

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Nutzungsüberlassungen im Spannungsverhältnis zwischen Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz	1
II. Problemaufriss.....	5
1. Behandlung noch offener und bereits gezahlter Nutzungsentgeltforderungen ..	5
2. Weiternutzung nur nach § 135 Abs. 3 InsO oder bereits über eine Verstrickung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	6
3. Anfechtung der Rückgewähr des Nutzungsgegenstandes über § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	6
4. Dogmatische Grundlagen	6
III. Gang der Untersuchung.....	8
B. Exkurs zur Rechtslage vor dem MoMiG	11
I. Das alte Konzept des Eigenkapitalersatzes	11
1. Rechtsprechungsregeln.....	11
2. Gesetzliche Regelungen/Novellenregelung.....	12
3. Weitergeltung der Rechtsprechungsregeln	13
4. Tatbestände und Rechtsfolgen im System des Eigenkapitalersatzes.....	14
a) Umqualifizierung von Fremdkapital eines Gesellschafters zu Eigenkapitalersatz	14
aa) Die Krise der Gesellschaft als zentrales Element des Eigenkapitalersatzes	15
bb) Betroffene Rechtshandlungen.....	16
cc) Betroffener Personenkreis	18
b) Rechtsfolgen im System des Eigenkapitalersatzes	18
aa) Rechtsfolgen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	18
bb) Rechtsfolgen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	20

(1) Rangrücktritt nach § 32a GmbHG a. F. und § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.	20
(2) Rückerstattungsanspruch bei Besicherung nach § 32b GmbHG a. F.	21
(3) Anfechtung nach § 135 InsO a. F.	21
(4) Wirkung der Rechtsprechungsregeln innerhalb der Insolvenz	22
5. Fallgruppe der Nutzungsüberlassungen im System des Eigenkapitalersatzes	22
a) Tatbestandsvoraussetzungen von Nutzungsüberlassungen nach Eigenkapitalersatzrecht	23
aa) Persönlicher Anwendungsbereich.....	23
bb) Sachlicher Anwendungsbereich.....	23
cc) Überlassungsunwürdigkeit der Gesellschaft	24
dd) Finanzierungsentscheidung.....	25
b) Rechtsfolgen von eigenkapitalersetzenen Nutzungsüberlassungen	26
aa) Schicksal des Nutzungsgegenstandes in der Insolvenz	26
(1) Eigentum des Nutzungsgegenstandes.....	26
(2) Nutzungsrecht an dem zur Nutzung überlassenen Wirtschaftsgut	27
(3) Dauer der Nutzungsüberlassung	28
bb) Behandlung von bereits beendeten Nutzungsverhältnissen.....	28
cc) Behandlung noch offener Forderungen auf Nutzungsentgelt.....	29
dd) Behandlung bereits gezahlter Nutzungsentgelte	29
(1) Anfechtung gemäß § 135 Nr. 2 InsO a. F.....	30
(2) Rückforderung gemäß § 31 GmbHG a. F.	30
ee) Zusammenfassung der Rechtsfolgen	31
II. Dogmatische Konzeption des Eigenkapitalersatzrechts	32
1. Die unterschiedlichen Begründungsansätze zur Herleitung und Rechtfertigung des Instituts des Eigenkapitalersatzes	32
a) Treu und Glauben – venire contra factum proprium	32
b) Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter	33
c) Gläubigerschutz	34
aa) Erhöhung der Insolvenzquote	34
bb) Erweckung des fehlerhaften Eindrucks einer ausreichenden Kapitalausstattung der Gesellschaft	35
cc) Informationsasymmetrien	38
dd) Abwälzung des Finanzierungsrisikos auf die sonstigen Gläubiger	40

d) Aspekt der Insolvenzverschleppung	42
e) Schutz vor einer Umgehung der Regelungen zur Kapitalerhaltung	44
f) Nominelle Unterkapitalisierung.....	45
2. Die Finanzierungsfolgenverantwortung.....	46
a) Von der Finanzierungsverantwortung zur Finanzierungsfolgen- verantwortung	47
b) Inhalt der Finanzierungsfolgenverantwortung	47
c) Die Finanzierungsfolgenverantwortung als Sammelbegriff.....	49
d) Vorteile des Ansatzes der Finanzierungsfolgenverantwortung	50
III. Fundamentalkritik am Konzept des Eigenkapitalersatzes	51
1. Kritik an der dogmatischen Begründung	51
2. Kritik an den Rechtsprechungsregeln	52
3. Komplexität des Systems des Eigenkapitalersatzes	53
4. Kritik an der gesellschaftsrechtlichen Einordnung des Eigenkapitalersatzes	53
 C. Grundlagen der Behandlung von Gesellschafterleistungen	55
I. Die Änderungen durch das MoMiG	55
II. Das Regelungskonzept zur Behandlung von Gesellschafterleistungen.....	57
1. Erfasste Gesellschaften	57
2. Erfasste Rechtshandlungen	58
a) Pauschale Umfassung aller Gesellschafterdarlehen	58
b) Erweiterung in sachlicher Hinsicht.....	59
3. Personeller Anwendungsbereich.....	60
a) Grundsätze.....	60
b) Beschränkung des personellen Anwendungsbereichs	60
aa) Sanierungsprivileg – § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO	60
bb) Kleinbeteiligungsprivileg – § 39 Abs. 5 InsO	61
c) Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf Nichtgesellschafter ..	61
4. Zeitlicher Anwendungsbereich	63
5. Rechtsfolgen	63
a) Subordination nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	63
b) Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO	64

c) Bewertung der Rechtsfolgen	64
III. Die dogmatische Konzeption der Behandlung von Gesellschafterdarlehen	66
1. Einleitung	66
2. Vorgaben und Hinweise durch den Gesetzgeber	67
a) Die Begründung zu § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG	67
b) Die Begründung zu § 39 Abs. 1 InsO	69
c) Die Weitergeltung des Anwendungsbereichs des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F.	69
d) Die Begründung zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	71
e) Die Begründung zu § 135 Abs. 3 InsO	73
f) Zusammenfassende Stellungnahme	74
3. Ersatz der Finanzierungsfolgenverantwortung durch ein neues Legitimationskonzept	75
a) Wegfall der Finanzierungsfolgenverantwortung	75
aa) Wegfall durch den Verzicht auf das Krisenmerkmal	75
bb) Wegfall aufgrund des fehlenden Merkmals des Eigenkapitalersatzes	76
cc) Wegfall aufgrund der insolvenzrechtlichen Einordnung	77
b) Neues Legitimationskonzept	77
aa) Doppelrolle/Näheverhältnis des Gesellschafters	77
bb) Missbräuchliche Ausnutzung der Haftungsbeschränkung	80
cc) Ausgleich von Chancen und Risiken der Gesellschafterstellung	81
dd) Informationsvorsprung der handelnden Gesellschafter	82
ee) Materielle Unterkapitalisierung	83
4. Fortgeltung der Grundsätze der Finanzierungsfolgenverantwortung	84
a) Grundlegendes	84
b) Annahme einer (unwiderleglichen) Vermutung des Krisenmerkmals	85
5. Stellungnahme zur dogmatischen Konzeption der Behandlung von Gesellschafterdarlehen	86
a) Bewertung der Annahme des Wegfalls der Finanzierungsfolgenverantwortung	87
b) Stellungnahme hinsichtlich eines vermeintlich neuen Legitimationskonzeptes	88

c) Bewertung der Annahme einer unwiderleglichen Vermutung des Krisenmerkmals	91
6. Zwischenergebnis zur Untersuchung der dogmatischen Grundlagen der Regelungen zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen.....	93
D. Nutzungsüberlassungen als Unterfall der Gesellschafterleistung.....	95
I. Einleitung	95
II. Gesetzesgeschichte	97
III. Das rechtskonstruktive Modell des § 135 Abs. 3 InsO	99
1. Die Behandlung der Nutzungsmöglichkeit.....	99
a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 135 Abs. 3 InsO	99
aa) Von § 135 Abs. 3 InsO erfasste Gesellschaften.....	99
bb) Von § 135 Abs. 3 InsO erfasster Personenkreis	99
cc) Von § 135 Abs. 3 InsO erfasste Nutzungsgegenstände.....	102
(1) Bestehen eines Aussonderungsrechts an der Sache/Verhältnis zu den §§ 103 ff. InsO	103
(a) Direkte Anwendung des § 135 Abs. 3 InsO.....	103
(b) Vorrangige Anwendung der §§ 103 ff. InsO.....	104
(c) Stellungnahme.....	104
(2) Erhebliche Bedeutung für die Fortführung des Unternehmens	105
dd) Erklärung des Insolvenzverwalters	106
b) Rechtsfolgen des § 135 Abs. 3 InsO	106
aa) Aussonderungssperre nach § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO.....	106
bb) Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	107
(1) Berechnung des Ausgleichsanspruchs des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	108
(a) Höhe der zugrunde zu legenden bisherigen Zahlungen.....	108
(b) Bestimmung des Referenzzeitraums zur Berechnung des Ausgleichsanspruches	109
(c) Berücksichtigung von gestundeten Zahlungen.....	110
(d) Berücksichtigung von anfechtbaren Zahlungen	111
(2) Insolvenzrechtliche Einordnung des Ausgleichsanspruchs nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	111

(a) Einordnung als Masseverbindlichkeit	111
(b) Einordnung als nachrangige Insolvenzforderung	112
(c) Stellungnahme.....	113
c) Beispieldfall zur Veranschaulichung	114
2. Fallkonstellationen unter ausschließlicher Anwendung des § 135 Abs. 3 InsO.....	116
a) Herausgabe des rückgewährten Gegenstandes	116
aa) Erste Abwandlung des Ausgangsfalls.....	118
bb) Anfechtung über eine teleologische Extension des § 135 Abs. 3 InsO	118
cc) Anfechtung über §§ 130 ff. InsO.....	119
dd) Lösung der ersten Abwandlung.....	121
b) Behandlung der Nutzungsentgeltzahlungen	122
aa) Zweite Abwandlung des Ausgangsfalls	122
bb) Subordination von Nutzungsentgeltforderungen.....	123
cc) Anfechtbarkeit von Nutzungsentgeltzahlungen	124
dd) Lösung der zweiten Abwandlung	124
ee) Zusammenfassung	125
3. Zusammenfassung und Analyse der Ergebnisse des § 135 Abs. 3 InsO	126
IV. Problem: Bedeutung einer Nutzungsüberlassung in der Krise/ Anwendung der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 InsO	127
1. Meinungsstand zur Frage der wirtschaftlichen Entsprechung	129
a) These 1: Nutzungsüberlassung auch weiterhin als dem Darlehen wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung	129
aa) Vergleichbarkeit hinsichtlich des Effekts auf den Kapitalbedarf der Gesellschaft	129
bb) Risikospezifische Vergleichbarkeit von Darlehen und Nutzungsüberlassung im Hinblick auf die Gläubigergefährdung	130
cc) Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung des Normzwecks der Regelungen zur Sonderbehandlung von Gesellschafterleistungen	132
dd) Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung der Grundsätze der Finanzierungsfolgenverantwortung.....	133
ee) Vergleich mit der Reichweite der Regelung des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F...	134
ff) Kritik aufgrund der fehlenden Passivierbarkeit der Sachüberlassung	136

gg) Wirtschaftliche Entsprechung trotz fehlender Vergleichbarkeit der dinglichen Zuordnung von Darlehen und Nutzungsüberlassung	137
hh) Reichweite einer solchen Subsumtion unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	138
(1) Nutzungsmöglichkeit	138
(2) Nutzungsentgelt	139
b) These 2: Ablehnung einer wirtschaftlichen Entsprechung von Nutzungsüberlassungen und Gesellschafterdarlehen	140
aa) Vorgaben durch den Gesetzgeber	141
bb) Abschaffung mit der Abkehr vom Eigenkapitalersatzrecht	142
cc) Abschließender Charakter der Regelung des § 135 Abs. 3 InsO	143
(1) § 135 Abs. 3 InsO als abschließende Spezialregelung	144
(2) § 135 Abs. 3 InsO als Auffangtatbestand	144
(3) Stellungnahme	145
c) Zusammenfassung und Analyse	146
2. Rechtsfolgenvergleich der jeweiligen Fallkonstellationen unter Annahme einer wirtschaftlichen Entsprechung von Nutzungsüberlassungen und Gesellschafterdarlehen	147
a) Behandlung der Nutzungsmöglichkeit	147
aa) Fortbestehen des Vertrages	148
bb) Keine vorgesetzte vertragliche Nutzungsmöglichkeit	149
cc) Lösung des Ausgangsfalls	149
dd) Zusammenfassung und Vergleich der Ergebnisse	150
b) Anfechtbarkeit der Beendigung des Nutzungsverhältnisses vor Verfahrenseröffnung	151
aa) Anfechtung über § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO	151
bb) Auswirkungen des Bargeschäftsprivilegs des § 142 InsO	152
cc) Weiternutzung nach erfolgreicher Anfechtung	153
dd) Lösung der ersten Abwandlung	155
ee) Zusammenfassung und Vergleich der Ergebnisse	155
c) Behandlung des Nutzungsentgeltes	156
aa) Subordination von Nutzungsentgeltforderungen	157
bb) Anfechtbarkeit von Nutzungsentgeltzahlungen	157

cc) Lösung der zweiten Abwandlung	158
dd) Zusammenfassung und Vergleich der Ergebnisse	159
V. Analyse und abschließender Vergleich der Ergebnisse der Lösungsansätze	160
1. Zusammenfassung des Rechtsfolgenvergleichs	160
2. Schutzniveau der unterschiedlichen Ansätze	162
3. Anwendungsbereich des § 135 Abs. 3 InsO bei Annahme einer wirtschaftlichen Entsprechung	162
4. Rückschluss auf die Sperrwirkung des § 135 Abs. 3 InsO	163
E. Ergebnisse der Untersuchung	165
I. Allgemeines	165
II. Bewertung des umgestalteten Regelungssystems	166
III. Bewertung der Regelung des § 135 Abs. 3 InsO	170
IV. Vorschläge für eine Änderung des Regelungssystems	172
1. Anpassung der bestehenden Regelungen	173
a) Korrektur des Zeitraums für die Bestimmung des Ausgleichsanspruchs des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO	173
b) Erweiterung Personenkreis des § 135 Abs. 3 InsO	173
c) Anfechtungsmöglichkeit einer vorzeitigen Rückgewähr der Nutzungsmöglichkeit	174
d) Klarstellung der Auslegung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hinsichtlich der Fallgruppe der Nutzungsüberlassungen	175
e) Vorschlag für die gesetzlichen Anpassungen	175
2. Ersatzlose Streichung der Regelung des § 135 Abs. 3 InsO	176
V. Abschließende Bewertung	179
Literaturverzeichnis	181