

**SCHRIFTEN ZUM  
WIRTSCHAFTS- UND  
MEDIENRECHT,  
STEUERRECHT UND  
ZIVILPROZESSRECHT**

Herausgegeben von Jürgen Castede  
und Gerald Spindler

**Band 38**

**Stefan Rieger**

**Eigenkapitalersatz  
in mehrstufigen  
und mehrfachen  
Beteiligungsverhältnissen**

Ein Beitrag zu den Grundlagen  
und Grenzen des  
Eigenkapitalersatzgedankens



**PETER LANG** Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Teil 1. Eigenkapitalersatz als Problem der Darlehensfinanzierung in Beteiligungsverhältnissen

Der Eigenkapitalersatzgedanke ist heute ein fester Bestandteil des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts. Die Sonderbehandlung der Finanzierung kapitalschwacher Gesellschaften mittels Gesellschafterdarlehen erfährt ungeachtet der mit ihr verbundenen Streitfragen nach wie vor fast ausnahmslos Zustimmung.<sup>1</sup> Zur Vielzahl der Problemfelder des Eigenkapitalersatzrechts zählt die Einbeziehung von Nichtgesellschaftern in seinen Anwendungsbereich. In diesen weitgreifenden Problembereich fällt auch die für die gesellschaftsrechtliche Praxis bedeutsame Frage nach dem Geltungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen.

Diese Fragestellung ist von der tonangebenden Rechtsprechung nur äußerst unbefriedigend gelöst worden. Trotz vielfältiger Kritik an dieser Rechtsprechung hat sich in der wissenschaftlichen Diskussion bislang keine einheitliche Gegenposition herausgebildet. Schwierigkeiten bereitet aber nicht erst die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Eigenkapitalersatzregeln auf Fälle der Darlehensfinanzierung durch Nichtgesellschafter, sondern bereits die Frage nach den tragenden Gründen, die die Anwendung dieser Regeln auf Gesellschafter zulassen. Auch hier ist heute noch nicht jeder Streit beigelegt. Der zwischen Rechtsgrund und Reichweite bestehende Zusammenhang macht die Beschäftigung mit dem Eigenkapitalersatzgedanken daher genauso zur

---

1 Grundsätzlich ablehnende Stimmen in der Literatur bleiben im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt. Sie haben mit der Frage nach der Reichweite des Eigenkapitalersatzrechts in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen keine Berührungspunkte. Zur Fundamentalkritik im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vgl. z.B. *Reiner*, FS Boujong (1996), 415, 420 ff., 443 ff., der den Ausbau der deliktischen Konkursverschleppungshaftung bevorzugt; *Grunewald*, GmbH 1997, 7, 8 ff., die für die Abschaffung der Eigenkapitalersatzregeln eintritt, die neben einer Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung und Konkursverschleppung nicht erforderlich seien; *Koppensteiner*, AG 1998, 308 ff., der sich gegen eine Überleitung des deutschen Eigenkapitalersatzrechts in das Recht Österreichs wendet, und *Cahn*, AG 2005, 217, 218 ff., 222 ff., der sich für eine anfechtungsrechtliche Lösung *de lege ferenda* ausspricht. Umfassend kritisch auch *Bezenberger*, FS Bezenberger (2000), 23, 34 ff., der i.E. ebenfalls eine insolvenz- und anfechtungsrechtliche Lösung favorisiert. Im Verlaufe dieser Arbeit wird sich zeigen, daß der Eigenkapitalersatzgedanke nicht nur schlüssig begründet werden kann, sondern als Gläubigerschutzinstrument elementar für die Gesellschaftsrechtsordnung ist und die an ihm geäußerte Kritik daher fehlgeht (siehe Teil 2.A.IV.). Zu den Angriffen auf das Eigenkapitalersatzrecht aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts und zu seiner Verteidigung vgl. Teil 2.A.V..

Aufgabe dieser Arbeit wie seine Übertragung auf Dritte, die in einem Beteiligungsverhältnis zur Gesellschaft stehen.

Leicht läuft man auf dem Gebiet des Eigenkapitalersatzrechts Gefahr, einem insgesamt stimmigen Lösungskonzept zu wenig Beachtung zu schenken und sich statt dessen durch falschverstandene Einzelinteressen leiten zu lassen, wie im Verlaufe der Arbeit noch deutlich werden wird. Frei von jeder Beeinflussung durch sie muß das Bemühen dahin gehen, dogmatisch und unter Wertungsgesichtspunkten eine klare Linie herauszuarbeiten, mit der sich sowohl die Fälle der Gesellschafterfremdfinanzierung als auch die der Darlehensgewährung durch Nichtgesellschafter in Beteiligungsverhältnissen auf rechtssicherer Basis lösen lassen.

## A. Der Eigenkapitalersatzgedanke

Das Eigenkapitalersatzrecht ist ein inzwischen fast 50jähriges Kind der höchst-richterlichen Rechtsprechung, das mit der GmbH-Novelle 1980 eine später mehrfach modifizierte Teilregelung durch den Gesetzgeber erfahren hat.

In Rechtsprechung und Literatur ist heute anerkannt, daß Darlehen, die einer GmbH von einem Gesellschafter zu einem Zeitpunkt gewährt werden, in dem die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten würde, so lange wie haftendes Eigenkapital behandelt werden, bis die Krise der Gesellschaft überwunden ist. Soweit und solange der Darlehensbetrag zur Abdeckung des Stammkapitals benötigt wird, steht der Rückzahlung solcher kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen das Auszahlungsverbot des § 30 I GmbHG entgegen und hat im Falle der Zuwiderhandlung einen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 I GmbHG zur Folge.<sup>2</sup>

Dieser Schutz für Gläubiger finanzschwacher Gesellschaften ist nicht auf die GmbH beschränkt. Der Eigenkapitalersatzgedanke läßt sich nach mittlerweile gesicherter Erkenntnis auch auf die AG übertragen. Die zum GmbH-Recht entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze gelten deshalb für Aktionärsdar-

---

2 Den Ausgangspunkt dieser Rspr. bildet die Entscheidung BGHZ 31, 258, 271 ff. („Luft-taxi“). Der heutige Entwicklungsstand der st. Rspr. wurde mit dem Urteil BGHZ 76, 326, 328 ff., 332 ff. erreicht. Im Schrifttum grundlegend vor allem *Ulmer*, FS Duden (1977), 661, 670, 672 ff. und *Lutter/Hommelhoff*, ZGR 1979, 31, 39 ff.; davor bereits *Gefßler*, BB 1971, 665, 668. Darüber hinaus vgl. nur *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 43, 73 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 32a/b Rn. 1, 11 f., 18 ff., 102 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a, b Rn. 46, 158 ff. und *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 38, 76 ff.; jew. m.w.N..

lehen entsprechend. Das einer kreditunwürdigen AG gewährte Gesellschafterdarlehen unterliegt daher dem gleichen Schutz durch die §§ 57 und 62 AktG wie Eigenkapital, soweit dieses im Gläubigerinteresse gesetzlich gebunden ist.<sup>3</sup> Lediglich in der Frage, welche Voraussetzungen wegen der rechtsformspezifischen Besonderheiten der AG an den Kreis der vom Kapitalersatzrecht<sup>4</sup> betroffenen Aktionäre zu stellen sind, gehen die Meinungen im einzelnen auseinander.<sup>5</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.<sup>6</sup>

Neben diesen sog. Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz existiert mit den §§ 32a, 32b GmbHG ein Regelungsversuch des Gesetzgebers, der zu Recht weithin als mißlungen angesehen wird.<sup>7</sup> § 32a I GmbHG kommt in seiner heutigen Fassung nur in der Insolvenz der GmbH zum Zuge und bewirkt eine Rangrückstufung des Gesellschafterdarlehens. Sind kapitalersetzende Darlehen bereits zurückgezahlt worden, helfen der begleitende § 135 InsO und außerhalb des Insolvenzverfahrens § 6 AnfG mit einem Anfechtungsrecht, wenn die Rückgewähr innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung, im anderen Fall innerhalb eines Jahres vor der Anfechtung erfolgt ist. Anfechtungsberechtigt ist jedoch nur der Insolvenzverwalter bzw. ein Gesellschaftsgläubiger. Ein Leistungsverweigerungsrecht für die Geschäftsführung gegenüber Rückforderungen aus kapitalersetzenden Darlehen enthalten die gesetzlichen Regeln nicht. Außerdem bleiben die Anfechtungsfristen aus § 135 InsO und § 6 AnfG deutlich hinter der Verjährungsfrist von fünf Jahren in § 31 V GmbHG und § 62 III AktG für die dort geregelten Erstattungsansprüche zurück. Deshalb besteht ganz überwiegende Einigkeit darü-

---

3 Geschützt werden nur das Grundkapital und die gesetzliche Rücklage, denn das darüber hinausgehende Verbot der Verteilung von Gesellschaftsvermögen unter den Aktionären aus § 57 III AktG dient innergesellschaftlichen Zwecken (str.); z.T. wird auch die Einbeziehung der Rücklage in diesen Schutz abgelehnt. So wie hier MünchKommAktG/ Bayer, § 57 Rn. 210 f.; *ders.*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 11.38; jew. m.w.N. zur gleichlautenden h.M. und zum Streitstand.

4 In der Rechtsprechung und im Schrifttum werden die Begriffe „Eigenkapitalersatz“ und „Kapitalersatz“ – genau so wie in dieser Arbeit – stets synonym verwendet. Der letztgenannte Begriff beinhaltet nicht etwa auch eine Ersatzfunktion für anderweitiges Fremdkapital. Korrekt ist freilich nur die zuerst genannte Formulierung.

5 Vgl. zu allem BGHZ 90, 381, 384 ff. („BuM/WestLB“) und BGH ZIP 2005, 1316, 1317 = BB 2005, 1758, 1759 = WM 2005, 1461 f. = DB 2005, 1848 f. = NZG 2005, 712, 713 = AG 2005, 617 f. sowie u.a. *Ketzer*, 18 - 89, 173 ff.; *A. Müller*, 142 ff.; *Junker*, ZHR 156 (1992), 394, 397 ff.; *Veil*, ZGR 2000, 223 ff.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19 Rn. 30 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 18 III 4, 5 a), 530 ff., § 29 I 2 b), 880; *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 16a ff.; MünchKomm-AktG/Bayer, § 57 Rn. 160 ff.; *ders.*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 11.5 ff.; GroßKomm-AktG/Henze, § 57 Rn. 106 ff.; jew. m.w.N..

6 Siehe dazu Teil 2.B.I.2. [S. 43 ff.].

7 Vgl. nur *K. Schmidt*, JZ 1984, 880 f. und *Altmeyden*, ZIP 1996, 1455 („Tiefpunkt gesetzgeberischer Kunst“).

ber, daß die Rechtsprechungsregeln zum Kapitalersatz wegen des ihnen gegenüber nur unzureichenden Gläubigerschutzes der gesetzlichen Bestimmungen weiterhin Anwendung finden.<sup>8</sup> Gemeinsam bilden sie nunmehr ein zweistufiges Schutzsystem.<sup>9</sup> Dieser zweistufige Schutz kommt in erster Linie bei der GmbH zum Tragen. Ob die insolvenzrechtlich geprägten Regeln über den Eigenkapitalersatz im GmbH-Gesetz neben den Rechtsprechungsregeln analog auf die AG angewendet werden können, ist umstritten.<sup>10</sup> Für die mit dem Titel der Arbeit zusammenhängende Fragestellung ist dieser Streit aber ohne Bedeutung.

Im Laufe der Zeit ist für die Bezeichnung des Zustandes der Kreditunwürdigkeit der Begriff „Krise“ der Gesellschaft üblich geworden und wird inzwischen auch vom Gesetzgeber verwendet<sup>11</sup>. Sofern es allerdings nach § 32a I GmbHG darauf ankommen soll, ob der Gesellschaft in einem Zeitpunkt ein Darlehen gewährt worden ist, „... in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft) ...“, handelt es sich um eine unangebracht moralisierende Erwägung des Gesetzes,<sup>12</sup> die im Sinne des aus Rechtsprechung und Literatur stammenden Kriteriums der Kreditunwürdigkeit ausgelegt werden muß.<sup>13</sup>

Die letzten schwerwiegenden Eingriffe des Gesetzgebers in das Kapitalersatzrecht durch die Einführung der Kleinbeteiligungsschwelle und des Sanierungsprivilegs in § 32a III 2 und 3 GmbHG im Jahre 1998<sup>14</sup> stoßen gleichfalls auf ein überwiegend kritisches Echo in der Literatur, u.a. weil sie eine Vielzahl an ungeklärten Folgefragen aufwerfen.<sup>15</sup> Zwischen dem Sanierungsprivileg und

---

8 So die st. Rspr. seit BGHZ 90, 370, 376 ff. („Nutzfahrzeug“-Urteil). Aus der Lit. vgl. nur Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 11 und Schouler, 16 f.; beide mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

9 Zum Zusammenspiel beider vgl. im einzelnen Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 10 ff.; Hommelhoff, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 1.2 ff.; ders., ZGR 1988, 460, 481.

10 Dafür Veil, ZGR 2000, 221, 251 ff.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19 Rn. 34; MünchKomm-AktG/Bayer, § 57 Rn. 203; ders., in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 11.32; dagegen Farrenkopf, 29 ff.; A. Müller, 166 ff.; Ketzler, 28 ff., 173, 197 m.w.N.; GroßKomm-AktG/Henze, § 57 Rn. 232 m.w.N..

11 Eingefügt in § 32a I GmbHG durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998.

12 Flume, Die juristische Person, § 3 III 2, 85.

13 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 38; v. Gerkan, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 3.2 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 18; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 32 a, b Rn. 42 ff.; jew. m.w.N..

14 Die Kleinbeteiligungsschwelle wurde durch das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (KapAEG) vom 20.4.1998 eingefügt. Das Sanierungsprivileg geht ebenfalls auf das KonTraG (siehe Fn. 11) zurück.

15 Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 13, 178 ff., 191 ff., m.w.N.

der Reichweite des Kapitalersatzgedankens in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen bestehen indes keine besonderen Wechselwirkungen. Da das Sanierungsprivileg als politisch motivierte Begrenzung des Anwendungsbereichs der Eigenkapitalersatzregeln auch keine Auswirkung auf die dogmatischen Grundlagen des Kapitalersatzrechts hat,<sup>16</sup> kann es im folgenden außer Betracht bleiben. Von der Kleinbeteiligtschwelle wird hingegen noch die Rede sein.<sup>17</sup>

Das Eigenkapitalersatzrecht erfaßt neben der Unterstützung der Gesellschaft durch Darlehen grundsätzlich auch andere Formen der Kreditierung durch Gesellschafter, z.B. die Stundung von Forderungen aus Austauschverträgen.<sup>18</sup> Nicht zum Gegenstand der Arbeit zählt hingegen der sog. Finanzplankredit. Bei solchen Krediten handelt es sich um Leistungen der Gesellschafter, die der Gesellschaft abredgemäß als dauerhaft notwendiges Risikokapital zur Verfügung stehen sollen und die aufgrund der ihnen zugrundeliegenden Vereinbarung in der Gesellschaftskrise weder verweigert noch abgezogen werden dürfen.<sup>19</sup> Wegen dieser vertraglichen Bindungswirkung stellt sich die Frage der Einbeziehung Dritter im Bereich der Finanzplankredite vollkommen anders als bei der von Rechts wegen verordneten Subordination von Gesellschafterdarlehen unter die gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften oder bei der Anwendung des § 32a GmbHG.

Für Personengesellschaften können die Kapitalersatzregeln entgegen einer vor allem von *K. Schmidt*<sup>20</sup> propagierten Meinung keine Geltung beanspruchen. Der Eigenkapitalersatzgedanke – so viel sei schon vorweggenommen – hängt entscheidend damit zusammen, daß den Gläubigern bei Kapitalgesellschaften nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht, dessen Höhe bis auf die für den Gläubigerschutz unzureichenden gesetzlichen Mindestanforderungen aber in den Händen der Gesellschafter liegt.<sup>21</sup> Solange bei Personengesellschaften eine mit ihrem gesamten gegenwärtigen und zu-

---

16 *Pentz*, GmbHHR 1999, 437, 440; *Schouler*, 238 f.; jew. m.w.N..

17 Siehe unten Teil 2.B.I.2.a) [S. 45 f.] und Teil 3.D. [S. 97 ff.].

18 Zu den einzelnen Arten gleichzustellender Kapitalhilfen und zum Diskussionsstand vgl. *Johlke/Schröder*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 5.48 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 113 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 32 a, b Rn. 85 ff.; jew. m.w.N..

19 Vgl. BGHZ 142, 116, 121 ff.; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 410 ff.; *ders.*, ZHR 161 (1997), 457, 465 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 37 IV 2 b), 1156 f. und ausführlich *Fleischer*, Finanzplankredite, 5 ff., 128 ff., 279 ff..

20 *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 22 f.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 18 III 4 a), 531 f. und eingehend ZIP 1991, 1 ff.; ebenso *Vervessos*, 139 ff. Differenzierend *Bayer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Rn. 11.43 ff. m.w.N. zum Diskussionsstand.

21 Siehe unten Teil 2.A.IV. [S. 32 f.].

künftigen Vermögen haftende natürliche Person als Gesellschafter existiert, wird der Gläubigerschutz durch das Gesetz jedoch in systematisch gänzlich anderer Weise gelöst, was einem korrigierenden Eingreifen mit Hilfe der Kapitalersatzregeln entgegensteht.<sup>22</sup> Anders liegt der Fall nur dann, wenn sich unter den persönlich haftenden Gesellschaftern keine natürliche Person befindet (vgl. §§ 129a, 172a HGB). Die nachfolgenden Betrachtungen bleiben daher auf die GmbH und die AG beschränkt. Insofern sind sie rechtsformneutral angelegt, es sei denn, der Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsformen erfordert eine ausdrückliche Differenzierung.

Während heute über Tatbestand und Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Gesellschafterkredite weitgehend Einigkeit herrscht, so ist der Klärungsbedarf dagegen nach wie vor groß, wenn es um die Legitimation dieser Rechtsfigur geht. Besonders greifbar wird diese Unsicherheit, sobald über die personelle Reichweite der Kapitalersatzregeln nachgedacht wird. Die vorrangige Frage ist also, warum Gesellschafterdarlehen in der Finanzierungskrise der Gesellschaft ihren Fremdkapitalcharakter verlieren.

Um diese Frage zu klären, erfolgt in Teil 2 der Arbeit eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts bei Fremdfinanzierung durch Gesellschafter.

## **B. Eigenkapitalersatz in Beteiligungsverhältnissen**

### **I. Vertikale und horizontale Krisenfinanzierung in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen**

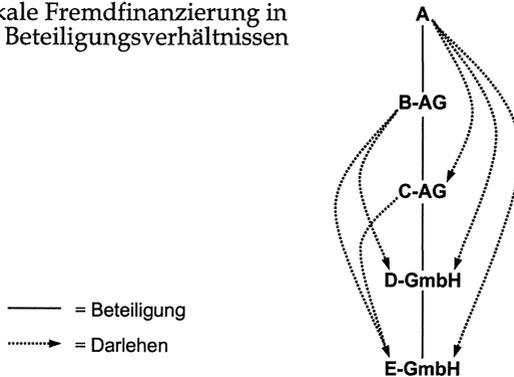
Kreditunwürdige Kapitalgesellschaften können die für die Aufrechterhaltung ihres Betriebes notwendigen Darlehen nicht nur aus der Hand ihrer Gesellschafter erhalten. Oft sind auch die Gesellschafter einer an der GmbH oder AG beteiligten Gesellschaft bereit, deren Tochtergesellschaft in der Krise mit Krediten zu stützen. Die Kreditvergabe in einem solchen mehrstufigen Beteiligungsverhältnis wirft die Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen Fremdmittel wie Eigenkapital gebunden bleiben, die nicht von einem Gesellschafter, sondern bloß von einem Gesellschafter-Gesellschafter stammen. Die Frage bleibt die gleiche, wenn in einer Beteiligungskette mehr als eine Gesellschaft zwischen dem Krisenunternehmen und dem Kreditgeber steht. Können

---

22 So auch *Schouler*, 284 ff. und *Kleindiek*, FS Lutter (2000), 871, 884. Im Ergebnis ebenfalls *Ebenroth/Boujong/Joost/Hillmann*, HGB, § 129a Rn. 4; *GroßKomm-HGB/Habersack*, § 129a Rn. 6; *ders.*, ZHR 162 (1998), 201, 213 ff.; *Rümker*, ZGR 1988, 494, 508 ff.; *Kreis*, 138 ff..

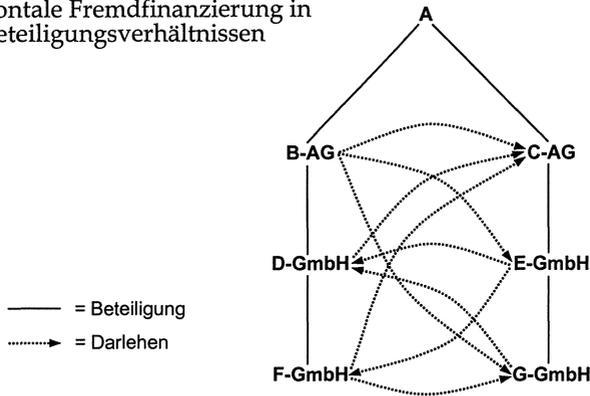
also Kreditgeber, die lediglich Gesellschafter einer Gesellschafterin der Gesellschafterin einer GmbH oder AG sind, letztgenannter ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gewähren? Die Anzahl der Beteiligungsstufen läßt sich bei dieser Fragestellung theoretisch und praktisch beliebig steigern. Wenn im folgenden von Eigenkapitalersatz in *mehrstufigen* Beteiligungsverhältnissen die Rede ist, sind daher sämtliche Fälle gemeint, in denen Krisendarlehen von Kreditgebern ausgereicht werden, die durch eine Beteiligungskette – egal welcher Länge – mittelbar am Kreditnehmer beteiligt sind (vgl. Abb. 1).

**Abb. 1:** Vertikale Fremdfinanzierung in mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen



Denkbar ist aber auch, daß einer der Gesellschafter einer kreditwürdigen Kapitalgesellschaft nicht nur an dieser beteiligt ist, sondern daneben noch an einer oder mehreren weiteren Gesellschaften. Gewährt nun eine dieser Schwestergesellschaften dem kreditwürdigen Unternehmen ein Darlehen, wirft das die gleiche Frage auf wie zuvor: Können solche Drittkredite für die Dauer der Krise in Eigenkapital umqualifiziert werden, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Die gleiche Frage muß beantwortet werden, wenn der Gesellschafter an der kreditgebenden, an der kreditnehmenden oder an beiden Gesellschaften nur mittelbar beteiligt ist. Alle diese Fälle lassen sich unter der Bezeichnung Eigenkapitalersatz in *mehrfachen* Beteiligungsverhältnissen zusammenfassen. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß Darlehen von einer Gesellschaft gegeben werden, die selbst weder unmittelbar noch mittelbar an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist, mit jener aber über einen gemeinsamen unmittelbar oder mittelbar an ihnen – also mehrfach – beteiligten Gesellschafter verfügt (vgl. Abb. 2).

**Abb. 2:** Horizontale Fremdfinanzierung in mehrfachen Beteiligungsverhältnissen



Einen besonderen Sachverhalt stellt die Kreditvergabe durch eine Gesellschaft an eine in der Krise befindliche unmittelbar oder mittelbar an ihr beteiligte Gesellschaft dar. Bei einer solchen aufsteigenden Finanzierungshilfe handelt es sich streng genommen zwar um einen Fall der vertikalen Fremdfinanzierung in einem mehrstufigen Beteiligungsverhältnis. Ihre rechtliche Beurteilung weist jedoch genauso Parallelen zur horizontalen Krisenfinanzierung auf. Auf sie soll daher sowohl im Zusammenhang mit dem einen als auch mit dem andern Fall eingegangen werden.

In den Fällen der vertikalen und horizontalen Darlehensfinanzierung in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen geht es in erster Linie um die Ausdehnung der richterrechtlichen Rechtsfortbildung auf die von einem Nichtgesellschafter gewährten Krisendarlehen. Den hierbei gefundenen Ergebnissen folgt dann auch das gesetzliche Kapitalersatzrecht. Einfallstor ist insoweit § 32a III 1 GmbHG, der die Geltung jener Regeln für Rechtshandlungen Dritter anordnet, die der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen.

## **II. Eigenkapitalersatz bei mehrstufiger und mehrfacher Beteiligung im Vertragskonzern**

Die Krisenfinanzierung durch nicht selbst am Kreditnehmer beteiligte Kreditgeber findet in der Praxis oft innerhalb von Unternehmensverbänden statt. Bei verbundenen Unternehmen muß allerdings § 291 III AktG beachtet werden, demzufolge Leistungen, die eine AG aufgrund eines Beherrschungsvertrages erbringt, nicht gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 57 AktG verstoßen. Im Gegenzug hat das herrschende Unternehmen nach § 302 I AktG die Verlu-

ste der beherrschten AG zu übernehmen. Im GmbH-Recht finden die §§ 291 III, 302 I AktG entsprechend Anwendung.<sup>23</sup> Diese Aufhebung der Kapitalbindung bei AG und GmbH wirkt sich auch auf das Eigenkapitalersatzrecht aus.

In der Literatur herrscht allerdings die Ansicht vor, daß beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber die Kapitalersatzregeln nicht durch § 291 III AktG verdrängt werden, wobei überwiegend damit argumentiert wird, daß der Verlustausgleichsanspruch des § 302 I AktG bei einer eigenen Finanzschwäche des herrschenden Unternehmens wirkungslos sei, er aber jedenfalls nicht den gleichen Liquiditätsschutz biete wie die Auszahlungsverbote der §§ 57 I AktG und 30 I GmbHG.<sup>24</sup> Statt dessen wird darüber gestritten, ob es für die Feststellung der Kreditunwürdigkeit auf die Finanzkraft des kreditnehmenden oder auf die des ausgleichspflichtigen herrschenden Unternehmens ankommen soll.<sup>25</sup>

Die Auffassung, nach Abschluß eines Beherrschungsvertrages gelte das Kapitalersatzrecht fort, kann indes nicht überzeugen. Die Begründung, das Schutz-

---

23 Für § 302 I AktG ist dies allgemein anerkannt, vgl. nur Scholz/*Emmerich*, GmbHG, Anhang Konzernrecht Rn. 187 und Baumbach/Hueck/*Zöllner*, GmbHG, GmbH-KonzernR Rn. 77, jew. m.w.N. aus Rspr. und Lit., sowie zuletzt noch einmal ausdrücklich BGHZ 142, 383, 384. In Anbetracht des mit § 302 I AktG zusammenhängenden Regelungssystems muß dies auch für § 291 III AktG gelten, da sonst das gebundene GmbH-Vermögen bei gleicher Interessenlage wie im aktienrechtlichen Vertragskonzern ohne sachlichen Grund in weitergehendem Umfang geschützt wäre als das einer vertraglich konzernierten AG; so auch Rowedder/*Penitz*, GmbHG, § 30 Rn. 75; *Cahn*, 87; *Fleck*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 391, 395 f.; *ders.*, ZGR 1990, 31, 47; Scholz/*H. P. Westermann*, GmbHG, § 30 Rn. 35; *Schön*, ZHR 159 (1995), 351, 373; *Hommelhoff*, WM 1984, 1105, 1110 und grds. auch *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 30 Rn. 55 f. (bei nicht vollwertigem Verlustausgleichsanspruch keine Weisungsgebundenheit des abhängigen Unternehmens); soweit der Anspruch auf Verlustübernahme vollwertig ist ebenfalls *Sonnenhol/Stützle*, DB 1979, 925, 927; *Meister*, WM 1980, 390, 399 f.; *Lutter*, in: Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, 192, 200; *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256, 263; dagegen z.B. Scholz/*Emmerich*, GmbHG, Anhang Konzernrecht Rn. 184; *Hachenburg/Goerdeler/W. Müller*, GmbHG, § 30 Rn. 72; *Peltzer*, GmbHR 1995, 15, 17; *Brandes*, FS Kellermann (1991), 25, 33.

24 *Großkomm-AktG/Henze*, § 57 Rn. 112; *Kölnkomm-AktG/Lutter*, § 57 Rn. 101; *Ketzer*, 100 ff.; *Rümker*, ZGR 1988, 494, 500; *Bormann*, 256 f.; *Fleischer*, in: v. Gerkann/Hommelhoff, Rn. 12.32 ff.; *Rupprecht*, 50 ff.; *Brandes*, FS Kellermann (1991), 25, 34.

25 Für letzteres *Ketzer*, 96 ff.; *Großkomm-AktG/Henze*, § 57 Rn. 112; *Kölnkomm-AktG/Lutter*, § 57 Rn. 101 und auch *A. Müller*, 195 f.; dagegen *Rümker*, ZGR 1988, 494, 499f.; *Fleischer*, in: v. Gerkann/Hommelhoff, Rn. 12.33, 12.35; *v. Gerkann*, ZGR 1997, 173, 204 f.; *Brandes*, FS Kellermann (1991), 25, 34 und BGHZ 105, 168, 183 f. („HSW“); differenzierend („Tatfrage“) *Hüffer*, ZHR 153 (1989), 322, 337 f.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 32a, 32b Rn. 41 und *Schmidberger*, 144.

niveau des § 302 I AktG bleibe hinter dem des Eigenkapitalersatzrechts zurück, ist gedanklich verfehlt. Denn die Konsequenz aus der Anwendung der Kapitalersatzregeln ist die Gleichstellung von Krisendarlehen mit Eigenkapital und damit die Verwirklichung eines identischen Schutzniveaus für beide Finanzierungsformen. Beim Bestehen eines Beherrschungsvertrages wird dieses Niveau durch die §§ 291 III, 302 I AktG vorgegeben. Das beinhaltet von Gesetzes wegen auch das Risiko der Wertlosigkeit von Ausgleichsansprüchen gegenüber dem herrschenden Unternehmen. Darüber hinaus sind die Kapitalersatzregeln nicht auf einen Liquiditätsschutz zugunsten des Fortbestandes der Krisengesellschaft angelegt, sondern darauf, durch den Einsatz der Fremdmittel zur Gläubigerbefriedigung jene wenigstens zum Teil vor einem Forderungsausfall zu bewahren. Diese Funktion wird durch die insofern viel weitergehende Verlustübernahmepflicht des § 302 I AktG hinreichend ersetzt. Die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts wäre im Falle des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages schließlich aus folgendem Grund widersinnig: Hätte der Gesellschafter das getan, was die Kapitalersatzregeln an seiner Statt bewirken sollen, nämlich der Gesellschaft in Höhe der Darlehenssumme tatsächlich Eigenkapital zugeführt, hätte er diese Mittel infolge der Regelung des § 291 III AktG jederzeit zurückverlangen können. Seine Darlehensrückzahlungsfordernung kann daher nicht schlechter gestellt werden.<sup>26</sup> Dieses Argument steht auch einer Rückstufung in der Insolvenz entgegen. § 32a I GmbHG ist insofern weit teleologisch zu reduzieren.<sup>27</sup>

Der Ausschluß des Kapitalersatzrechts wirkt nicht nur zugunsten des am Eigenkapital der Gesellschaft beteiligten Gesellschafters, sondern zugunsten jedes potentiell vom Eigenkapitalersatzrecht erfaßten Kreditgebers, der mit der kreditnehmenden Gesellschaft einen Beherrschungsvertrag abgeschlossen hat. Sobald also ein Beherrschungsvertrag mit dem Adressaten der Kapitalersatzregeln in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen vorliegt, fallen die von ihm gewährten Krisendarlehen aus dem Untersuchungsbereich dieser Arbeit heraus. Bestehen innerhalb eines Unternehmensverbundes ein oder mehrere Beherrschungsverträge ohne gleichzeitige Beteiligung des kapitalersatzrechtlich verantwortlichen und des kreditnehmenden Unternehmens am selben Vertrag, bleibt das Eigenkapitalersatzrecht hingegen anwendbar. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Konzernmutter ein Einzelunternehmen mit Kreditmitteln ausstattet, Beherrschungsverträge aber nur zwischen Mutter- und Tochterunternehmen und zwischen Tochter- und

---

26 So auch A. Müller, 196 und i.E. *Jula/Breitbarth*, AG 1997, 256, 265.

27 Bedenkt man, daß die insolvenzrechtliche Rückstufungsvorschrift des § 32a GmbHG einen Liquiditätsschutz ohnehin nicht bewirken kann, gelangt auch *Hommelhoff*, WM 1984, 1105, 1110 ff., zu dem Ergebnis, daß es ihrer Anwendung wegen der Gleichwertigkeit des vertragskonzernrechtlichen Gläubigerschutzes nicht bedarf.

Einzelgesellschaft abgeschlossen wurden. Dann stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Kapitalersatzrechts genau so wie in allen anderen Fällen vertikaler und horizontaler Krisenfinanzierung innerhalb mehrstufiger und mehrfacher Beteiligungsverhältnisse.

Das Eigenkapitalersatzrecht in mehrstufigen und mehrfachen Beteiligungsverhältnissen ist Gegenstand der Teile 3 und 4 dieser Arbeit.

### **III. Gleichlauf von Stimmrechts- und Anteilsmehrheit als Grundlage der weiteren Betrachtung**

Eine herausragende Rolle im Streit um die Subordination von Fremdmitteln solcher Kreditgeber unter die Kapitalersatzregeln, die nicht selbst an der Krisengesellschaft beteiligt sind, sondern in einem mehrstufigen oder mehrfachen Beteiligungsverhältnis zu ihr stehen, spielen die innerhalb der Beteiligungsverhältnisse bestehenden Beherrschungsmöglichkeiten und Abhängigkeitsverhältnisse.

Ausschlaggebend für die Feststellung von Beherrschungsmacht und Abhängigkeit sind die mit einer Beteiligung verbundenen Stimmrechte und nicht der Kapitalanteil eines Gesellschafters.<sup>28</sup> Auf eine ausdrückliche Differenzierung zwischen Stimmrechts- und Anteilsmehrheit wird aus Gründen der Lesbarkeit jedoch verzichtet. Es soll im Verlaufe der gesamten Arbeit vielmehr davon ausgegangen werden, daß der Stimmrechtsanteil eines Gesellschafters mit seiner Beteiligungsquote am Eigenkapital der Gesellschaft übereinstimmt. Dies entspricht dem gesetzlichen Normalfall im Aktien- und GmbH-Recht.<sup>29</sup>

---

28 Daß ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen abhängig ist, dem (nur) die Mehrheit der Kapitalanteile an ihm gehört, wird von § 17 II AktG i.V.m. § 16 I AktG lediglich vermutet.

29 Vgl. § 134 I 1 AktG und § 47 II GmbHG.