Tilman Haase

Die Auswirkungen der Reform des Rechts der Gesellschafterfinanzierungshilfen durch MoMiG und UntStRefG 2008 auf das Steuerrecht

Tectum

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 111

Tilman Haase

Die Auswirkungen der Reform des Rechts der Gesellschafterfinanzierungshilfen durch MoMiG und UntStRefG 2008 auf das Steuerrecht

Tectum Verlag

Tilman Haase

Die Auswirkungen der Reform des Rechts der Gesellschafterfinanzierungshilfen durch MoMiG und UntStRefG 2008 auf das Steuerrecht.
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag:
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 111
© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018
Zugl. Diss. Bucerius Law School (Hamburg) 2017

E-Book: 978-3-8288-6832-8

ISSN: 1861-7875

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4010-2 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrstrimester 2017 an der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 9. März 2017 statt.

Die der Arbeit zugrunde liegende Gesetzes- und Rechtslage entspricht daher derjenigen aus dem Frühjahr 2017, sodass die späteren Urteile des BFH vom 11.07.2017 (IX R 36/15) sowie vom 24.10.2017 (VIII R 13/15) nicht mehr berücksichtigt werden konnten. Die Analyse insbesondere des zuletzt genannten Urteils zeigt jedoch, dass der BFH der in Teil 2 Abschnitt B III. 2. dargestellen Ansicht des Autors zumindest stark zuneigt.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Professor Dr. Weitemeyer, für ihre Betreuung der Arbeit. Sie hat mir den erforderlichen wissenschaftlichen Freiraum gewährt und mir dessen unbeschadet immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden.

Herrn Professor Dr. Gerrit Frotscher danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein tiefster Dank gilt meiner Frau Aneliya Haase, meinen Eltern, Dr. Kerstin Haase und Dr. Martin Haase, sowie meinem Bruder, Ferdinand Haase, die mich allesamt stets auf verschiedenste Weisen unterstützt haben und mir mit Rat und Tat zur Seite standen.

Gewidmet ist dieses Buch meinem Sohn, Theodor.

Hamburg, im Mai 2018 Tilman Haase

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Zielsetzung 1

A. Einführung 1

B. Die heutige Rechtslage und der Fokus der Untersuchung 2

C. Der Gang der Untersuchung 3

1. Teil: Die frühere Rechtslage 5

A. Zivilrechtliche Betrachtung 5

I. Einführung 5

1. Die grundlegenden Wertungen, die zur Herausbildung des Eigenkapitalersatzrechtes führten 5

2. Die Verankerung des Rechtsinstituts des Eigenkapitalersatzrechtes in Recht und Gesetz 9

II. Rechtsprechungs- und Novellenregelungen in Tatbestand und Rechtsfolgen 11

1. Einführung 11

2. Die Tatbestände und Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts 12

a) § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. 12

(aa) Das Darlehen des Gesellschafters 13

(bb) Die Kapitalersatzfunktion des Darlehens 15

(cc) Die Überlassung des Darlehens – zugleich Abgrenzung zur sog. „Finanzplan-Rechtsprechung" des BGH 15

(dd) Rechtsfolgen 18

b) Die Erweiterungen des Grundtatbestandes 23

(aa) § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. 23

(1) Die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs 24

(2) Die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs 27

(a) Finanzierungsleistungen mit Kreditfunktion 27

(b) Finanzierungsleistungen ohne Kreditfunktion 29

(3) Rechtsfolgen 31

(bb) § 32a Abs. 2 GmbHG a.F. 31

(1) Tatbestand 31

(2) Rechtsfolgen 32

c) Die Beschränkungen des eigenkapitalersatzrechtlichen Tatbestandes durch Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg 33

d) Die weiteren gesetzlich geregelten Rechtsfolgen des eigenkapitalersatzrechtlichen Tatbestandes ... 34
(aa) Allgemeines ... 34
(bb) Die Anfechtung der Befriedigung des gesellschafterlichen Rückgewähranspruches ... 35
(cc) Die Anfechtung der Sicherungsgewährung zugunsten des Gesellschafters ... 36
(dd) Die Anfechtung nach Befreiung von der Gesellschaftersicherheit gemäß §§ 32b GmbHG a.F. ... 37
(ee) Der Anfechtungsvorgang ... 38
e) Die Rechtsprechungsregeln analog § 30, 31 GmbHG a.F. ... 40
(aa) Der sachliche Anwendungsbereich des Tatbestands der Rechtsprechungsregeln im Verhältnis zu den Novellenregelungen ... 40
(bb) Das Ausmaß der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung gemäß den Recht-sprechungsregeln als wesensmäßiger Unterschied zu den Novellenregelungen ... 41
(1) Zeitraum der eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung ... 41
(2) Umfang der eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung ... 43
(3) Die gegen das Auszahlungsverbot verstoßenden Vorgänge ... 44
(4) Der Erstattungsanspruch gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG a.F. analog ... 45
(5) Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter ... 46
(6) Haftung des Geschäftsführers ... 46
(7) Zusammenfassung ... 47
III. Gesellschaftsformen, die als Finanzierungshilfenempfänger dem Eigenkapitalersatzrecht unterfallen konnten ... 47
1. Der originäre Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechtes – die GmbH ... 48
2. Der erweiterte Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechtes ... 48
a) Die Aktiengesellschaft ... 48
(aa) Die Rechtsprechungsregeln ... 48
(bb) Die Novellenregelungen ... 50
b) Gesetzestypische Personengesellschaften ... 51
(aa) Die Novellenregelungen ... 51
(bb) Die Rechtsprechungsregelungen ... 52
c) Gesetzesatypische Personengesellschaften ... 53
(aa) Novellenregelungen ... 53
(bb) Rechtsprechungsregelungen ... 53
d) Scheinauslandsgesellschaften ... 54
(aa) Novellenregelungen ... 55
(bb) Rechtsprechungsregeln ... 55
B. Handels- und Steuerbilanzielle Betrachtung ... 56
I. Der Ansatz dem Grunde nach ... 56
II. Der Ansatz der Höhe nach ... 58
1. Der handelsbilanzielle Ansatz der Höhe nach ... 59
2. Der steuerbilanzielle Ansatz der Höhe nach ... 59

III. Die steuerrechtlichen Verlustabzugsmöglichkeiten des Gesellschafters 61
1. Körperschaftsteuerliches Betriebsvermögen 61
2. Einkommensteuerliches Betriebsvermögen 65
a) Einführung 65
b) Die Regelung des § 3c Abs. 2 EStG und die mit ihr verbundenen Fragestellungen 66
(aa) Nichtanwendbarkeit von § 3c Abs. 2 EStG wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG? 69
(bb) Tatbestandliche Nichtanwendbarkeit von § 3c Abs. 2 EStG auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen bei im Betriebsvermögen gehaltenen Beteiligungen? 72
(1) Nichtanwendbarkeit von § 3c Abs. 2 EStG a.F. aufgrund eines Umkehrschlusses aus § 8b Abs. 3 Sätze 4-8 KStG n.F.? 73
(2) Keine Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. kein hinreichender „wirtschaftlicher Zusammenhang“ zu diesen 74
(cc) Die "Anschlussfragen" zur Auslegung von § 3c Abs. 2 EStG 78
(1) „Abstrakte“ oder „konkrete“ Normanwendung von § 3c Abs. 2 EStG? .. 79
(2) Möglicher Einfluss der Höhe der tatsächlich angefallenen Betriebsvermögensmehrungen bzw. Einnahmen (saldierende Betrachtung?) 81
(3) Zeitliche Anforderungen an die Betriebsvermögensmehrungen bzw. Einnahmen nach § 3 Nr. 40 EStG 84
3. Einkommensteuerliches Privatvermögen 85
a) Einführung und die Vorschrift des § 17 EStG 85
b) Das Tatbestandsmerkmal der Beteiligungsschwelle von 1 % gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG 88
(aa) Der maßgebliche Beteiligungsumfang im Rahmen von § 17 EStG 88
(bb) Mittelbare Beteiligungen im Rahmen von § 17 EStG 90
(1) Steuerpflichtigkeit der Veräußerung ausschließlich mittelbarer Beteiligungen und teilweise mittelbarer Beteiligungen 90
(2) Nachträgliche Anschaffungskosten auf die unmittelbare Beteiligung an der "zwischengeschalteten" Gesellschaft 91
(cc) Zurechnung einer wesentlichen Beteiligung des Rechtsvorgängers bei unentgeltlichen Übertragungen gemäß § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG 93
(dd) Sachverhalte mit Auslandsbezug 93
c) Die Veräußerungsgewinnbesteuerung und die Erfassung eines Verlustes gemäß § 17 Abs. 2 EStG 94

d) Die Rechtsprechung des BFH und der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten auf die Beteiligung dem Grunde nach 98
(aa) Das negative Tatbestandsmerkmal des Nichtvorliegens von Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen sowie von Veräußerungskosten im Sinne des § 17 Abs. 2 EStG 98
(1) Keine Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG a.F.) 99
(2) Keine Veräußerungskosten im Sinne des § 17 Abs. 2 EStG 100
(3) Keine sonstige "Betriebsausgabe" des Gesellschafters als ungeschriebene (negative) Tatbestandsvoraussetzung 101
(bb) Die Tatbestandsvoraussetzung der „gesellschaftlichen Veranlassung" der Überlassung der Gesellschafterhilfe („causa societatis") 103
e) Die Rechtsprechung des BFH und der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten der Höhe nach 108
(aa) Die vier Fallgruppen der Darlehensüberlassung: Gewährung des Darlehens in der Krise, Stehenlassen des Darlehens in der Krise, krisenbestimmtes Darlehen sowie Finanzplandarlehen 108
(bb) Die Regelung des § 3c Abs. 2 EStG a.F. und die mit ihr verbundenen Fragestellungen 111
f) Fazit 114

2. Teil: Die heutige Rechtslage 117

A. Zivilrechtliche Betrachtung 118

B. Handels- und steuerbilanzielle Betrachtung 124
I. Körperschaftsteuerliches Betriebsvermögen 125
II. Einkommensteuerliches Betriebsvermögen 126
III. Einkommensteuerliches Privatvermögen 129
1. Die Behandlung eines Verlustes bezüglich einer Gesellschafterhilfe im Angesicht der Änderungen durch das MoMiG bzw. die Änderungsbedürftigkeit der bisherigen BFH–Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten 133
a) Die Relevanz des MoMiG für Obersatz und Subsumtion der bisherigen BFH-Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten i.R.d. § 17 EStG 133
(aa) Die Relevanz des MoMiG für den Obersatz der bisherigen BFH-Rechtsprechung 133
(bb) Die Relevanz des MoMiG für die Subsumtion der bisherigen BFH-Rechtsprechung 135
b) Fortsetzung der Anlehnung an das Recht der Gesellschafterdarlehen 137
(aa) Der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten dem Grunde nach 137
(bb) Der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten der Höhe nach 140
(1) Vollumfänglicher Ansatz des Nennwertes 141
(2) Grundsätzlicher Nennwertansatz, teilweise jedoch lediglich Ansatz des gemeinen Wertes 142

(3) Eigene Ansicht 145
(cc) Fazit 146
c) Selbständige, vom Zivilrecht losgelöste Auslegung des Anschaffungskostenbegriffes 147
(aa) Der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten dem Grunde nach 147
(bb) Der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten der Höhe nach 149
(cc) Unterinstanzliche Rechtsprechung 150
d) Die Auffassung der Finanzverwaltung 152
e) Lossagung von der Ausweitung des Anschaffungskostenbegriffes und Anerkennung der Abzugsfähigkeit sämtlicher Beteiligungskosten 153
f) Das umfassende Ausscheiden der Berücksichtigung von Darlehensverlusten 154
g) Stellungnahme 155
(aa) Das umfassende Ausscheiden der Berücksichtigung von Darlehensverlusten 156
(bb) Die Anerkennung der Abzugsfähigkeit sämtlicher Beteiligungskoten 157
(cc) Die Auffassung der Finanzverwaltung 158
(dd) Die Fortsetzung der Anknüpfung an das Zivilrecht bzw. das Loslösen von einer solchen Anknüpfung 159
(1) Einführung - Die für eine Streitentscheidung maßgeblichen Faktoren und die den Lösungsansätzen zugrunde liegenden Wertungen 159
(2) Vergleich der den Lösungsansätzen zugrunde liegenden Drittvergleichsmaßstäbe 163
(a) Vergleich der Drittvergleichsmaßstäbe von Selbständigkeitslösung und Akzessorietätstheorie 163
(b) Erwägungen hinsichtlich des konkreten Drittvergleichsmaßstab 165
(c) Erwägungen hinsichtlich des abstrakten Drittvergleichsmaßstabs 167
(d) Fazit 169
(3) Die gesellschaftsrechtliche Veranlassung der konkret von nur durch die Akzessorietäts- bzw. nur durch die Selbständigkeitslösung erfassten Verluste 170
(a) Die gesellschaftsrechtliche Veranlassung ausschließlich von der Akzessorietätslösung erfasster Sachverhalte 172
(b) Die gesellschaftsrechtliche Veranlassung ausschließlich von der Selbständigkeits-lösung erfasster Sachverhalte 176
(4) Die Vorgaben des objektiven Nettoprinzips und die unterschiedlichen Perspektiven von Selbständigkeits- und Akzessorietätslösung 177
(5) Die Verluste von Kleinbeteiligten- oder Sanierungsprivileg unterfallenden Finanzierungshilfen 182
(6) Rechts(un)sicherheit durch Symmetrie von Steuer- und Zivilrecht? 183
h) Abschließende Würdigung 185

i) Der zeitliche Anwendungsbereich des neuen Rechtes 185
(aa) Der zeitliche Anwendungsbereich der neuen insolvenzrechtlichen Nachrangig- und Anfechtbarkeit 186
(1) Der Anwendungsbereich von Art. 103d Satz 1 EGInsO 186
(2) Der Anwendungsbereich von Art. 103d Satz 2 EGInsO 190
(a) Die verschiedenen Rechtsansichten bezüglich sog. "Neufälle" 190
(b) Eigene Würdigung 194
(bb) Der zeitliche Anwendungsbereich der Regelungen des AnfG 196
(cc) Fazit 197
2. Änderungsbedürftigkeit der bisherigen BFH – Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten bei § 17 EStG im Falle des Verlusts einer (bisher: eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterhilfe aufgrund der veränderten Rechtslage, die sich aus UntStRefG und MoMiG ergibt 197
a) Unmöglichkeit der kontinuierlichen Weiterentwicklung des bisherigen Rechtsprechung aufgrund des Änderungen des Unternehmensteuerreformgesetzes? 200
(aa) Einführung einer Abgeltungsbesteuerung (§§ 32d, 43 ff. i.V.m. § 20 EStG) 201
(1) Einführung 201
(2) Die Fallgruppen der möglichen Besteuerungsarten im Zusammenhang mit der Abgeltungsteuer 203
(a) Der Regelfall der Abgeltungsbesteuerung gemäß § 32d Abs. 1 EStG 203
(b) Ausschluss der Abgeltungsbesteuerung gemäß § 20 Abs. 8 EStG 203
(c) Ausschluss der Abgeltungsbesteuerung gemäß § 32d Abs. 2 EStG 204
(d) Pflichtveranlagung zum Abgeltungsteuersatz durch Erklärung des Steuerpflichtigen über die Kapitaleinkünfte, § 32d Abs. 3 EStG 205
(e) Wahlveranlagung zum Abgeltungsteuersatz durch Antrag und Erklärung des Steuerpflichtigen über die Kapitaleinkünfte, § 32d Abs. 4 EStG 205
(f) Wahlveranlagung zum (günstigeren) individuellen Steuersatz durch Antrag des Steuerpflichtigen, § 32d Abs. 6 EStG 206
(3) Die materiellrechtlichen Änderungen durch die Abgeltungsteuer 206
(bb) Die Änderungen des § 20 Abs. 2 EStG und die Ausweitung des Katalogs der steuerpflichtigen Einkünfte aus Kapitalvermögen 207

(cc) Die konkret denkbaren Auswirkungen der Änderungen des § 20 Abs. 2 (i.V.m. § 20 Abs. 4) EStG auf die bisherige Rechtsprechung des BFH zu nachträglichen Anschaffungskosten im Sinne des § 17 EStG 211
(1) Lösungsweg 1: Berücksichtigung der Finanzierungshilfenverluste als "gewöhnlicher" Verlust – oder: Tatbestand- und Rechtsfolgenseite des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG im Hinblick auf Finanzierungshilfenverluste 214
(a) Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG 215
(b) Das Gesellschafterdarlehen 215
(c) Die Gesellschaftersicherheit 216
(d) Der Realisationsvorgang bzw. Vermögensabfluss gemäß § 11 EStG 218
(e) Die Rechtsfolgenseite bei Eingreifen des gesetzlich vorgesehenen Normalfalls der Abgeltungsbesteuerung – Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG einschließlich der Beschränkungen für die Berücksichtigung von Verlusten (§§ 32d, 20 Abs. 6, Abs. 9 EStG) 221
(f) Die Rechtsfolgenseite bei Eingreifen der Ausnahmen von der Abgeltungsbesteuerung insbesondere gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 lit. a, b EStG – Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG bei Ausschluss der Beschränkungen für Werbungskostenabzug und Verlustberücksichtigung (§ 20 Abs. 6, Abs. 9 EStG) 224
(g) Fazit 232
(2) Lösungsweg 2: Berücksichtigung des Verlustes infolge des Forderungsausfalls als Werbungskosten nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 1 Nr. 7 EStG 233
(a) Einführung 233
(b) Das (Nicht-)Vorliegen von Werbungskosten i.R.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 EStG 234
(3) Lösungsweg 3: Unveränderte Berücksichtigung des Darlehensverlust bei § 17 EStG 238
b) Rechtliche Würdigung der Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG auf Verluste hinsichtlich Gesellschafterfinanzierungshilfen anstelle von § 17 EStG – Lösungsweg 1 und Lösungsweg 3 in der Abwägung 239
(aa) Prima facie Vorzugswürdigkeit der Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG gegenüber § 17 EStG 240
(1) Wortlaut 240
(2) Historische Auslegung 241
(3) Gesetzessystematik und Telos der §§ 17, 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG ... 241
(bb) Nichtanwendbarkeit des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8 EStG? 244

(cc) Nichtanwendbarkeit des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 EStG wegen des Nichtvorliegens einer sonstigen "betrieblichen" Ausgabe i.S.d. bisherigen BFH – Rechtsprechung? 248
(dd) Die Frage nach dem Zurechnungszusammenhang der Darlehensverluste bzw. die Überlagerung des Verhältnisses von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG und § 17 EStG durch die Vorfrage, ob die Darlehensverluste gesellschaftsrechtlich veranlasst sind 250
(1) Einleitung 250
(2) Eigene Würdigung 252
(a) Wortlaut 252
(b) Wille des Gesetzgebers 253
(c) Telos 255
(ee) Nichtanwendbarkeit von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG, da dieser den bloßen Darlehensausfall nicht erfasst? 259
(1) Die Nichtberücksichtigung des Darlehensausfalls insbesondere gemäß BMF 260
(2) Argumente für die Berücksichtigung des Darlehensausfalls 261
(3) Würdigung 263
(4) Zeitpunkt des Verlustanfalls 264
c) Fazit zur Rechtslage unter Geltung von MoMiG und UntStRefG 265
d) Die begrenzte Geltung der nur durch das MoMiG veränderten steuerrechtlichen Situation 267

3. Teil: Schlussthesen 269

Das frühere Zivilrecht 269

Die ursprüngliche handels- und steuerbilanzielle Betrachtung 270

Das aktuelle Zivilrecht 271

Das Handelsbilanz- und Steuerrecht nach MoMiG 272

Das Handelsbilanz- und Steuerrecht nach MoMiG und UntStRefG 274

Literaturverzeichnis 277

Einleitung und Zielsetzung

A. Einführung

Das Eigenkapitalersatzrecht – als umfassende Bezeichnung für diejenigen Regelungen, die Darlehen (oder andere wirtschaftlich vergleichbare Vorgänge) von Gesellschaftern (oder von Gesellschaftern gleichgestellten Personen) betreffen, welche der Gesellschaft anstelle der eigentlich gebotenen Eigenkapitalzufuhr gewährt werden[1] – hat Wissenschaft und Rechtsanwendungspraxis seit seiner Implementierung durch die Rechtsprechung[2] in ganz erheblicher Weise bewegt. Im Laufe der Jahre und Jahrzehnte entwickelte es sich zu einer in ihren Verzweigungen überaus komplizierten und im Ergebnis für die Praxis unübersichtlichen Rechtsmaterie.[3] Hierzu trug auch der Gesetzgeber bei, indem sein in Form der Novellenregelungen im Jahre 1980[4] unternommener Versuch, das bis dato lediglich als Rechtsprechungsrecht existente Eigenkapitalersatzrecht – die sog. Rechtsprechungsregeln – ersetzend zu kodifizieren,[5] fehlschlug und es dementsprechend fortan zu einer gewissen Zweispurigkeit des Eigenkapitalersatzrechts kam.

Angesichts seiner sich im Laufe der Jahre immer weiter steigernden Komplexität wurde das Eigenkapitalersatzrecht weitgehend als überarbeitungswürdig angesehen. Dies mündete nach erheblichen Vorarbeiten der Literatur[6] darin, dass der Gesetzgeber das gesellschaftsrechtlich gestaltete Eigenkapitalersatzrecht[7] durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH–Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (im Folgenden: MoMiG)[8] vom 23.10.2008 abschaffte[9] und das insolvenzrechtlich geregelte

---

1 *Undritz*, in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 5.

2 Grundlegend BGH vom 14.12.1959 - II ZR 187/57, NJW 1960, 285 („Luft-Taxi"); zur Vorgeschichte der Herausbildung der Rechtsprechungsregeln *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 15 ff.

3 *Römermann* bezeichnet die frühere gesellschaftsrechtliche Rechtslage zutreffend als„verwirrend" in NZI 2008, 641, 644.

4 Gesetz zur Änderung des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 04.07.1980, BGBl I 1980, 836.

5 Siehe zur diesbezüglichen Intention Begr. RegE GmbH-Novelle, BR-Drs. 404/77, 29.

6 Die gesetzgeberischen Neuregelungen gehen im Wesentlichen auf *Huber* und *Habersack* zurück; siehe schon *dies.*, BB 2006, 1.

7 Dieses bildeten die sog. Rechtsprechungsregeln, §§ 30, 31 GmbHG a.F. analog.

8 BGBl I 2008, 2026; in Kraft getreten am 01.11.2008.

9 Die Abschaffung der Rechtsprechungsregeln erfolgte ausdrücklich durch den Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG sowie in § 57 Abs. 1 S. 4 AktG, *Kahlert/Gehrke*, ZIP 2008, 2392, 2393; ob der BGH diesen gesetzgeberischen Willen nicht doch wieder "aushebeln" wird – wie er es bereits früher hinsichtlich der damals neu eingeführten §§ 32a, b GmbHG getan hat im Urteil vom 26.03.1984 – II ZR 14/84, NJW 1984, 1891 – bleibt abzuwarten (§§ 32a, b GmbHG wurden eingeführt mit dem Gesetz zur

Eigenkapitalersatzrecht[10] neu regelte.[11] Durch das nunmehr modifizierte Insolvenzrecht erfahren Gesellschafterfinanzierungshilfen zwar weiterhin mitunter eine Sonderbehandlung; gleichwohl ist im Ergebnis unzweifelhaft zu konstatieren, dass die Komplexität der betroffenen Rechtsmaterie für die Zwecke des Zivilrechts deutlich reduziert wurde.

Beim vormaligen Eigenkapitalersatzrecht und jetzigem insolvenzrechtlichen Recht der Gesellschafterfinanzierungshilfen handelt es sich zwar um eine zivilrechtliche Materie, seine Auswirkungen betrafen bzw. betreffen jedoch auch andere Rechtsgebiete. Primär ist hierbei an das Steuerrecht zu denken. Es stellte sich bereits vor der Einführung des MoMiG insbesondere die Frage, wie mit solchen Verlusten umzugehen war, die der Gesellschafter infolge der eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung seiner Finanzierungshilfe zugunsten der Gesellschaft erlitten hatte. Speziell im Hinblick auf im Privatvermögen gehaltene Beteiligungen stellte sich diese Frage als problematisch dar und wurde vor dem Hintergrund der insoweit maßgeblichen Regelung des § 17 EStG kontrovers beurteilt. Der BFH setzte im Verlustfall eigenkapitalersatzrechtlich verstrickter Finanzierungshilfen nachträgliche Anschaffungskosten auf die zugrunde liegende Beteiligung an.[12] Es kam also zu einem gewissen „Gleichlauf" von Zivil- und Steuerrecht. Bei genauer Betrachtung war diese Rechtsprechung letztlich ein „Mittel zum Zweck"[13] dazu, eine Verlustberücksichtigung zugunsten des Gesellschafters zu ermöglichen, die auf anderem Wege nach herrschender Auffassung nicht möglich war.

B. Die heutige Rechtslage und der Fokus der Untersuchung

Auch für das neue Recht besteht die Fragestellung nach der steuerlichen Berücksichtigungsfähigkeit fort. Denn unbeschadet der Reduzierung der Komplexität im Zivilrecht durch das MoMiG hat es an anderer Stelle neue Unklarheiten geschaffen: Wurde nämlich bislang steuerrechtlich an das gleichsam vorgelagerte Eigenkapitalersatz-

---

Änderung des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980, BGBl I, 836), siehe *Spliedt*, ZIP 2009, 149; *Römermann*, NZI 2008, 641, 644.

10 Dieses bildeten die sog. Novellenregelungen, deren wesensmäßiger Kern in den §§ 32a, b GmbHG a.F. normiert war.

11 Siehe zu einer Synopse von alten und neuen gesetzlichen Regelungen zum Insolvenzrecht sowie zur Entstehungsgeschichte des MoMiG *Undritz*, in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 404 bzw. § 4 Rn. 331 ff.

12 BFH vom 18.12.2001 – VIII R 27/00, DStR 2002, 444; vom 04.08.1999 – VIII B 68/99, BeckRS 1999, 250003802, BFH/NV 2000, 41; vom 13.07.1999 – VIII R 31/98, BStBl II 2000, 724, DStR VIII R 6/96E 1999, 779; vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl II 1999, 348, DStR 1999, 411; vom 16.04.1991 – VIII R 100/87, BStBl II 1992, 234, DStR 1991, 1348; vom 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl II 1993, 340, BeckRS 1992, 22010477.

13 In diesem Sinne bezeichnet *Paus* die Lösung des BFH als einen „von dem gewünschten Ergebnis her geprägten Notbehelf, der sich rechtssystematisch nicht rechtfertigen lässt" in FR 2008, 1106, 1108; *Hoffmann* bezeichnet die Rechtsprechung des BFH gar als „Krücke zur Gleichstellung" mit Anteilseignern, die ihre Beteiligung in einem betrieblichen Vermögen hielten in GmbH – StB 2007, 257, 258.

recht angeknüpft, ist ebendies nunmehr jedenfalls nicht in unveränderter Weise, ggf. auch überhaupt nicht mehr möglich.

Insbesondere wenn man den Bereich des steuerlichen Privatvermögens – der bereits traditionell in der steuerrechtlichen Wissenschaft, Rechtsprechung und übriger Rechtsanwendungspraxis sowohl aufgrund seiner Komplexität als auch infolge seiner ganz erheblichen tatsächlichen Bedeutsamkeit das Gros an Aufmerksamkeit erfahren hat – auch für die heutige Rechtslage einer umfassenden Würdigung unterziehen will, so muss man neben dem MoMiG ein weiteres Reformgesetz eingehend betrachten: Das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (im Folgenden: UntStRefG).[14] Mit diesem hat der Gesetzgeber nämlich nur kurze Zeit nach dem MoMiG insbesondere auch denjenigen originären steuerrechtlichen Bereich einer Überarbeitung unterzogen, der für die vorliegenden Untersuchungsgegenstände von wesentlicher Bedeutung ist: Denn mit der Ausweitung des Katalogs des steuerlich relevanten Privatvermögens in § 20 Abs. 2 EStG n.F. könnten Gesellschafterfinanzierungshilfen nunmehr nicht länger § 17 EStG, sondern der Regelung des § 20 EStG n.F. unterfallen, was für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung von ganz herausragender Bedeutung wäre.

C. Der Gang der Untersuchung

Sowohl das Ziel als auch die Untersuchungsgegenstände dieser Arbeit werden nun einerseits durch die vorgenannte Rechtsentwicklung selbst, andererseits dadurch determiniert, dass sich bereits viele wissenschaftliche Untersuchungen mit den zivilrechtlichen Änderungen des Rechts der Gesellschafterfinanzierungshilfen als solchen intensiv beschäftigt haben.[15] Diese sollen dementsprechend nicht den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung bilden. Dieser soll vielmehr im Steuerrecht liegen, insbesondere im unverändert besonders problematischen Bereich des steuerlichen Privatvermögens. Dies war bislang Untersuchungsgegenstand vergleichsweise weniger wissenschaftlicher Arbeiten.[16] Auch in der Rechtsprechung finden sich bislang nur vereinzelt unterinstanzliche Entscheidungen, die zu den diesbezüglichen Auswirkungen von MoMiG und UntStRefG Stellung nehmen.[17]

Um die bereits im Geltungszeitraum des vormaligen Eigenkapitalersatzrechtes speziell steuerrechtlich problematischen Aspekte für die Zwecke der jetzigen Rechtslage untersuchen zu können, muss zunächst die frühere Rechtslage in Zivil- und Steu-

14 Gesetz vom 14.08.2007 (verkündet am 17.08.2007), BGBl I 2007, 1912.

15 *Koutsós*, Die rechtliche Behandlung von (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterleistungen; *Körner*, Institutionelle Kreditgeber als Quasigesellschafter; *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechtes im System der Gesellschafterhaftung; *Ulbrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH.

16 *Aigner*, Wegfall der Einkunftsquelle bei den Kapitaleinkünften (§ 20 EStG n.F.); *Gast*, Die steuerliche Berücksichtigung von Darlehensverlusten des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft.

17 FG Berlin-Brandenburg vom 28.05.2015 – 4 K 7114/12, DStRE 2016, 452 (Beschwerde gegen die Nichtzulassung zur Revision anh. beim BFH unter Az. IX B 91/15); FG Köln vom 20.03.2014 – 3 K 2518/11, EFG 2014, 2136 m. Anm. *Hoffmann* (rkr.); vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193 m. Anm. *Hoffmann*.

errecht dargestellt werden. Dies geschieht im 1. Teil der Untersuchung. Anschließend werden die Änderungen zunächst durch das MoMiG (2. Teil Abschnitt A) und anschließend durch das UntStRefG (2. Teil Abschnitt B. III. 2.) als solche dargelegt sowie jeweils eingehend analysiert, inwieweit sie sich auf die steuerlichen Verlustberücksichtigungsmöglichkeiten des Gesellschafters auswirken. In Parallelität zur früheren Rechtslage erweist sich insoweit abermals der Bereich des steuerlichen Privatvermögens als problematisch (2. Teil Abschnitt B. III.). Er soll einen Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung bilden.

1. Teil: Die frühere Rechtslage

Nachfolgend soll zunächst die frühere Rechtslage betrachtet werden. Dabei werden zu Beginn die zivilrechtlichen Aspekte des Eigenkapitalersatzrechtes untersucht, woraufhin im Anschluss die Auswirkungen ebenjenes zivilrechtlichen Eigenkapitalersatzrechtes auf die handels- und steuerbilanzielle Situation von Gesellschaft und Gesellschafter dargestellt werden. Die Ausführungen beziehen sich dabei grundsätzlich auf die GmbH als Empfänger der Finanzierungshilfe, gelten jedoch – soweit nichts Abweichendes angemerkt wird – entsprechend für die AG[18] sowie für kapitalistische (sog. atypische) Personengesellschaften.[19] An anderer Stelle wird darzustellen sein, inwieweit das Eigenkapitalersatzrecht zur Anwendung gelangen konnte, wenn es sich bei dem Empfänger der Finanzierungshilfe nicht um eine GmbH, sondern eine Gesellschaft anderer Rechtsform handelte.[20]

A. Zivilrechtliche Betrachtung

I. Einführung

1. Die grundlegenden Wertungen, die zur Herausbildung des Eigenkapitalersatzrechtes führten

Der Gesellschafter einer GmbH[21] ist vorbehaltlich der gesetzlichen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften frei in seiner Entscheidung darüber, ob

18 Auf die AG fand das Eigenkapitalersatzrecht nach h.M. Anwendung, wenn der betreffende Aktionär „unternehmerisch beteiligt“ war; der BGH verlangte insoweit eine Beteiligung, die dem Aktionär eine Sperrminorität oder ähnliche Rechte sicherte, BGH vom 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 390; BGH vom 09.05.2005 – II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317 und bejahte eine solche jedenfalls bei einer Beteiligung von 25 %; für die KGaA sollten diese Grundsätze entsprechend gelten, siehe *Schwedhelm/Olbing/ Binnewies*, GmbHR 2008, 1233, 1249; *Undritz*, in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 50.

19 Die Novellenregelungen galten gemäß §§ 129a, 172a HGB a.F. für die kapitalistische oHG bzw. KG, also insbesondere für die "typische" GmbH & Co. KG; zudem sprachen gute Gründe für eine analoge Anwendung des § 129a HGB a.F. auf die kapitalistische GbR, siehe *Habersack*, ZHR 162, 201, 215; bezüglich der zudem denkbaren Anwendung der Rechtssprechungsregeln siehe *Undritz*, in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 52 ff.

20 Siehe hierzu noch unten unter 1. Teil A. III.

21 Zur Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechtes auf Gesellschaften anderer Rechtsform siehe noch ausführlich unten unter 1. Teil A. III.

und ggf. in welcher Form er "seiner" Gesellschaft Kapital zur Verfügung stellt.[22] Gemäß diesem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit entscheidet der Gesellschafter insbesondere darüber, ob er der Gesellschaft im Falle der Kapitalzufuhr Eigen- oder Fremdkapital zuführen möchte.[23] Letzteres lässt sich insbesondere im Wege der Gewährung eines Darlehens erreichen. Gegenüber der Zufuhr von Eigenkapital bietet die bloße Darlehensüberlassung aus Sicht des Gesellschafters vielerlei Vorteile.[24] Zuvörderst ist hier an den bestehenden Darlehensrückgewähranspruch des Gesellschafters zu denken (§ 488 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 BGB).[25] Zudem stellt das Gesetz prinzipiell keinerlei publizistische Anforderungen an Gewährung und Rückgewähr des Darlehens[26] und es besteht die Möglichkeit, von der Gesellschaft eine entsprechende Zinszahlung zu verlangen.[27] Dementsprechend verfügen deutsche Unternehmen traditionell über eine relativ hohe Fremdkapitalquote.[28]

Indes kann auch dieses Prinzip der Finanzierungsfreiheit keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Bereits im Jahre 1938 wurden Fallgestaltungen offenbar, in welchen die Gerichtspraxis den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit hinter die berechtigten Belange des Gläubigerschutzes[29] zurücktreten ließ.[30] Im Spannungsfeld von Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz wurde das vom BGH im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Prinzip der Finanzierungsverantwortung bzw. später

22 BGH vom 26.03.1984 – II ZR 171/83, ZIP 1984, 572; vom 11.07.1994 – II ZR 162/92, ZIP 1994, 1441; *Bayer/Graff*, DStR 2006, 1654, 1655; *Crezelius* in FS Raupach, Köln 2006, S. 328 f.; *Hommelhoff* in: v.Gerkan/Hommelhoff, S. 24 ff.; vgl. auch *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Anh. Rn. 1.

23 Siehe zu den Einzelheiten der Freiheit des „Finanzierungs – Ob“ und des „Finanzierungs – Wie“ *Castor*, Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, S. 29 ff.

24 Zu den Vorzügen der Fremdmittelzufuhr im Allgemeinen siehe *Hommelhoff* in: v.Gerkan/Hommelhoff, S. 22 ff.; *Weitemeyer*, Der Einfluss des Europarechts auf die Besteuerung und Finanzierung der Konzerne in: Begegnungen im Recht, Ringvorlesung zu Ehren von K. Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, S. 2 ff.

25 Im Falle einer Eigenkapitalzufuhr besteht dagegen überhaupt kein Rückforderungsanspruch, es wird lediglich die Aussicht auf eine erhöhte Gewinnausschüttung sowie auf einen erhöhten Liquidationsüberschuss verbessert, *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, S. 42.

26 *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 44.

27 Diese wiederum vermindert – vorbehaltlich der Bewertung als verdeckte Gewinnausschüttung – den steuerpflichtigen Gewinn der Gesellschaft, was wiederum für eine Dividendenausschüttung als bloße Ergebnisverwendung nicht gilt; siehe zu den Vorzügen der Fremdmittelzufuhr im Allgemeinen *Hommelhoff* in: v.Gerkan/Hommelhoff, S. 22 ff.

28 So belief sich der Fremdkapitalanteil in deutschen Unternehmen im Jahr 2003 auf durchschnittlich 82 %, *Weitemeyer*, Der Einfluss des Europarechts auf die Besteuerung und Finanzierung der Konzerne in: Begegnungen im Recht, Ringvorlesung zu Ehren von K. Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, S. 7 m.w.N.

29 Zum Gläubigerschutzzweck des Eigenkapitalersatzrechtes siehe BGH vom 16.10.1989 - II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, NJW 1990, 516; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 4; *Crezelius* in FS Priester, Köln 2007, S. 69; *ders.* in FS Raupach, Köln 2006, S. 328 f.; *Oppenländer*, DStR 1993, 1523, 1525; der (die) Zweck(e) des Eigenkapitalersatzrechts wurde(n) niemals abschließend geklärt, siehe dazu im Einzelnen *Haas*, NZI 2001, 1 ff.

30 Siehe schon RG vom 03.12.1938 – II 84/38, JW 1939, 355: „Der Senat hat […] die angeblichen Darlehen als das behandelt, was sie in Wirklichkeit sind, nämlich Gesellschaftereinlagen.“

und sich an dieses anschließend das Prinzip der Finanzierungsfolgenverantwortung[31] relevant. Aus diesen wurde der wesensmäßige Kern des Eigenkapitalersatzrechtes hergeleitet:[32] Dieser besagte, dass dem Gesellschafter für den Fall der finanziellen Krise der Gesellschaft[33] nur zwei Handlungsmöglichkeiten offenstanden: Er musste die Gesellschaft entweder auflösen und abwickeln oder sie mit "frischem" Eigenkapital ausstatten.[34] Nicht gestattet war es dem Gesellschafter dagegen, den einstweiligen Fortbestand der Gesellschaft durch das Gewähren oder "Stehenlassen"[35] von Darlehen oder sonstigen Finanzierungshilfen zu sichern, diese anschließend jedoch – wie gewöhnliches Fremdkapital – zurückzufordern und sich somit auf die Position eines außenstehenden Gläubigers zurückzuziehen.[36] Das Eigenkapitalersatzrecht verbot mithin eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung in keiner Form, knüpfte sie jedoch u.U. an für den Gesellschafter nachteilige Rechtsfolgen.[37]

Teilweise wurde die Wertungsgrundlage für das Verbot eines solchen Vorgehens des Gesellschafters im Rechtsprinzip des Verbots widersprüchlichen Verhaltens erblickt.[38] Dies ist jedoch unzutreffend, da sich der Gesellschafter gerade nicht widersprüchlich verhält, wenn er zunächst nur Fremdmittel gewährt und diese sodann – wie dies mit Fremdmitteln prinzipiell möglich ist – zurückverlangt.[39] Ein Widerspruch liegt nur dann vor, wenn man bereits die ursprüngliche Mittelgewährung als

31 Zuvor hatte der BGH auch von der „Finanzierungsverantwortung“ gesprochen, siehe etwa BGH vom 19.09.1988 - II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 175, NJW 1988, 3143, 3145; eine solche Finanzierungsverantwortung lehnt der BGH nunmehr ab, da der Gesellschafter keine angemessene Finanzierung der Gesellschaft, sondern lediglich seine Einlage schulde, weshalb seit dem Urteil des BGH vom 11.07.1994 – II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, ZIP 1994, 1441, von den Finanzierungsfolgenverantwortung gesprochen wird; insoweit zustimmend *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602; *Schäfer*, ZInsO 2010, 1311.

32 Zur Entwicklungsgeschickte der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Regelungen siehe *Hommelhoff*, ZGR 1988, 460, 462 ff.

33 Die Annahme einer Krise der Gesellschaft setzte deren Kreditunwürdigkeit voraus, *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289; *Küffner*, DStR 1993, 180, 181; von einer Kreditunwürdigkeit wiederum war auszugehen, wenn die Gesellschaft einen Bedarf an Fremdfinanzierungsmitteln aufwies, den sie nicht mehr aus eigener Kraft zu marktüblichen Bedingungen befriedigen konnte, *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, m.w.N.; *Niemann/Mertzbach*, DStR 1992, 929, 931.

34 *Goette*, Kapitalaufbringung und Kapitalschutz in der GmbH, S. 84; *ders.*, Einführung in das neue GmbH – Recht, S. 24; *Römermann*, NZI 2008, 641, 644; *Schäfer*, ZInsO 2010, 1311; *Undritz*, in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 4.

35 Unter dem sog. "Stehenlassen" einer Finanzierungshilfe verstand man einen Sachverhalt, in welchem der Gesellschafter auf die Geltendmachung seines Darlehensrückzahlungsanspruches – der ggf. erst durch Kündigung fällig zu stellen war – oder seines sonstigen Ausgleichs -bzw. Rückgewähranspruches aufgrund einer vorherigen Sicherheitengewährung verzichtete, obwohl die Gesellschaft gerade in die Krise geraten war bzw. der Krisenfall bereits eingetreten war.

36 Ähnlich *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 44; *Goette* spricht insoweit vom „Dritten Weg“ der Verlängerung des „Todeskampfes“ der Gesellschaft in *Goette*, Einführung in das neue GmbH – Recht, S. 24.

37 Aus diesem Grunde stellt der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit bei zutreffender Würdigung die Basis für Betrachtungen zum Eigenkapitalersatzrecht dar, gl. A. *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983), 165, 166.

38 BGH vom 27.09.1976 - II ZR 162/75, NJW 1977, 104, 105 m. Anm. *K. Schmidt*; vom 26.11.1979 - II ZR 104/77, NJW 1980, 592.

39 Gl. A.: *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 6.

Gewährung von Eigenkapital fingiert im Rahmen der Subsumtion unter den Tatbestand des widersprüchlichen Verhaltens;[40] eine solche Fiktion wurde jedoch insoweit als Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens angesehen und kann demnach nicht zugleich in die Subsumtion unter den Tatbestand dieses Rechtsprinzips einbezogen werden. Andernfalls läge ein Zirkelschluss vor.[41]

Die maßgebliche Wertungsgrundlage des Eigenkapitalersatzrechtes basierte vielmehr auf der Überlegung, dass eine Darlehensüberlassung durch den Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft typischerweise zu Lasten der Gläubiger der Gesellschaft geht, wenn der Gesellschafter vor der – nur u.U. stattfindenden – endgültigen finanziellen Sanierung der Gesellschaft seinerseits die (Dritt-)Gläubigerrolle für sich beansprucht.[42] Dies deshalb, weil die Gläubiger oftmals aufgrund der scheinbaren finanziellen Gesundheit der Gesellschaft neue und zusätzliche Rechtbeziehungen zu dieser aufnehmen bzw. bestehende fortführen, die daraus erwachsenden Ansprüchen jedoch häufig aufgrund der Insolvenz oder Liquidation der Gesellschaft nicht durchsetzen werden können. In vormals erwähnter, verbesserter Aussicht der Gesellschafter auf Rückerhalt des Darlehens aber bestand für diese gerade ein wesentlicher Vorteil, den die bloße Darlehensgewährung gegenüber der Zufuhr von Eigenkapital hatte.[43] Dementsprechend häufig bestand die Gefahr, dass der „Todeskampf der Gesellschaft"[44] im Ergebnis zu Lasten ihrer Gläubiger verlängert würde.

Diese den Gesellschaftern an sich gegebene Möglichkeit des Verschiebens des Finanzierungsrisikos auf die Gläubiger der Gesellschaft aber konnte nur dadurch beseitigt werden, indem dieses Risiko wiederum dadurch in die Sphäre der Gesellschafter zurück-verwiesen wurde, dass diesen mittels wertender Betrachtung auch insoweit die Finanzierungsverantwortung bzw. die Verantwortung für die Folgen der eigens gewählten Finanzierung zugewiesen wurde. Diese Risikozuweisung kraft Umqualifizierung des Kapitals wurde auch aus dem Grundsatz ordnungsmäßiger Unternehmensfinanzierung hergeleitet,[45] welcher insoweit dahingehend verstanden wurde, dass im Zeitraum eines gesellschaftlichen Risikokapitalbedarfs (Krise der Gesellschaft) sog. ordentliche Kaufleute Eigenkapital zuführen würden und dementsprechend eine bloße Fremdmittelzufuhr nicht folgenlos hingenommen werden könnte, sofern die Gesellschaft ihre werbende Tätigkeit nicht einstellte.[46]

Das Eigenkapitalersatzrecht diente als Werkzeug für die vorstehend ausgeführte Risikozuweisung. Dieses sollte dafür Sorge tragen, dass in der Krise der Gesellschaft formell als Fremdkapital überlassene Mittel *qua lege* prinzipiell zumindest wie Eigen-

40 Gl. A.: *K. Schmidt*, *ebd*.

41 Jedenfalls i. Erg. gl. A.: *K. Schmidt*, *ebd*.

42 Vgl. *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, der insoweit eine Parallele zur Insolvenzverschleppung zieht; *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 44; für eine kritische Würdigung dieser *ratio legis* des Eigenkapitalersatzrechtes siehe *Altmeppen*, NJW 2005, 1911, 1913.

43 So auch *Faßbender*, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, S. 44 m.w.N.

44 So *Goette*, Einführung in das neue GmbH – Recht, S. 24.

45 Siehe statt vieler *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 5 m.w.N.

46 Siehe statt vieler *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 5 m.w.N. und Hinweis darauf, dass sich dieses Verständnis zur herrschenden Ansicht entwickelt hatte.

kapital behandelt, noch weitgehender formuliert in solches umqualifiziert wurden,[47] um letztlich die Haftungsmasse für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu vergrößern.[48] Konkret forderte das Eigenkapitalersatzrecht den Gesellschaftern im Zeitraum der Krise der Gesellschaft mithin eine maßgebende Finanzierungsentscheidung ab: Sollte die Gesellschaft abgewickelt oder mit frischem Eigenkapital ausgestattet werden? Eine bloße Fremdmittelüberlassung aber wurde bis zur nachhaltigen Beendigung der Krise in Bezug auf die an sie zu knüpfenden Rechtsfolgen nicht als solche akzeptiert.

Indes wollte das Eigenkapitalersatzrecht in keiner Weise bestimmte Bereiche der Gesellschafter-Fremdfinanzierung "unter Strafe stellen" oder dergleichen; eine derartige missbilligende Funktion kam ihm nicht zu.[49]

Die gesetzliche Fundierung des Eigenkapitalersatzrechtes[50] bildete das bestimmende Unterscheidungskriterium in Bezug auf rechtsgeschäftliche Rangrücktrittsvereinbarungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.[51] Das gesetzliche Eigenkapitalersatzrecht und eine mögliche rechtsgeschäftliche Rangrücktrittsvereinbarung waren dabei in Voraussetzungen und Rechtsfolgen jeweils unabhängig voneinander zu beurteilen.[52]

Dies galt im Übrigen auch für eine auf gesellschaftsrechtlicher Vereinbarung beruhende Bindung von Kapital aufgrund der sog. Finanzplan – Rechtsprechung des BGH.[53] Diese sowie rechtsgeschäftliche Rangrücktrittsvereinbarungen gehören daher als solche nicht zum Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Vom Eigenkapitalersatzrecht zu trennen war ebenfalls die Haftung wegen Insolvenzverschleppung sowie wegen materieller Unterkapitalisierung der Gesellschaft. Auch diese selbständigen Bereiche des Rechts können infolge des anders gelagerten Schwerpunkts der vorliegenden Untersuchung nicht näher betrachtet werden.

2. Die Verankerung des Rechtsinstituts des Eigenkapitalersatzrechtes in Recht und Gesetz

Seinen Niederschlag in Recht und Gesetz fand das Rechtsinstitut des Eigenkapitalersatzrechtes zunächst nur i.R.d. im Wege der Rechtsfortbildung von der Rechtsprechung entwickelten sog. Rechtsprechungsregeln.[54] Diese waren lediglich insoweit gesetzlich fundiert, als der BGH sich im Rahmen seiner diesbezüglichen Rechtspre-

47 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 2 m.w.N.
48 So auch *K. Schmidt*, ZHR 147 (1983), 165, 167.
49 Siehe im Einzelnen *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 4 m. Verweisen auf bestimmte Gegenansichten, die indes auch zusammen genommen als deutliche Minderansichten vertreten wurden.
50 Siehe im Einzelnen noch unten unter 1.Teil A. II.
51 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 2.
52 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 105 ff.
53 *K. Schmidt*, *ebd*.
54 Dazu grundlegend BGH vom 14.12.1959 - II ZR 187/57, NJW 1960, 285 („Luft-Taxi"); zur Vorgeschichte der Herausbildung der Rechtsprechungsregeln siehe *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 15.

chung einer analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a.F. – also der Kapitalerhaltungsvorschriften hinsichtlich der GmbH – bediente.[55]

Später erst – im Jahre 1980 – folgte eine Regelung seitens des Gesetzgebers.[56] Dieser wollte die Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht kodifizieren und somit zugleich die Rechtsprechungsregeln überflüssig machen.[57] Insoweit spricht man von den Novellenregelungen, die insbesondere in den §§ 32 a, b GmbHG a.F.[58] verankert wurden.

Da die gesetzliche Intention aber aufgrund der diesbezüglichen Unzulänglichkeiten der Novellenregelungen zum Scheitern verdammt war,[59] setzte der BGH seine Rechtsprechung zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. analog fort,[60] weshalb das Eigenkapitalersatzrecht seither auf zwei Rechtsquellen basierte. Man spricht aus diesem Grunde von der sog. „Zweistufigkeit" des Eigenkapitalersatzrechts. Das Konkurrenzverhältnis von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen bestand folglich darin, dass beide Stränge des Eigenkapitalersatzrechtes grundsätzlich neben- und unabhängig voneinander anzuwenden waren bzw. sind.[61]

Trotz dieses – grundsätzlich bis zum Inkrafttreten des MoMiG[62] – fortgesetzten Nebeneinanders von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen hielten sich die Unterschiede zwischen beiden Komplexen aufgrund des eigentlichen Zieles des Gesetzgebers, mit den Novellenregelungen die Rechtsprechungsregeln ersetzend zu kodifizieren, in engen Grenzen. Insbesondere die praktische Bedeutung der Unterschiede für die Rechtsanwendungspraxis war äußerst begrenzt. Aus diesem Grunde sollen Tatbestand und Rechtsfolgen von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen vorliegend in einem zusammengehörigen Kapitel behandelt werden, wobei die konkreten Unterschiede selbstverständlich gleichwohl benannt werden.

---

55 BGH vom 14.12.1959 - II ZR 187/57, NJW 1960, 285 („Luft-Taxi").

56 Gesetz zur Änderung des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 04.07.1980, BGBl I 1980, 836.

57 Siehe Begr. RegE GmbH-Novelle, BR-Drs. 404/77, 29; siehe auch *Körner*, Institutionelle Kreditgeber als Quasigesellschafter, S. 75 f.; *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 15 und *Gehrlein*, BB 2008, 846 jeweils mit Hinweis darauf, dass die angestrebte Ablösung der Rechtsprechungsregeln misslungen war.

58 Hinzu kamen zunächst Neuregelungen bzw. Änderungen der §§ 3b, 4, 12, 13 AnfG a.F., §§ 32a, 41 KO, §§ 107 ff. VerglO a.F. sowie der §§ 129a, 172a HGB a.F.; letztgenannte Vorschriften erklärten die §§ 32a, b GmbHG a.F. für entsprechend anwendbar auf atypische oHG und KG.

59 Siehe die Nachweise bei *Körner*, Institutionelle Kreditgeber als Quasigesellschafter, S. 75 f.; *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 15 und *Gehrlein*, BB 2008, 846.

60 Insoweit grundlegend war das sog. „Nutzfahrzeug"-Urteil des BGH vom 26.03.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, ZIP 1984, 698.

61 Siehe hierzu ausführlich *Castor*, Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, S. 26 f. (noch unter Geltung der Konkursordnung) der treffend darauf hinweist, dass aufgrund der Unzulänglichkeiten der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. lediglich ein Nebeneinander beider Rechtsquellen des Eigenkapitalersatzrechtes sicherstellen konnte, dass der auch vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz möglichst umfassend gewährleistet wurde; für einen Vorrang der Rechtsprechungsregeln im Rahmen ihres Anwendungsbereiches hingegen *Hommelhoff* in: v.Gerkan/Hommelhoff, S. 4 f.

62 Indes sind die Rechtsprechungs- und Novellenregelungen nach zutreffender Ansicht auch nach Inkrafttreten des MoMiG in bestimmtem Maße weiterhin anwendbar; siehe hierzu noch eingehend unten unter 2. Teil B. III. 1. i).

All dies kann aufgrund des anders gelagerten Schwerpunktes der vorliegenden Untersuchung indes nicht im Detail erfolgen, sondern muss sich auf eine überblickende Darstellung beschränken.

Anschließend soll zudem eingehend darauf eingegangen werden, inwieweit beide Ausprägungen des Eigenkapitalersatzrechtes auf Gesellschaften mit anderer Rechtsform als der GmbH angewendet wurden.

II. Rechtsprechungs- und Novellenregelungen in Tatbestand und Rechtsfolgen

1. Einführung

Wie bereits einleitend erwähnt, könnte man das Eigenkapitalersatzrecht – und damit Rechtsprechungs- *und* Novellenregelungen – dahingehend zusammenfassen, dass es die Entziehung eines aufgrund seiner Regelungen als eigenkapitalersetzend eingestuften Darlehens eines Gesellschafters – bzw. die Entziehung einer dem Darlehen gleichgestellten Finanzierungshilfe eines Gesellschafters bzw. eines dem Gesellschafter gleichgestellten Dritten – zur Unzeit[63] (teilweise[64]) untersagt sowie im Falle einer solchen Entziehung mittels seiner Rechtsfolgen verschieden ausgestaltete Möglichkeiten bereithält, mittels derer der jeweils Berechtigte eine Rückgewähr der entzogenen Finanzierungshilfe erreichen kann.[65]

Rechtsprechungs- und Novellenregelungen sind hierbei hinsichtlich ihres Tatbestandes insoweit identisch, als dass beide prinzipiell diegleichen Finanzierungshilfen dergleichen Personen unter dengleichen Voraussetzungen als eigenkapitalersetzend einstufen.[66] Wie später näher aufzuzeigen sein wird, bestehen indes Unterschiede dahingehend, welche Rechtsform der Empfänger der Finanzierungshilfe innehaben muss, um eine prinzipielle Anwendbarkeit von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen zu gewährleisten.[67]

---

63 Für die Formulierung der „Entziehung zur Unzeit" auch *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 1.

64 Eine unmittelbare Untersagung beschränkt sich bei genauer Betrachtung auf das Auszahlungsverbot der Rechtsprechungsregeln, konkret § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. analog, da nur diese Regelung unmittelbar an die durch sie verursachte Verstrickung der Finanzhilfe auch ein Auszahlungsverbot anknüpft; die übrigen Regelungen bedingen nur retrospektive Rückzahlungsgebote oder bedürfen zumindest der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens; siehe noch ausführlich im Folgenden sowie zu den Rechtsprechungsregeln 1. Teil A. II. 2. e).

65 Siehe hierzu eingehender die Ausführungen zu den einzelnen Tatbeständen und Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechtes (§ 30 Abs. 1 GmbHG a.F. analog) im unmittelbar nachfolgenden 1. Teil A. II. 2.

66 Siehe *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 109 m.w.N.; eine Qualifikation als eigenkapitalersetzend erfolgt indes nicht immer im gleichen Unfang, da gemäß der Rechtsprechungsregeln eine Verstrickung der fraglichen Finanzhilfe als eigenkapitalersetzend nur insoweit erfolgte, wie dies zur Wiederherstellung des Stammkapitals erforderlich war.

67 Siehe noch im Einzelnen 1. Teil A. III.

Durchaus weitreichende Unterschiede weisen zudem die Rechtsfolgen von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen auf, die sie an eine Entziehung der Finanzierungshilfe zur Unzeit knüpfen.

2. Die Tatbestände und Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts

Da sich die Tatbestände von Rechtsprechungs- und Novellenregelungen letztlich entsprechen,[68] muss der Tatbestand des Eigenkapitalersatzrechtes nur einmal näher erläutert werden.[69] Vorzugswürdig ist insofern, dies anhand der Novellenregelungen zu tun. Dies deshalb, weil diese ungeachtet ihrer noch auszuführenden Unzulänglichkeiten auf kodifizierten Regelungen beruhen, die ihrerseits die jeweiligen Tatbestände und Rechtsfolgen bereits vorzeichnen. Dies ist dagegen hinsichtlich der Rechtsprechungsregeln gerade nicht der Fall.

Die einzelnen Tatbestände des Eigenkapitalersatzrechtes werden nachfolgend anhand der GmbH erörtert, während die darüber hinausreichende Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechtes auf Gesellschaften anderer Rechtsform in einem separaten Abschnitt betrachtet werden soll.[70]

a) § 32a Abs. 1 GmbHG a.F.

Als Ausgangspunkt der Ausführungen sollte demnach trotz ihrer relativ späten Einführung im Jahre 1980[71] die Regelung des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. dienen. Dies deshalb, weil sie den Kern des bis dato nur gemäß Rechtsprechungsrecht geltenden Eigenkapitalersatzrechtes abbildet und – wenn auch erfolglos[72] – ersetzen sollte.[73] Dementsprechend definiert sie – ohne freilich bereits sämtliche Tatbestände des Eigenkapitalersatzrechtes erfassen zu wollen –, wann typischerweise ein eigenkapitalersetzendes Darlehen vorliegen sollte. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. lautet:

> „*Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen.*“

Während die Rechtsfolge erst im späteren Verlauf einer näheren Betrachtung unterzogen werden soll,[74] musste mithin ein Gesellschafter der Gesellschaft in deren Krise ein Darlehen gewährt haben.

---

68 Siehe *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 109 m.w.N.

69 Zur Reichweite des Anwendungsbereichs in Abhängigkeit zur Rechtsform des Finanzierungshilfenempfängers siehe noch 1. Teil A. III.

70 Siehe hierzu noch eingehend unten unter 1. Teil A. III.

71 Gesetz zur Änderung des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 04.07.1980, BGBl I 1980, 836.

72 *Gehrlein*, BB 2008, 846; *Körner*, Institutionelle Kreditgeber als Quasigesellschafter, S. 75 f.; *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 15.

73 Begr. RegE GmbH-Novelle, BR-Drs. 404/77, 29.

74 Siehe hierzu noch unten unter 1. Teil A. II. 2. a) dd).

Hiermit umschrieb § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. aber nur den innersten Kern des eigenkapitalersatzrechtlichen Tatbestandes. Wie zu zeigen sein wird, wurde dieser durch die übrigen Novellenregelungen dahingehend erweitert, dass eine Gewährung eines sog. Quasi-Darlehens durch einen sog. Quasi-Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft hinreichend war, ggf. gar zugunsten eines Gläubigers der Gesellschaft.

(aa) Das Darlehen des Gesellschafters

Zunächst musste der Gesellschafter der GmbH dieser ein Darlehen gewährt haben. Hierbei musste es sich um ein Geld- oder Sachdarlehen i.S.v. § 488 BGB bzw. § 607 BGB handeln.[75]

Maßgeblich war, dass es zum Zwecke einer eigenkapitalersatzrechtlichen Verstrickung einer tatsächlichen Überlassung[76] des Darlehens bedurfte.[77] Ein bloßes Versprechen der Darlehensgewährung war hingegen nicht ausreichend, konnte jedoch unter dem Gesichtspunkt der sog. Finanzplan-Rechtsprechung des BGH dazu führen, dass der Gesellschafter dieses auch nach Eintritt einer Krise der Gesellschaft an diese zu gewähren hatte.[78]

Auch ein tatsächlich überlassenes Darlehen konnte indes immer dann nicht den Eigenkapitalersatzregeln unterfallen, wenn es sich um einen bloßen Überbrückungskredit handelte.[79] Hierunter war gemäß zutreffender Rechtsprechung des BGH ein Darlehen zu verstehen, dessen Zweck darin bestand, „für kurze Zeit einen besonders dringlichen Geldbedarf zu befriedigen, ohne daß damit bereits die Absicht nachhaltiger Sanierung durch einen längerfristigen Ersatz des fehlenden Eigenkapitals verbunden ist."[80]

Das Darlehen musste der Gesellschaft zudem von einem ihrer Gesellschafter gewährt worden sein. Maßgeblich war insoweit prinzipiell eine formale Betrachtungsweise, während eine wirtschaftliche Betrachtungsweise grundsätzlich erst i.R.d. § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. hinsichtlich der dem Gesellschafter gleichzustellenden Dritten

75 *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 32a Rn. 29; die sog. eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung ist nicht unter den Tatbestand des Sachdarlehens gemäß § 607 BGB zu subsumieren; nur im Falle des Sachdarlehens gelangen die zur Verfügung gestellten Sachen auch mit dinglicher Wirkung in das Gesellschaftsvermögen, siehe *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 29.

76 Welche tatsächlichen Vorgehensweisen hinsichtlich der Überlassung im Einzelnen erforderlich bzw. hinreichend waren wird nachfolgend näher betrachtet, siehe unten unter 1. Teil A. II. 2. a) cc).

77 BGH vom 28.06.1999 – II ZR 272/98, DStR 1999, 1198, 1199 m. Anm. *Goette; K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 29.

78 BGH vom 16.10.1989 – II ZR 307/88, NJW 1990, 516; vom 11.07.1994 – II ZR 146/92, NJW 1994, 2349 m. Anm. *Altmeppen*; vom 28.06.1999 – II ZR 272/98, DStR 1999, 1198 m. Anm. *Goette*.

79 BGH vom 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, NJW 1984, 1893,1896.

80 BGH vom 26.03.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, NJW 1984, 1893,1896.

zugrunde zu legen war.[81] Den entscheidenden Zeitpunkt, in dem die Gesellschafterstellung bestehen musste, bildete hierbei der Moment der Darlehensüberlassung.[82]

Für einen ausgeschieden Gesellschafter blieb die Regelung des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. insofern relevant, als dass eine gemäß dieser Vorschrift bereits vor dem Ausscheiden eingetretene Verstrickung bestehen blieb. Dies galt auch bezüglich ggf. parallel hierzu entstandener Haftungsansprüche gegenüber dem Gesellschafter aus § 31 GmbHG a.F. analog sowie aus § 135 InsO a.F.[83] bzw. § 6 AnfG a.F.[84] Auch eine Abtretung des Rückgewähranspruches half dem Gesellschafter insoweit nicht weiter.[85] Grundsätzlich konnte er sich nur durch ein Ausscheiden vor der Krise bzw. eine Darlehensüberlassung nach Ausscheiden aus der Gesellschaft in Bezug auf § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. schadlos halten, wobei Umgehungstatbestände nach vorzugswürdiger Ansicht wiederum über § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. zu erfassen waren.[86]

Wurde hingegen ein Darlehensgläubiger erst in einem späteren Moment auch Gesellschafter der GmbH, so konnte § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. nur dann eingreifen, wenn er das Darlehen anschließend kapitalersetzend stehenließ[87] oder die Darlehensgewährung bereits im Hinblick auf die spätere Gesellschafterstellung erfolgte.[88]

Nicht erforderlich war indes gemäß herrschender Ansicht ein konkreter Zusammenhang zwischen Darlehensüberlassung und Gesellschafterstellung.[89] Das Darlehen musste mithin nach h.M. nicht *causa societatis* bzw. im Hinblick auf die Finanzierungs(folgen)-verantwortung des Gesellschafters überlassen worden sein.[90]

Nach bestrittener Auffassung konnte auch der mittelbare Gesellschafter als Gesellschafter i.S.d. § 32a GmbHG a.F. einzustufen sein,[91] während die h.M. samt BGH insoweit wiederum § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. vorrangig anwenden wollte.[92] Auf diese Problematik soll im Einzelnen i.R.d. Ausführungen zu § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. eingegangen werden.[93]

---

81 *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 32; siehe zu den gleichzustellenden Dritten noch ausführlich unten unter 1. Teil A. II. 2. b) aa) (1).

82 Hierunter ist zugleich die eigentliche Ausreichung des Darlehens als auch das bloße sog. Stehenlassen des Darlehens zu verstehen, siehe noch unten unter 1. Teil A. II. 2. a) cc).

83 § 135 InsO in der Fassung vom 5.10.1994, gültig bis zum 31.10.2008 und durch das MoMiG außer Kraft getreten.

84 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 34; § 6 AnfG in der Fassung vom 5.10.1994, gültig bis zum 31.10.2008 und durch das MoMiG außer Kraft getreten.

85 *K. Schmidt*, *ebd*.

86 Siehe hierzu sowie zu den Ausnahmen *K. Schmidt*, *ebd*.

87 Siehe zum Begriff des Stehenlassens noch ausführlich unten unter 1. Teil A. II. 2. a) cc).

88 Siehe *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 35.

89 *Hueck/Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 32a Rn. 16 ff. m.w.N.; differenzierend *K.Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 45, der zwar prinzipiell zustimmt, jedoch in gewissen Ausnahmefällen eine teleologische Reduktion des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. annehmen will, etwa wenn ein Förderkredit von einer Bank ausgereicht wird, die zugleich Gesellschafterin der Darlehensnehmerin ist.

90 *K.Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 45.

91 Hierfür etwa *Undritz* in: Runkel, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 4 Rn. 118a.

92 BGH vom 21.09.1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, NJW 1982, 383; vom 24.09.1990 – II ZR 174/89, DStR 1990, 776; vom 21.06.1999 – II ZR 70/98, DStR 1999, 1497; vom 21.11.2005 – II ZR 277/03, DStR 2006, 384, 386 mit Anmerkung *Goette*.

93 Siehe noch unten unter 1. Teil A. II. 2. b) aa).

(bb) Die Kapitalersatzfunktion des Darlehens

Dem Gesellschafterdarlehen musste zudem eine kapitalersetzende Funktion zukommen. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. beschrieb dies dahingehend, dass das Darlehen in einem Moment überlassen worden sein musste, „in dem […] die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft)."

Entscheidendes Prüfungskriterium für die Frage, ob sich die Gesellschaft im Moment der Darlehensüberlassung in einer solchen Krise befand und das Darlehen demnach (zumindest zunächst) eigenkapitalersetzender Natur war, war die Frage nach der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft. War diese nicht – mehr bzw. noch nicht wieder – gegeben, befand sich die Gesellschaft in der Krise i.S. sämtlicher eigenkapitalersatzrechtlicher Regelungen und ein in diesem Stadium überlassenes Darlehen war – vorbehaltlich der übrigen Voraussetzungen – als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren.[94]

Von einer Kreditunwürdigkeit wiederum war auszugehen, wenn die Gesellschaft einen Bedarf an Fremdfinanzierungsmitteln aufwies, den sie nicht mehr aus eigener Kraft zu marktüblichen Bedingungen befriedigen konnte.[95] *A maiore ad minus* kam insbesondere Sanierungs- sowie Insolvenzdarlehen des Gesellschafters eine kapitalersetzende Funktion zu,[96] da die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft selbstverständlich auch in diesen Fällen bestand.

Eine positive Kenntnis der die Kreditunwürdigkeit und damit die Krise der Gesellschaft begründenden Umstände seitens des Gesellschafters war nach nahezu einhelliger Auffassung nicht erforderlich.[97] Der BGH ließ es zur Umqualifizierung des Kapitals vielmehr bereits genügen, wenn der Gesellschafter die bloße Möglichkeit hatte, die Krise der Gesellschaft „bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen."[98]

(cc) Die Überlassung des Darlehens – zugleich Abgrenzung zur sog. „Finanzplan-Rechtsprechung" des BGH

Der Gesellschafter musste der Gesellschaft das kapitalersetzende Darlehen in einer für Zwecke des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. genügenden Weise gewährt haben.

Unmittelbar von § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. erfasst war die originäre Gewährung des Darlehens vom Gesellschafter an die Gesellschaft. Insoweit war die tatsächliche Überlassung des Darlehens erforderlich,[99] während ein bloßes Versprechen der Ge-

94 *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289; *Küffner*, DStR 1993, 180, 181;
95 *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, m.w.N.; *Niemann/Mertzbach*, DStR 1992, 929, 931.
96 Siehe zu den Einzelheiten *K.Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 39 f.
97 Siehe BGH vom 07.11.1994 – II ZR 270/93, NJW 1995, 326, 329.
98 So ausdrücklich und grundlegend BGH vom 07.11.1994 – II ZR 270/93, NJW 1995, 326, 329, wobei laut BGH, a.a.o., keine hohen Anforderungen an die Erkennbarkeit zu stellen waren; die Erkennbarkeit wurde vielmehr prinzipiell vermutet und konnte nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen entfallen, siehe BGH vom 23.02.2004 – II ZR 207/01, DStR 2004, 1053, 1056.
99 BGH vom 28.06.1999 – II ZR 272/98, DStR 1999, 1198, 1199 m. Anm. *Goette*.

währung nicht genügte.[100] Bei zutreffender Würdigung umfasste die originäre Darlehensgewährung indes nicht allein das erstmalige Zurverfügungstellen von Geld oder Sachwerten, sondern ebenfalls vergleichbare Vorgänge wie etwa die Kreditverlängerung oder die Stundung des Rückzahlungsanspruches.[101]

Eine Bindung ausschließlich versprochener Darlehensgewährungen hingegen konnte sich nicht aus § 32a Abs. 1 GmbHG a.F., sondern grundsätzlich nur aus der sog. Finanzplan-Rechtsprechung des BGH ergeben, die ein im Verhältnis zu § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. selbständiges Rechtsinstitut darstellt.[102] Um einen der vorgenannten Rechtsprechung unterfallenden Finanzplan-Kredit handelt es sich, wenn dieser nach dem Willen der Gesellschafter vereinbarungsgemäß die Zufuhr von Eigenkapital ersetzen soll.[103] Nachdem zunächst Uneinigkeit hinsichtlich einer möglichen Einordnung der Finanzplan-Darlehen als einer selbständigen Kategorie des übergeordneten Eigenkapitalersatzrechtes bestanden hatte, sorgte ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1999[104] dahingehend für Klarheit, dass Eigenkapitalersatzrecht und Finanplan-Rechtsprechung zwei voneinander unabhängige Rechtsgebiete sind und mithin selbständig zu beurteilen waren. Das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal war hierbei darin zu erblicken, dass es sich bei einer Bindung gemäß der Finanzplan-Rechtsprechung um eine gesellschaftsrechtlich vereinbarte, bei einer Verstrickung gemäß dem Eigenkapitalersatzrecht dagegen um eine kraft Gesetz eintretende Bindung handelte.[105]

Die praktische Bedeutung der Finanzplan-Rechtsprechung besteht indes auch seit dem grundlegenden Urteil des BGH[106] vor allem insoweit fort, als sie – i.V.m. der konkreten Finanzierungsabrede – eine mögliche Anspruchsgrundlage der Gesellschaft auf Gewährung des Darlehens im Zeitpunkt der Krise oder Insolvenz auch dann bildet, wenn das fragliche Darlehen noch nicht gewährt wurde.[107] Insoweit richtig ist, dass die konkrete Bindung des – zunächst nur versprochenen Darlehens – von der jeweiligen Finanzierungsvereinbarung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft abhängig ist und sich aus dieser auch im Krisen- bzw. Insolvenzzeitraum ein An-

100 Dies wiederum ändert gleichwohl nichts an der Tatsache, dass sich die eigenkapitalersetzende Funktion einer Darlehensgewährung bereits aus dem zugrunde liegenden Darlehensversprechen ergeben kann, siehe *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 31.

101 Siehe hierzu sowie zu weiteren Fallgruppen *K.Schmidt* in: Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 49; *K.Schmidt* hält insoweit eine dem jeweiligen tatsächlichen Vorgang zugrunde liegende Finanzierungsabrede für maßgeblich, welche jedoch vom BGH nicht einmal im Falle des bloßen Stehenlassens eines Darlehens für erforderlich erachtet wird, siehe etwa BGH vom 28.11.1994 – II ZR 77/93, NJW 1995, 457, 458.

102 Dies gilt im Übrigen entsprechend für sonstige Finanzplan-Finanzierungshilfen, die u.U. als gleichgestellte Vorgänge erfolgreich unter § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. subsumiert werden können.

103 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 74.

104 BGH vom 28.06.1999 – II ZR 272/98, DStR 1999, 1198 m. Anm. *Goette.*

105 Siehe auch *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, §§ 32a, 32b Rn. 90 ff.

106 BGH vom 28.06.1999 – II ZR 272/98, DStR 1999, 1198 m. Anm. *Goette.*

107 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 32a Rn. 76; das Eigenkapitalersatzrecht betrifft indes nur bereits gewährte Finanzierungshilfen.