1978	236
a)	Equitable subordination in sec. 510 (c) des Bankruptcy Code	236
b)	Recharacterization Befugnisse der Gerichte aus sec. 502 des Bankruptcy Code	238
aa)	Sec. 502 als Maßstab zur Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital	240
bb)	Recharacterization als eigenständige Rechtsfigur in der Beurteilung von Gesellschafterdarlehen im Kon- kurs	242
cc)	Bedeutung der recharacterization in der Rechtsprech- ung	244
4.	Zusätzliche Rechtsquelle für die Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital	245
a)	Amerikanisches Steuerrecht als Anknüpfungspunkt	246
b)	Rezeption der Steuerrechtsprechung durch die Literatur und die Konkursgerichte	248
IV.	Beweggründe für eine Umqualifizierung von Gesellschafterdarle- hen in Eigenkapital	249
V.	Motive für eine Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen	250
1.	Steuervorteile	250
2.	Haftungsbeschränkung	251
3.	Geschäftspolitik	251
4.	Sanierungspotential	252

B. Tatbestand der Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital	253
I. Grundsätze in der Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital . .	253
1. Im Insolvenzrecht	253
a) Konkretisierung des Begriffes inequitable conduct	253
aa) durch den Mobile Steel Test	253
bb) nach dem CTS Truss Fall	257
b) Substance over Form Test	258
2. Im Steuerrecht	258
II. Erster Teil des Mobile Steel Testes: Einzelne Beurteilungsmaßstä- be, die den inequitable conduct ausfüllen	262
1. Übersicht über die Beurteilungsmaßstäbe in der Steuer- und Konkursrechtsprechung	262
2. Two Prong Test	265
a) Financial Analyst	266
b) Independent Creditor Test	267
3. Vertragsbedingungen als Ansatz für eine Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital	272
a) Formal Documentation	273
b) Reasonable Expectation of Repayment	273
aa) Fälligkeitstermin	275
bb) Durchsetzbarkeit der Forderung	277
cc) Tatsächliche Durchsetzbarkeit	278
dd) Zinszahlungen	279
ee) Zwischenergebnis	280
c) Core Asset Test	281
4. Kapitalstruktur des Unternehmens	283
a) "Debt-Equity Ratio"	283
b) Verhältnis von Darlehen zu Eigenkapital	287
c) Grobe Unterkapitalisierung	289
d) Sinking Fund	291
5. Schädigendes Gesellschafterverhalten	291
a) "Illegality"	291
b) "Fraud"	294
c) "Breach of Fiduciary Duties"	295
d) "Alter Ego Lehre, Instrumentality Rule"	297
6. Beziehung des schädigenden Gesellschafterverhaltens zur nomi- nellen Unterkapitalisierung	299

III.	Zweiter Teil des Mobile Steel Testes: Nachteil für die Kreditgeber oder Bereicherung der Gesellschafter	303
IV.	Dritter Teil des Mobile Steel Tests: Übereinstimmung mit dem Konkursrecht	306
V.	Unterscheidung nach Gläubigergruppen	307
	1. Unterscheidung nach den Fähigkeiten der Gläubiger zum Selbstschutz	307
	2. Ökonomische Begründung für eine Unterscheidung	309
VI.	Neuere Tendenzen der amerikanischen Rechtsprechung zu einer Ausweitung der equitable subordination Doktrin	312
	1. Ausweitung der Equitable Subordination Doktrin durch die Entscheidung in re Virtual Network Services	312
	2. Bedeutung für die Beurteilung von Gesellschafterdarlehen	313
	3. Entscheidungsgründe von In re Virtual Network	314
	4. Rezeption von In re Virtual Network durch andere Gerichte	316
	a) Bezüglich der Tax Penalties und der Steuerschulden	317
	b) Bezüglich anderer Forderungen	318
	5. Ergebnis	320
C.	Zurechnungszusammenhang zwischen Gesellschafterstellung und Kreditvergabe	320
I.	Gesetzliche Ausgangslage für eine Zurechnung	321
	1. Entwicklung bis zum Erlaß des Bankruptcy Code	321
	a) Directors und Officers als Adressaten einer Nachordnung	323
	b) Gesellschafter als Adressat einer Nachordnung	324
	c) Verbundene Unternehmen als Adressaten einer Nachordnung	327
	2. Gesetzliche Regelung der Finanzierungsverantwortung durch den Bankruptcy Code	328
	a) Übernahme der durch das Case Law entwickelten Grundsätze	328
	b) Abweichungen von den Grundsätzen	329
	c) Durchbrechung der gesetzlichen Regelung durch die Rechtsprechung	330
	d) Ergebnis	331

II.	Haftkapital von außenstehenden Dritten -lender liability-	331
1.	Überblick	331
a)	Begründung für eine Ausweitung der Haftung auf Non Insider	333
b)	Wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung der Kreditgeberhaftung seit Beginn der 80er Jahre	335
c)	Zusammenfassung	336
2.	Voraussetzungen und Fallgruppen einer Haftung aufgrund von Kontrolle	337
a)	Wirtschaftliche Nachteile für andere Kreditgeber aufgrund einer mittelbaren Einflußnahme	338
b)	Unmittelbare Einflußnahme auf den Kreditnehmer durch den Kreditgeber	340
aa)	Vertragliche Grundlage als Möglichkeit einer Kontrolle und Einflußnahme	340
bb)	Einflußnahme auf einzelne Unternehmensentscheidungen	341
cc)	Einflußnahme aufgrund der ausgenutzten Verhandlungsmacht	342
dd)	Umfassende Einflußnahme auf sämtliche Unternehmensentscheidungen	344
ee)	Ergebnis	345
c)	Nominelle Unterkapitalisierung bildet keine Grundlage für die Nachordnung von non insider Darlehen	346
III.	Zusammenfassung der Ergebnisse	347
D.	Besonderheiten und Rechtsfolgen	348
I.	Ausformung der Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen bei verschiedenen Gesellschaftsformen als allgemeines Prinzip	348
1.	Regelungen im Insolvenzrecht	349
2.	Uniform Partnership Act als Grundlage für eine Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital	351
II.	Nutzungsüberlassung	352
III.	Rechtsfolge	355
1.	Die Rechtsfolge im Konkurs	355

2.	Die Rechtsfolge außerhalb des Konkurses	356
3.	Umfang der Nachordnung, Einzel- und Teilnachordnung	356
IV.	Rechtstatsächliche Untersuchung	359
1.	Überblick	359
a)	Anlaß	359
b)	Datenbestand	361
c)	Methodische Fragen	362
2.	Ergebnisse der Erhebung hinsichtlich der Erfolgsquote	363
a)	Erfolgsquote und Häufigkeit	363
b)	Gläubigerschutzthese für die Insider	365
c)	Erklärungen für den Trend zu einem wachsenden Gläubigerschutz	366
aa)	Entsprechen die Daten den tatsächlichen Gegebenheiten	366
bb)	Veränderung der Erfolgsrate aufgrund anderer Faktoren als einer sich verändernden rechtlichen Beurteilung	367
(1)	Steigende Konkurszahlen	367
(2)	Steigende Motivation zu klagen	368
cc)	Gründe für einen Wandel der rechtlichen Beurteilung	369
3.	Tatbestand für eine Nachordnung	370
a)	Allgemeine Übersicht über die Begründungen	370
b)	Unterkapitalisierung als Grund für eine Nachordnung von Gesellschafterdarlehen	371
aa)	Bedeutung	371
bb)	Bestimmung der Unterkapitalisierung	372
4.	Zurechnungszusammenhang der Finanzierungsverantwortung	373
5.	Von einer Nachordnung betroffene Gesellschaftsformen	375
a)	Schwierigkeiten der Datensammlung	375
b)	Ableitbare Aussagen	376

3. Kapitel

Rechtsvergleich

A.	Rechtliche Ausgangslage und funktionale Vergleichbarkeit	378
I.	Benachteiligungsgefahr für die Gläubiger	379

II.	Rechtlicher Regelungsrahmen	380
III.	Regelungsansatz zum Gläubigerschutz	382
IV.	Entwicklung der Rechtsprechung	384
B.	Tatbestand einer Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital	387
I.	Marktorientierter Beurteilungsmaßstab für die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen	390
II.	Beurteilungsmaßstab für die Finanzplandarlehen	394
III.	Bedeutung der nominellen Unterkapitalisierung für die equitable subordination doctrin	398
1.	Überblick über die amerikanischen Besonderheiten	398
2.	Schlußfolgerung für das deutsche Recht	400
C.	Reichweite der Finanzierungsverantwortung	404
I.	Gesellschafter im Sinne des Eigenkapitalersatzrechtes	404
II.	Konzern und Unternehmensverbindungen	407
III.	Haftkapitalbildung ohne mitgliedschaftliche Bindung	408
1.	Analyse der amerikanischen Entscheidungen	409
2.	Erklärungen für den amerikanischen Trend zur Lender Liability	410
a)	Situation der amerikanischen Banken	411
b)	Verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen	414
3.	Schlußfolgerung	416
D.	Rechtsfolgen und Besonderheiten	417
I.	Marktkonforme Auslegung der Rechtsfolgen kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen	417
1.	Unterscheidung nach Gläubigerguppen	417
2.	Kapitalersatzrecht als Ausdruck einer gestörten Vertragsparität	420

3. Schlußfolgerung für den Ausnahmefall einer Vertragsparität zwischen Gesellschaft und Gläubiger	423
II. Quasi- Eigenkapital als rechtsformunabhängiges Phänomen	426
III. Zusammenhang von Kapitalmarkt -Aktienhandel- und Umqualifi- zierung von Gesellschafterdarlehen	427
IV. Gebrauchsüberlassung	429
Zusammenfassung	432
Anhang: Fragebogen	440
Verzeichnis der zitierten amerikanischen Entscheidungen	441
Literaturverzeichnis	450
Sachwortregister	479

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Am.Econ.Rev.	American Economic Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
App.	Appeal
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.RegE.	Begründung zum Regierungsentwurf
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Entscheidung)
Bl.	Blatt
B.R.	Bankruptcy Reporter
BT-Drucks.	Verhandlungen des deutschen Bundestages -Drucksachen
Bus.Law.	Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cir.	Circuit
Comm'r	Commissioner
Colum. L.Rev.	Columbia Law Review

Cornell L.Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Duke L.J.	Duke Law Journal
ed.	edition
Einl.	Einleitung
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
f, ff	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
F.Suppl	Federal Supplement
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbHR-R	GmbH-Rundschau-Report
Harv.Int.L.J.	Harvard International Law Journal
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Int.L.&Econ.	Journal of International Law & Economics
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
KWG	Kreditwesengesetz
L.E.2d	Lawyers Edition Second Series
L.J.	Law Journal
L.Rev.	Law Review
M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
Münch-Komm	Münchner Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw.U.L.Rev.	North Western University Law Review
OHG	Offene Handelsgesellschaft

Pa.	Pennsylvania
Rabels Z	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE GmbHG	Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes
reh. den.	rehearing denied
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act
Rn.	Randnummer
R.U.P.A.	Revised Uniform Partnership Act
So.Cal.L.Rev.	South California Law Review
u.a.	unter anderem
U.C.L.A.L.Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U.Chicago L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.Fla.L.Rev.	University of Florida Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.S.	United States
U.S.	United States Supreme Court
U.S.C.	United States Code
U.Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
v.	versus
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Im übrigen wird für das deutsche Recht verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. 1992. Für die Abkürzungen im amerikanischen Recht wird auf Bieber's Dictionary of Legal Abbreviations, 3. Aufl. 1988 verwiesen.

Einleitung

A. Aktuelle Entwicklung im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts

Die Finanzierung von Unternehmen mittels Gesellschafterdarlehen ist eine der beliebtesten Finanzierungsmethoden¹. Eine bloß schuldrechtliche Finanzierungsform wird in der Praxis als besonders vorteilhaft bezeichnet, da sie nicht nur flexibel zu handhaben ist und steuerrechtliche Vorteile mit sich bringt, sondern auch eine Möglichkeit bietet, die Haftung zu begrenzen². Zielt diese Finanzierungsform auch auf eine Risikominimierung, stellen sich Fragen nach dem Gläubigerschutz.

Um Gläubigerbenachteiligungen zu vermeiden, qualifiziert der Bundesgerichtshof die Gesellschafterbeiträge um und behandelt sie wie haftendes Eigenkapital. Hieraus hat die Rechtsprechung in den letzten 30 Jahren ein eigenes vollausgebildetes Rechtsinstitut entwickelt: Das Eigenkapitalersatzrecht³. Dieses Kind der Rechtsfortbildung hat dabei unter der Zustimmung des Schrifttums in seiner Entwicklung Veränderungen, Differenzierungen und manche Ausweitungen erfahren. Das Jahr 1992 brachte in dieser Entwicklung einen Bruch⁴: Der Bundesfinanzhof⁵ machte in seinen Verzinsungsurteilen klar, daß er dem gesellschaftsrechtlichen Schutzkonzept sehr zweifelnd gegenübersteht⁶. Auch im

¹ Zu der wachsenden Bedeutung der Gesellschafterdarlehen siehe aus letzter Zeit: Wiedemann, FS Beusch, S. 899 f.

² Vgl. etwa Scholz/ K.Schmidt, §§ 32a, 32 b Rn. 7. Siehe dazu ausführlicher unten Kapit. 1 A.IV.

³ Siehe zur Rechtsentwicklung überblicksartig Henze, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Recht der GmbH, 1993, S. 177 ff; Geißler, GmbHR 1996, 565 ff.

⁴ Claussen, GmbHR 1994, 9.

⁵ BFH GmbHR 1992, 382; BFH /NV 1992, 629.

⁶ Der gemeinsame Senat der obersten Gerichte mußte nicht angerufen werden, da der BFH sich trotz Kritik dem Grunde nach der BGH-Rechtsprechung zunächst angeschlossen hat. Dazu Wassermeyer, ZGR 1992, 639, 660.

Schrifttum⁷ finden sich mittlerweile Stimmen, die den erreichten Gläubigerschutz für überzogen halten.

B. Diskussionsstand und einzelne Fragestellungen

Die vorliegende Arbeit befaßt sich in erster Linie mit der Frage, ob der Gläubigerschutz im Falle einer Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen zu weit geht. Die Aspekte einer solchen Frage sind bislang nicht erschöpfend untersucht worden. Zwar gibt es eine Vielzahl von Arbeiten, die einzelne Probleme des Eigenkapitalersatzrechtes behandeln⁸. Eine Untersuchung, die sich mit dem bislang erreichten Ausmaß an Gläubigerschutz beschäftigt, fehlt aber.

Die Konfliktsituation, die sich aus einer Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen zwischen der Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters und dem Bedürfnis nach Gläubigerschutz im Konkurs ergibt, ist in den USA seit langer Zeit Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung bietet sich daher aus mehreren Gründen an: Die amerikanische Rechtsordnung ist von einer unterschiedlichen Tradition des Gläubiger- und des Anlegerschutzes⁹ geprägt und bietet so die Möglichkeit, Positionen im deut-

⁷ Claussen, GmbHR 1996, 316 ff; ders., GmbHR 1994, 9 ff; ders., FS Forster, S. 144 f; Mayer, DSr 1993, 206, 209; Meyer-Landrut WuB II C. § 32 a GmbHG 1.92.; Wassermeyer, ZGR 1992, 639 ff.

⁸ Das Problem des Eigenkapitalersatzrechtes wurde bislang hauptsächlich unter dem Blickwinkel betrachtet, wie die Grundsätze, die im GmbH-Recht entwickelt wurden entweder auf die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft übertragen werden konnten oder auf die Gebrauchsüberlassung. Dazu nur beispielhaft Koch, Sabine, Eigenkapitalleistungen und eigenkapitalersetzende Leistungen eines Kommanditisten in der gesetzestypischen KG, 1992; Farrenkopf, Stefan, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen bei der Aktiengesellschaft, 1984; Ketzer, Axel, Eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, 1988; Fabritius, Andreas, Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch ihre Gesellschafter, 1988; Ziegler, Klaus, Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassungsverhältnisse und Konzernhaftung bei der GmbH, unter besonderer Berücksichtigung der Betriebsaufspaltung, 1989; Drygala, Timm, Der Gläubigerschutz bei der Betriebsaufspaltung, 1991; Robert, v. Steinrück, Haftungsrechtlicher Gläubigerschutz bei der Betriebsaufspaltung, 1995.

⁹ Ein guter Überblick zu der amerikanischen Situation findet sich bei: Kübler, WM 1990, 1853 ff; ders., Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, 1989. Die

schen Recht zu überdenken. Das amerikanische Recht verspricht auch insoweit Neuerungen, als es insgesamt stärker auf die marktgerechte Beurteilung einer Unternehmensfinanzierung ausgerichtet ist¹⁰. Darüber hinaus hat das amerikanische Recht seit 1938 eine Vielzahl von Problemlösungen entwickelt, die für auftretende Einzelfragen nutzbar gemacht werden können.

Um die Ausgangsfrage nach der Reichweite des Gläubigerschutzes in beiden Ländern beantworten zu können, sind einzelne juristische Aspekte eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen zu klären. Zunächst ist der Frage nachzugehen, welche systembildenden Voraussetzungen für die Beurteilung von Gesellschafterdarlehen in Deutschland und den USA bestehen. In diesem Zusammenhang werden sich erhebliche Gemeinsamkeiten in der Frage ergeben, wie sich die Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital rechtlich entwickelt hat und welche Beweggründe sowohl für eine Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen sprechen als auch welche Motive für diese Form der Unternehmensfinanzierung ausschlaggebend sind.

Ist die Frage nach den Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechtes geklärt, muß sich die Frage anschließen, wie die Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital bei den Gesellschafterdarlehen getroffen wird. Hieran wird die Reichweite des praktizierten Gläubigerschutzes in der jeweiligen Rechtsordnung besonders deutlich. In diesem Rahmen ist es von besonderem Interesse, daß die Abgrenzung nicht nur das Spannungsverhältnis Finanzierungsfreiheit- Bedürfnis nach Gläubigerschutz anspricht, sondern auch Markt- und Wettbewerbsprobleme aktualisiert. Damit wird sich in beiden Ländern zeigen, daß die Unternehmensfinanzierung mit Gesellschafterdarlehen im wesentlichen einer marktorientierten Beurteilung unterliegt.

Ähnlich wie der Tatbestand einer Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital ist sodann die Finanzierungsverantwortung als Zurechnungszusammenhang von Mitgliedschaft und Kreditvergabe daraufhin zu untersuchen, inwieweit die Gläubiger geschützt werden. Die Aufgabe besteht mithin darin, zu prüfen, wer als Adressat einer Umqualifizierung in Betracht kommt und wie die allgemeine Finanzierungsverantwortung in den einzelnen Gesellschaftsformen ausgeprägt

Ausgestaltung des Gläubigerschutzdenkens beurteilt auch H.P. Westermann als zukünftige Aufgabe des Gesellschaftsrechtes. Vgl.: H.P. Westermann, Zukunftsfragen des Aktienrechtes, S. 79, 94, in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre Aktiengesetz, 1990.

¹⁰ Zum Schutz über die Regelungen des Kapitalmarktrechts Kübler, WM 1990, 1853, 1857 f; Hopt, ZHR 140 (1976) 201 ff; Herrmann, JZ 1983, 422, 428 f.