

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

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 I 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 1 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?
 - Masseforderung?
 - 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

∇ *Altmeyden, 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 1 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 1 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 1 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