

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 120

**Die Reichweite des  
Kapitalerhaltungsgrundsatzes  
aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die  
Finanzierungsverantwortung  
des Gesellschafters und das  
Eigenkapitalersatzrecht  
in der GmbH**

Von

**Hans Eichele**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HANS EICHELE

**Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes  
aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die Finanzierungsverantwortung  
des Gesellschafters und das Eigenkapitalersatzrecht  
in der GmbH**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 120**

Die Reichweite des  
Kapitalerhaltungsgrundsatzes  
aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die  
Finanzierungsverantwortung  
des Gesellschafters und das  
Eigenkapitalersatzrecht  
in der GmbH

Von

Hans Eichele



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Eichele, Hans:**

Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes aus § 30 Abs. 1  
GmbHG, die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters und  
das Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH / von Hans Eichele. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 120)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1997/98

ISBN 3-428-09592-8

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-09592-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☞

## Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Wintersemester 1997/98 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Januar 1998.

Für vielfältige Anregungen und die freundliche Förderung habe ich vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Arndt Teichmann*, ganz herzlich zu danken. Frau Prof. Dr. *Barbara Grunewald* danke ich dafür, daß sie die Zweitkorrektur übernommen und so schnell ausgeführt hat. Herrn Prof. Dr. *Hans-Peter Pecher* bin ich zu Dank verpflichtet für die vielen Einsichten, die ich in der Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl gewinnen konnte.

Meiner Familie danke ich herzlich für alle Unterstützung gleich welcher Art, die ich während der gesamten Studienzeit erfahren habe. Ihr und dem Andenken an Gracie O. Dalton widme ich dieses Buch.

Mainz, im Sommer 1998

*Hans Eichele*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
<b>B. Leitgedanken zur „Finanzierungsverantwortung“ in BGH-Entscheidungen</b> ..	14
I. Finanzierungsverantwortung, -freiheit, -entscheidung und -risiko.....	14
II. Rechtsmißbrauch als Leitgedanke.....	16
1. Verstoß gegen Treu und Glauben.....	16
2. Anscheinhaftung und Verbot der Täuschung.....	19
3. Verbot der Risikoüberwälzung.....	21
III. Einfluß als Leitgedanke.....	22
1. Anknüpfen an Gesellschafterstellung.....	22
2. Einbeziehung Dritter.....	22
3. Einfluß auf Liquidationsmöglichkeit.....	25
IV. Subjektive Voraussetzungen.....	26
1. Erkennbarkeit der Krise und Finanzierungsentscheidung.....	27
2. Motive zur Unterstützung der Gesellschaft.....	29
V. Zwischenergebnis: Kennzeichen der Finanzierungs(folge)verantwortung.....	30
<b>C. Andere Konzepte und Kritik an der „Finanzierungsfolgeverantwortung“</b> .....	32
I. Finanzierungsverantwortung als einschränkendes Zurechnungskriterium.....	32
1. Konzept K. Schmidts.....	32
2. Stellungnahme.....	35
II. Eigenkapitalersatzrecht als allgemeines Schadensersatzrecht.....	35
1. Das Gegenkonzept Reiners.....	36
2. Stellungnahme.....	37
III. Eigenkapitalersatzrecht als Ausprägung des Kapitalmarktrechts.....	39
1. Finanzierungsverantwortung als kapitalmarktrechtliches Prinzip.....	39
2. Stellungnahme.....	40



IV. Eigenkapitalersetzende Leistungen als stille Beteiligungen .....	41
V. Eigenkapitalersatzrecht als Ausdruck des Verbots der Gläubiger- gefährdung .....	44
VI. Eigenkapitalersatzrecht als Ausdruck einer Sicherungspflicht .....	45
VII. Eigenkapitalersatzrecht ohne ratio legis .....	46
<b>D. Tragfähigkeit der einzelnen Komponenten der „Finanzierungsfolgeverant- wortung“ .....</b>	<b>48</b>
I. Vertrauensschutz bei Finanzierung durch Gesellschafter .....	48
II. Risikoverteilung und widersprüchliches Verhalten .....	53
1. Pflicht zur Entscheidung in der Krise .....	54
2. Risikoverteilung in der GmbH und Pflicht zur Entscheidung .....	56
a) Grundaussagen zur Risikozuweisung .....	57
b) Kapitalaufbringungsregeln und Risikozuweisung .....	58
c) Kapitalerhaltungsregeln und Risikozuweisung .....	62
d) Ergebnis zur Risikozuweisung .....	64
III. Methodische Kritik .....	66
<b>E. Gesellschaftsvertragliche Wurzeln der Finanzierungsverantwortung .....</b>	<b>68</b>
I. Ausgangslage und bisherige Auffassung .....	68
1. Gesetzgebungsmaterialien von 1892 .....	69
a) Gesetzliches Leitbild der GmbH .....	69
b) Stammkapital und Gesellschaftsvermögen .....	72
aa) Stammkapital .....	73
bb) Sonstiges Gesellschaftsvermögen und Kapitalbindung in der GmbH .....	75
c) Zwischenergebnis .....	77
2. Spätere Reformüberlegungen .....	78
a) Ausschuß für G.m.b.H.-Recht der Akademie für Deutsches Recht .....	78
aa) Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals .....	78
bb) Behandlung von Gesellschafterdarlehen .....	79
b) Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz von 1969 .....	80
aa) Erhaltung des Stammkapitals .....	80
bb) Behandlung von Gesellschafterdarlehen .....	81

c) GmbHG-Novelle von 1980 .....	83
3. Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Steuerrecht.....	84
4. Ergebnis: Kapitalschutz nach den Materialien .....	91
II. Bisheriges Verständnis der §§ 30, 31 GmbHG.....	92
III. Ansatz für die werbende Gesellschaft .....	96
1. Lösung über § 30 Abs. 1 GmbHG unmittelbar.....	101
a) Vermögen, Eigenkapital und Stammkapital .....	101
aa) Gesellschaftsvermögen.....	101
bb) Eigenkapital .....	102
cc) Stammkapital.....	103
dd) Unterbilanz und Überschuldung.....	104
b) Wortlaut des § 30 Abs. 1 GmbHG.....	106
c) Kapitalerhaltung nach den Vorstellungen des GmbH-Gesetzgebers	107
d) Systematische Stellung des § 30 Abs. 1 GmbHG .....	108
e) Festlegung der Stammkapitalziffer durch die Gesellschafter .....	109
aa) Bedeutung der Festlegung des Stammkapitals .....	110
(1) Stammkapital und Kapitalaufbringungsregeln .....	110
(2) Stammkapital und Kapitalerhaltungsregeln .....	112
bb) Entscheidung über Stammkapital und Eigenkapital .....	115
cc) Funktion des Stammkapitals.....	116
(1) Funktion im Rahmen der Kapitalaufbringung.....	117
(2) Funktion im Rahmen der Kapitalerhaltung .....	119
dd) Eigener Regelungsinhalt der §§ 30 f. GmbHG und Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter.....	122
ee) Verbindlichkeit der Finanzierungsentscheidung.....	124
ff) Teleologische Reduktion des § 30 Abs. 1 GmbHG .....	125
gg) Beweislast .....	127
f) Zwischenergebnis .....	130
2. Unterschied zu bisheriger Auffassung .....	131
a) Gleichstellung mit Drittverbindlichkeit, nicht Eigenkapitalcharakter .....	134

b) Klare Abgrenzung zur materiellen Unterkapitalisierung .....	136
3. Praktische Konsequenzen .....	137
a) Drittvergleich als Maßstab für Ausnahmen vom Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHIG .....	137
b) Behandlung „eigenkapitalersetzender Darlehen“ .....	139
aa) In der Krise gewährte Darlehen .....	139
bb) In der Krise stehengelassene Darlehen .....	139
c) Erfordernis der Kenntnis der Krise und Beweislast für Kenntnis ...	141
d) Kreditwürdigkeit .....	143
e) Eigenkapitalersetzende Bürgschaft .....	143
f) Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung .....	145
4. Funktion und Inhalt des § 31 GmbHIG .....	147
IV. Liquidation und Insolvenz der GmbH .....	150
1. Kapitalbindung und Liquidation .....	150
2. Verhältnis der §§ 30, 31 GmbHIG zu § 32 a GmbHG .....	153
a) Umfang der Vermögensbindung .....	154
b) Maßstab zur Bestimmung des „Eigenkapitalersatzcharakters“ .....	155
c) Beweislast .....	156
d) Rückforderung „eigenkapitalersetzender Leistungen“ im Konkurs bzw. im Insolvenzverfahren .....	157
e) Fazit .....	158
<b>F. Zusammenfassung in Thesen .....</b>	<b>159</b>
<b>Übersicht über Fundstellen zu den BGH-Entscheidungen .....</b>	<b>163</b>
<b>Überblick über die Gesetzesmaterialien .....</b>	<b>168</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>169</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>177</b>

---

Abkürzungen im Text folgen dem Abkürzungsverzeichnis von Kirchner.

## A. Einleitung

Die „Finanzierungsverantwortung“ oder „Finanzierungsfolgeverantwortung“ ist zum Leitbegriff des Kapitalersatzrechts geworden. Die Rechtsprechung bedient sich ihrer bei den Entscheidungen zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen insbesondere in der GmbH und in der GmbH & Co. KG, aber auch in der AG. Es geht stets um die Frage, ob ein Gesellschafter einer Gesellschaft Mittel wieder entziehen kann, die er ihr in einer Krise in der Form von Fremdkapital gegeben oder belassen hat.

Überläßt der Gesellschafter der Gesellschaft Mittel gerade für den Fall der Krise (in der Form von ausgewiesenen Eigenkapital oder als Fremdkapital mit Rangrücktrittsvereinbarung<sup>1</sup>), so müssen diese Mittel der Gesellschaft im Krisenfall belassen werden. Dies beruht in erster Linie auf der Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.

Beim Eigenkapitalersatzrecht geht es darum, auch in denjenigen Fällen den Abzug von Mitteln zu verhindern, in denen keine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorliegt. Als Fremdkapital ausgewiesene Mittel sollen der Gesellschaft in der Krise kraft Gesetzes belassen werden, weil sie wie Eigenkapital anzusehen seien. Ziel dieser Unqualifizierung sind Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes<sup>2</sup>, Ansatzpunkt ist die tatsächliche Überlassung von Mitteln an eine Gesellschaft in einer Krisensituation<sup>3</sup>. In den Urteilen des BGH taucht immer wieder das Schlagwort der (bloß einseitigen) „Finanzierungsentscheidung“ des Gesellschafters auf, an die die Unqualifizierung anknüpft. Der Gesellschafter wird so behandelt, als ob er der Gesellschaft Mittel im Zusammenhang mit einer Rangrücktrittsvereinbarung überlassen hätte. Der Anspruch darauf, daß der Gesellschaft zu Unrecht ausgezahlte Mittel zurückgewährt werden, oder die Einrede, daß Mittel nicht abgezogen werden dürfen, sind unabhängig davon, ob tatsächlich eine Absprache zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besteht. Mittel werden unqualifiziert, weil die finanzielle Situation der Gesellschaft auf eine Krise hindeutet und das tatsächliche Verhalten des Gesellschafters so zu verstehen ist, als ob er die Gesellschaft auch und gerade in der Krise unterstützen wolle.

---

<sup>1</sup> Dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 III 2, S. 526.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 27.9.1976, II ZR 162/75, BGHZ 67, 171, 182; Urt. v. 26.11.1979, II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 336 f.; ständ. Rechtsprechung.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1979 (Fn. 2), BGHZ 75, 334, 336; Urt. v. 23.3.1980, II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 329; ständ. Rspr.

Die Rechtsprechung beschränkt sich aber nicht auf eine bloße Beweiserleichterung für den Gläubiger oder den Konkursverwalter der Gesellschaft, sondern versagt dem Gesellschafter den Gegenbeweis dafür, daß seine Leistung als Krisenhilfe gedacht war: In klassischen juristischen Kategorien gesprochen, handelt es sich um eine unwiderlegliche Vermutung<sup>4</sup> dafür, daß Mittel als Kapitalersatz gegeben wurden.

Gerechtfertigt wird dies seit BGHZ 90, 381 mit dem Schlagwort der „Verantwortung des Gesellschafters für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft“<sup>5</sup>. Mit der Verantwortung einher gehe zwar nicht die Pflicht, eine Gesellschaft ordnungsgemäß mit Eigenkapital auszustatten (so daß es keine Finanzierungsverantwortung gibt, die die materielle Unterkapitalisierung aufwiegen kann), doch führe diese Verantwortung dazu, daß ein Gesellschafter Mittel nicht wieder abziehen dürfe, die er der Gesellschaft in der Krise be- oder überlassen habe, bis diese Krise überwunden sei. Daher wird die Verantwortung des Gesellschafters in der neueren Rechtsprechung als „Finanzierungsfolgeverantwortung“<sup>6</sup> bezeichnet.

Seit der GmbH-Novelle aus dem Jahr 1980 hat die Umqualifizierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen in den §§ 32 a, b GmbHG sowie § 3 b AnfG und § 32 a KO eine gesetzliche Grundlage, so daß der Rückgriff auf die Finanzierungsfolgeverantwortung für Sachverhalte im unmittelbaren Anwendungsbereich dieser Vorschriften in weiten Teilen nicht mehr nötig ist. Da der Tatbestand des § 32 a GmbHG nur im Fall der Konkurseröffnung greift und die Aufhebungsvorschriften der §§ 3 b AnfG, 32 a KO nur innerhalb einer einjährigen Frist geltend gemacht werden können, hält die Rechtsprechung weiterhin an den von ihr entwickelten Grundsätzen zur analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG fest und stützt dies auf die Verantwortung des Gesellschafters für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft. Auch für die Auffangvorschrift des § 32 a Abs. 3 GmbHG spielt die Finanzierungsfolgeverantwortung eine Rolle, soweit es darum geht, dem Gesellschafterdarlehen gleichstehende Finanzierungsformen zu bestimmen und Umgehungen des § 32 a Abs. 1 GmbHG zu vermeiden.

In jüngster Zeit wird erneut diskutiert, ob nicht auch für den GmbH-Gesellschafter eine gewisse Mindestbeteiligung erforderlich ist, damit er für

---

<sup>4</sup> Eine Fiktion im Sinne der „bewußten Lüge“ des Gesetzgebers ist dies nicht, da das Eigenkapitalersatzrecht auch dann eingreift, wenn Gesellschafter und Gesellschaft wirklich vereinbart haben, daß Mittel in der Krise belassen werden sollen. In diesem Fall führt das Eigenkapitalersatzrecht dazu, daß eine solche Vereinbarung nicht vor Ende der Krise aufgehoben werden darf.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 26.3.1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388 f.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 26.3.1984 (oben Fn. 5), BGHZ 90, 381, 388 f.

die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft verantwortlich gemacht werden kann: Es liegt ein Regierungsentwurf vor, der die Anwendung des § 32 a GmbHG davon abhängig machen soll, ob der GmbH-Gesellschafter mit wenigstens 10% an der Gesellschaft beteiligt ist<sup>7</sup>. Auch dieser Aspekt müßte sich in das Konzept der Finanzierungsverantwortung einfügen lassen, wenn es nicht zu Systembrüchen kommen soll.

Zweck dieser Arbeit ist es, die maßgeblichen Bausteine der „Finanzierungs(folge)verantwortung“ herauszuarbeiten und auf ihre Tragfähigkeit zu untersuchen. Dabei geht es zunächst darum, das Konzept der Finanzierungsverantwortung darzustellen, das die Rechtsprechung verwendet. Dem werden Gegenvorschläge gegenübergestellt, die sich mit den Schwächen des Rechtsprechungskonzepts auseinandersetzen. Da auch die Gegenkonzepte nicht alle Vorbehalte ausräumen können, gilt es, nach einem Zusammenhang zwischen der Finanzierungsverantwortung und den Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften des GmbHG zu suchen. Das GmbH-Recht soll hier deshalb der Ausgangspunkt sein, weil die GmbH diejenige Gesellschaftsform ist, die die Rechtsprechung bislang am häufigsten im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts beschäftigt hat, und weil sich die Rechtsprechung auf die §§ 30, 31 GmbHG stützt, auch wenn es um andere Gesellschaftsformen geht.

---

<sup>7</sup> Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen, Art. 2, BT-DS 7141 v. 6.3.1997, S. 6; Referentenentwurf abgedruckt in GmbIR 1996, 600 f. und ZIP 1996, 1362; für eine Beschränkung schon nach geltendem Recht *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., §§ 32 a, b Rz. 56. Positiv gegenüber den Änderungsbestrebungen *Claussen*, GmbHR 1996, 316, 321. Dagegen *K. Schmidt*, ZIP 1996, 1586 ff., *Altmeyen*, ZIP 1996, 1455; *Karollus*, ZIP 1996, 1893 ff., *Grunewald*, GmbHR 1997, 7 ff.; v. *Gerkan*, GmbHR 1997, 677 ff.; *Kallmeyer*, GmbIR 1996, R 177.