

# Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch Gesellschafter

von

Dr. Andreas Fabritius, LL.M.

Rechtsanwalt

Attorney at Law (New York)

B46541

Juristische Gesamtbibliothek  
der Technischen Hochschule  
Darmstadt



Verlag Recht und Wirtschaft GmbH  
Heidelberg

# Inhaltsverzeichnis

|                    |    |
|--------------------|----|
| Vorbemerkung ..... | 13 |
|--------------------|----|

## Erster Teil

|   |           |
|---|-----------|
| <b>§ 1 – Aspekte der Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter an die GmbH .....</b>   | <b>19</b> |
| I. Erscheinungsformen der Nutzungsüberlassung .....   | 19        |
| 1. Fälle der Betriebsaufspaltung .....  | 19        |
| 2. Die Überlassung nur einzelner Anlagegegenstände .....  | 21        |
| II. Motive für die Nutzungsüberlassung .....  | 22        |
| 1. Risikominimierung .....  | 22        |
| 2. Steuerliche Gründe .....   | 24        |
| 3. Andere Motive .....  | 27        |
| III. Die betriebliche Funktion und die einzelnen Gestaltungsformen der Nutzungsüberlassung .....                                  | 28        |
| 1. Zur betrieblichen Funktion von Nutzungsverhältnissen .....   | 28        |
| 2. Die verschiedenen rechtlichen Gestaltungsformen der Nutzungsüberlassung; Auswirkungen im Vollstreckungs- und Konkursfall ..... | 30        |
| a) Schuldrechtliche Formen .....  | 30        |
| b) Dinglich gesicherte Nutzungsrechte .....   | 35        |
| c) Der Eigentumsvorbehaltskauf .....  | 36        |
| d) Zur Abgrenzung: Die Sicherungsübereignung .....  | 37        |
| e) Résumé .....   | 39        |
| IV. Die Nutzungsüberlassung in der betrieblichen Vermögensrechnung .....  | 39        |
| 1. Bürgerlich-rechtlicher und bilanzieller Vermögensbegriff .....   | 40        |
| 2. Die bilanzielle Behandlung im Einzelfall .....   | 42        |
| a) Normale Miet- und Pachtverhältnisse .....  | 42        |
| b) Leasingverhältnisse .....  | 43        |
| c) Lizenzen .....   | 43        |
| d) Nießbrauch .....   | 44        |
| e) Eigentumsvorbehalt .....   | 44        |
| V. Die Nutzungsüberlassung als Investition und Finanzierung <i>uno actu</i> .....   | 45        |
| 1. Die Begriffe Investition, Finanzierung und Kapital .....   | 45        |
| 2. Die Einordnung der verschiedenen Nutzungsverhältnisse .....  | 46        |
| a) Der Eigentumsvorbehaltskauf .....  | 46        |
| b) Die typischen Nutzungsverhältnisse .....   | 46        |
| aa) Vorliegen einer Investition .....   | 46        |
| bb) Vorliegen einer Finanzierungsmaßnahme .....   | 48        |

|  |    |
|--|----|
| c) Zur These von Miete und Pacht als Investitionsalternative<br>und dem Leasing als Finanzierungsalternative ..... | 49 |
|--|----|

## Zweiter Teil

### Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter und Gesellschafterdarlehen – Zur Anwendbarkeit des § 32a Abs. 3 GmbHG

|  |           |
|--|-----------|
| <b>§ 2 – Die Vergleichbarkeit von Nutzungsüberlassungen mit der<br/>Gewähr von Gesellschafterdarlehen .....</b>  | <b>54</b> |
| I. Die Entwicklung des Meinungsstandes .....   | 54        |
| 1. Rechtsprechung .....  | 54        |
| 2. Meinungsstand in der Literatur vor der GmbH-Novelle von<br>1980 .....   | 55        |
| 3. Entwicklungen in der Literatur nach der GmbH-Novelle von<br>1980 .....  | 57        |
| II. Die Regelung der Gesellschafterdarlehen .....  | 61        |
| 1. Die Entwicklung der Rechtsprechungsgrundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen durch den Bundesgerichtshof .....                        | 61        |
| 2. Die Regelung der Gesellschafterdarlehen durch die GmbH-Novelle .....  | 64        |
| 3. Das Finanzierungsverhalten eines ordentlichen Kaufmanns –<br>Beweggründe für die Qualifikation von Gesellschafterdarlehen<br>als Eigenkapitalersatz ..... | 66        |
| a) Durchsetzung gesetzlich angeordneter Risikoverteilung ...   | 67        |
| aa) Die Darlehensgewähr an die überschuldete GmbH .....  | 67        |
| bb) Zur Abgrenzung: Darlehensgewähr bei Bestehen einer<br>Unterbilanz .....  | 70        |
| b) Risikoverteilung aufgrund der Risikoeinschätzung der<br>Gläubiger .....   | 71        |
| aa) Die Auswirkungen der Gewähr von Gesellschafterdarlehen<br>an die zahlungs- bzw. kreditunfähige GmbH .....  | 73        |
| bb) Der Schutz der Risikoeinschätzung der Gläubiger ...  | 73        |
| c) Formulierung des Kriteriums zur Feststellung eigenkapitalersetzender<br>Darlehen .....  | 76        |
| III. Die wirtschaftliche Entsprechung zwischen den verschiedenen Formen<br>der Nutzungsüberlassung und der Darlehensgewähr .....                             | 77        |
| 1. Die Bedeutung der Formel „wirtschaftliche Entsprechung“ .....   | 77        |
| a) Bedeutung und Zusammenhang von Struktur und Funktion<br>eines Rechtsgeschäfts .....   | 78        |
| b) Strukturvergleich zwischen Nutzungsüberlassung und<br>Darlehensgewähr .....   | 79        |
| aa) Strukturelle Betrachtung .....   | 79        |

|  |            |
|--|------------|
| bb) Auf den Strukturunterschied abstellende Argumente<br>beim Vergleich von Nutzungsverhältnissen und Darle-<br>hen – Kapital- und Vermögensrelevanz .....                                 | 81         |
| c) Die funktionale Vergleichbarkeit von Darlehensgewähr und<br>Nutzungsüberlassung .....   | 83         |
| 2. Zur Entstehungsgeschichte des § 32a Abs. 3 GmbHG .....  | 87         |
| 3. Beurteilung der Vergleichbarkeit von Darlehensgewähr und<br>Nutzungsüberlassung unter Orientierung am Normzweck des<br>§ 32a Abs. 3 GmbHG .....   | 90         |
| 4. Die Eignung von Nutzungsüberlassungen zur Gefährdung des<br>Normzwecks des § 32a GmbHG .....  | 93         |
| a) Die Überlassung von Anlagegegenständen an die überschul-<br>dete GmbH .....   | 93         |
| b) Die Nutzungsüberlassung an die zahlungs- oder kreditunfä-<br>hige GmbH .....  | 96         |
| aa) Auswirkung der Nutzungsüberlassung auf die Liquidi-<br>tätslage der Gesellschaft .....   | 97         |
| bb) Auswirkungen von Nutzungsverhältnissen, wenn die<br>Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit verloren hat .....  | 98         |
| (1) Entwicklung der Haftungskonzeption .....   | 98         |
| (2) Der Einwand des Verhaltens Dritter .....   | 102        |
| (a) Zur Doppelrolle des Anlagevermögen überlassen-<br>den Gesellschafters .....  | 102        |
| (b) Zum Verhalten Dritter .....  | 103        |
| (aa) Eigentumsvorbehaltskauf und Finanzie-<br>rungsleasing .....   | 103        |
| (bb) Miete oder Pacht: Bonitätsprüfung .....   | 105        |
| (cc) Zur Erhältlichkeit von Anlagevermögen von<br>Dritten .....  | 107        |
| cc) Formulierung des Kriteriums für die Feststellung des<br>eigenkapitalersetzenden Charakters einer Nutzungs-<br>überlassung .....  | 108        |
| 5. Nutzungsüberlassungen als Möglichkeit der Risikoabschiebung<br>auf die Gläubiger .....  | 109        |
| <b>§ 3 – Einzelfragen zur „wirtschaftlichen Entsprechung“ im Sinne des<br/>§ 32a Abs. 3 GmbHG; praktische Bedeutung der vorgeschlagenen<br/>Behandlung von Nutzungsüberlassungen .....</b> | <b>110</b> |
| I. Das „Stehenlassen“ von Nutzungsüberlassungen .....  | 110        |
| 1. Das Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen als Vergleichs-<br>fall .....   | 111        |
| a) Rechtsprechung .....  | 111        |
| b) Meinungsstand in der Literatur .....  | 112        |
| c) Risikoabwälzung als Entscheidungskriterium .....  | 113        |
| 2. Konsequenzen für die Fälle der Nutzungsüberlassung .....  | 115        |

|  |            |
|--|------------|
| II. Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH nicht durch Gesellschafter, sondern durch verbundene Unternehmen . . . . .                            | 117        |
| III. Die praktische Bedeutung der hier vorgeschlagenen Behandlung von Nutzungsverhältnissen . . . . .  | 120        |
| 1. Praktikabilität des gewählten Kriteriums für die Qualifikation von Nutzungsverhältnissen als eigenkapitalersetzend . . . . .                          | 120        |
| 2. Vorkommen eigenkapitalersetzender Nutzungsverhältnisse . . . . .  | 120        |
| a) Überlassung einzelner Anlagegegenstände . . . . .   | 121        |
| b) Betriebsaufspaltung . . . . .   | 121        |
| <b>§ 4 – Die Rechtsfolge der wirtschaftlichen Entsprechung von Darlehensgewähr und Nutzungsüberlassung . . . . .</b>                                     | <b>123</b> |
| I. Funktionsbedingte Varianzmöglichkeiten einer Rechtsfolge bei Anwendung aufgrund Verweisung . . . . .  | 123        |
| II. Die Regelung des § 32a Abs. 1 GmbHG . . . . .  | 127        |
| 1. Ausschluß der Geltendmachung der Kapitalforderung . . . . .   | 128        |
| 2. Ausschluß der Geltendmachung von Zinsen . . . . .   | 129        |
| 3. Regelungscharakteristika . . . . .  | 130        |
| III. Anwendung der Darlehensregelung auf Nutzungsverhältnisse . . . . .  | 131        |
| 1. Die Ansprüche des überlassenden Gesellschafters gegenüber der GmbH . . . . .  | 131        |
| 2. Die Behandlung von Zahlungsansprüchen des Gesellschafters . . . . .   | 132        |
| a) Entsprechende Anwendung der Darlehensregelung . . . . .   | 132        |
| b) Reichweite des so entwickelten Gläubigerschutzes . . . . .  | 133        |
| 3. Verweigerung des Aussonderungsrechts als sinngemäße Anwendung der Vorschriften über das Gesellschafterdarlehen auf die Nutzungsüberlassung? . . . . . | 135        |
| a) Meinungsstand . . . . .   | 135        |
| b) Zu Funktionsweise und Grenzen des durch die Verweigerung des Aussonderungsrechts erreichbaren Gläubigerschutzes . . . . .                             | 137        |
| aa) Funktionsweise . . . . .   | 138        |
| bb) Mängel des erreichbaren Gläubigerschutzes . . . . .  | 139        |
| c) Verweigerung des Aussonderungsrechts und Reichweite der „sinngemäßen Geltung“ der Darlehensvorschriften . . . . .                                     | 141        |
| aa) Rechtstechnische Betrachtung . . . . .   | 142        |
| bb) Funktionale Betrachtung . . . . .  | 143        |
| cc) Orientierung an den Möglichkeiten der Auslegung einer Verweisungsnorm . . . . .  | 144        |
| 4. Nutzungsüberlassung in der Form des Eigentumsvorbehaltskaufs; Möglichkeit der Anfechtung des Eigentumsvorbehalts gemäß §§ 32a KO, 3b AnfG? . . . . .  | 146        |
| 5. Zwischenergebnis . . . . .  | 147        |
| <b>§ 5 – Die Ausfüllung der hinsichtlich der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung bestehenden Regelungslücke . . . . .</b>                        | <b>151</b> |

|   |     |
|---|-----|
| I. Zur entsprechenden Anwendung des § 32b GmbHG .....   | 151 |
| II. Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung als causa societatis getätigtes Geschäft .....                   | 154 |
| 1. Orientierung der gebotenen Rechtsfortbildung an den Rechtsprechungsgrundsätzen zum Gesellschafterdarlehen .....  | 154 |
| a) Unterschiede zwischen Rechtsprechungsgrundsätzen und GmbH-Novelle .....  | 155 |
| b) Zur weiteren Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze ..  | 156 |
| c) Rechtsprechungsgrundsätze und eigenkapitalersetzende Nutzungsverhältnisse .....                                  | 158 |
| 2. Betrachtung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung als causa societatis getätigtes Geschäft .....       | 159 |
| 3. Zur Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten .....   | 161 |
| a) Meinungsstand .....  | 161 |
| b) Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten unter dem Blickwinkel realer Kapitalaufbringung .....   | 163 |
| aa) Die Eignung von Nutzungsrechten als Betriebskapital ..  | 164 |
| (1) Ausstattung der Gesellschaft mit einem bestimmten Faktorpotential .....   | 164 |
| (2) Ausschluß des willkürlichen Potentialentzugs .....  | 165 |
| bb) Die Gläubigerschutzfunktion realer Kapitalaufbringung   | 167 |
| (1) Eignung der eingebrachten Gegenstände als Zugriffsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger .....                   | 168 |
| (2) Die Verwertungsfähigkeit von als Sacheinlage eingebrachten Nutzungsrechten im Gesellschaftskonkurs ..           | 170 |
| (a) Ausschluß der Anwendbarkeit des § 19 KO .....   | 170 |
| (b) Höchstpersönlichkeit der als Sacheinlage eingebrachten Nutzungsrechte .....                                     | 170 |
| (c) Überlassung eingebrachter Nutzungsrechte zur Ausübung auch gegen den Parteiwillen? .....                        | 172 |
| cc) Zwischenergebnis zur Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten .....   | 173 |
| 4. Auswirkungen der Bewertung einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung als Geschäft causa societatis ..... | 174 |
| a) Von der Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten unabhängige Auswirkungen .....                  | 174 |
| aa) Die Beendigung eigenkapitalersetzender Nutzungsverhältnisse .....   | 174 |
| bb) Behandlung von Nutzungsentgelten .....  | 175 |
| b) Auswirkungen bei Annahme der Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten .....                                      | 175 |
| c) Auswirkungen bei Ablehnung der Sacheinlagefähigkeit von Nutzungsrechten .....                                    | 177 |
| aa) Rückgriff auf die Differenzhaftung nach § 9 GmbHG ..  | 177 |

|   |     |
|---|-----|
| bb) Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs nur bei Potentialentziehung oder im Gesellschaftskonkurs . . . . .   | 179 |
| cc) Möglichkeiten des überlassenden Gesellschafters . . . . .   | 181 |
| dd) Zwangsvollstreckung der Gesellschaft in den überlassenen Gegenstand . . . . .   | 181 |
| III. Reichweite des Vorschlags zur Schließung der gesetzlichen Regelungslücke – Die Parallele zur Einbringung quoad sortem bei der Personengesellschaft . . . . . | 182 |

### Dritter Teil

|  |            |
|--|------------|
| <b>§ 6 – Zum Anwendungsbereich der Durchgriffshaftung in den Fällen der Nutzungsüberlassung von Anlagevermögen . . . . .</b>   | <b>185</b> |
| I. Nutzungsüberlassung von Anlagevermögen und Gesellschafterhaftung wegen Vermögensvermischung . . . . .   | 188        |
| 1. Die Konzeption der Haftung wegen Vermögensvermischung . . . . .   | 188        |
| 2. Analyse der Bedeutung und Konsequenzen von Vermögensvermischung . . . . .   | 189        |
| II. Haftung wegen Unterkapitalisierung . . . . .   | 191        |
| 1. Die Behandlung von Unterkapitalisierungssachverhalten durch die Rechtsprechung . . . . .  | 192        |
| 2. Die Diskussion der Unterkapitalisierung in der Literatur . . . . .  | 198        |
| 3. Die Problematik des Gebots einer (objektiv-extern bestimmten) angemessenen Kapitalausstattung . . . . .   | 201        |
| 4. Die Regelung über Eigenkapitalersatz und ihre Auswirkung auf die Möglichkeit der Gesellschafterhaftung wegen Unterkapitalisierung . . . . .                       | 206        |
| a) Die Unterscheidung materieller und nomineller Unterkapitalisierung . . . . .  | 206        |
| b) Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung als ex-post-Veränderung der zwischen Gläubigern und Anteilseignern der GmbH bestehenden Risikoallokation . . . . . | 208        |
| c) Bestätigung der Richtigkeit des an die Eigenschaft von Nutzungsüberlassungen als Eigenkapitalersatz anknüpfenden Haftungskonzepts . . . . .                       | 213        |
| III. Haftung wegen des Betreibens eines Unternehmens durch verschiedene Unternehmensträger? . . . . .  | 214        |

### Vierter Teil

|  |            |
|--|------------|
| <b>§ 7 – Zusammenfassung . . . . .</b> | <b>218</b> |
| <b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>  | <b>223</b> |
| <b>Sachregister . . . . .</b>          | <b>239</b> |