

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 136

**Der Anwendungsbereich
des Eigenkapitalersatzrechts
nach § 32a Abs. 3 Satz 2
und Satz 3 GmbHG**

Von

Wolfgang H. Barth



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG H. BARTH

Der Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts
nach § 32a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 136

Der Anwendungsbereich
des Eigenkapitalersatzrechts
nach § 32a Abs. 3 Satz 2
und Satz 3 GmbHG

Von

Wolfgang H. Barth



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Barth, Wolfgang H.:

Der Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts nach
§ 32a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG / Wolfgang H. Barth. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2001
(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 136)
Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2000
ISBN 3-428-10324-6

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-10324-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1999/2000 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Juli 2000. Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Lutz Michalski.

Ihm als Doktorvater und wissenschaftlichen Lehrer gebührt mein aufrichtiger Dank. Er gewährte mir stets den notwendigen Freiraum, half mir jederzeit mit wertvollen Anregungen und förderte mich darüber hinaus auf vielfältige Weise. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Karl-Georg Loritz für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. danke ich für die Gewährung eines Graduiertenstipendiums. Danken möchte ich schließlich meinen Freunden und Kollegen Kolja de Vries und Volker Schulenburg für die stete Diskussionsbereitschaft, meiner Freundin Anja ZeiBig für ausführliches Korrekturlesen und, vor allen Dingen, meinen Eltern, die mir die unbeschwerten Jahre an der Universität ermöglichten.

Bayreuth, Juli 2000

Wolfgang H. Barth

Inhaltsübersicht

<i>1. Kapitel: Einführung</i>	23
<i>2. Kapitel: § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG</i>	29
A. Gesetzgebung	29
I. Entstehungsgeschichte	29
II. Begründung	30
B. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	31
I. Auffassungen vor Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	32
II. Auffassungen nach Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	49
C. Eigene Beurteilung	60
I. Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	60
II. Vereinbarkeit mit der Dogmatik des Kapitalersatzrechts	69
D. Anwendungsbereich	107
I. Tatbestandsmerkmale	107
II. Rechtsfolgen	122
III. Auswirkungen auf andere Fälle des Kapitalersatzrechts	125
<i>3. Kapitel: § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG</i>	134
A. Gesetzgebung	134
I. Entstehungsgeschichte	134
II. Begründung	135
B. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	135
I. Auffassungen vor Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	135
II. Auffassungen nach Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	151
C. Eigene Beurteilung	152
I. Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	153
II. Vereinbarkeit mit der Dogmatik des Kapitalersatzrechts	165

D. Anwendungsbereich	172
I. Tatbestandsmerkmale	172
II. Rechtsfolgen	205
III. Auswirkungen auf andere Fälle des Kapitalersatzrechts	209
<i>4. Kapitel: Zusammenfassung</i>	215
Literaturverzeichnis	220
Sachwortverzeichnis	240

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung	23
A. Problematik	23
B. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit	24
C. Überblick über das Kapitalersatzrecht	25
I. Novellen- und Rechtsprechungsregeln	25
II. Einschränkungen des Anwendungsbereichs	27
III. Zum Begriff „(Eigen-)Kapitalersatzrecht“	27

2. Kapitel

§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	29
A. Gesetzgebung	29
I. Entstehungsgeschichte	29
II. Begründung	30
B. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	31
I. Auffassungen vor Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	32
1. Rechtsprechung	32
a) Entscheidungen zu geringfügig beteiligten GmbH-Gesellschaftern	33
aa) BGH-Urteil vom 17. 2. 1992	33
bb) OLG München-Urteil vom 13. 3. 1992	34
cc) Bewertung	34
b) Abgrenzung	35
aa) Bankbeteiligung bzw. Gesellschafterstellung ohne unternehmerische Interessen	35
bb) Gesellschafterstellung in der Aktiengesellschaft	37

2. Literatur	38
a) Keine Anwendung des Kapitalersatzrechts auf den nichtunternehmerisch beteiligten Gesellschafter	39
aa) Begründung	39
bb) Kriterien	40
cc) Kritik	42
b) Rollendifferenzierung bzw. Widerlegung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Gesellschafterstellung und Finanzierungsleistung	43
aa) Begründung	44
bb) Kriterien	45
cc) Kritik	46
c) Bankenprivileg	47
aa) Begründung	47
bb) Kriterien	48
cc) Kritik	48
3. Zusammenfassung	49
II. Auffassungen nach Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	49
1. Kritik	51
a) Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	51
b) Dogmatische Bedenken	53
c) Zu den Abgrenzungskriterien	54
2. Zustimmung	56
a) Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	56
b) Zu den Abgrenzungskriterien	57
c) Alternativvorschläge	57
aa) „Weiche“ Grenzziehung	58
bb) Anhebung der Freigrenze auf 25%	59
3. Zusammenfassung	59
C. Eigene Beurteilung	60
I. Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	60
1. Freistellung von geringfügig beteiligten Gesellschaftern ohne Insiderstellung	60
a) Leitbild der GmbH	60
b) Verbreitung von Kleinbeteiligungen	61
aa) Kleinbeteiligungen von Mitarbeitern	62
bb) Kleinbeteiligungen durch Aufteilung vererbter Geschäftsanteile	64

Inhaltsverzeichnis	13
2. Freistellung von geringfügig beteiligten Banken	64
a) Förderung der Eigenkapitalausstattung durch banknahe Beteiligungsgesellschaften	65
b) Gefahr eines Bankenprivilegs	68
3. Zusammenfassung	69
II. Vereinbarkeit mit der Dogmatik des Kapitalersatzrechts	69
1. Legitimationsgrundlagen des Kapitalersatzrechts	70
a) Entwicklung der Rechtsprechung	70
aa) Rechtsprechung des RG	70
bb) BGH-Urteil vom 14. 12. 1959	70
cc) BGH-Urteil vom 29. 11. 1971	71
dd) BGH-Urteil vom 26. 3. 1984	72
ee) BGH-Urteil vom 16. 10. 1989	72
ff) BGH-Urteil vom 7. 11. 1994	73
b) Diskussion der einzelnen Ansätze	73
aa) Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters	73
bb) Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute und Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung	74
cc) Verbot widersprüchlichen Verhaltens	75
dd) Materielle Funktion des Darlehens und wirtschaftliche Betrachtungsweise	76
ee) Vertrauensschutz und Rechtsscheinhaftung	76
ff) Vermeidung einer Krisenverschleppung	78
gg) Doppelrolle als Darlehensgeber und Gesellschafter bzw. Insider	81
c) Zusammenfassung	84
2. Kriterien des persönlichen Anwendungsbereichs des Kapitalersatzrechts	84
a) Gesellschaftsinteresse durch Vermögensrechte	85
b) Einfluß durch Mitspracherechte	87
aa) Einfluß auf die Erhöhung des Stammkapitals	87
bb) Einfluß auf die Liquidation	88
cc) Einfluß auf die Geschäftsführung	90
dd) Einfluß gesellschaftergleicher Dritter	92
ee) Einfluß des Aktionärs	93
ff) Unterscheidung zwischen Unternehmer- und Anlagegesellschafter	94

c) Kenntnis und Kenntnismöglichkeit von der Krise durch Informationsrechte und Insiderstellung	95
aa) Subjektives Tatbestandsmerkmal beim Stehenlassen eines Gesellschafterdarlehens	96
bb) Subjektives Tatbestandsmerkmal beim Gewähren eines Gesellschafterdarlehens	97
cc) Anforderungen an die Kenntnismöglichkeit von der Krise	100
dd) Bedeutung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	102
ee) Teleologische Reduktion des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	104
d) Zusammenfassung	106
D. Anwendungsbereich	107
I. Tatbestandsmerkmale	107
1. Beteiligung von 10% oder weniger	107
a) Beteiligungsmaßstab: Stammeinlage	107
b) Beteiligungshöhe: 10% oder weniger	108
c) Hinzurechnung weiterer Anteile	108
d) Nachträgliche Veränderung	109
2. Wörtliche Reduktion	111
a) Stellung als Geschäftsführer	111
b) Nachträgliche Veränderung	112
3. Teleologische Reduktion	112
a) Der Geschäftsführerstellung entsprechende Kriterien	112
aa) Faktischer Geschäftsführer	112
bb) Mitglied im Aufsichtsorgan	113
cc) Dienstvertragliche Verbindung mit Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse der GmbH	114
dd) Stimmenpool und ähnliche Vereinbarungen	116
ee) Abhängigkeitsverhältnis	116
b) Kenntnis von der Krise	117
aa) Kenntnis der die Krise begründenden Umstände	117
bb) Unterrichtung durch den Geschäftsführer bzw. Mitgesellschafter	118
cc) Keine Beschränkung auf gesellschaftsrechtlich vermittelte Kenntnis	118
dd) Koordinierte Kreditvergabe	119
ee) Strohmännfälle	120
4. Altfälle	121
5. Beweislast	121

II. Rechtsfolgen	122
1. Novellenregeln	122
2. Rechtsprechungsregeln	122
3. Finanzplankredite	123
III. Auswirkungen auf andere Fälle des Kapitalersatzrechts	125
1. § 32a Abs. 2 GmbHG	125
2. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG	125
a) Atypischer Pfandgläubiger, atypischer stiller Gesellschafter	126
b) Nießbraucher, Unterbeteiligter	127
c) Treugeber	127
d) Verbundenes Unternehmen	128
3. Solidarhaftung, § 31 Abs. 3 GmbHG	130
4. Andere Gesellschaftsformen	130
a) GmbHG & Co. KG, § 172a HGB	130
b) AG	132

3. Kapitel

§ 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG 134

A. Gesetzgebung	134
I. Entstehungsgeschichte	134
II. Begründung	135
B. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	135
I. Auffassungen vor Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	135
1. Rechtsprechung	135
a) Entscheidungen zu Sanierungsbeteiligungen	135
aa) BGH-Urteil vom 21. 9. 1981	136
bb) BGH-Urteil vom 13. 7. 1992	136
cc) Bewertung	137
b) Abgrenzung	139
aa) Kurzfristige Überbrückungsdarlehen	139
bb) Vergleichsdarlehen, § 106 VglO	139

2. Literatur	140
a) Allgemeines Sanierungsprivileg für alle Gesellschafter	142
aa) Begründung	143
bb) Kriterien	143
cc) Kritik	144
b) Spezielles Sanierungsprivileg für Krisenbeteiligungen	145
aa) Begründung	146
bb) Kriterien	147
cc) Kritik	149
3. Zusammenfassung	150
II. Auffassungen nach Einführung des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	151
1. Kritik	151
2. Zustimmung	152
C. Eigene Beurteilung	152
I. Zur Zielsetzung des Gesetzgebers	153
1. Sanierungsbegriff	153
a) Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff	153
b) Betriebswirtschaftlicher Sanierungsbegriff	154
c) Insolvenzrechtlicher Sanierungsbegriff	154
d) Sanierungsbegriff für § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	155
2. Sanierung oder Liquidation	156
3. „Freie“ Sanierung oder Reorganisationsverfahren	158
a) Vor- und Nachteile des Insolvenzplanverfahrens	158
b) Vor- und Nachteile der „freien“ Sanierung	160
4. Übernahme von Geschäftsanteilen durch einen Darlehensgeber als Sanierungsbeitrag	161
a) Rolle der Gläubiger, insbesondere der Kreditinstitute bei der Sanierung	161
b) Vor- und Nachteile einer Beteiligung am Schuldnerunternehmen	162
5. Zusammenfassung	164
II. Vereinbarkeit mit der Dogmatik des Kapitalersatzrechts	165
1. Sanierungsfeindlichkeit des Kapitalersatzrechts	165
2. Kapitalersatzrecht als Seriositätsgewähr	167
3. Verzicht auf das Kapitalersatzrecht bei § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	169
4. Zusammenfassung	171

D. Anwendungsbereich	172
I. Tatbestandsmerkmale	172
1. Darlehensgeber	172
a) Arten von Darlehensgebern	172
b) Erwerb der Darlehensgeberposition zusammen mit der Beteiligung	172
c) Gesellschafter und gesellschafterähnlicher Dritter	174
2. Krise	177
a) Begriff der Krise	177
b) Krise während eines Insolvenzverfahrens	178
3. Erwerb von Geschäftsanteilen	181
a) Übernahme bestehender Geschäftsanteile von den Alteigentümern	181
b) Zeichnung neuer Geschäftsanteile aus einer Kapitalerhöhung	183
c) Umwandlung von Darlehen in Eigenkapital	185
d) Erwerb von Geschäftsanteilen während eines Insolvenzverfahrens	186
e) Übertragende Sanierung	187
f) Stufensanierung	188
4. Zum Zweck der Überwindung der Krise	189
a) Vorschläge im Schrifttum	189
b) Vergleich mit der Behandlung von Sanierungskrediten bei § 826 BGB und § 138 BGB	191
aa) Anforderungen an Sanierungskredite zur Vermeidung des Sittenwidrigkeitsvorwurfs	191
bb) Übertragbarkeit auf § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	195
c) Subjektives Merkmal: Sanierungsabsicht	197
aa) Anscheinsbeweis für das Vorliegen der Sanierungsabsicht	197
bb) Fehlen der Sanierungsabsicht	197
d) Objektives Merkmal: Sanierungseignung aus ex-ante-Sicht	198
aa) Sanierungsprüfung	199
bb) Beweiserleichterung durch externes Sanierungsgutachten	200
cc) Zeitpunkt der Sanierungsprüfung	200
dd) Nachträglicher Wegfall der Sanierungseignung	201
5. Bestehende und neugewährte Kredite	203
a) Bestehende Kredite	203
b) Neugewährte Kredite	203
c) Bereits umqualifizierte Darlehen	203

6. Altfälle	204
7. Beweislast	205
II. Rechtsfolgen	205
1. Regeln über den Eigenkapitalersatz	205
2. Dauer der Freistellung	206
III. Auswirkungen auf andere Fälle des Kapitalersatzrechts	209
1. § 32a Abs. 2 GmbHG	209
a) Sicherheit des Sanierungsgesellschafters für Darlehen Dritter	209
b) Sicherheit von Gesellschaftern für Darlehen des Sanierungsgesellschafters	209
2. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG	210
a) Erwerb einer Stellung als gesellschafterähnlicher Dritter	210
b) Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen	212
3. Solidarhaftung, § 31 Abs. 3 GmbHG	212
4. Andere Gesellschaftsformen	213
a) GmbH & Co. KG, § 172a HGB	213
b) AG	213

4. Kapitel

Zusammenfassung	215
A. Grundlagen des Kapitalersatzrechts ,	215
B. Bedeutung und Auslegung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG	215
C. Bedeutung und Auslegung des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG	217
D. Zusammentreffen von § 32a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG	219
Literaturverzeichnis	220
Sachwortverzeichnis	240

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BuW	Betrieb und Wirtschaft
bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DMBilG	D-Markbilanzgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWiR, DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgend (e); für
FAR	Fachausschuß Recht
Fußn.	Fußnote
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GesRZ	Der Gesellschafter
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHRR	GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i. S. (d.; v.)	im Sinne (des, der; von)
i. V. m.	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KapAEG	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen; ab 1989: Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung –
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
RegEGmbHG	Regierungsentwurf zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
RegEInsO	Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s., S.	siehe; Seite
sog.	sogenannt(e)
u. a.	und andere
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften
usw.	und so weiter
VglO	Vergleichsordnung
vgl.	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZBB	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1. Kapitel

Einführung

A. Problematik

„Das Kapitalersatzrecht brodeln“¹. Bisher galt diese Aussage vor allem der Rechtsprechung, die durch eine Flut von Entscheidungen die Regeln über den Eigenkapitalersatz immer mehr ausweitete. Jetzt hat der Gesetzgeber – fast zwanzig Jahre nach Einführung der §§ 32a, 32b GmbHG im Rahmen der GmbH-Novelle von 1980 – wieder in die kapitalersatzrechtliche Diskussion eingegriffen. Durch Art. 2 Nr. 1 des Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetzes (KapAEG)² vom 20. 4. 1998 wurde § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG eingeführt, der bestimmte GmbH-Gesellschafter von den Regeln über den Eigenkapitalersatz freistellt:

„Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist.“

Wenige Tage später, am 27. 4. 1998, folgte das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)³. Art. 10 Nr. 2 KonTraG sieht für das Eigenkapitalersatzrecht eine Sanierungsregelung in § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG vor:

„Erwirbt ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden und neugewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz.“

Für diese Änderungen hat es nach Aussage des Bundesministeriums der Justiz „keine konkreten Auslöser gegeben – es war seit längerem im politischen Raum Unmut über das immer komplizierter werdende und als sanierungsfeindlich verdächtige Eigenkapitalersatzrecht zu spüren“⁴. Langsam habe sich „Widerstand formiert – wohl unbemerkt von den geschlossenen Zirkeln der berufsmäßigen Eigenkapitalersatzrechtler, die doch gerade dabei waren, dem System noch den letzten Schliff zu geben“⁵. Aus diesem Grund verwundert es nicht, daß der Entwurf zum KapAEG auf vernichtende Kritik der „Eigenkapitalersatzrechtler“ gestoßen ist.

¹ Noack, in: Insolvenzrecht 1996, S. 195.

² BGBl. I 1998, S. 707.

³ BGBl. I 1998, S. 786.

⁴ Seibert, GmbHR 1998, 309 – Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz.

⁵ Seibert, GmbHR 1998, 309 – Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz.

Während die Fachwelt zwischen der Vorstellung des Entwurfs zum KapAEG und seiner Verabschiedung aber noch zwei Jahre Zeit für eine breite Diskussion hatte, wurde die neue Sanierungsregel im KonTraG regelrecht in einer „Nacht- und Nebelaktion“⁶ eingebracht.

Der Gesetzgeber verfolgt mit beiden Regelungen unterschiedliche Ziele. Durch § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG werden nichtunternehmerisch beteiligte Gesellschafter ohne Insiderstellung und mit geringen Einflußmöglichkeiten von den Regeln über den Eigenkapitalersatz ausgenommen⁷. Die GmbH soll dadurch auch für die Zurverfügungstellung von Risikokapital attraktiver werden. § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG privilegiert dagegen denjenigen, der bereit ist, in der Krise der Gesellschaft unternehmerische Kontrolle und Verantwortung zu übernehmen⁸. Die Bereitschaft zur Sanierung von Unternehmen in der Krise soll damit gefördert werden. Beide Fragen wurden schon zuvor in der Literatur meist im Anschluß an die Entscheidung des BGH im „Helaba/Sonnenring“-Fall⁹ und häufig miteinander verknüpft diskutiert. Der Meinungsstand dazu ist recht „unübersichtlich“¹⁰. Dies liegt insbesondere daran, daß die damals vorgeschlagenen Einschränkungen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale – etwa beim Umfang der Gesellschafterbeteiligung, beim Zurechnungszusammenhang zwischen der Gesellschafterstellung und der Darlehenshingabe oder beim Begriff des „ordentlichen Kaufmanns“ – anknüpfen und auch unterschiedliche Ziele – etwa den Schutz des desinteressierten Kapitalanlegers, die Freistellung institutioneller Kreditgeber oder die Förderung von Unternehmenssanierungen – verfolgten. Überwiegend wurden solche Einschränkungen des Anwendungsbereichs aber bisher abgelehnt.

B. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit

Vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den neuen Tatbeständen des § 32a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG, die beide den Anwendungsbereich der Regeln über den Eigenkapitalersatz beschränken. Anders als es die bisherige Diskussion in der Literatur vermuten läßt, ist dabei zwischen den beiden Tatbeständen genau zu trennen. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG regelt eine Freistellung des Gesellschafters ohne unternehmerische Verantwortung. § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG privilegiert dagegen denjenigen, der in der Krise unternehmerische Verantwortung übernimmt. Gerade

⁶ *Dauner-Lieb*, DStR 1998, 1517, 1518. Vgl. auch *Uhlenbruck*, NZI 1998, 1, 6: „Hau-Ruck-Verfahren“; *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 294.

⁷ RegE KapAEG, BT- Drucks. 13/7141, S. 9, 11 f. = ZIP 1997, 706, 710.

⁸ Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses KonTraG, BT-Drucks. 13/10038, S. 28 = ZIP 1998, 487, 491.

⁹ BGHZ 81, 311 = NJW 1982, 383.

¹⁰ *Hueck*, in: *Baumbach/Hueck*, § 32a Rdn. 18; *Kuhn/Uhlenbruck*, 10. Aufl., § 32a Rdn. 18.

auch vor dem Hintergrund der bisher ablehnenden Haltung der Fachwelt gegenüber solchen Einschränkungen des Anwendungsbereichs ist genau zu untersuchen, ob die beiden Neuregelungen mit den Grundlagen des Kapitalersatzrechts vereinbar sind. Daraus werden dann als Ziel der Arbeit Vorschläge zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale, zur Bestimmung der Rechtsfolgen und zu den Auswirkungen auf weitere Fälle des Kapitalersatzrechts abgeleitet, zum Beispiel zu den Fragen, ob die Neuregelungen auch von der Solidarhaftung des Gesellschafters nach § 31 Abs. 3 GmbHG befreien und ob sie auf die gesellschaftergleichen Dritten i. S. v. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu übertragen sind.

Die Untersuchung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG im zweiten Kapitel und des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG im dritten Kapitel beginnt jeweils unter A. mit der Darstellung der Entstehungsgeschichte der Neuregelungen (I.) und ihrer Begründung im Gesetzentwurf (II.). Danach wird unter B. die Beurteilung dieser Änderungen in der Rechtsprechung und in der Literatur untersucht, wobei zwischen den Auffassungen vor der Einführung (I.) und denen nach der Einführung (II.) der Neuregelungen unterschieden wird. Im Anschluß daran folgt jeweils unter C. eine eigene Beurteilung der Gesetzesänderungen, in der auf die Zielsetzung des Gesetzgebers (I.) und die Vereinbarkeit mit der Dogmatik des Kapitalersatzrechts (II.) eingegangen wird. Die Kapitel enden jeweils unter D. mit der Darstellung des Anwendungsbereichs der neuen Regelungen, d. h. der Auslegung der Tatbestandsmerkmale (I.), der Bestimmung der Rechtsfolgen (II.) und der Untersuchung über die Auswirkungen auf andere Fälle des Kapitalersatzrechts (III.). Im vierten Kapitel werden dann die Ergebnisse nochmals kurz zusammengefaßt.

C. Überblick über das Kapitalersatzrecht

I. Novellen- und Rechtsprechungsregeln

In der GmbH-Novelle von 1980 wurden im Anschluß an die Rechtsprechung des BGH die §§ 32a, 32b GmbHG und ergänzend dazu die §§ 32a KO, 3b AnfG eingeführt. Der Grundfall eines Gesellschafterdarlehens ist in § 32a Abs. 1 GmbHG geregelt. Voraussetzung dafür ist, daß ein Gesellschafter seiner Gesellschaft ein Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt, in dem ordentliche Kaufleute Eigenkapital gegeben hätten. Durch Art. 10 Nr. 1 KonTraG¹¹ wurde für diesen Zeitpunkt der Begriff der „Krise der Gesellschaft“ ergänzend eingeführt. Maßgebliches Kriterium hierfür ist die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft, die vorliegt, wenn die Gesellschaft den zur Fortführung notwendigen Kapitalbedarf nicht durch einen entsprechenden Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen decken

¹¹ BGBl. I 1998, S. 786, 793.