

Dr. Klaus Ziegler

Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassungsverhältnisse und Konzernhaftung bei der GmbH

– unter besonderer Berücksichtigung
der Betriebsaufspaltung –

B 47 748

Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 19 |
| Einleitung | 21 |
| Erster Teil: Gebrauchsüberlassungsverhältnisse mit Gesell- schaftern als der eigenkapitalersetzenden Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen im Sinne des § 32 a Abs. 3 GmbHG | 27 |
| 1. Abschnitt: Allgemeine Beurteilung der Einbeziehung von Ge- brauchsüberlassungsverhältnissen in den Ersatzkapitalschutz | 27 |
| I. Überblick über Rechtsprechung und Literatur | 27 |
| 1. Rechtsprechung/ untersuchungsrelevante Beispielfälle | 27 |
| a) Praktische Bedeutung in der bisherigen Judikatur | 27 |
| b) Sachverhaltsbeispiele anhand höchstrichterlicher Ent- scheidungen | 28 |
| 2. Literaturübersicht | 31 |
| a) Gegner einer allgemeinen Ausdehnung des Ersatzkapi- talschutzes auf Gebrauchsüberlassungsverhältnisse | 32 |
| b) Sonderfälle | 33 |
| c) Befürworter einer Einbeziehung der Gebrauchsüberlas- sungsverhältnisse in den Ersatzkapitalschutz | 33 |
| II. Auslegung des § 32 a Abs. 3 GmbHG | 34 |
| 1. Grammatikalische Auslegungsgesichtspunkte | 36 |
| a) Wortlaut des § 32 a Abs. 3 GmbHG | 36 |
| b) Begriff der Rechtshandlung | 36 |
| c) Folgerungen aus dem Wortlaut des § 43 a GmbHG? | 37 |
| d) Folgerungen aus dem Wortlaut des § 32 b Satz 1 GmbHG? | 38 |
| 2. Historische (subjektive) Auslegungsgesichtspunkte | 38 |
| 3. Systematische Auslegungsgesichtspunkte | 40 |

| | | |
|------|---|----|
| 4. | Teleologische Auslegungsgesichtspunkte | 41 |
| a) | Übereinstimmender Ausgangspunkt | 41 |
| b) | Erhaltung des formellen Gesellschaftsvermögens als Normzweck? | 42 |
| c) | Umfassende Einbeziehung von Sachverhalten mit Substitutions- und Finanzierungsfunktion als Normzweck? | 43 |
| III. | Vergleich zwischen Darlehensgewährung und Gebrauchsüberlassung | 47 |
| 1. | Rechtsnatur | 47 |
| a) | Leistungsinhalt | 47 |
| b) | Sachenrechtliche Zuordnung | 48 |
| c) | Sachlicher Grund für die Eigentumsübertragung beim Darlehen | 49 |
| d) | Vergleich mit der unregelmäßigen Verwahrung | 50 |
| e) | Vermehrung des Aktivvermögens und Fiktion einer effektiven Kapitalzuführung | 50 |
| f) | Insolvenzrisiko und Objektsicherheit | 52 |
| 2. | Sachinteresse der Gesellschafter | 53 |
| 3. | Entgeltlichkeit | 54 |
| 4. | Überlassungsdauer | 55 |
| 5. | Das Kriterium der freien Verfügbarkeit | 56 |
| 6. | Finanzierungs- und Substitutionseignung | 57 |
| a) | Eignung zur Krisenfinanzierung? | 57 |
| b) | Gebrauchsüberlassungsverhältnisse als langfristige eigenkapitalersetzende Finanzierungsformen | 58 |
| 7. | Zwischenergebnis | 59 |
| IV. | Kriterien für die Bestimmung des Eigenkapitalersatzcharakters | 60 |
| 1. | Überblick über die verschiedenen Bestimmungskriterien beim Grundfall der Darlehensgewährung | 61 |
| 2. | Kredit- bzw. Überlassungswürdigkeit/ Vergleichsmarktkonzept | 62 |
| 3. | »Hypothetische« materielle Unterkapitalisierung | 64 |
| 4. | Gesamtfinanzierungsplan | 66 |
| 5. | Sonstige Kriterien für die Kapitalersatzbestimmung | 69 |
| a) | Vergleichsmarktbezogene Besonderheiten des Überlassungsverhältnisses | 69 |
| b) | Doppelfunktionelle unternehmensbezogene Betätigung | 70 |

| | | |
|-----|---|----|
| c) | Gesellschaftsbezogene Überlassungsverpflichtungen/ Parallelen zum Einlagen-Splitting bei der Publikums- KG | 72 |
| aa) | Bedeutung gesellschaftsbezogener Verpflichtungs- erklärungen | 72 |
| bb) | Gesellschaftsbezogene Leistungsverpflichtung und Eigenkapitalersatz bei der Publikums-KG (Einlagen-Splitting) | 72 |
| cc) | Parallelen zwischen Ersatzkapitalschutz und Ein- lagen-Splitting bei der Publikums-KG | 73 |
| dd) | Formen echter Gesellschaftereinlagen/ Einlage zum Zwecke der Nutzung und stille Gesellschaft | 74 |
| 6. | Gemeinschaftliche Gebrauchsüberlassung durch Gesell- schafter und Nichtgesellschafter als Gegenindiz? | 77 |
| 7. | Zusammenfassung/ Beweiserleichterungen? | 78 |
| V. | Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kapitalersatzbestimmung bei Gebrauchsüberlassungsverhältnissen | 80 |
| 1. | Aufrechterhaltung vor der Krise begründeter Gebrauchs- überlassungsverhältnisse | 81 |
| a) | Übertragbarkeit der Grundsätze zum Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen | 81 |
| b) | Nichtkündigung des Gebrauchsüberlassungsverhält- nisses | 82 |
| aa) | Außerordentliches Kündigungsrecht in der Krise? | 82 |
| bb) | Vertraglicher Kündigungsverzicht | 83 |
| 2. | Anfängliche eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlas- sung als langfristige Strukturentscheidung | 84 |
| a) | Ansätze eines krisenunabhängigen Ersatzkapitalschut- zes in der neueren Judikatur | 85 |
| b) | Krisenunabhängige Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter | 86 |
| c) | Übertragung auf die Gebrauchsüberlassung | 87 |
| VI. | Die Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Gebrauchsüberlas- sungen | 88 |
| 1. | Modell des unmittelbaren Sachzugriffs | 89 |
| a) | Inkongruenz zwischen Herausgabeverweigerung/ Ein- ziehungssperre und materieller Verwertungsbezugnis | 89 |
| b) | Materielles Verwertungsrecht analog §§ 32 a Satz 1 KO, 3 b Satz 1 AnfG (Ulmer) | 90 |

| | |
|---|-----|
| c) Fiktion treuhandähnlicher Besicherung | 91 |
| 2. Rechtsfolgenmodelle mit primär an den Sachnutzungen orientiertem Haftungszugriff | 91 |
| a) Erfassung der laufenden Nutzungen pro rata temporis (Knobbe-Keuk) | 92 |
| b) Zugriff auf das Recht zur Eigennutzung (Uhlenbruck) | 93 |
| aa) Rechtsfolgenmodell von Uhlenbruck | 93 |
| bb) Drittüberlassungsbefugnis als notwendige Erweiterung | 94 |
| c) Substanzwerterfassung mit Ersetzungsbefugnis (Lutter/Hommelhoff, v. Gerkan) | 95 |
| aa) Analogie zu § 32 b GmbHG | 95 |
| bb) Nutzungszugriff und Substanzwertthese | 96 |
| cc) Immanente Inkongruenz zwischen kapitalersetzender Leistung und Ersatzkapitalhaftung | 97 |
| d) Wertersatz in Höhe der kapitalisierten Nutzungsvergütungen (v. Gerkan) | 100 |
| 3. Stellungnahme | 101 |

2. Abschnitt: Besondere Erscheinungsformen der Gebrauchsüberlassung von betrieblich genutzten Wirtschaftsgütern durch Gesellschafter

104

| | |
|--|-----|
| I. Betriebsaufspaltung | 104 |
| 1. Wesen der Betriebsaufspaltung | 104 |
| a) Begriff und grundlegende Merkmale | 104 |
| b) Erscheinungsformen | 105 |
| c) Aufspaltungsmotive | 107 |
| d) Weitere typische Merkmale | 108 |
| aa) Ausgestaltung des Gebrauchsüberlassungsverhältnisses | 108 |
| bb) Gesellschaftsbezogene Koordinationsinstrumente | 110 |
| cc) Doppelrolle der maßgebend beteiligten Gesellschafter | 111 |
| dd) Eigenkapitalausstattung und Finanzierungsstruktur der Betriebsgesellschaft | 112 |

| | |
|--|-----|
| 2. Betriebsaufspaltungen und Gründung von Auffanggesellschaften als eigenkapitalersetzende Sanierungsmaßnahmen in der akuten Krise | 114 |
| a) Ausgründung der Betriebsgesellschaft | 115 |
| aa) Echte Betriebsaufspaltung | 115 |
| bb) Echte Auffanggesellschaft | 117 |
| cc) Unechte Auffanggesellschaft/Übertragende Sanierung | 118 |
| b) Ausgründung der Besitzgesellschaft («Anlagen-Abzugs-Modell«) | 119 |
| c) Unechte Betriebsaufspaltung durch Neuerwerb betrieblich genutzter Wirtschaftsgüter | 122 |
| 3. Aufspaltung vor der akuten Unternehmenskrise | 123 |
| a) Fortführung der Betriebsaufspaltung bei nachträglichem Kriseneintritt | 123 |
| b) Anfängliche eigenkapitalersetzende Betriebsaufspaltung | 125 |
| aa) Betriebsaufspaltung und krisenunabhängige Finanzierungsverantwortung | 125 |
| bb) Beispiele anfänglicher Eigenkapitalersatzfinanzierung durch Gebrauchsüberlassungsverhältnisse: BGHZ 68, 312 ff. («Fertighaus») und BSGE 56, 76 ff. («GmbH-Stafette«) | 128 |
| 4. Zusammenfassung | 132 |
| II. Finanzierungsleasing | 133 |
| 1. Rechtsnatur und Wesen des Finanzierungsleasing | 133 |
| a) Rechtliche Einordnung | 133 |
| b) Finanzierungsfunktion/ Risikoverteilung | 133 |
| c) Allgemeine Motive für das Finanzierungsleasing | 135 |
| 2. Finanzierungsleasing und Gesellschafterleasing | 135 |
| a) Einordnung des Gesellschafterleasing in der Literatur | 135 |
| b) Unterschiede zwischen »institutionellem« Finanzierungsleasing und Gesellschafterleasing | 136 |
| c) Beweggründe für Gesellschafterleasing | 138 |
| 3. Gesellschafterleasing und Kapitalersatzfunktion | 139 |
| a) Leasingobjekt und geschäftsbezogene Kreditwürdigkeit | 139 |
| b) Leasinggestaltungen mit tendenziell eigenkapitalersetzender Funktion | 140 |

| | |
|--|-----|
| 4. Maßgeblicher Überlassungszeitpunkt für die Kapitalersatzfunktion beim Gesellschafterleasing | 142 |
| a) Anschaffung von Wirtschaftsgütern in der Krise | 142 |
| b) Prolongationsabreden | 142 |
| c) Krisenunabhängiges eigenkapitalersetzendes Gesellschafterleasing | 143 |
| 5. Rechtsfolgen beim eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleasing | 144 |
| III. »Sale-and-lease back«-Verträge | 145 |
| 1. Wesen des »sale-and-lease back« | 145 |
| a) Unterschiede zum normalen Finanzierungsleasing | 145 |
| b) Ähnlichkeit mit der Kreditvergabe und der Sicherungsübereignung von Unternehmenssubstanz | 146 |
| c) Typischer Anwendungsbereich | 147 |
| 2. »Sale-and-lease back« als eigenkapitalersetzende Finanzierungsform | 147 |
| a) Krisenfinanzierungseignung | 147 |
| b) Kapitalersatzfunktion und Objektsicherheit | 148 |
| c) Durchführungszeitpunkt | 148 |
| 3. Rechtsfolgen | 149 |
| IV. Verkauf von Betriebsmitteln unter Eigentumsvorbehalt und Kaufpreisstundung | 150 |
| 1. Wesen des Vorbehaltsverkaufs aus Gesellschafterhand | 150 |
| 2. Eigentumsvorbehaltsverkauf und Kapitalersatzfunktion | 151 |
| 3. Rechtsfolgen | 152 |

Zweiter Teil: Konzernrechtlicher Gläubigerschutz bei der Betriebsaufspaltung durch Gesellschafterhaftung 155

| | |
|---|------------|
| 1. Abschnitt: Problemstellung und Themenabgrenzung | 155 |
| I. Schuldrechtliche Gebrauchsüberlassung und Konzernrecht | 155 |
| II. Beschränkung der Untersuchung auf den GmbH-Konzern | 157 |
| III. Betriebsaufspaltung und Unternehmensvertrag | 159 |

| | |
|---|------------|
| 2. Abschnitt: Betriebsaufspaltung als qualifizierter Unternehmensverbund | 161 |
| I. Betriebsaufspaltung und konzernrechtlicher Unternehmensbegriff | 161 |
| 1. Konzernrechtlicher Unternehmensbegriff | 161 |
| a) Schutzzweckorientierter Unternehmensbegriff | 161 |
| b) Art und Ausmaß der erforderlichen gesellschaftsexternen Interessenbindung/ multipler Mehrheitsbeteiligungsbesitz | 163 |
| aa) Literaturauffassungen | 163 |
| bb) Auffassung des Bundesgerichtshofs | 164 |
| cc) Stellungnahme | 165 |
| 2. Übertragung des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die verschiedenen Betriebsaufspaltungsformen | 168 |
| a) Prämissen | 168 |
| b) Vermietung/ Verpachtung des Anlagevermögens als die Unternehmenseigenschaft begründete Tätigkeit? | 170 |
| c) Kritik am Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.10.86 (WM 86, 1554 ff.) | 172 |
| d) Überprüfung der verschiedenen Aufspaltungsmodelle | 173 |
| aa) Klassische horizontale Betriebsaufspaltung (Steuerberater-/ Anlagenschumpfungs-Modell) | 173 |
| bb) Klassische horizontale Betriebsaufspaltung (Betriebserhaltungs-Modell) | 174 |
| cc) Einmann-Betriebsaufspaltung | 175 |
| dd) Teilbetriebsaufspaltung | 176 |
| ee) Mehrgliedrige horizontale Betriebsaufspaltung | 176 |
| ff) Einheitsbetriebsaufspaltung | 177 |
| gg) Mehrgliedrige Einheitsbetriebsaufspaltung (Holding-Modell) | 179 |
| hh) Mehrstufige Unternehmensverbindung bei der Einheitsbetriebsaufspaltung? | 179 |
| II. Betriebsaufspaltung und Abhängigkeit | 181 |
| 1. Konzernrechtlicher Abhängigkeitsbegriff | 181 |
| 2. Feststellung der Abhängigkeit bei den verschiedenen Betriebsaufspaltungsformen | 183 |
| a) Horizontale Betriebsaufspaltung | 183 |

| | | |
|------|--|-----|
| aa) | Multiple Mehrheitsbeteiligungen/ Stimmenmehrheit eines Gesellschafters | 184 |
| bb) | Beteiligungsidentität ohne Mehrheitsgesellschafter | 184 |
| cc) | Gemeinschaftliche Herrschaft einer stabilen Mehrheitsgruppe/ Anteilszurechnung zu einem »dominierenden« Gesellschafter | 186 |
| b) | Vertikale Einheitsbetriebsaufspaltung | 188 |
| III. | Betriebsaufspaltung und einfache Konzernierung | 189 |
| 1. | Konzerntatbestand | 189 |
| a) | Merkmal der einheitlichen Leitung | 190 |
| b) | Konzernvermutung | 191 |
| 2. | Übertragung auf die Betriebsaufspaltung | 192 |
| IV. | Betriebsaufspaltung und qualifiziert faktische Konzernierung | 193 |
| 1. | Tatbestand des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns | 194 |
| a) | Literaturüberblick | 194 |
| b) | Der Tatbestand qualifizierter faktischer Konzernierung nach der »Autokran-Entscheidung« | 196 |
| c) | Indizien für die qualifizierte faktische Konzernierung | 199 |
| d) | Verifizierung der Kriterien anhand des »Autokran-Falles« | 200 |
| 2. | Übertragung auf die Betriebsaufspaltung | 201 |
| a) | Zweiggliedrige horizontale/ vertikale Betriebsaufspaltung (Gesamtbetriebsverpachtung mit Betriebserhaltung) | 202 |
| aa) | Möglicher Gegenstand einheitlicher Leitung bei der Gesamtbetriebsverpachtung | 202 |
| bb) | Horizontale Aufspaltung | 203 |
| cc) | Vertikale Aufspaltung | 204 |
| b) | Teilbetriebsaufspaltung | 204 |
| c) | Mehrgliedrige Betriebsaufspaltungsformen | 205 |
| aa) | Mehrgliedrige horizontale Aufspaltung (Gleichordnungs-Modell) | 205 |
| bb) | Mehrgliedrige vertikale Aufspaltung (Holding-Modell) | 206 |
| d) | Zusammenfassung | 208 |

| | |
|--|------------|
| 3. Abschnitt: Konzernrechtlicher Gläubigerschutz bei der Betriebs-GmbH durch Gesellschafterhaftung | 209 |
| I. Gesellschafterhaftung als Rechtsfolge im GmbH-Konzern | 209 |
| 1. Übersicht und Grundlagen | 209 |
| a) Einzeleingriffsbezogene Schadensersatzpflichten bei »schlichter« Abhängigkeit/ »einfacher« Konzernierung | 210 |
| b) Verlustausgleichspflicht bei qualifizierter faktischer Konzernierung | 211 |
| c) Offene Fragen | 212 |
| 2. Gläubigerschutz bei der eingliedrigen konzernierten GmbH im Einzeleingriffsbereich | 213 |
| a) Gesellschaftsunabhängiger Bestandsschutz bei der abhängigen GmbH | 214 |
| b) Stammkapitaldeckung als Minimum eigenständigen Bestandsschutzes | 215 |
| 3. Ausgestaltung der Verlustdeckungspflicht bei qualifizierter faktischer Konzernierung | 217 |
| a) Gläubigerschutzniveau | 217 |
| aa) Beschränkte Verlustausgleichspflicht bis zur Stammkapitaldeckung? | 217 |
| bb) Komplementäre Anwendung des § 303 AktG analog | 222 |
| b) Innenhaftung/ Außenhaftung | 225 |
| c) Gegenständlich beschränkter Haftungszugriff bei multiplem Beteiligungsbesitz von »Privatgesellschaftern«? | 228 |
| aa) Legitimationsgründe für eine gegenständliche Beschränkung der konzernrechtlichen Haftung | 228 |
| bb) Denkbare Ausgestaltungen eines auf den Beteiligungsbesitz beschränkten Haftungszugriffs | 231 |
| cc) Eigener Lösungsvorschlag | 234 |
| II. Übertragung auf die verschiedenen Formen der Betriebsaufspaltung | 238 |
| 1. Schriftumsübersicht | 238 |
| 2. Haftung im Einzeleingriffsbereich bei »schlichter« Abhängigkeit/ »einfacher« Konzernierung | 239 |
| a) Mehrgliedrige abhängige Betriebs-GmbH im Horizontalmodell | 239 |
| b) Abhängige Betriebs-GmbH ohne Mehrheitsgesellschafter | 240 |

| | |
|--|---------|
| 3. Qualifiziert konzernierte Betriebs-GmbH | 241 |
| a) Horizontale Betriebsaufspaltung | 241 |
| b) Vertikale Einheitsbetriebsaufspaltung/ mehrgliedriges Holding-Modell | 243 |
| aa) Verlustausgleichspflicht der Besitz-(Holding-)Gesellschaft | 243 |
| bb) Konzernrechtlicher Haftungsdurchgriff auf die Besitzgesellschafter beim vertikalen Einheitsmodell? | 244 |
| Schlußwort | 247 |
| Literaturverzeichnis | 249 |
| Sachverzeichnis | 259 |