

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

Vortrag beim Deutschen Insolvenzverwalterkongress  
am 30. Oktober 2009 in Berlin

### **Thesepapier**

#### **Hauptthesen**

1. Die Gewährung eines (Sach-)Darlehens und die Nutzungsüberlassung eines Gegenstandes sind weder rechtlich noch wirtschaftlich vergleichbar. Bei der Nutzungsüberlassung fehlt es an der Überlassung der Sachsubstanz als Kreditgrundlage bzw. Zugriffsobjekt für die Gläubiger. Jedenfalls nach dem neuen Recht der Gesellschafterdarlehen kann die Nutzungsüberlassung deshalb nicht mehr als einem Darlehen wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung i.S.v. § 39 I Nr. 5 InsO angesehen werden. Bei der Nutzungsüberlassung geht es – anders als bei Darlehen – nicht um ein Problem der nominellen, sondern der materiellen Unterkapitalisierung.
2. Der Gesetzgeber hat die Neuregelung der Nutzungsüberlassung in § 135 III InsO auf zwei disparate Begründungsansätze gestützt. Diese und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen gilt es zu trennen:
  - a) Die Aussonderungssperre gegen angemessenen Ausgleich bei betriebsnotwendigen Gegenständen beruht auf der vorläufigen Rückstellung des Einzelinteresses eines Gläubigers im Gesamtinteresse aller Gläubiger (Gedanke der Aufopferung) und ist – wie § 21 II Nr. 5 InsO zeigt – ein allgemeines Instrument zur Sicherung der Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren. Die Gesellschafterstellung ist insoweit unerheblich.
  - b) Die Reduzierung des Ausgleichs unter ein angemessenes, marktübliches Entgelt stellt in Gestalt einer Nachschusspflicht eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Sanktion der materiellen Unterkapitalisierung gegenüber dem Gesellschafter dar.
3. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und der allgemeine Hinweis auf einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung sind untaugliche Ansätze zur dogmatischen Begründung der Neuregelung zu den Gesellschafterdarlehen und zur Nutzungsüberlassung in der Insolvenz. Der Hinweis der h.M. auf die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters hat schon bisher die Unterkapitalisierung als tatsächliche Wertungsgrundlage der Sonderregeln verschleiert.

## Einzelthesen

4. Eine generelle Pflicht zu unentgeltlicher Nutzungsüberlassung ist nach dem MoMiG nicht mehr begründbar. Entgeltforderungen des Gesellschafters aus einer Nutzungsüberlassung sind nur bei vorheriger Stundung nachrangig i.S.v. § 39 I Nr. 5 InsO. Eine Befriedigung unterliegt ebenfalls nur nach vorangegangener Stundung der Anfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO.
5. Art und Umfang des Ausgleichs gemäß § 135 III 2 InsO sind differenziert zu betrachten:
  - a) Da der Aufopferungsgedanke (These 2a) nicht an die Gesellschafterstellung anknüpft, kommt eine Aussonderungssperre gegen angemessenes Entgelt auch gegenüber Dritten in Betracht. Ist das vertraglich vereinbarte Entgelt überhöht, muss der Insolvenzverwalter nur das marktübliche Entgelt zahlen (teleologische Reduktion des § 135 III 2 InsO).
  - b) Eine Ermäßigung unter das marktübliche Entgelt kommt nur im Verhältnis zum Gesellschafter in Betracht (These 2a). Anfechtbar gezahlte Entgelte bleiben bei der Bestimmung des Ausgleichs außer Betracht. Dies gilt auch für anfechtbare Vorauszahlungen vor Beginn der Jahresfrist für Zeiträume innerhalb der Jahresfrist. Die (erzwungene) Nichtzahlung des Entgelts im Eröffnungsverfahren wird ebenfalls anspruchsmindernd berücksichtigt.
  - c) Der marktübliche bzw. ermäßigte Ausgleichsanspruch ist eine Masseforderung.
6. Eine Differenzierung ist auch in Bezug auf die Fortführungserheblichkeit erforderlich:
  - a) Im Verhältnis zu Dritten gelten die zu § 21 II Nr. 5 InsO anerkannten Grundsätze.
  - b) Im Verhältnis zum Gesellschafter ist ein Gegenstand schon dann „von erheblicher Bedeutung“, wenn er zu dem ermäßigten Entgelt (These 5b) nicht von dritter Seite beschafft werden kann.
  - c) Eine Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter ist nicht erforderlich. § 135 III InsO gilt auch bei übertragender Sanierung.
7. Im Verhältnis zu §§ 103 ff. InsO ist § 135 III InsO der Spezialtatbestand. Das marktübliche Entgelt (These 5a) bzw. der ermäßigte Ausgleich (These 5b) sind für höchstens ein Jahr auch dann maßgeblich, wenn der Nutzungsvertrag fortbesteht, weil der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO Erfüllung wählt bzw. von seinem Kündigungsrecht des § 109 InsO keinen Gebrauch macht.
8. Bei einer Zwangsverwaltung des Grundstücks gilt die Aussonderungssperre gegen angemessenes Entgelt (These 5a) im Verhältnis zum Grundpfandgläubiger wie gegenüber jedem Dritten. Zahlt der Insolvenzverwalter das marktübliche Entgelt an den Zwangsverwalter, kann er vom Gesellschafter den Differenzbetrag zu dem ermäßigten Ausgleich (These 5b) verlangen (Nachschusspflicht des Gesellschafters).

9. Bei Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter ist die Nutzung in der Gesellschaftsinsolvenz zum ermäßigten Ausgleich (These 5b) möglich.
10. Ist das Nutzungsverhältnis vor dem Insolvenzantrag durch Kündigung oder Aufhebungsvereinbarung beendet worden, lässt sich eine Fortführungserheblichkeit gegenüber Dritten nur noch schwer begründen. Die Nachschusspflicht des Gesellschafters ist hingegen von der Beendigung unabhängig und kann durch Überlassung gegen ermäßigten Ausgleich (These 5b) oder durch Barausgleich (analog These 8) erfüllt werden.
11. Werden die Gesellschafterstellung und die Eigenschaft als Vertragspartner des Nutzungsverhältnisses durch Übertragung des Gegenstandes oder des Gesellschaftsanteils vor dem Insolvenzantrag getrennt, besteht die in der Neuregelung zu den Gesellschafterdarlehen und zur Nutzungsüberlassung zum Ausdruck kommende Bindung gleichwohl für ein Jahr fort (§ 135 I Nr. 2 InsO analog).