

Insolvenz

Das endgültige Aus für die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung

von RA Dr. Joachim Wichert, Frankfurt/M.*

Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung war ein Unterfall der Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens. Danach wurde die Überlassung eines Grundstücks oder von Mieträumen durch einen Gesellschafter an die Gesellschaft wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen behandelt, wenn die Gesellschaft überlassungsunwürdig war oder später wurde. Das hatte einige unschöne Konsequenzen für den überlassenden Gesellschafter. Aber gilt das heute auch noch?

I. Einführung

Durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG)¹ wurde das bisher in den §§ 30 ff. GmbHG verortete Eigenkapitalersatzrecht beseitigt. Die im GmbHG enthaltenen Regelungen wurden aufgehoben und durch einen verbesserten insolvenzrechtlichen Schutz der Gesellschaft ersetzt (§§ 39, 44, 44a, 135, 143 InsO). Damit hätte es sein Bewenden haben können. In Rechtsprechung und Literatur wurden aber seitdem einige Versuche unternommen, Teile des alten Eigenkapitalersatzrechtes in die maßgebenden neuen Vorschriften der InsO zu retten.²

Diesen Versuchen hat der BGH nun in einer Grundsatzentscheidung eine deutliche Absage erteilt.³ Das bedeutet das endgültige Aus für die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung. Gleichzeitig hat der BGH einige wichtige Streitfragen des neuen Rechts geklärt. Die nachfolgenden Ausführungen möchten den derzeitigen Stand festhalten.

II. Grundzüge des Rechts der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung

Um die Grundsatzentscheidung des BGH richtig einzuordnen, muss man sich das frühere Recht der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung vergegenwärtigen. Dieses Recht wird zudem noch bei Altfällen angewandt, s.u. unter II.4. Vor diesem Hintergrund lässt sich

das Recht der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung wie folgt zusammenfassen:⁴

1. Grundgedanken des Eigenkapitalersatzrechts

Ist das Haftungskapital einer GmbH oder einer anderen Gesellschaft ohne natürliche Person als Gesellschafter aufgebraucht, so sollen die Gesellschafter ihr neues Eigenkapital zuführen oder sie liquidieren. Stellen sie ihr in einer solchen Krise dagegen Fremdkapital (etwa in Form eines Gesellschafterdarlehens) zur Verfügung, so wird im Rechtsverkehr und bei Drittgläubigern der Eindruck erweckt bzw. aufrechterhalten, mit der Gesellschaft sei alles in Ordnung. Außerdem können die Gesellschafter aufgrund ihres Einblicks in die Verhältnisse der Gesellschaft Fremdkapital schnell wieder abziehen, etwa kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. So etwas tut ein „ordentlicher Kaufmann“ (§ 32a Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F.) nicht, dies widerspräche seiner Finanzierungsverantwortung. Deshalb galt zum Schutze der Gesellschaft und zum Schutze der Drittgläubiger: Darlehen und vergleichbares Fremdkapital wurde wie Eigenkapital behandelt. Es haftete für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und konnte von den Gesellschaftern nicht ohne weiteres abgezogen werden. Die Überlassung eines Grundstückes oder von

* Dr. Joachim Wichert ist Rechtsanwalt bei aclanz, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M. (www.aclanz.de).

- 1 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.
- 2 Etwa LG Kiel v. 25.3.2011 – 17 O 229/10, ZIP 2011, 968; Haas, FS Ganter, 2010, S. 189; Hölzle, ZIP 2009, 1939 (1944 ff.); Hölzle, ZIP 2011, 650; Marotzke, ZinsO 2009, 2073 f.; Henkel, ZinsO 2010, 2209 (2211).
- 3 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, MietRB 2015, 140 = DB 2015, 796; dazu K. Schmidt, NJW 2015, 1057; Lind, DB 2015, 1033; Bormann, GmbHR 2015, 430.
- 4 Hierzu Gehrlein in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 1 ff.; de Bra in Braun/InsO, 6. Aufl. 2014, § 135 Rz. 4 ff.

Mieträumen durch einen Gesellschafter wurde in solchen Fällen einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellt.⁵

2. Voraussetzungen für eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung

Die persönlichen Voraussetzungen lagen vor, wenn als Mieter eine Gesellschaft ohne natürliche Person als haftender Gesellschafter fungierte und der Vermieter (oder nahestehende bzw. gesellschaftsrechtlich verbundene Person) an der Mietergesellschaft mit einem Gesellschaftsanteil von mehr als 10 % beteiligt oder geschäftsführend tätig war, § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F. Statt des Gesellschafters konnten auch Dritte Vermieter sein, wenn es sich um einen Konzernverbund handelte oder diese als Strohmann oder Angehörige vorgeschoben waren.

In einem solchen Fall war die Nutzungsüberlassung als solche wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu behandeln bei

- **Überlassungsunwürdigkeit:** Der Gesellschafter überlässt der Gesellschaft Räume zur Nutzung, obwohl ein außenstehender Dritter dies wegen der Krise nicht tun würde;
- **Fortsetzungsunwürdigkeit:** Der Gesellschafter überlässt „seiner Gesellschaft“ in einer noch unkritischen Situation die Nutzung und beendet diese Nutzung auch nicht in der Krise, obwohl er sie rechtlich beenden könnte.

3. Rechtsfolgen bei einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung

Die Rechtsfolgen einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung waren folgende:

- **Unentgeltliche Überlassung:** Der Gesellschafter-Vermieter musste der Gesellschaft in der Insolvenz den Mietgegenstand unentgeltlich überlassen; die Mietforderung wurde der Insolvenz der Gesellschaft nur nachrangig berücksichtigt (§§ 32a GmbHG a.F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.).
- **Anfechtbarkeit und Rückzahlung:** Hatte die Gesellschaft vor der Insolvenz die Miete für die Überlassung gezahlt, so konnte der Insolvenzverwalter die Zahlung insoweit anfechten, als sie bis zu einem Jahr vor oder erst nach dem Insolvenzantrag geleistet worden war, vgl. § 135 Nr. 2 InsO a.F. Der Gesellschafter-Vermieter musste insoweit die Miete einschließlich Nebenkosten zurückzahlen. Das gleiche galt bei der Anfechtung eines Drittgläubigers (§ 6 Nr. 2 AnfG a.F.).
- **Zurückerstattung bei Unterbilanz:** Der Gesellschafter musste auch solche Mietzahlungen zurückzahlen, die eine Unterbilanz verursacht hatten. Diese Rechtsfolge ergab sich nicht aus den gesetzlichen Kapitalersatzregelungen, sondern aus der weitergehenden BGH-Rechtsprechung („Rechtsprechungsregelungen“). Diese Verpflichtung konnte weit über die 1-Jahres-Frist hinaus in die Vergangenheit zurückreichen. Sie bestand unabhängig von einer Insolvenz der Gesellschaft.
- **Geldersatz bei pflichtwidriger Nutzungsentziehung:** Entzog der Gesellschafter-Geschäftsführer der Gesellschaft die Nutzung, obwohl er nach Kapitalersatzrecht verpflichtet war, sie unentgeltlich fortbestehen zu las-

sen, musste er den Nutzungswert in Geld ausgleichen.⁶ Die Dauer der unentgeltlichen Nutzungsüberlassung richtete sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Regelmäßig konnte die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter die Räume so lange unentgeltlich nutzen, bis der Vertrag aufgrund Befristung beendet oder durch zulässige Kündigung beendet werden konnte. Dies galt allerdings nur dann, wenn die Befristung oder Kündigungsmöglichkeit sachlich begründet war, also auch von einem außenstehenden Dritten so vereinbart worden wäre. Fehlte eine (sachlich begründete) Befristung, so kam es auf den hypothetischen Parteiwillen an.⁷ Maßgeblich war, wie sich ein außenstehender Dritter als Vermieter verhalten hätte.

Die unentgeltliche Nutzung endete aber auf jeden Fall dann, wenn der Vermieter selbst in Insolvenz geriet.⁸ Denn dann waren auch die Interessen der Vermietergläubiger zu berücksichtigen. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger hatten keinen Vorrang.

4. Übergangsrecht

Ist ein Insolvenzverfahren vor dem 1.11.2008 eröffnet worden, so gilt nach § 103d EGInsO das bisherige Recht, also §§ 32a, 32b GmbHG jeweils a.F., §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO jeweils a.F. Für spätere Insolvenzeröffnungen gilt dann das neue Insolvenzrecht.⁹

Für Ansprüche aus den Rechtsprechungsregelungen analog §§ 30, 31 GmbHG a.F. gibt es keine Übergangsvorschrift. Der neue seit dem 1.11.2008 geltende § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG lässt die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen zu. Daher ist umstritten, wie insofern mit Altansprüchen zu verfahren ist. Eine Auffassung lehnt eine Anwendung der Rechtsprechungsregeln analog §§ 30, 31 GmbHG a.F. für Entscheidungen seit dem 1.11.2008 generell ab.¹⁰ Dabei wird zum Teil auch auf eine erweiternde Anwendung des § 103d EGInsO abgestellt, so dass es auch insofern darauf ankommt, ob bis zum 1.11.2008 ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.¹¹ Nach anderer Auffassung gilt, dass Ansprüche, die vor dem 1.11.2008 entstanden sind, aber erst danach Gegenstand eines Verfahrens

5 Vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak*, *Gewerbemiete*, 2013, Baustein 198 Rz. 1; *Wichert*, *Die Finanzen der Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 1999, S. 208 ff.

6 OLG Dresden v. 6.3.2002 – 11 U 2463/01, ZIP 2002, 1194.

7 BGH v. 11.7.1994 – II ZR 146/92, MDR 1994, 1098 = NJW 1994, 2349.

8 BGH v. 28.4.2008 – II ZR 207/06, MDR 2008, 927 = MietRB 2008, 267 = NZM 2008, 728.

9 BGH v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, MDR 2009, 640 = NZG 2009, 422; v. 11.10.2011 – II ZR 18/10, MDR 2011, 1484 = NZG 2011, 1355.

10 OLG Frankfurt v. 6.3.2009 – 10 U 162/08, BeckRS 2009, 28779; OLG München v. 6.5.2010 – 23 U 1564/10, BeckRS 2010, 11595.

11 OLG Hamburg v. 19.3.2015 – 11 U 22/14, ZIP 2015, 840; *Schröder* in *Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht*, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 92; *Altmeyen*, *ZIP* 2011, 641 (648 f.).

sind, generell nach altem Recht beurteilt werden müssen.¹²

III. Nutzungsüberlassung nach § 135 Abs. 3 InsO

Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung sollte durch das MoMiG ursprünglich ganz abgeschafft werden.¹³ Die dann doch noch eingeführte Vorschrift des § 135 Abs. 3, 4 InsO greift dann aber den zugrunde liegenden Gedanken zumindest für einen Teilbereich in stark modifizierter Form wieder auf. Daher kennt auch das neue Recht einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf Nutzungsüberlassung. Dieser ist aber, anders als der frühere Anspruch aus eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung, zeitlich begrenzt und vor allem ausgleichspflichtig. Die Einzelheiten regelt § 135 Abs. 3 InsO:

1. Personelle Anforderungen

Der Mieter muss eine Gesellschaft ohne natürliche Person als haftender Gesellschafter sein, §§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 4 InsO. Das kann auch eine Gesellschaft ausländischen Rechts sein.¹⁴ Der Vermieter muss entweder ein geschäftsführender Gesellschafter oder als nicht geschäftsführender Gesellschafter mit einem Gesellschaftsanteil von mehr als 10 % beteiligt sein, §§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 5 InsO. Das bedeutet: Das Kapitalersatzrecht gilt für Gesellschafter, die mit mehr als 10 % beteiligt oder geschäftsführend tätig sind.

Beraterhinweis

Diese alternativen Voraussetzungen – mit mehr als 10 % an der Gesellschaft beteiligt oder als Geschäftsführungsorgan tätig – müssen nicht schon zum Zeitpunkt der Nutzungsüberlassung vorliegen. Es reicht aus, dass sie irgendwann innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist vor Eröffnungsantrag (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) gegeben sind.¹⁵ Sonst wäre es möglich, durch Änderung an Beteiligung oder Geschäftsführung § 135 Abs. 4 InsO zu umgehen.

Fraglich ist, ob ausnahmsweise auch Nichtgesellschafter, wenn sie mit einem maßgeblich beteiligten oder als Geschäftsführer tätigen Gesellschafter verbunden sind, in den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 4 InsO fallen. Nach einer Auffassung ist das nicht der Fall, weil § 135 Abs. 4 InsO, anders als § 135 Abs. 1 InsO, nicht die Formulierung „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen“ enthalte.¹⁶ Der BGH sieht dies in seiner Grundsatzentscheidung anders. Danach können ausnahmsweise auch Dritte Vermieter sein, nämlich dann, wenn die Nutzungsüberlassung durch einen Dritten der Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise entspricht. Dies gilt insbesondere für verbundene Unternehmen.¹⁷ Maßgeblich ist, dass der Dritte bei Entscheidung des hilfeleistenden Unternehmens einen bestimmenden Einfluss ausübt.¹⁸ Auch wenn nahe Angehörige oder ein Strohmann für den Gesellschafter handelt, reicht dies für die Anwendung des § 135 Abs. 3 InsO aus.¹⁹

2. Tatsächliche Nutzungsüberlassung

Der Gesellschafter muss der Gesellschaft die Nutzung am Grundstück oder den Mieträumen tatsächlich überlassen haben. Auf welcher Rechtsgrundlage dies erfolgt ist, ist unerheblich. Wurde der Gesellschaft das Grundstück oder die Mieträume noch nicht überlassen oder wieder beendet, ist § 135 Abs. 3 InsO nicht anwendbar.²⁰

Beraterhinweis

Allerdings kann einer vorzeitig beendeten Nutzungsüberlassung, vor allem wenn sie zur Gläubigerbenachteiligung erfolgt, durch Anfechtung des Insolvenzverwalters begegnet werden.²¹ Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs kann ggf. unter den Voraussetzungen des § 130 InsO angefochten werden.²² Eine Kündigung wegen einer insolvenzbedingten Lösungsklausel ist von vornherein unwirksam, weil eine solche vertragliche Lösungsklausel gegen § 119 InsO verstößt.²³ Heben die Parteien den Vertrag einvernehmlich auf, so kann dies eine Anfechtung gem. § 131 InsO nach sich ziehen.²⁴ Auch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht sind denkbar.²⁵

- 12 In diese Richtung BGH v. 26.11.2009 – II ZR 260/07, DStR 2009, 699; v. 28.5.2013 – II ZR 83/12, MDR 2013, 1292 = NZG 2013, 1028 f.; OLG Jena v. 18.3.2009 – 6 U 761/07, MDR 2009, 516; OLG München v. 22.12.2010 – 7 U 4960/07, MDR 2011, 506 = ZIP 2011, 225; *Heidinger* in BeckOK/GmbHG, Stand 15.3.2015, § 30 Rz. 9; *Ekkenga* in MünchKomm/GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 30 Rz. 10.
- 13 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, 7. Aufl. 2012, Anhang §§ 32a, b, Rz. 82; *Spliedt*, ZIP 2009, 149 (156).
- 14 *Orlikowski-Wolf*, GmbHR 2009, 902 f.; *Hörndler/Hoisl*, NZM 2009, 377 ff.
- 15 Vgl. *Tettinger*, NZI 2010, 248; *Lüdtko* in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 39 Rz. 62; *Altmeppen*, NJW 2008, 3601 (3604 f.).
- 16 *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325 (329); *Spliedt*, ZIP 2009, 149 (156); *Preuß* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rz. 44.
- 17 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 46 ff., MietRB 2015, 140 = DB 2015, 796; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 13. Aufl., § 135 Rz. 21.
- 18 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 50, MietRB 2015, 140 = DB 2015, 796.
- 19 *Schröder* in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 24.
- 20 *Gehrlein* in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 48.
- 21 Dazu *Gehrlein* in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 51; *Rühle*, ZIP 2009, 1358 (1364); *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (181 ff.); *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, 2013, Baustein 199 Rz. 14.
- 22 *Schröder* in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 55; *Gehrlein*, BB 2011, 3 (10); *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (182 ff.).
- 23 BGH v. 22.10.2013 – II ZR 394/12 – Rz. 14 ff., MietRB 2014, 76 = MDR 2014, 182 = NZI 2014, 25; *Lenger/Schmitz*, NZI 2015, 396.
- 24 *Schröder* in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 55; *Gehrlein*, BB 2011, 3 (10); *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (182 ff.).
- 25 *Schröder* in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 55.

3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 135 Abs. 3 InsO setzt weiter voraus, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden ist. Das bedeutet: Wird die Gesellschaft ohne Insolvenzverfahren liquidiert oder wird ein Insolvenzverfahren mangels Masse abgelehnt, hat die Nutzungsüberlassung keine Konsequenzen für den Gesellschafter.

4. Aussonderungsrecht = Ende des Mietvertrages

Dem Wortlaut nach setzt § 135 Abs. 3 InsO ein Aussonderungsrecht des Gesellschafters voraus. Das Mietverhältnis muss daher zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Überlassungsrechts nach § 135 Abs. 3 InsO wirksam beendet sein, anderenfalls hat der Vermieter kein Aussonderungsrecht. Diese Sichtweise hat der BGH ausdrücklich bestätigt. Danach entsteht durch § 135 Abs. 3 InsO ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem vermietenden Gesellschafter und der Masse.²⁶

Das bedeutet: Ist der Mietvertrag beendet, so richtet sich die weitere Nutzung des Insolvenzverwalters nach § 135 Abs. 3 InsO. Für die Miete hat er einen Ausgleich zu zahlen, der sich nach besonderen Kriterien bemisst (dazu unter II.6.). Ist der Mietvertrag nicht beendet, so kann der Insolvenzverwalter ebenfalls die Mietsache nutzen, muss dafür aber die vertraglich vereinbarte Miete zahlen.²⁷

Beraterhinweis

Eine Herabsetzung der vertraglichen Miete auf die ortsübliche Miete, wie sie vom Schrifttum bisweilen gefordert wird,²⁸ kommt mangels Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Allenfalls ist eine Anfechtung nach §§ 132–134 InsO denkbar.²⁹

5. Fortführung der Nutzung von erheblicher Bedeutung

Die Nutzung des Grundstückes oder der Mieträume muss für die Fortführung der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein (§§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5, 135 Abs. 3 S. 1 InsO). Dafür genügt es, wenn die Fortführung ohne die Nutzungsmöglichkeit mehr als nur geringfügig gestört würde.³⁰ Bei der Überlassung von Räumen, in denen die Gesellschaft ihr Geschäft betreibt, wird das regelmäßig der Fall sein.³¹ Benötigt der Insolvenzverwalter die Räume allerdings nur dafür, um dort Anlagegüter zu lagern, dürfte die Nutzung selten von erheblicher Bedeutung sein.³²

6. Rechtsfolge: entgeltliche Nutzung durch den Insolvenzverwalter für höchstens 1 Jahr

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann der Insolvenzverwalter das Grundstück oder die Mietsache für ein Jahr ab Insolvenzeröffnung nutzen. Diese Frist hat der Gesetzgeber für ausreichend gehalten, um eine Vereinbarung für die Fortführung des Unternehmens zu erreichen.³³ Allerdings braucht der Insolvenzverwalter diese Frist auch nicht ausnutzen, er kann die Nutzung auch davor beenden.³⁴

Für die zwangsweise Überlassung der Räume an den Insolvenzverwalter hat der Gesellschafter einen Ausgleichsanspruch, der gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO aus der Insol-

venzmasse zu erfüllen ist.³⁵ Dieser bemisst sich danach, was der Mieter im letzten Jahr durchschnittlich geleistet hat.

Beraterhinweis

Maßgeblich für die Berechnung der Jahresfrist ist allerdings nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern der Antrag auf Insolvenzeröffnung. Auch dies hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung festgestellt.³⁶ Nur dadurch ist nämlich gewährleistet, dass sich der Ausgleichsanspruch nach dem Zahlungsverhalten der Gesellschaft bemisst. Nach Antragstellung wird regelmäßig ein vorläufiger Verwalter eingestellt, der erfahrungsgemäß keine Zustimmung für Zahlungen an die Gesellschafter gibt.³⁷

Wurde in diesem letzten Jahr vor Insolvenzantrag die Miete aus Gründen der Liquiditätsschonung (teilweise) gestundet, erhält der Vermieter also entsprechend weniger oder gar nichts.

Beraterhinweis

Dem Gesellschafter kann nicht ohne weiteres empfohlen werden, zur erhofften Insolvenzvermeidung auf Mieten vorübergehend zu verzichten oder sie vorübergehend zu reduzieren. Denn lässt sich die Insolvenz gleichwohl nicht vermeiden, so drohen Nachteile bei einem etwaigen Ausgleichsanspruch gem. § 135 Abs. 3 InsO.

Bei der Berechnung der Ausgleichszahlung sind allerdings Mietzahlungen dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie

26 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 50, MietRB 2015, 140 = DB 2015, 796; Gehrlein in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 45; K. Schmidt, NJW 2015, 1057 (1059 f.).

27 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 50, MietRB 2015, 140 = DB 2015; K. Schmidt, DB 2008, 1727 (1732); Rühle, ZIP 2009, 1358 (1361 f.); a.M. Hirte, WM 2008, 1429 (1432); Hörndler/Hoisl, NZM 2009, 377 (379); Hörndler in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap. 20 Rz. 81; Spliedt, ZIP 2009, 149 (157 f.).

28 Nerlich in Römermann/Nerlich, InsO, Stand August 2014, § 135 Rz. 72; Bitter, ZIP 2010, 1 (11); Hölzle, ZIP 2010, 213 (218).

29 Schröder in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 70.

30 Koeppe in BeckOK/InsO, Stand 1.6.2014, § 135 Rz. 44.

31 Gehrlein in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 47.

32 Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, S. 503.

33 BT-Drucks. 16/9737, 59.

34 Schröder in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 66; K. Schmidt, DB 2008, 1727 (1734).

35 BT-Drucks. 16/9737, 59; Schröder in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 69.

36 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 56, MietRB 2015, 140; so auch Gehrlein in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 49.

37 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 56, MietRB 2015, 140.

anfechtbar sind. Auch das hat der BGH klargestellt.³⁸ Ist die vereinbarte Miete marktunüblich hoch, ist dies hinzunehmen; ausnahmsweise kommt eine Anfechtung nach §§ 132-134 InsO in Betracht.³⁹

IV. Behandlung der angefallenen Mieten

1. Grundsatz: Gesellschafterdarlehen nachrangig; Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen anfechtbar

Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Forderungen auf Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nachrangig. Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens durch die Gesellschaft anfechtbar, sofern sie ein Jahr vor Insolvenzeröffnungsantrag erfolgt ist. Diese Grundsätze gelten für alle Gesellschafterdarlehen, gleich ob sie kapitalersetzend sind oder nicht. Und sie gelten darüber hinaus für alle darlehensähnlichen Geschäfte.

2. Mietzahlungen nach Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen?

Vertragliche Mietforderungen nach Verfahrenseröffnung sind Masseverbindlichkeiten, dies ergibt sich aus §§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, 108 Abs. 1 S. 1 InsO. Trotz dieser eindeutigen Bestimmungen wird im Schrifttum erwogen, die Mietforderungen eines Gesellschafters lediglich als Insolvenzforderung gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO umzuinterpretieren.⁴⁰

Dieser Auffassung hat der BGH eine klare Absage erteilt:

Alle Auslegungsversuche, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einen Anspruch auf... unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu entnehmen, entbehren einer tragfähigen Grundlage.⁴¹

Dabei stellt der BGH in erster Linie auf den Willen des Gesetzgebers und auf die Wertung des § 135 Abs. 3 InsO ab.

3. Mietzahlungen vor Eröffnung als Rückzahlung auf ein darlehensähnliches Geschäft anfechtbar?

Möglicherweise lässt sich aber wenigstens bei der laufend gezahlten Miete vor Insolvenzeröffnung anders argumentieren, weil insofern § 135 Abs. 3 InsO nicht unmittelbar einschlägig ist. So wird etwa folgende Auffassung vertreten:⁴² In § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sei das Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechenden Rechtshandlung“ beibehalten worden. Daraus folge, dass die bisherige BGH-Rechtsprechung insofern fortgelte. Die Nutzungsüberlassung als solche sei eine darlehensähnliche Leistung i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die laufenden Mietzahlungen vor Insolvenzeröffnung könnten vom Insolvenzverwalter gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten und zurückgeholt werden. Im Ergebnis hätte die Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens doch wieder einen Anspruch auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung. Denn die dann entstehenden nachrangigen Insolvenzforderungen des Gesellschafters wären regelmäßig wertlos.

Aber auch dieser Konstruktion hat der BGH eine klare Absage erteilt:

Ist eine Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter nach dem heutigen Verständnis einer Darlehensgewährung nicht wirtschaftlich vergleichbar, kann die Tilgung von Nutzungsentgelten nicht als Darlehensrückzahlung, sondern nur im Falle einer vorherigen Stundung oder eines Stehenlassens als Befriedigung einer darlehensgleichen Forderung ... der Anfechtung unterworfen werden.⁴³

Somit steht nunmehr fest: Erhält der Gesellschafter von der Gesellschaft vor Insolvenzeröffnung fällige Mieten, so können diese Zahlungen später nicht durch den Insolvenzverwalter angefochten werden.

4. Stundung oder Stehenlassen der Mieten als darlehensähnliches Geschäft

Anders sieht es aber aus, wenn der Gesellschafter vor Insolvenzeröffnung Mieten stundet oder stehen lässt. Dies stellt durchaus ein darlehensähnliches Geschäft i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dar, und zwar auch dann, wenn eine ausdrückliche Abrede fehlt. So sieht es auch der BGH in seiner Grundsatzentscheidung.⁴⁴ Gestundete oder stehengelassene Mietforderungen sind also im Insolvenzverfahren als nachrangig zu behandeln. Wird die gestundete Miete noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeglichen, ist dies anfechtbar, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Fraglich ist indes, wann von einer Stundung oder einem Stehenlassen auszugehen ist. Der BGH hat nicht ausreichen lassen, dass der Mietvertrag die Mieten abweichend von §§ 556 b, 579 Abs. 2 BGB erst zum 15-ten des Monats fällig stellte.⁴⁵ Insofern haben die Parteien einen bestimmten Gestaltungsspielraum, in dem insbesondere Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle spielen können. Wann dieser Gestaltungsspielraum überschritten ist, ist noch nicht ausreichend geklärt.

Weiterhin hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO nutzbar ge-

38 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 55, MietRB 2015, 140; Gehrlein in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 49; a.M. etwa Hörndler/Hoisl, NZM 2009, 377, 380; Hörndler in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiets, 3. Aufl. 2012, Kap. 20 Rz. 80.

39 Schröder in Hamburger Komm. zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 135 Rz. 70.

40 LG Kiel v. 25.3.2011 – 17 O 229/10, ZIP 2011, 968; Marotzke, ZinsO 2009, 2073 f.; Henkel, ZinsO 2010, 2209 (2211).

41 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 32, MietRB 2015, 140.

42 In diese Richtung Hölzle, ZIP 2009, 1939 (1947); Haas, FS Gantner, 2010, S. 189 (192 ff.); Marotzke, ZinsO 2008, 1281 (1285 f.); Henkel, ZinsO 2010, 2209 (2212).

43 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 69, MietRB 2015, 140; vgl. auch OLG Schleswig v. 13.1.2012 – 4 U 57/11, NJW 2012, 2738 ff.; LG Freiburg v. 7.1.2014 – 12 O 133/13, ZinsO 2014, 262; Gehrlein, BB 2011, 3 (8); Rühle, ZIP 2009, 1358 (1360); K. Schmidt, NJW 2015, 1057 f.; Seldeneck/Wichert/Fallak, Gewerbemiete, 2013, Baustein 198 Rz. 10.

44 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 70, MietRB 2015, 140; Rühle, ZIP 2009, 1358 (1360).

45 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 73, MietRB 2015, 140.

macht.⁴⁶ Bei länger währenden Vertragsbeziehungen sei in Anlehnung an § 286 Abs. 3 BGB von einem Bargeschäft auszugehen, wenn Leistung und Gegenleistung innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen abgewickelt würden. Liege die verspätete Zahlung innerhalb dieser Frist, sei das noch nicht als ein Stehenlassen der Mieten zu werten.

Beraterhinweis

Eine Stundung oder ein Stehenlassen der Miete kann nicht nur zu Rechtsnachteilen bei § 135 Abs. 3 InsO führen. Vielmehr ist die spätere Zahlung der gestundeten oder stehengelassenen Mieten möglicherweise anfechtbar. Ausdrückliche Stundungsabreden können den Insolvenzverwalter zu solchen Anfechtungen motivieren. Außerdem sollten Mieten, wenn sie schon verspätet geleistet werden, zumindest die 30-Tages-Frist für Bargeschäfte einhalten.

V. Fazit

Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung gibt es nicht mehr: Der Gesellschafter muss der Gesellschaft das vermietete Grundstück nicht unentgeltlich überlassen. Ge-

leistete Mieten sind nicht als Rückzahlung auf eine darlehensähnliche Handlung zu werten, sondern verbleiben beim Gesellschafter. Nur gestundete oder stehengelassene Mieten sind nicht insolvenzfest. Gegen missbräuchliche Konstruktionen kann sich der Insolvenzverwalter mittels Insolvenzanfechtung zur Wehr setzen.

Allerdings motiviert das neue Recht den Gesellschafter zu sanierungsfeindlichem Verhalten.⁴⁷ Denn das Stehenlassen, die Reduzierung oder der Nichteinzug von Mieten vor der drohenden Insolvenz führen zu Nachteilen beim Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 InsO. Von einem solchen sanierungsfreundlichen Verhalten dürften die Gesellschafter künftig eher absehen. Das aber hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Die Gerichte sollten diesen gesetzgeberischen Willen auch weiterhin beherzigen.

46 BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 – Rz. 71, MietRB 2015, 140; vgl. auch *Gehrlein* in MünchKomm/InsO, 3. Aufl. 2013, § 135 Rz. 49.

47 Dazu *K. Schmidt*, NJW 2015, 1057 (1060); *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, Baustein 199 Rz. 14.