

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

**Nutzungsüberlassung nach dem MoMiG
– viele Fragen offen –**

Vortrag beim Deutschen Insolvenzverwalterkongress
am 30. Oktober 2009 in Berlin

www.georg-bitter.de

Gliederung

1. Überblick über die Neuregelung des MoMiG
 - Gesellschafterdarlehen und Nutzungsüberlassung
2. Offene Fragen
3. Dogmatische Grundüberlegungen zur Nutzungsüberlassung im System der Gesellschafterdarlehen
4. Anwendung auf die Einzelfragen

1. Verlagerung ins Insolvenzrecht

- Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG, 129a, 172a HGB
- Konzentration auf die insolvenzrechtlichen Regelungen
 - Nachrang der Gesellschafterdarlehen – § 39 I Nr. 5 InsO
 - Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – § 135 InsO
 - gesellschafterbesicherte Drittdarlehen – § 44a InsO
- rechtsformneutrale Ausgestaltung – § 39 IV InsO
 - alle Gesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person
 - Erfassung auch von Auslandsgesellschaften
- Ergänzung durch §§ 6, 6a AnfG für masselose Insolvenzen

2. Abschaffung der „Zweispurigkeit“

- „Nichtanwendungserlass“ für die Rechtsprechungsregeln in § 57 I 3 AktG und § 30 I 3 GmbHG
- keine Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz trotz Eingriffs in das Stammkapital bei Rückführung
- Konsequenzen b.w.

2. Abschaffung der „Zweispurigkeit“

- Verkürzung der Rückforderungsfrist ⇔ § 31 V 1 GmbHG: 10 Jahre
- keine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter über § 31 III GmbHG
- keine Anknüpfung der Geschäftsführerhaftung über § 43 III GmbHG
- kein „Abzugsverbot“ ⇒ keine Einwendung des Geschäftsführers gegen die Rückforderung des Gesellschafters
 - partieller Ausgleich durch § 64 Satz 3 GmbHG n.F.: Verbot von Zahlungen, die die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen
 - **Sonderfall:** Nutzungsüberlassung ⇒ s.u.

3. Abkoppelung von der „Krise der Gesellschaft“

- früher: Anknüpfung an Finanzierungsentscheidung in der Krise
- jetzt: genereller Rangrücktritt von Gesellschafterdarlehen und Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen (§ 39 Nr. 5 InsO)
 - Eigenkapitalersatz ist nicht mehr Tatbestand, sondern „Rechtsfolge“
 - keine große praktische Änderung für Darlehen, da bisher Rechtsfigur des „Stehenlassens“ in der Krise
 - Problem: Vergleichsbasis für „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen“ ist nicht mehr der eigenkapitalersetzende Charakter
- generelle Anfechtbarkeit bei einer Befriedigung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag (§ 135 I Nr. 2 InsO)

1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum alten Recht

- *BGHZ 109, 55 = NJW 1990, 516*
- *BGHZ 121, 31 = NJW 1993, 392*
 - Wirtschaftliche Vergleichbarkeit von Darlehen und Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 32a III GmbHG
⇒ Überlassungsunwürdigkeit entscheidend
 - keine Anmeldung der Mietzinsforderung im Konkurs – § 32a I GmbHG
 - Rückgewähr gezahlter Mietzinsen (1) gemäß § 32a KO, § 135 InsO bzw. (2) gemäß § 31 GmbHG, wenn die Zahlung aus Mitteln erfolgt, die zur Deckung des Stammkapitals erforderlich sind

1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum alten Recht

- *BGHZ 127, 1 = NJW 1994, 2349*
- *BGHZ 127, 17 = NJW 1994, 2760*
 - Pflicht des Gesellschafters, dem Insolvenzverwalter die Nutzung für die vereinbarte bzw. – bei Vereinbarung nicht hinnehmbar kurzer Kündigungsfristen – die übliche Zeit unentgeltlich zu überlassen
⇒ Nutzungsrecht ist wie eine Sacheinlage zu behandeln
 - grundsätzlich keine Pflicht des Gesellschafters, den Wert des Nutzungsrechts in Geld zu ersetzen
 - kein Recht des Insolvenzverwalters zur Verwertung der Sachsubstanz

2. Neuregelung im MoMiG (§ 135 III InsO)

- Vorschlag im Rechtsausschuss des Bundestags ⇔ RegE-MoMiG
- *Tatbestand:*
 - Gesellschafter hatte dem Schuldner einen Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen
 - Gegenstand ist für die Fortführung des Unternehmens „von erheblicher Bedeutung“ ⇒ Verweis auf § 21 II Nr. 5 InsO
- *Rechtsfolgenseite:*
 - „Aussonderungssperre“ für höchstens 1 Jahr (Satz 1)
 - Finanzieller Ausgleich (Satz 2) ⇒ Berechnung: Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung
- *Grund:* Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht

1. Ist die Nutzungsüberlassung eine dem „Darlehen wirtschaftlich entsprechende“ Rechtshandlung i.S.v. § 39 I Nr. 5 InsO?
 - Nachrang von Mietforderungen nur bei Stundung oder generell?
 - Anfechtbarkeit der Zahlung auf Mietforderungen im letzten Jahr?
 - Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung?
2. Wie sind Art und Umfang des Ausgleichs zu bestimmen?
 - Massforderung?
 - Berücksichtigung auch von anfechtbar geleisteten Vergütungen?
 - Berücksichtigung der im Eröffnungsverfahren erzwungenen Nichtzahlung?
 - Geleistete Vergütung auch bei Überhöhung maßgeblich?
 - Zahlungen vor der Jahresfrist für Zeiträume innerhalb der Jahresfrist?

3. Wann ist ein Gegenstand von „erheblicher Bedeutung für die Fortführung des Unternehmens“?
 - Berücksichtigung des reduzierten Ausgleichsbetrags bei der Frage der Beschaffbarkeit von Dritten?
 - Fortführung durch den Insolvenzverwalter erforderlich oder Anwendbarkeit auch nach übertragender Sanierung?
4. Wie verhält sich § 135 III InsO zu §§ 103 ff. InsO?
 - Geltung des (ggf. reduzierten) Ausgleichsbetrags nach § 135 III 2 InsO auch bei fortbestehendem Nutzungsverhältnis?
 - Obliegenheit des Insolvenzverwalters, den Nutzungswillen bei Wahl der Nichterfüllung (§ 103 InsO) bzw. Kündigung (§ 109 InsO) anzukündigen?

5. Gilt § 135 III InsO auch bei der Zwangsverwaltung/-versteigerung und in der Doppelinsolvenz?
 - Wirkung der Aussonderungssperre und/oder des reduzierten Ausgleichs auch gegenüber Grundpfandgläubiger/Gesellschaftergläubiger?

1. Problem: Keine Lösung von Einzelfragen ohne Kenntnis der teleologischen Grundlagen

- *Karsten Schmidt*: „Suche nach dem verlorenen Normzweck“
- *Bork*: Begründung des neuen Rechts ist „recht einsilbig ausgefallen“

2. Grundfragen

- Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftern und Dritten als Darlehensgeber bzw. Vertragspartner eines Nutzungsüberlassungsvertrags?
- Was rechtfertigt die Sonderstellung von Darlehens- und Nutzungsüberlassungsverträgen gegenüber sonstigen Austauschverträgen?

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 1: Normzweck unverändert (Finanzierungsfolgenverantwortung), aber jetzt unwiderlegliche Vermutung der Krise
 - ❖ *Altmeyen, Bork, Hölzle, Haas*
- These 2: Einordnung von Gesellschafterdarlehen als Risikokapital als Korrelat der Haftungsbeschränkung, um Missbrauch zu verhindern
 - ❖ *Huber, Habersack, Gehrlein*
- These 3: Erhöhte Verantwortung der Insider
 - ❖ *Karollus, Haas, Servatius*
- These 4: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

3. Einordnung des § 135 III InsO str.

- These 1: Trennung vom Recht der Gesellschafterdarlehen
 - ⇒ eigenständige Regelung mit eigenständiger Rechtsfolge
 - ⇒ keine Pflicht zur (unentgeltlichen) Nutzungsüberlassung mehr
 - ⇒ Aussonderungssperre wichtiger als Ersparnis von Nutzungsentgelt
 - ⇒ Grund für Inanspruchnahme des Gesellschafters (s.o.): Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht
- These 2: Nutzungsüberlassung als dem Darlehen „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung“
 - ⇒ Anknüpfung an die Finanzierungsfolgenverantwortung
 - ⇒ Pflicht zur Nutzungsüberlassung; Entgelt nachrangig
 - ⇒ Kündigungsmöglichkeit des Gesellschafters wegen Verzugs str.

1. Keine Vergleichbarkeit von Darlehen und Nutzungsüberlassung

- tatbestandliche Formulierung des § 32a III GmbHG war weniger eng
- jetzt allgemeiner Vergleich zwischen Darlehen und Nutzungsüberlassung
- Nutzungsüberlassung und (Sach-)Darlehen sind nur hinsichtlich des Nutzungsrechts vergleichbar, nicht hinsichtlich der Überlassung der Sachsubstanz als Kreditgrundlage/Zugriffsobjekt für Gläubiger
- Nutzungsüberlassung = Austauschvertrag i.S.v. § 320 BGB
 - ⇔ Sach(Darlehen) = Kredit (von lat. „credere“)
 - ⇒ keine Finanzierungsentscheidung bei Nutzungsüberlassung
- Nutzungsüberlassung = Problem materieller Unterkapitalisierung;
Kreditgewährung = Problem nomineller Unterkapitalisierung

2. Trennung zwischen Aussonderungssperre nach § 135 III 1 InsO und Entgeltreduzierung im Rahmen des § 135 III 2 InsO

- Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht des Gesellschafters als disparate Begründungsansätze
- Aussonderungssperre gegen angemessenen Ausgleich bei betriebsnotwendigen Gegenständen = allgemeines Instrument zur Verfahrenssicherung
 - ⇒ Vergleich zu § 21 II Nr. 5 InsO: vorläufige Rückstellung des Einzelinteresses im Gesamtinteresse (Aufopferung)
- Reduzierung des Ausgleichs unter ein angemessenes/marktübliches Entgelt = Sanktion gegenüber dem Gesellschafter
 - ⇒ Nachschusspflicht des Gesellschafters

3. Nachschusspflicht als spezialgesetzliche Sanktion der materiellen Unterkapitalisierung

- Treuepflicht = untaugliche Begründung
 - ⇒ keine Relevanz bei Einpersonengesellschaft und einverständlichem Handeln mehrerer Gesellschafter ⇒ Gläubigerinteresse
- Korrelat der Haftungsbeschränkung = untaugliche Begründung
 - ⇒ Grund für Einschränkung der Finanzierungsfreiheit bleibt offen
- Finanzierungsfolgenverantwortung = Verschleierung der Unterkapitalisierung als Wertungsgrundlage
 - ⇒ Nachrang von Darlehen + Anfechtbarkeit der Rückzahlung = Sanktion nomineller Unterkapitalisierung
- Nachschusspflicht bei Nutzungsüberlassung = Minus zum Durchgriff

1. Nutzungsüberlassung ist keine dem „Darlehen wirtschaftlich entsprechende“ Rechtshandlung i.S.v. § 39 I Nr. 5 InsO
 - Entgeltforderung nur bei Stundung nachrangig
 - Anfechtbarkeit der Zahlungen im letzten Jahr nur bei vorheriger Stundung (sonst auch Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO)
 - keine generelle Pflicht zu unentgeltlicher Überlassung
 - sonst auch Verstoß gegen Art. 20 III GG

2. Differenzierung bei Art und Umfang des Ausgleichs erforderlich
 - Aufopferungsgedanke ist analogiefähig (vgl. auch § 21 II Nr. 5 InsO)
 - ⇒ angemessener Ausgleich
 - ⇒ bei Überhöhung nur marktübliches Entgelt (teleologische Reduktion)
 - Nachschusspflicht des Gesellschafters durch ggf. ermäßigtes Entgelt
 - ⇒ unwiderlegliche Vermutung materieller Unterkapitalisierung, soweit Entgelt nicht gezahlt ⇒ Inpflichtnahme auch nach Eröffnung
 - ⇒ keine Berücksichtigung von anfechtbar gezahlten Entgelten
 - ⇒ bei Vorauszahlung auf den Jahreszeitraum ebenfalls keine Berücksichtigung, wenn anfechtbar gezahlt
 - ⇒ Berücksichtigung der erzwungenen Nichtzahlung im Eröffnungsverf.
 - ⇒ Analogie bei sonst. Daueraustauschverträgen (Strom, Gas, etc.)

3. Differenzierung bei Fortführungserheblichkeit des Gegenstands

- bei Aufopferung enges Verständnis \approx § 21 II Nr. 5 InsO
- bei Unterkapitalisierung Berücksichtigung des ermäßigten Ausgleichsbetrags bei der Frage der Beschaffbarkeit von Dritten
 - ⇒ faktische Ausdehnung auf alle Gegenstände
- Anwendbarkeit allgemein auch bei Fortführung durch Dritte nach übertragender Sanierung

4. § 135 III InsO als Spezialregelung zu §§ 103 ff. InsO

- Anwendbarkeit auch bei fortbestehendem Nutzungsvertrag
- Dritter muss bei analoger Anwendung die Reduktion auf ein angemessenes Entgelt für ein Jahr dulden

5. Differenzierung bei der Zwangsverwaltung/-versteigerung und in der Doppelinsolvenz

- Aussonderungssperre gegen angemessenes = marktübliches Entgelt (Aufopferung) gilt auch gegen Grundpfandgläubiger
- Nachschusspflicht des Gesellschafters trifft nur diesen; ggf. Ausgleichsanspruch des Insolvenzverwalters bei Zahlung angemessenen Entgelts an Zwangsverwalter
- bei Doppelinsolvenz Nutzungsüberlassung zum ermäßigten Entgelt

© 2009

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de