

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Aktuelle Relevanz der Thematik und Gang der Darstellung.....	1
II. Historische Entwicklung des Kapitalersatzrechts und seiner Grundprinzipien	2
1. Das GmbHG von 1892 und die Rspr. des RG zu § 826 BGB.....	2
2. Die Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts durch den BGH	3
3. Finanzierungsverantwortung und Finanzierungsfreiheit im Widerstreit..	4
B. Der Regelungsgehalt der §§ 32a, 32b GmbHG.....	6
I. Voraussetzungen des Grundtatbestandes, § 32a Abs. 1 GmbHG.....	6
1. Das Gesellschafterdarlehen.....	6
2. Die Bedeutung des Begriffs der „Krise der Gesellschaft“	6
a.) Zur Klarstellungsfunktion des KonTraG	6
b.) Kreditunwürdigkeit als Grund der Gesellschaftskrise.....	7
c.) Gläubigerschutz durch Berücksichtigung der Insolvenzreife.....	8
d.) Das herrschende Verständnis – subjektive Tatbestandsmerkmale verzichtbar	9
II. Die Bedeutung der Generalklausel des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG	9
1. Die Erfassung sonstiger Leistungen der Gesellschafter	9
2. Ausweitung des erfaßten Personenkreises.....	10
C. Die Freistellung geringfügig beteiligter Gesellschafter durch das KapAEG, § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG	12
I. Zur Begründung der Novelle	12
II. Die Behandlung geringfügig beteiligter Gesellschafter nach altem Recht	12
III. Mögliche Einschränkungen des Anwendungsbereichs	13
1. Rückbesinnung auf Ausgangskonzeption von <i>Hommelhoff</i> möglich.....	14
2. Beschränkung auf natürliche Personen durch teleologische Reduktion.	15

Inhaltsverzeichnis

IV. Die Voraussetzungen der Freistellung im einzelnen	17
1. Die Beteiligungsgrenze bis zu 10 % des Stammkapitals.....	17
2. Die unternehmerische Beteiligung als Geschäftsführer	17
a.) Im Gesellschaftsvertrag bestellte Geschäftsführer (formale Geschäftsführerstellung)	17
b.) Einordnung solcher Personen, die dem Geschäftsführer vergleichbare Einflußmöglichkeiten besitzen (materielle Geschäftsführerstellung) ...	18
aa.) Die h.M.: keine Freistellung der faktischen Geschäftsführer.....	18
bb.) Nur rechtlich begründete Einflußrechte verhindern Freistellung	18
c.) Die reverse Situation – Einflußdefizite der Gesellschafter	20
aa.) Tatsächlich verminderte Einflußmöglichkeiten der Gesellschafter.	20
bb.) Der Inhaber eines „stimmrechtslosen“ Anteils	20
3. Auswirkungen einer Veränderungen des Beteiligungsgefüges oder eines Wechsels in der Geschäftsführung	21
4. Zur Freistellung geringfügig beteiligter Dritter, auf die das Kapitalersatzrecht nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG anwendbar ist.....	25
a.) Problemstellung	25
b.) Kriterien für das Eingreifen der Generalklausel.....	25
aa.) Die Beteiligung als stiller Gesellschafter, §§ 230 ff. HGB.....	25
(1.) Dem Leitbild des HGB entsprechende stille Beteiligungen.....	26
(2.) Die atypische stille Beteiligung	27
bb.) Das atypisch gestaltete Pfandrecht an Geschäftsanteilen	28
c.) Zur Anwendbarkeit der Ausnahme auf atypische Beteiligungen im Allgemeinen	30
d.) Zur Notwendigkeit, die negativen Voraussetzungen des § 32a Abs.3 S. 2 GmbHG zu modifizieren.....	32
5. Freistellung der Minderheitsgesellschafter in Mehr-Personen-Verhältnissen	34
a.) Gefahr der Rechtsfolgenerschleichung.....	34
b.) Vergleichbare Gefährdung der Gläubiger im Treuhandverhältnis.....	35
aa.) Divergenz zwischen formeller und wirtschaftlicher Berechtigung...	35
bb.) Rechtfertigung der Erfassung von Treuhänder und Treugeber	36

Inhaltsverzeichnis

cc.) Die Addition privilegierter Treuhandbeteiligungen	37
c.) Lösungsansätze für die koordinierte Kreditvergabe	
durch mehrere Minderheitsgesellschafter	37
aa.) Der aktuelle Meinungsstand	37
bb.) Die Novelle ernst nehmen – eine ablehnende Stellungnahme.....	38
(1.) Der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers	38
(2.) Regeln zum Finanzplankredit als Lösung ungeeignet.....	39
(3.) Exkurs - Kreditvergabe durch Konsortialverbindungen	39
(4.) Rückbesinnung auf das Prinzip der Finanzierungsverantwortung	40
(a.) Umgehungsversuche trotz	
§ 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG sanktionierbar	40
(b.) Unzureichende Alternative –	
Durchgriffshaftung nach § 826 BGB	42
6. Atypische Gesellschaftergefüge durch Beteiligung juristischer	
Personen an der GmbH und Unternehmensverflechtungen	43
a.) Die GmbH & Co KG	43
aa.) Problemstellung anhand eines Beispiels	43
bb.) Die bislang vertretenen Lösungsansätze und deren Konsequenzen .	45
cc.) Ein Alternativvorschlag.....	46
(1.) Keine Freistellung der Mehrheitsgesellschafter	
der Komplementär-GmbH	46
(2.) Zur Freistellung der Kommanditisten mit und ohne	
gleichzeitiger Beteiligung an der Komplementär-GmbH	47
b.) Anteilszurechnung in Unternehmensverbindungen	48
aa.) Juristische Personen als Gesellschafter der GmbH	48
bb.) Kreditvergabe durch verbundene Unternehmen, §§ 15 ff. AktG	51
cc.) Die Kombination von Betriebs- und Betreibergesellschaften.....	53
V. Die Rechtsfolgen der Ausnahmeregelung	56
1. Rechtsfolgenerstreckung auf kreditähnliche Leistungen.....	56
2. Zum Verhältnis des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG	
zu den Rechtsprechungsregeln.....	56

Inhaltsverzeichnis

3. Der vermeidbare Irrtum des Gesetzgebers – die fehlenden Übergangsregelungen.....	57
VI. Kapitalersatz im Aktienrecht – die BuM-Entscheidung des BGH ...	59
VII. Rechtspolitische Würdigung der Reform	61
1. Reform verfehlt angestrebte Deregulierung des Kapitalersatzrechts	61
2. Neuregelung bricht mit bekannten Erklärungsansätzen	61
3. Neue Begründungsansätze der mangelnden Information und des mangelnden Einflusses wenig überzeugend.....	63
4. Keine reformbedingte Stärkung der Eigenkapitalbasis zu erwarten	63
5. Zwischenfazit	65
D. Das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG.....	66
I. Sanierungsrisiken nach altem Recht – Auswirkungen der „HessLB/Sonnenring–Entscheidung“ für Sanierungskreditgeber.....	66
II. Sanierungsinstrumente außerhalb des GmbHG.....	67
1. Die anderen Möglichkeiten im Überblick	67
2. Der Insolvenzplan als Sanierungsinstrument.....	68
a.) Die Gestaltungsmöglichkeit des § 264 InsO	68
b.) Planaufstellungsverfahren und Gläubigerbeteiligung als Sanierungshindernisse	70
c.) Insolvenzplan verhindert rechtzeitige Sanierungen.....	71
3. Unternehmensbeteiligungen institutioneller Kreditgeber nach dem UBBG als Sanierungsbeitrag.....	72
a.) Chancen der spezialgesetzlichen Suspendierung des Kapitalersatzes....	72
b.) Beteiligungshöchstgrenzen und zeitliche Befristung des Erwerbs bei der integrierten UBBG als Sanierungshindernisse	73
c.) Beschränkung des Kreditvergabevolumens bei der offenen UBBG	74
d.) Fazit – UBG nicht als reine Sanierungsgesellschaften geeignet.....	75

Inhaltsverzeichnis

III. Die Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs

nach § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG im einzelnen	75
1. Die Anforderungen an die Person des Sanierers	76
a.) Engagement als Kreditgeber vor Anteilswerb zwingend notwendig ..	76
b.) Vergabe neuer Kredite erforderlich	78
c.) Altgesellschafter als privilegierte Sanierer	80
aa.) Problemstellung	80
bb.) Der aktuelle Stand der Diskussion	80
cc.) Eigene Auffassung	81
d.) Der geschäftsführende Sanierungsgesellschafter	83
2. Das Merkmal des „Erwerbs eines Geschäftsanteils“	84
a.) Der Anteilswerb als unverzichtbares Mindestfordernis	84
b.) Zur Herkunft der Anteile – derivativer Erwerb möglich ?	85
c.) Die Umwandlung einer Darlehensforderung in einen Geschäftsanteil im Wege der Kapitalerhöhung	87
aa.) Die Zulässigkeit der Umwandlung kapitalersetzender Forderungen	87
bb.) Begrenzung durch Rückzahlungsverbot analog §§ 30, 31 GmbHG	87
cc.) Angemessene Bewertung der Forderung notwendig, § 9 GmbHG	88
dd.) Freistellung der Kleingesellschafter von der Differenzhaftung analog § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG gerechtfertigt ?	89
(1.) Der Ansatz von <i>Gaiser</i> : Freistellung im Bereich von § 24 GmbHG	89
(2.) Stellungnahme	90
(a.) Die Parallelen von Kapitalersatz und Ausfallhaftung	90
(b.) Analogiebasis fehlt: Ausfall- und Differenzhaftung verlangt konkrete Finanzierungsentscheidung	91
(c.) Negative Folgewirkungen einer analogen Anwendung	92
d.) Erwerb zur Sanierung auf bestimmte Beteiligungshöhe beschränkt ? ..	93
e.) Der Erwerb einer atypischen Stellung zu Sanierungszwecken	95

Inhaltsverzeichnis

3. Die Sanierungssituation – die deskriptiven Merkmale des „Erwerbs in der Krise“ und „zum Zwecke der Krisenüberwindung“	96
a.) Weitere Merkmale zur Konkretisierung erforderlich	96
b.) Der Erwerb „in der Krise“	97
aa.) Anteilserwerb vor Kriseneintritt nicht möglich, § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG betrifft nicht alle denkbaren Sanierungsvorhaben.....	97
bb.) Mögliche Auswege – zeitliche Vorverlagerung oder Bildung eines neuen Begriffs der „Sanierungskreditunwürdigkeit“ ?	98
c.) Der Erwerb „zum Zwecke der Krisenüberwindung“	100
aa.) Die subjektive Komponente – das Sanierungsmotiv.....	100
bb.) Berücksichtigung objektiver Merkmale.....	101
cc.) Der Beweis der Sanierungsabsicht im Einzelfall	103
dd.) Die Haftung nach § 826, 138 Abs. 1 BGB für unseriöse, eigennützige Sanierungsvorhaben als Beschränkung des Sanierungsprivilegs ?.....	104
(1.) Die Regeln zur Behandlung eigennütziger Sanierungskredite.....	104
(2.) Die Parallelen zum Kapitalersatzrecht.....	107
(3.) Die These <i>Bormanns</i> : Idealkonkurrenz zwischen Sanierungsprivileg und eigennützigem Sanierungskredit.....	107
(4.) Gegenthese: Idealkonkurrenz besteht, verpflichtet aber nicht in jedem Fall zur Einholung externer Gutachten	108
IV. Die Rechtsfolgen des Sanierungsprivilegs	111
1. Auswirkungen auf die Rechtsprechungsregeln und die Privilegierung der Sanierungsvorhaben im Aktienrecht	111
a.) Erneute Einschränkung der Rechtsprechungsregeln	111
b.) Sanierungsversuche im Aktienrecht	111
2. Die freigestellten Leistungen – nur (Geld)Kredite oder alle sonstigen, kapitalersatzrechtlich relevanten Leistungen ?.....	113
3. Zur Dauer der Privilegierungswirkung.....	115
a.) Fehlt dem Sanierungsprivileg eine Befristung ? Die Sanierungsmodelle der InsO und des UBBG im Vergleich	115

Inhaltsverzeichnis

b.) Mindestdauer der Privilegierung, § 135 Nr. 1 InsO, § 6 Nr. 1 AnfG	118
4. Übergangsrecht	119
E. Die Wechselwirkungen zwischen § 32a GmbHG und neuer InsO ...	121
I. Der neue Insolvenzeröffnungsgrund der drohenden Überschuldung (§ 18 InsO) als Indiz für eine Krise im kapitalersatzrechtlichen Sinn	121
1. Argumente gegen die Indizwirkung für den Krisenbegriff	121
2. Entstehungsgeschichte der GmbHG-Novelle 1980 gebietet die Berücksichtigung.....	122
II. Überschuldungsbedingte Krise einer GmbH und die Auswirkungen der modifizierten Fortbestandsprognose gemäß § 19 Abs. 2 InsO	123
1. Fortbestehende Bedeutung zur Konkretisierung des Krisenbegriffs....	123
2. Folgen des modifizierten „zweistufigen Überschuldungsbegriffs“	124
3. Korrektur der bisherigen Rspr. zum Kapitalersatz geboten	124
III. Die bilanzielle Behandlung der Gesellschafterdarlehen.....	125
1. Verändertes gesetzliches Umfeld bezüglich der Berücksichtigung im Überschuldungsstatus.....	125
2. Begründung zum EGInsO: klarer Hinweis auf eine umfassende Passivierungspflicht	126
3. Die Reaktionen der Literatur	127
a.) Der bislang im Schrifttum erzielte Konsens	127
b.) Passivierungspflicht trotz Rangrücktrittserklärung	127
c.) Die Gegenthese von <i>K. Schmidt</i> : Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters verhindert wie bisher die Passivierung	128
d.) Eigene Auffassung	129
aa.) Positives Recht zwingt nicht zur Passivierung.....	129
bb.) Vermeidung einer insolvenzrechtlich begründeten Nachschußpflicht für die Gesellschafter geboten.....	130

Inhaltsverzeichnis

F. Die Auswirkungen Der Neuregelungen auf die Grundstrukturen des Eigenkapitalersatzrechts	132
I. Verändertes Verständnis des Krisenbegriffs erforderlich ?	132
1. Die Problemstellung.....	132
2. Krise erfordert keinen schuldhaften Verstoß der Gesellschafter gegen die Finanzierungssorgfalt	132
a.) Die Einschätzung von <i>G. Reiner</i> : Kapitalersatzrecht als funktionell deliktische Haftung.....	132
b.) Entstehungsgeschichte und schadensrechtliche Haftungsverfassung verbieten eine deliktsrechtliche Interpretation.....	133
3. Die „Erkennbarkeit der Krise für den Gesellschafter“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	134
a.) Unterschiedliche Behandlung von in der Krise gewährten und belassenen Darlehen durch die h. M.	134
b.) Der Grundsatz der Finanzierungsfolgenverantwortung und der Wortlaut des § 32a Abs. 1 GmbHG als Auslegungshilfen	135
c.) Der Zusammenhang mit dem Grundprinzip von Treu und Glauben....	136
d.) Die Anhaltspunkte für eine subjektive Deutung in § 32a Abs. 3 S. 2 und S. 3 GmbHG	137
aa.) Gesichtspunkt des Informationsdefizits als allgemeiner Zurechnungsausschlußgrund	137
bb.) Die subjektive Komponente des Sanierungsprivilegs als Indiz.....	138
4.) Folgewirkungen einer subjektiven Deutung des Krisenbegriffs	139
II. Zur These der Unteilbarkeit der mit der Krise verknüpften Rechtsfolgen.....	140
III. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen nach § 32a Abs. 2 GmbHG	141
IV. Finanzplankredite unter Beteiligung von Minderheits- oder Sanierungsgesellschaftern	142
1. Der Tatbestand des Finanzplankredits	142
2. Mögliche Auswirkungen auf den Minderheitsgesellschafter	143

Inhaltsverzeichnis

a.) Die neuere Rechtsprechung des BFH	143
b.) Die Position von <i>Lutter/Hommelhoff</i> : gewillkürte Übernahme der Finanzierungsverantwortung verhindere Freistellung	143
c.) Ein Alternativvorschlag zur Diskussion	144
aa.) Nur genaue Auslegung der Finanzierungsabrede vermeidet unsachgerechte Resultate	144
bb.) Idee gewillkürter Finanzierungsverantwortung widerspricht dem Gesetz	145
cc.) Bedeutungsgehalt einer Finanzplanabrede nach dieser Konzeption	146
dd.) Die Fortentwicklung der Grundsatzentscheidung des BGH zum Finanzplankredit, BGH GmbHR 1999, 1263 ff.	146
3. Beteiligung des Sanierungsgesellschafters	147
G. Ergebnisse	149