

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 97

**Eigenkapitalersatz bei
Publikumpersonengesellschaften
mit gesplitteter Einlage**

Ein Vergleich mit den Kapitalersatzregeln für
die GmbH und die GmbH & Co. KG

Von

Jan-Mathias Kuhr



Duncker & Humblot · Berlin

JAN-MATHIAS KUHR

**Eigenkapitalersatz bei Publikumspersonengesellschaften
mit gesplitteter Einlage**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 97

Eigenkapitalersatz bei Publikumpersonengesellschaften mit gesplitteter Einlage

**Ein Vergleich mit den Kapitalersatzregeln für
die GmbH und die GmbH & Co. KG**

Von

Jan-Mathias Kuhr



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kuhr, Jan-Mathias:

Eigenkapitalersatz bei Publikumspersonengesellschaften mit
gesplitteter Einlage : ein Vergleich mit den Kapitalersatzregeln
für die GmbH und die GmbH & Co. KG / von Jan-Mathias

Kuhr. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 97)

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08565-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08565-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mannheim im Sommersemester 1995 als Inaugural-Dissertation vor. Das Manuskript wurde im April 1995 abgeschlossen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Die Problematik der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen ist für die Kapitalgesellschaften und die Kapitalgesellschaft & Co. KG seit langem anerkannt und ihre Weiterentwicklung Gegenstand der Diskussion in Rechtsprechung und Wissenschaft. Die herrschende Lehre verneint jedoch bislang die Notwendigkeit, die Kapitalersatzregeln als rechtsformübergreifendes Prinzip auch auf die Personengesellschaften anzuwenden. Diese Arbeit soll zeigen, daß die Rechtsprechung zu den Publikumpersonengesellschaften mit gesplitteter Einlage entscheidende Parallelen zu den Kapitalersatzregeln der Kapitalgesellschaften aufweist und daß die Argumentation des Bundesgerichtshofs nicht auf den Besonderheiten der Publikumpersonengesellschaften aufbaut, sondern auf die Normal-Personengesellschaften übertragbar ist.

Die Anregung zu diesem Thema erhielt ich von Frau Professorin Dr. Barbara Grunewald, der ich sehr herzlich danken möchte und die mich stets mit kritisch-konstruktivem Rat unterstützte. Ihre Fähigkeit, das Interesse für die gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zu wecken und ihre stets ermutigende Zuversicht in das Gelingen der Arbeit waren mir eine große Motivation.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Rolf Sack, an dessen Lehrstuhl ich während der meisten Zeit, in der diese Arbeit entstand, als Assistent tätig sein durfte und der mir trotz des für sein Fachgebiet fremden Themas der Arbeit jede Unterstützung zuteil werden ließ und mir den Freiraum gewährte, der den zügigen Abschluß der Arbeit ermöglichte.

Herrn Professor Dr. Pirmin Spieß danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch all denen, die durch Ihr Interesse und die Bereitschaft zur Diskussion zum Gelingen dieser Arbeit wesentlich beigetragen haben, insbesondere meinem Freund und ehemaligen Kollegen Dr. Peter Kurz und meinem Vater Dr.-Ing. Hans-Achim Kuhr für die mehrfache Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen.

Weinheim, im Februar 1996

Jan-Mathias Kuhr

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Die Problematik der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen	13
1. Eigen- und Fremdkapital	13
2. Eigenkapitalersatz	14
3. Eigenkapitalersatz bei Personengesellschaften	15
4. Die Rechtsprechung zu den Publikumspersonengesellschaften mit gesplitteter Einlage...	16
5. Inhalt und Gang der Untersuchung.....	17

2. Teil

Die Umqualifizierung von formellem Fremdkapital in materielles Eigenkapital bei Publikumspersonengesellschaften	18
1. Die Publikumspersonengesellschaft	18
a) Wesen und Zweck der Publikumsgesellschaften.....	18
b) Besonderheiten der Publikumspersonengesellschaften	20
c) Motive der Anleger-Gesellschafter.....	22
d) Motive der Gesellschaftsinitiatoren.....	23
e) Das Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften.....	24
f) Gesplittete Einlage	25
2. Die Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz bei Publikumspersonengesellschaften mit gesplitteter Einlage.....	26
a) BGHZ 70, 61	26
b) BGH LM Nr. 6 zu § 149 HGB	27
c) BGH NJW 1980, S. 1522	27
d) BGH NJW 1981, S. 2251	28
e) BGH NJW 1982, S. 2253	29
f) BGHZ 93, 159	30
g) BGH NJW 1985, S. 1079	31
h) BGHZ 104, 33	32
3. Zusammenfassung der Rechtsprechung	33
a) Die Tatbestandsvoraussetzungen.....	33
aa) Gesellschaftsvertrag einer Massengesellschaft.....	34
bb) Gleiche gesellschaftsvertragliche Verpflichtung der Anleger-Gesellschafter	34
cc) Notwendigkeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks	35

dd) Indizien für die Feststellung der Eigenkapitalfunktion	35
(1) Handelsregistereintrag.....	36
(2) Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.....	36
(3) Prospekte und Schreiben der Gesellschaft.....	36
(4) Einfluß- und Kontrollmöglichkeiten der Fremdmittelgeber	37
(5) Sonstige Indizien für die Eigenkapitalfunktion	37
b) Die Rechtsfolgen.....	37
aa) Die Kapitaleistung muß auch in Liquidation oder Konkurs noch erbracht werden	38
bb) Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung bei Rückzahlung	38
cc) Keine Anmeldung zur Konkurstabelle	38
dd) Zahlungen auf das Darlehen oder die stille Beteiligung wirken haftungsbefreiend .	39
ee) Eigenkapitalhaftung von außenstehenden Drittgläubigern	39
ff) Sonstige Rechtsfolgen.....	39
4. Die Systematik der Rechtsprechung zu den Publikumpersonengesellschaften.....	40
a) Finanzierungsleistungen als gesellschaftsrechtliche Beitragspflicht	40
b) Haftungserweiterung über die Kommanditeinlage hinaus	43
aa) Grundzüge der gesetzlichen Kommanditistenhaftung	43
bb) Haftungserweiterung in der Publikums-KG	44
c) Gesellschaftsvertragliche Eigenkapitalqualifizierung	47
aa) Wortlaut des Gesellschaftsvertrages.....	47
bb) Auslegung des Gesellschaftsvertrages.....	48
cc) Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, § 242 BGB	50
d) Zusammenfassende Stellungnahme	52

3. Teil

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen bei GmbH und GmbH & Co. KG	55
1. Überblick	55
a) Zielsetzung des Kapitalersatzrechts	55
b) Historische Entwicklung.....	56
c) Das Verhältnis der BGH-Regeln zu den Novellen-Regeln	57
2. Tatbestandsvoraussetzungen	58
a) Normadressaten	58
aa) Gesellschafter.....	58
bb) Gesellschaftern gleichgestellte Dritte	60
b) Darlehensgewährung und wirtschaftlich entsprechende Handlungen	62
c) Gesellschaftersicherheiten.....	64
d) Kapitalersatzfunktion.....	64
e) Maßgebliche Zeitpunkte	66
3. Rechtsfolgen	67

a) BGH-Regeln	67
aa) Rückzahlungsverbot nach § 30 GmbHG.....	67
bb) Verbot der Sicherheitenverwertung.....	68
cc) Rückerstattungspflicht nach § 31 GmbHG	68
dd) Rechtsfolgen der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung	70
b) Novellen-Regeln	71
aa) § 32a Abs. 1 GmbHG.....	71
bb) § 32a Abs. 2 GmbHG.....	72
cc) § 32b GmbHG.....	73
dd) §§ 32a KO, 3b AnfG.....	73
4. Anwendbarkeit auf die GmbH & Co. KG	74
5. Anwendbarkeit auf Aktiengesellschaften.....	76
6. Finanzplankredite	78
a) Tatbestandsvoraussetzungen.....	78
b) Rechtsfolgen	79
7. Zusammenfassung	80

4. Teil

**Parallelen der Eigenkapitalersatzhaftung
nach GmbH-Recht und den Rechtsprechungsgrundsätzen zur
Publikumspersonengesellschaft mit gesplitteter Einlage**

1. Zusammenfassung der bisherigen Untersuchungen	83
2. Zielsetzungen der unterschiedlichen Haftungssysteme	84
3. Tatbestandsvoraussetzungen	86
a) Adressaten der Kapitalersatzhaftung.....	86
aa) Gesellschafter.....	87
bb) Gesellschaftern gleichgestellte Dritte.....	87
cc) Die Haftungsbeschränkung als Haftungsgrundlage	89
dd) Unternehmerische Beteiligung und Finanzierungsverantwortung.....	91
c) Tatbestandsmäßige Finanzierungsleistungen	95
d) Eigenkapitalcharakter bzw. Eigenkapitalfunktion der Leistung.....	97
aa) Erforderlichkeit für die Erreichung des Gesellschaftszwecks	98
bb) Krisenfinanzierung.....	99
cc) Rechtsgrund der Finanzierungsleistung	100
(1) Einzelvertragliche Finanzierungsvereinbarungen mit allen Gesellschaftern	101
(2) Nachträgliche Finanzierungsvereinbarungen	104
(3) Finanzierungsvereinbarungen mit einzelnen Gesellschaftern.....	104
(4) Zusammenfassung und Schlußfolgerung	108
dd) Abdingbarkeit der Eigenkapitalfunktion.....	109
e) Zusammenfassung	111

4. Rechtsfolgen	112
a) Eingeschränkte Rückzahlbarkeit.....	112
b) Pflicht zur Erstattung verbotswidriger Rückzahlungen.....	114
c) Keine Geltendmachung im Konkurs, bzw. Liquidationsverfahren.....	116
d) Einforderbarkeit rückständiger Gesellschafterleistungen.....	117
e) Exkurs: Außenhaftung des Gesellschafters nach § 171 Abs. 1 HGB.....	118
f) Sonstige Rechtsfolgen.....	119
g) Zusammenfassung der Rechtsfolgen.....	120

5. Teil

Zusammenfassende Schlußbetrachtung 121

1. Thesen.....	121
2. Fazit.....	122

Literaturverzeichnis 124

Stichwortverzeichnis 131

1. Teil

Die Problematik der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen

1. Eigen- und Fremdkapital

Unternehmerisch tätige Gesellschaften benötigen zur Aufnahme und Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebes in unterschiedlichem Umfang Vermögen in Form von Vorräten, Anlagen, Rechten und liquiden Mitteln. Dafür ist der Einsatz von Kapital notwendig. Dieses kann aufgebracht werden als Fremdkapital oder als Eigenkapital. Eigenkapital ist Haftkapital und damit Risikokapital¹. Es zeichnet sich dadurch aus, daß es von den Gesellschaftern aufgebracht wird, in der Regel nur einen Anspruch auf Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft vermittelt, einer freien Kreditkündigung entzogen und im Konkurs für die Anteilseigner verloren ist². Fremdkapital genießt demgegenüber den Vorteil, gewinnunabhängig verzinst und im Konkursverfahren zumindest in Höhe der Konkursquote bedient zu werden. Da die typische stille Einlage gem. § 236 HGB zumindest teilweise zur Konkurstabelle angemeldet werden kann, zählt auch sie als qualifizierter Kredit zum Fremdkapital des Unternehmensträgers³.

Grundsätzlich können auch die Anteilseigner ihrer Gesellschaft Fremdkapital zur Verfügung stellen. Für ein solches Vorgehen können gesellschaftsrechtliche, betriebswirtschaftliche und steuerliche Gründe sprechen⁴. Die bereits aufgezeigten Unterschiede zwischen Eigen- und Fremdkapital können aber dazu führen, daß die Gesellschafter die Gesellschaft mit Fremdkapital

¹ *Vornbaum*, Finanzierung der Betriebe, S. 37; ähnlich *D. Schneider*, Investition, Finanzierung und Besteuerung, S. 58; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 418; im Ergebnis ebenso *Priester*, DB 1991, S. 1918.

² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 418; *ders.*, FS Goerdeler, S. 491; ähnlich auch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 283; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 554; *Vornbaum*, Finanzierung der Betriebe, S. 37.

³ So *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 419. Eingehend dazu *ders.*, ZHR 140 (1976), S. 477 ff.; *ders.*, KTS 1977, S. 13 ff., 67 ff.; zustimmend *Reusch*, BB 1989, S. 2359.

⁴ So schon BGHZ 76, 326, 330. Ebenso *Reusch*, BB 1989, S. 2358. Zur steuerlichen Benachteiligung von Eigenkapital *Vornbaum*, Finanzierung der Betriebe, S. 39.

anstelle von Eigenkapital ausstatten, um im Falle eines Scheiterns der Gesellschaft ihren Kapitaleinsatz zur Konkurstabelle anmelden zu können. Durch die sich daraus ergebende Erhöhung der Konkursforderungen vermindert sich die Konkursquote zulasten der außenstehenden Gläubiger. Da die Anteilseigner andererseits Dank ihrer Informationsmöglichkeiten regelmäßig früher und besser über den wirtschaftlichen Zustand ihres Unternehmens informiert sind, können sie bei Abzeichnen des Scheiterns der Gesellschaft rechtzeitig ihre Fremdmittel abziehen und u.U. sogar dadurch erst den Konkurs der Gesellschaft wegen Zahlungsunfähigkeit herbeiführen⁵. Durch die schwerpunktmäßige Ausstattung der Gesellschaft mit Fremdkapital aus Gesellschafterhand könnten die Anteilseigner somit ihr Unternehmerrisiko zumindest teilweise auf die übrigen Gläubiger verlagern.

2. Eigenkapitalersatz

Die Gefahr der mißbräuchlichen Ausnutzung der Fremdfinanzierungsmöglichkeiten durch Gesellschafter und die daraus resultierende Risikoverlagerung auf die außenstehenden Gläubiger wurde auch von der Rechtsprechung schon früh erkannt. So hatte sich das Reichsgericht erstmals 1937⁶, der Bundesgerichtshof 1959⁷ mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und unter welchen Voraussetzungen formelles Fremdkapital, das die Gesellschafter der Gesellschaft zur Verfügung stellen, materiell dem Eigenkapital gleichzustellen ist mit der Folge, daß diese Mittel in der Krise der Gesellschaft nicht gekündigt oder zurückbezahlt werden können und im Konkurs nicht zur Konkurstabelle angemeldet werden dürfen.

Die in ihren Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen bald unübersichtliche Rechtsprechung wurde vom Gesetzgeber zum Anlaß genommen, 1980 mit der GmbH-Novelle das Problem gesetzlich zu regeln⁸. Dies geschah jedoch nur für die GmbH (§ 32a GmbHG, § 32a KO, § 3b AnfG) und die Kapitalgesellschaft & Co. KG durch den Verweis auf das GmbHG in § 172a HGB. Zwischenzeitlich hat der Bundesgerichtshof den § 32a GmbHG analog auch auf die Aktiengesellschaft angewendet⁹. Die Neuregelung des Kapitalersatzrechts durch die GmbH-Novelle ist jedoch bei Rechtsprechung und Schrifttum vielfach auf Kritik gestoßen, da sie hinter den durch die damalige Rechtsprechung bereits erreichten Standards zurückgeblieben sei. Aus diesem Grund sind

⁵ Ähnlich wie hier *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32a/b, Rn.1; vgl. dazu auch *Koller*, FS Heinsius, S. 372 f.

⁶ RG JW 1938, 862.

⁷ BGHZ 31, 258.

⁸ Vgl. dazu insbesondere BT-Drucks. 8/1347, S. 27 ff.

⁹ BGHZ 90, 381.

nach allgemeiner Auffassung die alten Rechtsprechungsgrundsätze neben den Normen der GmbHG-Novelle weiterhin anzuwenden¹⁰.

Rechtsprechung und Literatur haben das ursprünglich am Problembereich von Gesellschafterdarlehen entwickelte Kapitalersatzrecht im Laufe der Zeit zu einem gläubigerschützenden Kapitalsicherungssystem ausgearbeitet, das neben den Darlehen auch sonstige diesen entsprechende wirtschaftliche Leistungen der Gesellschafter erfaßt und dessen Haftungsfolgen neben den Gesellschaftern auch sonstige Dritte unterliegen können, sofern deren wirtschaftliche Stellung der eines Gesellschafters entspricht¹¹. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist sich jedoch bislang einig, daß die Grundsätze zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen nur auf die Kapitalgesellschaften und die Personengesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person als Gesellschafter anwendbar sind¹².

3. Eigenkapitalersatz bei Personengesellschaften

Die derzeit vorherrschende Meinung stützt ihre ablehnende Haltung gegen eine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf Personengesellschaften mit einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person als Gesellschafter vornehmlich auf rechtspositivistische und rechtsformspezifische Gründe. Zum einen ergebe sich aus § 172a HGB, daß der Gesetzgeber die Anwendung der GmbH-rechtlichen Kapitalersatzregeln auf die Kapitalgesellschaft & Co. KG beschränken wollte¹³, zum anderen seien Kapitalerhaltungsvorschriften bei Gesellschaftsformen, in denen zumindest ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich hafte, auch nicht notwendig¹⁴.

¹⁰ So die ganz h.M seit BGHZ 90, 370, vgl. nur BGHZ 95, 188, 192; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, §§ 32a/b, Rn. 4; *Hommelhoff*, ZGR 1988, S. 485; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 32a, Rn. 74; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 76; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 355; *Kübler*, Gesellschaftsrecht, S. 236; *Ulmer*, ZIP 1984, S. 1163.

¹¹ Allgemein zum Recht des Eigenkapitalersatzes vgl. u.a. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 351; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 956 ff.; *Kübler*, Gesellschaftsrecht, S. 234 ff.; *Rümker/H. P. Westermann*, Kapitalersetzende Darlehen, 1987; v. *Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht; v. *Gerkan*, GmbHR 1990, S. 384; *Farrenkopf/Cahn*, AG 1983, S. 151 ff.

¹² *Claussen*, ZHR 147 (1983), S. 201 m.w.N.; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften 1970, S. 284 ff.; Gegen eine analoge Anwendung auf die Aktiengesellschaft OLG Düsseldorf, ZIP 1983, 786, 790; *H. P. Westermann*, ZIP 1982, S. 388; *Obermüller*, ZIP 1982, S. 921; *Rümker*, ZIP 1982, S. 1395. Ausdrücklich offengelassen in BGHZ 112, 31, 38 f.

¹³ *Rümker/H. P. Westermann*, Kapitalersetzende Darlehen, S. 15 f.; *Rümker*, ZGR 1988, S. 512, *Michel*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, S. 239 f.

¹⁴ *Claussen*, ZHR 147 (1983), S. 201.