

**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

<b>Einleitung</b>	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
<b>Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>432</b>
<b>Anhang: Fragebogen . . . . .</b>	<b>440</b>
<b>Verzeichnis der zitierten amerikanischen Entscheidungen . . . . .</b>	<b>441</b>
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>450</b>
<b>Sachwortregister . . . . .</b>	<b>479</b>

## 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 Finanzierungsmethoden<sup>1</sup>. 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 begrenzen<sup>2</sup>. 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 Eigenkapitalersatzrecht<sup>3</sup>. 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 Bruch<sup>4</sup>: Der Bundesfinanzhof<sup>5</sup> machte in seinen Verzinsungsurteilen klar, daß er dem gesellschaftsrechtlichen Schutzkonzept sehr zweifelnd gegenübersteht<sup>6</sup>. Auch im

---

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

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

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

<sup>4</sup> Claussen, GmbHR 1994, 9.

<sup>5</sup> BFH GmbHR 1992, 382; BFH /NV 1992, 629.

<sup>6</sup> 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.

Schrifttum<sup>7</sup> 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 behandeln<sup>8</sup>. 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 Anlegerschutzes<sup>9</sup> geprägt und bietet so die Möglichkeit, Positionen im deut-

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 ist<sup>10</sup>. 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.

<sup>10</sup> 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.