

# Gesellschaftsrecht

## Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung nach Inkrafttreten des MoMiG

Philipp Zschaler

### Einleitung

Bisher konnte die Überlassung von Grundstücken oder beweglichen Sachen und Rechten an die Gesellschaft eine darlehensähnliche und damit eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfe im Sinne des § 32a GmbHG a.F. für den Gesellschafter darstellen. Damit steht die Überlassung eines Grundstücks aufgrund eines Miet- und Pachtverhältnisses in bestimmten Fällen der Gewährung eines Darlehens gleich. Mit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ am 1. November 2008 wird es nun eine kapitalersetzende Nutzungsüberlassung in der bisherigen Form nicht mehr geben. Indes wird im Insolvenzrecht über den neu eingeführten § 135 Abs. 3 InsO erreicht, dass der Gesellschafter in den dort vorgesehenen Fällen eine Inanspruchnahme des überlassenen Gegenstandes (z.B. eines vermieteten Grundstücks) durch die insolvente Tochtergesellschaft für einen begrenzten Zeitraum zu modifizierten Bedingungen dulden muss. Im Folgenden soll hierüber eine kurze Übersicht gegeben werden.

### Bisherige Rechtslage

Die Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in funktionales Eigenkapital hatte zur Folge, dass der Schuldnerin das Nutzungsrecht an den ihr überlassenen Gegenständen weiter zustand, eine Kündi-

gung des Überlassungsvertrages also ausgeschlossen war. Ein Übergang der Sachsubstanz oder des Eigentums auf die Schuldnerin fand hingegen nicht statt, auch stand dieser kein Anspruch auf Übereignung des Gegenstandes zu.

Als Folge konnte der Gesellschafter nach der bisher geltenden Rechtsprechung seinen vertraglichen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Miete bzw. des Nutzungsentgeltes nicht mehr gegen die Schuldnerin oder den Insolvenzverwalter durchsetzen. Der Schuldner konnte insoweit die *Einrede der kapitalersetzenden Überlassung* dem Anspruch entgegenhalten. Dies führte im Ergebnis dazu, dass der Gesellschafter zur weiteren unentgeltlichen Überlassung des Gegenstandes verpflichtet war. Diese schon für sich genommen aus Sicht des Gesellschafters fatale Folge verschärfte sich noch einmal, wenn der Gesellschafter z.B. als Vermieter eines Grundstückes sich in dem Mietvertrag zusätzlich verpflichtet hat, die Versorgung des Grundstückes – etwa mit Wärme, Wasser oder Strom – zu übernehmen: Denn die während der Krise der Gesellschaft dafür entstehenden Kosten musste er dann ebenfalls tragen und konnte seinen auf Grund einer vertraglich vorgesehenen Abrechnung entstehenden Erstattungsanspruch gegen die Schuldnerin nicht mehr durchsetzen.



## Gebrauchsüberlassung nach dem MoMiG

Mit Inkrafttreten des MoMiG wird das Eigenkapitalersatzrecht abgeschafft. Die Unterscheidung zwischen "eigenkapitalersetzenden" und "nicht-eigenkapitalersetzenden" Gesellschafterdarlehen entfällt; stattdessen können Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz des Darlehensnehmers lediglich ggf. als Nachrangforderungen angemeldet werden. Der bisherigen Rechtsprechung sind damit ihre hergebrachten dogmatischen Grundlagen entzogen, Beurteilungsmaßstab für Gebrauchsüberlassungen wird dann die neue Vorschrift des § 135 Abs. 3 InsO sein:

### 1. Regelungsgehalt des § 135 Abs. 3 InsO

- Dem Gesellschafter steht grundsätzlich ein Aussonderungsrecht zu, dieses ist lediglich zeitlich befristet gehemmt;
- die Durchsetzung des Aussonderungsrechts ist längstens für ein Jahr gehemmt;
- für die Überlassung des Gegenstandes während der Hemmung des Aussonderungsrechts steht dem Gesellschafter ein Ausgleichsanspruch zu.

Nimmt man die Gesetzesbegründung hinzu, steht weiterhin fest:

- Der Ausgleichsanspruch des Gesellschafters ist im Rang einer Masseverbindlichkeit vom Insolvenzverwalter zu berichtigen.

Der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung die Eigentumszuordnung unberührt zu lassen. Darüber hinaus steht dem Gesellschafter nunmehr auch ein in voller Höhe zu berichtigender Ausgleichsanspruch gegen den Verwalter zu, was die wirtschaftliche Position des Gesellschafters erheblich verbessern kann. Auch steht fest, dass der Aussonderungsanspruch längstens für ein Jahr gehemmt ist.

### Praxistipp

Im Eröffnungsbeschluss (siehe § 28 InsO) werden die Gläubiger aufgefordert, unverzüglich mitzuteilen, welche Sicherungsrechte sie an Gegenständen des Schuldners in Anspruch

nehmen. Auch wenn das Aussonderungsrecht des Gesellschafters gehemmt ist, sollten Gesellschafter ihre Aussonderungsrechte schnellstmöglich anzeigen und geltend machen, um Nachteile zu vermeiden und die eigene Rechtsposition gegenüber dem Insolvenzverwalter deutlich zu machen. Eine entsprechende Anzeige kann aus Vereinfachungsgründen zugleich mit der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts, die ebenfalls gemäß § 28 InsO "unverzüglich" nach Verfahrenseröffnung zu erfolgen hat, vorgenommen werden.

### 2. Sonderfragen

Die Regelung lässt leider "alte" Fragen ungeklärt und wirft neue Fragen auf:

- Zwar besteht eine gesetzliche Belassungspflicht, zugleich ist der Gesellschafter aber weiterhin kaum daran zu hindern, etwa ein im Besitz der Schuldnerin befindliches Grundstück zu veräußern – eine Grundbuchsperre ist nicht vorgesehen. Nicht absehbar sind in diesem Zusammenhang die hieraus resultierenden Folgen: Muss der Gesellschafter Wertersatz leisten? Unterliegt die Veräußerung der Insolvenzanfechtung?
- Unklar ist ebenfalls, ob die Belassungspflicht auch im Falle der Zwangsverwaltung eines Grundstückes fortbesteht. Das Gesetz normiert lediglich eine Belassungspflicht des Gesellschafters, Rechte Dritter werden hierdurch also nicht betroffen.
- Völlig offen ist ferner, ob das Aussonderungsrecht auch im Falle der Insolvenz des Gesellschafters gehemmt werden soll.
- Unklar ist, in welchem Verhältnis die Belassungspflicht und der im Gegenzug geschuldete Ausgleich zu dem fortbestehenden Überlassungsvertrag und dem danach geschuldeten Nutzungsentgelt stehen: Für die Abwicklung von gegenseitigen Verträgen bzw. Miet- und Pachtverhältnissen enthalten die §§ 103 ff., 108 ff. InsO bereits als abschließend anerkannte Regelungen. Daran schließen sich die Fragen an, welche Bedeutung den insolvenzrechtlichen Sonderkündigungsrechten unter Geltung der

Neuregelung noch zukommt und ob bzw. wie der Insolvenzverwalter ggf. das gesetzliche Nutzungsverhältnis gemäß § 135 Abs. 3 InsO vorzeitig beenden kann.

- Erhebliches Streitpotential bietet außerdem die Frage, wann ein Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist, denn nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, soll der Gesellschafter an der sofortigen Aussonderung gehindert sein. Als Bewertungsmaßstab kann hier allerdings auf die Rechtsprechung zu § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO ggf. zurückgegriffen werden.
- Nicht nachvollziehbar ist es, dass für die Berechnung des nach Insolvenzeröffnung zu zahlenden Ausgleichsanspruchs der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen sein soll. Richtigerweise müsste bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs auf den Zeitraum des letzten Jahres vor Insolvenzantragstellung abgestellt werden. Der Gesetzgeber hat hier verkannt, dass zwischen Insolvenzantragstellung und Verfahrenseröffnung (Insolvenzantragsverfahren) häufig sehr lange Zeiträume liegen; zahlt die Schuldnerin in dieser Phase des Insolvenzantragsverfahrens kein Entgelt, schmälert das den Ausgleichsanspruch nach Verfahrenseröffnung. Zugleich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und ggf. wie ein Gesellschafter nach einer von ihm ausgesprochenen Kündigung wegen Zahlungsverzuges im vorläufigen Insolvenzverfahren seinen Herausgabeanspruch gegen den Schuldner bzw. vorläufigen Insolvenzverwalter (gerichtlich) durchsetzen kann: Im vorläufigen Insolvenzverfahren ordnen die Insolvenzgerichte im Regelfall Sicherungsmaßnahmen an, wodurch eine Vollstreckung gegen den Schuldner untersagt oder sogar eine Aussonderungssperre verfügt wird.

Für betroffene Gesellschafter ergeben sich folgende **Praxistipps**

- Besteht das Vertragsverhältnis bei Verfahrenseröffnung ungekündigt fort, sollte der Gesellschafter bis zu einer Vertragskündigung durch den Insolvenzverwalter in jedem Falle den vollen Anspruch auf das vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelt gegen die Masse geltend machen. Hintergrund: Ein Nebeneinander von gesetzlichem Nutzungsverhältnis gemäß § 135 Abs. 3 InsO und ursprünglichem Überlassungsvertrag wird es nicht geben können. Entsprechend kann der Insolvenzverwalter das gesetzliche Nutzungsrecht nur dann für sich in Anspruch nehmen, wenn der Überlassungsvertrag bei Verfahrenseröffnung noch besteht und er diesen kündigt, da die Vorschrift des § 135 Abs. 3 InsO im Sinne einer Modifikation der §§ 103 ff, 108 ff. InsO zu verstehen sein dürfte.
- Erst wenn der Verwalter den Vertrag kündigt, ist statt des vertraglichen Nutzungsentgeltes der Ausgleichsanspruch einzufordern; zugleich ist der Verwalter dazu aufzufordern, sich zu Umfang und Dauer der beabsichtigten weiteren Nutzung des Gegenstandes verbindlich zu erklären.
- Etwaige Zahlungsrückstände aus der Zeit bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind nunmehr als Insolvenzforderungen zur Tabelle anzumelden. Zugleich sollte – sofern nicht vertraglich ausgeschlossen – das Vermieterpfandrecht geltend gemacht und (vorrangige) abgesonderte Befriedigung aus den Verwertungserlösen gefordert werden.
- Grundsätzlich sollte – auch unter Inkaufnahme des Risikos einer späteren Anfechtung durch den Insolvenzverwalter – darauf hingewirkt werden, dass im Vorfeld der Insolvenz das vertraglich geschuldete Nutzungsentgelt regelmäßig und pünktlich bezahlt wird, da andernfalls der gesetzliche Nutzungsausgleich im Insolvenzverfahren geringer ausfällt.

- Gerät der spätere Schuldner in Zahlungsverzug, sollte das Nutzungsverhältnis unverzüglich gekündigt werden. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird und ein zur Kündigung berechtigender Zahlungsverzug während des vorläufigen Insolvenzverfahrens eintritt. Da nach der neuen Gesetzeslage der Entgeltzahlungsanspruch des Gesellschafters – ungeachtet einer späteren Anfechtung durch den Insolvenzverwalter – fortbesteht, können so frühzeitig die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Herausgabeanspruches (Aussonderungsrechtes) geschaffen werden. Zudem verlangt die Rechtsprechung auch vom vorläufigen Insolvenzverwalter, dass er Mietzinsansprüche berichtet, sofern dies zur Weiternutzung von betriebsnotwendigen Gegenständen erforderlich ist. Unterlässt der vorläufige Insolvenzverwalter solche Zahlungen also, wird sich der Insolvenzverwalter nach der Verfahrenseröffnung nur schwerlich darauf berufen können, dass der betreffende Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist.

### Übergangsrecht und abschließende Bewertung

Für Insolvenzverfahren, die vor dem Inkrafttreten des MoMiG eröffnet worden sind, gilt weiterhin die Insolvenzordnung in der bislang geltenden Fassung und somit die bisherige Rechtsprechung. Die Änderungen der Insolvenzordnung aufgrund des MoMiG finden umgekehrt auf sämtliche Insolvenzverfahren Anwendung, die nach Inkrafttreten des MoMiG eröffnet werden. Aufgrund der mit der Gesetzesänderung verbundenen teilweisen Besserstellung von Gesellschaftern bleibt allerdings abzuwarten, inwieweit sich hier Widerstand von Seiten der Insolvenzverwalter regt: Denkbar wäre es, dass unter Verweis auf die vor Inkrafttreten des MoMiG erfolgte Nutzungsverstrickung auf einer Fortgeltung der für Insolvenzmassen günstigeren alten Rechtslage beharrt wird. Solchen Bestrebungen muss allerdings eine Absage erteilt werden. Der Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium zu machen. Hätte er für die Anwendung der maßgeblichen Fassung der

Insolvenzordnung auf den Zeitpunkt der Verstrickung abstellen wollen, hätte er – ebenso wie etwa für die Vornahme anfechtbarer Rechtshandlungen – hierfür eine besondere Regelung getroffen.

Die Neuregelung ist aus Sicht von Gesellschaftern grundsätzlich zu begrüßen. Eine wesentliche Verbesserung ist darin zu sehen, dass der Insolvenzverwalter nunmehr ein Entgelt für die Überlassung schuldet und der Zahlungsanspruch vorrangig als Masseverbindlichkeit zu bedienen ist. Auch die zeitliche Befristung der Überlassungspflicht verbessert die Rechts- und Planungssicherheit des Gesellschafters.

Gleichwohl setzt die Regelung den Gesellschafter neuen Unsicherheiten aus, da das Verhältnis von Überlassungsvertrag und gesetzlichem Nutzungsrecht noch ungeklärt ist: Eine Weiternutzung des Gegenstandes trotz Kündigung des Überlassungsvertrages durch den Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung wird zulässig sein; der Gesellschafter wird dann auf eine Auskunft des Insolvenzverwalters angewiesen sein, ob dieser den Gegenstand über die verbleibende gesetzliche Dauer weiter nutzen möchte. Besondere Schwierigkeiten werden sich für den Gesellschafter außerdem dann ergeben, wenn der Schuldner bzw. vorläufige Insolvenzverwalter die Zahlung des Nutzungsentgeltes vor der endgültigen Verfahrenseröffnung einstellt. Nach fristloser Kündigung bestünde zwar grundsätzlich ein Herausgabeanspruch; die gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruches kann aber an Sicherungsmaßnahmen scheitern. Hier wird abzuwarten sein, wie die Rechtsprechung das Spannungsverhältnis löst.

## Verfasser

**Philipp Zschaler**  
Rechtsanwalt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Friedrichstraße 71  
10117 Berlin  
Telefon: +49 30 52133 21141  
Telefax: +49 30 52133 110

[philipp.zschaler@luther-lawfirm.com](mailto:philipp.zschaler@luther-lawfirm.com)

### **Broschüre „Mergers & Acquisitions im Lichte des MoMiG“**

Mit dem Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 sind zahlreiche kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatzfragen neu geordnet worden, insbesondere hat das GmbH-Recht hat weitreichende Änderungen erfahren. Das MoMiG hat erhebliche Auswirkungen auf Unternehmenskäufe. Daher gibt Luther zu diesem Thema eine kostenfreie Mandantenbroschüre heraus, die wir Ihnen gerne zusenden. Bitte mailen Sie uns an [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com).

---

### **Copyright**

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

---

### **Impressum**

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

V.i.S.d.P.: Eike Fietz, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Karlstraße 10-12, 80333 München., Telefon +49 (89) 23714 21173, Telefax +49 (89) 23714 110, [eike.fietz@luther-lawfirm.com](mailto:eike.fietz@luther-lawfirm.com).

Andrea Metz, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Mergenthalerallee 10-12, 65760 Eschborn/Frankfurt am Main, Telefon +49 (6196) 592 28077, Telefax +49 (6196) 592 110, [andrea.metz@luther-lawfirm.com](mailto:andrea.metz@luther-lawfirm.com)

---

### **Haftungsausschluss**

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

## Regionale Kontakte

### Berlin

Prof. Dr. Jörg Rodewald  
joerg.rodewald@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (30) 52133 0

### Hannover

Dr. Hans-Georg Hahn  
hans-georg.hahn@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (511) 5458 0

### Stuttgart

Dr. Ulrich Philippi  
ulrich.philippi@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (711) 9338 0

### Dresden

Dr. Christian Ziche  
christian.ziche@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (351) 2096 0

### Köln

Thomas Weidlich, LL.M.  
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (221) 9937 0

### Budapest

Dr. Arne Gobert  
arne.gobert@luther-lawfirm.com  
Telefon +36 (1) 270 9900

### Düsseldorf

Dr. Axel Zitzmann  
axel.zitzmann@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (211) 5660 0

### Leipzig

Dr. Klaus Schaffner  
klaus.schaffner@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (341) 5299 0

### Istanbul

Dr. Mehmet Köksal  
mkoksal@lkk-legal.com  
Telefon +90 212 276 9820

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Thomas Köhler  
thomas.koehler@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (6196) 592 0

### Mannheim

Dr. Claudia Pleßke  
claudia.plesske@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (621) 9780 0

### Shanghai

Philip Lazare  
Lazare@cn.luther-lawfirm.com  
Telefon +86 21 2890 9574

### Essen

Dr. Arndt Begemann  
arndt.begemann@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (201) 9220 0

### München

Eike Fietz  
eike.fietz@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (89) 23714 0

### Singapur

Dr. Knut Unger  
knut.unger@luther-lawfirm.com  
Telefon +65 6408 8000

### Hamburg

Dr. Philip Dohse  
philip.dohse@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (40) 18067 0

### Nürnberg

Jörg Leißner  
joerg.leissner@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (911) 9277 0

### Zentrale Kontakte für allgemeine Fragen zu unseren Beratungsfeldern

- Gesellschaftsrecht: Prof. Dr. Jörg Rodewald, Telefon +49 (30) 52133 0, joerg.rodewald@luther-lawfirm.com
- Sanierungs- und Insolvenzberatung: Reinhard Willemsen, Telefon +49 (89) 23714 0, reinhard.willemsen@luther-lawfirm.com
- Real Estate: Dr. Michael Fritzsche, Telefon +49 (211) 5660 0, michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

