

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht

**– Grundlagen, Übertragung der Darlehen,
wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
(sachliche + personelle Ausdehnung des
Anwendungsbereichs –**

Kanzlei-Workshop von Shearman & Sterling
am 22. November 2019 in Gravenbruch

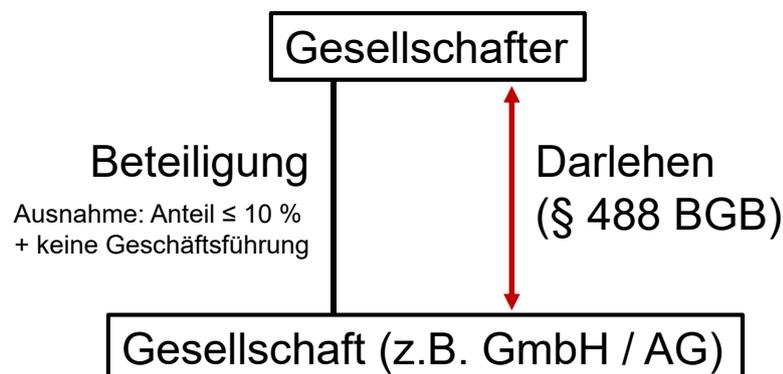
Gliederung

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Übertragung von Gesellschafterdarlehen
3. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen
4. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
 - Vergleich zum Darlehen, u.a. Warenkredit + sonstige Stundungen
 - Problemfall: Gewinnvorträge/-rücklagen
5. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs
 - Treuhandfälle
 - Hybridkapital (u.a. atypisch stille Gesellschaft; einflussreiche Kreditgeber)
 - Darlehen im Unternehmensverbund

Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 14 ff.

Grundzüge des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen



- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 I Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 1 InsO bei der Gewährung von Sicherheiten in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag

1. Problem: Keine Lösung von Einzelfragen ohne Kenntnis der teleologischen Grundlagen

- *Eidenmüller*: Der Reformgesetzgeber verzichtet scheinbar gänzlich auf ein tragfähiges Wertungskriterium
- *Karsten Schmidt*: „Suche nach dem verlorenen Normzweck“

2. Grundfrage

- Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftern und Dritten als Darlehensgeber?

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 1: Normzweck unverändert (Finanzierungsfolgenverantwortung), aber jetzt unwiderlegliche Vermutung der Krise
 - ❖ *Altmeppen, Bork, Marotzke, Hölzle, Haas*
- These 2: Einordnung von Gesellschafterdarlehen als Risikokapital als Korrelat der Haftungsbeschränkung, um Missbrauch zu verhindern
 - ❖ *Huber, Habersack, Gehrlein, präzisierend Grigoleit/Rieder*
- These 3: Erhöhte Verantwortung der Insider
 - ❖ *Karollus, Haas, Servatius, Grigoleit/Rieder, Eidenmüller (für Anfechtung)*

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 4: Risikoübernahmeverantwortung aus der Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken bei gleichzeitigem Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens (Kombination von „Mitunternehmerrisiko“ und „Mitunternehmerverantwortung“)
 - ❖ *Krolop*; ähnlich *Tillmann*
- These 5: Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisikos
 - ❖ *Fastrich*
- These 6: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = ZIP 2011, 575**
- Rn. 16: „Die ... umstrittene Frage, welcher Grundgedanke der gesetzlichen Neuregelung der Gesellschafterdarlehen zugrunde liegt, braucht aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden zu werden. ...“
- Rn. 17: „Jedenfalls ist nicht **der typischerweise gegebene Informationsvorsprung des Gesellschafters** der maßgebliche Grund für den Nachrang des von ihm gewährten Darlehens (...). Ein solcher **vermag zwar die Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 InsO), nicht aber den gesetzlichen Nachrang noch offener Forderungen zu rechtfertigen** (...). Ein Informationsvorsprung kann zur Folge haben, dass ein gewährtes Darlehen vor der offenbar werdenden Insolvenz abgezogen wird; er führt aber gerade nicht dazu, dass ein mit den Verhältnissen der Schuldnerin besonders vertrauter "Insider" der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und er dieses vor der Insolvenz nicht mehr zurückfordert (...). Der Insidergedanke kann daher nicht herangezogen werden, um den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO über eine Anwendung des § 138 InsO zu erweitern.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Rn. 18: „Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass **das durch das MoMiG umgestaltete Recht** und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmonisiert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare anfechtungsrechtliche **Regelungszweck**, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130**
- Leitsatz: Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags **setzt keine Krise der Gesellschaft voraus**. Entsprechendes gilt für die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits.
- Rn. 5: „Nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 und 2 InsO kommt es auf die Krise der Gesellschaft nicht mehr an. Der Gesetzgeber hat ... bewusst auf das Merkmal der Kapitalersetzung verzichtet (...). Die Neuregelung verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (...).“
- Rn. 7: „Weder für eine teleologische Reduktion des § 135 InsO in dem Sinne, dass dem Gesellschafter der Entlastungsbeweis ermöglicht wird, zum Zeitpunkt der Rückführung des Darlehens habe noch kein Insolvenzgrund vorgelegen, noch für eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 InsO bleibt im Hinblick auf das Gesamtkonzept der neuen Regelungen Raum. ...“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483**
- Rn. 22: „Grundgedanke des neuen Rechts ist es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine **darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleichzustellen**. Deshalb knüpfen die Rechtsfolgen der Gewährung von Gesellschafterdarlehen tatbestandlich nicht mehr an eine Krise, sondern an die Insolvenz der Gesellschaft an. Damit wird die Behandlung von Gesellschafterdarlehen auf eine rein insolvenz- und anfechtungsrechtliche Basis gestellt (...).“
- Rn. 26: „Dem Anfechtungsrecht des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, das der Ergänzung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dient, lässt sich **keine gesetzliche Vermutung** dafür entnehmen, **dass sich die Gesellschaft im Jahr vor Antragstellung zumindest im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit befunden hätte** (...).“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, ZIP 2019, 1577 (für BGHZ vorges.)**
- Rn. 25: „Ein Gesellschafter, der die Gesellschaft aus eigenen Mitteln mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mitteln ausstattet, finanziert damit eine Geschäftstätigkeit, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugute kommt. Hätte der Gesellschafter selbst diese Geschäfte betrieben, wären die eigenen Mittel in der Insolvenz des Gesellschafters verloren. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ordnet an, dass gleiches in der Insolvenz "seiner" Gesellschaft gilt, sofern und soweit der Gesellschafter mit seinen Rechtshandlungen die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft finanziert und das entsprechende Kapital im Insolvenzfall noch nicht abgezogen worden ist. Auf diese Weise **werden die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters eingefordert sowie das Risikogleichgewicht zwischen Gesellschaftern und sonstigen Gesellschaftsgläubigern gewahrt** (BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rz. 51). ...“ (Fortsetzung b.w.)

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

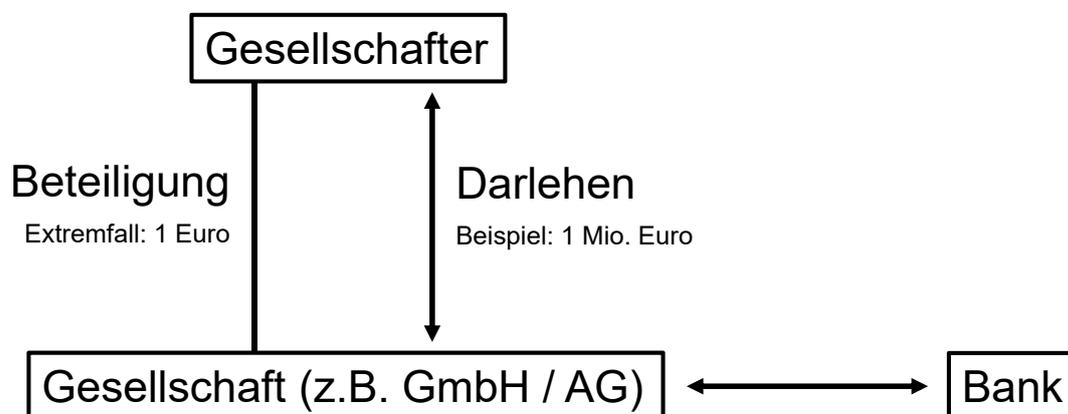
- Fortsetzung aus Rn. 25: „Dabei ist der Eintritt der Insolvenz aus Sicht des Gesetzgebers ausreichender Grund für die **Annahme, dass die vom Gesellschafter aus seinem eigenen Vermögen zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft überlassenen Gelder eine dem Eigenkapital vergleichbare finanzielle Ausstattung darstellen**. Dies ist **aufgrund des dem Gesellschafter regelmäßig eröffneten Einflusses auf die Geschäfte der Gesellschaft gerechtfertigt**. Dem Fremdkapitalgeber fehlen im allgemeinen vergleichbare Einflussmöglichkeiten.“
- Interpretation:
 - gesetzliche Vermutung nomineller Unterkapitalisierung
 - Die Gesellschaftereigenschaft ist jedenfalls durch die (Möglichkeit der) Einflussnahme gekennzeichnet.
 - klare Aussage des BGH, ob daneben auch eine variable Erlösbeteiligung kennzeichnend für die Gesellschaftereigenschaft ist

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 30 ff.;
Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 262 ff.

- Präzisierung des „Missbrauchs“ der Haftungsbeschränkung erforderlich
- Zweck der Haftungsbeschränkung: Ausschaltung der Risikoaversität der Gesellschafter
- Problem: Gefahr der Kostenexternalisierung
- Lösung: Angemessene Eigenkapitalbeteiligung als Ausgleich zwischen Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung

- **These:** Die Haftungsbeschränkung soll die Risikoaversität der Gesellschafter mindern, damit riskante Projekte mit positivem Erwartungswert im Interesse der Gesamtwohlfahrt unternommen werden (Investitionsanreiz).
Gesellschafter, deren Haftung beschränkt ist, können allerdings Kosten auf die Gläubiger externalisieren, wenn die Verlagerung ökonomischer Risiken von der Gesellschafter- auf die Gläubigerebene nicht kompensiert wird.
Diese Gefahr der Risikoverlagerung sinkt, wenn die Gesellschafter angemessen mit Eigenkapital beteiligt sind.

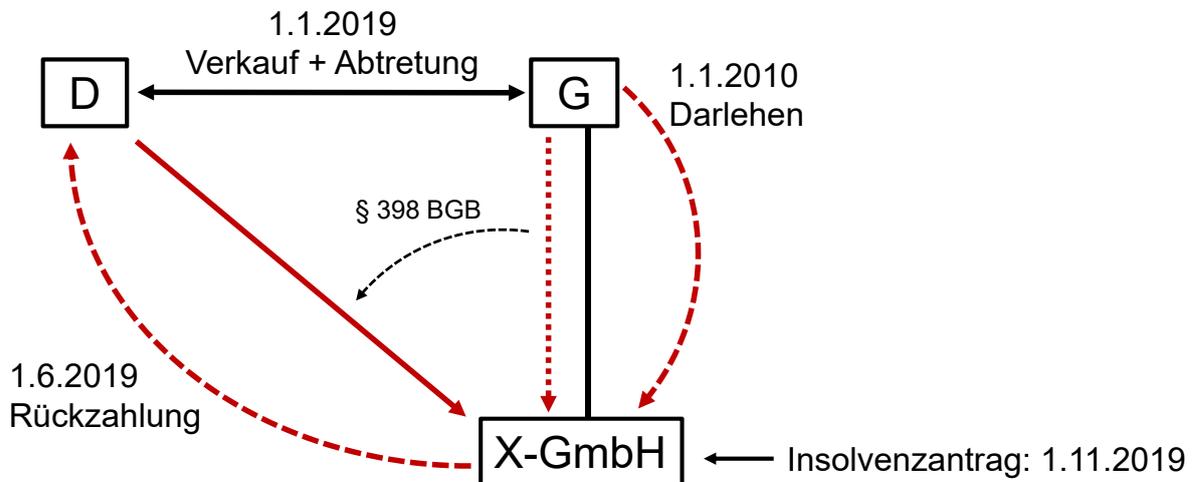


- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen

- **These:** Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Um das Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzustufen.
- **These:** Die Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 InsO soll diesen Nachrang absichern (vgl. BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483, Rn. 21, 26; BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, ZIP 2019, 1577, 1579 (Rz. 27, für BGHZ vorgesehen)).

2. Übertragung von Gesellschafterdarlehen

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 72 ff.



- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen G und/oder D?

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 1: „Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.“
- Rn. 31: „Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden (...). Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (...). Aus dieser Erwägung werden angesichts der schier unerschöpflichen **Gestaltungsfantasie der Gesellschafter** und ihrer Berater (...) im Rahmen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Umgehungstatbestände erfasst (...), denen bereits der allein an objektive Merkmale anknüpfende Tatbestand des § 135 InsO vorzubeugen sucht (...). Deshalb ist aufgrund der im Rahmen dieser Vorschrift anzustellenden **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (...) die im Wege einer Abtretung ebenso wie die durch eine Anweisung (...) bewirkte Drittzahlung als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend ist dabei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich

an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf eine der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgeht und sich darum auch als solche an ihn darstellt.“

- Rn. 32: „Könnte sich der Gesellschafter durch eine mit dem Verkauf der Darlehensforderung verbundene Abtretung enthaften, wäre ihm die Möglichkeit eröffnet, zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil eine Forderung zu verwerten, die im Insolvenzverfahren zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Vermögen der GmbH zugeordnet bleiben muss (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dem Gesellschafter ist es jedoch versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens auf dem Rücken der Gläubiger zu spekulieren und das Anfechtungsrisiko auf sie abzuwälzen (...). Folglich ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte [scl.: die zedierende Gesellschafterin] infolge der Anfechtbarkeit der Zahlung der Schuldnerin im Verhältnis zu der C. [scl.: der Zessionarin] Rückgriffsansprüchen ausgesetzt war oder solche Ansprüche wegen eines Haftungsausschlusses nicht zu befürchten hatte (...). **Würde auf die Haftungslage abgestellt, wäre einer missbräuchlichen Umgehung der Anfechtung durch die Möglichkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung Tür und Tor geöffnet.** Vor allem in Gestaltungen der vorliegenden – auf ein kollusives Zusammenwirken hindeutenden (...) – Art bestünde die Gefahr, dass durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen **vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar** die Anfechtung ausgehöhlt wird. Auch zur Vermeidung eines solchen Nachteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft von den Folgen einer der insolvenzrechtlichen Verstrickung seiner Darlehensforderung widersprechenden Inanspruchnahme durch den Zessionar freizustellen (...).“

Ansichten in der Literatur:

- Die herrschende Lehre stimmt dem BGH zu.
- Gegenansicht 1: Nur der Zessionar soll haften.
 - ⇒ Blick auf die Fälle des Unternehmenskaufs (M & A) ⇒ b.w.
- Gegenansicht 2: Nur der Zedent soll haften.
 - ⇒ Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Forderung
 - ⇒ Problem insbesondere bei besicherten Forderungen, wenn man – mit dem BGH – auch anfängliche Besicherungen für anfechtbar hält. Folge ist die fehlende Kapitalmarktfähigkeit besicherter Unternehmensanleihen.
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 77 ff.

Probleme beim Unternehmenskauf mit Übertragung von Anteil + Forderung

- Für den Unternehmensverkäufer und Zedenten ist die Forthaftung bei späterer Darlehensrückzahlung an den Erwerber misslich, weil er dann – ohne jeglichen Einfluss auf das Unternehmen – für ein Jahr dessen Insolvenzrisiko tragen muss und sich dies auch schwer absichern lässt.
- Nach dem Urteil BGHZ 196, 220 war zunächst noch recht offen, ob die Gesamtschuldlösung des BGH auch auf Fälle des Unternehmensverkaufs mit gleichzeitiger Übertragung von Anteil und Forderung übertragbar ist.
 - ❖ *Bauerl/Farian*, GmbHR 2015, 230 ff. m.w.N.; ferner *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780 f.; knapp *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 749 f.
- Problem: Verallgemeinerung der Gesamtschuldlösung in BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 (Rz. 85 ff., für BGHZ vorgesehen) ⇒ Folie 25

Probleme beim Unternehmenskauf mit Übertragung von Anteil + Forderung

- Vorschlag in der Literatur: Einbringungslösung = Forderung wird vor dem Unternehmenskauf als Sacheinlage eingebracht und dann der (im Wert erhöhte) Anteil verkauft
 - ❖ *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898 ff.; zust. *Thiessen*, ZGR 2015, 396, 433; auf steuerliche Risiken der Einbringung hinweisend sowie andere Lösungen diskutierend *Greven*, BB 2014, 2309 ff., *Bauerl/Farian*, GmbHR 2015, 230, 233 f., *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780 ff. und *Primozic*, NJW 2016, 679 ff.; ferner *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 355 ff., zur Einbringungslösung insbes. S. 357 m.w.N.
- Problem: Erfolgt die Einbringung nicht als echte, im Handelsregister publizierte Sacheinlage, sondern in die Kapitalrücklage i.S.v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, nützt dies im Ergebnis nichts, wenn man darauf das Gesellschafterdarlehensrecht analog anwendet. ⇒ Folie 46

- **BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 (für BGHZ vorgesehen)**
- Rn. 85: „Wenn ein Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung abtritt und die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar tilgt, **unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung**. Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden. Darum **kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet** (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 31 mwN).“

- Rn. 86: „Diese Grundsätze gelten auch bei der Anfechtung von Sicherheiten gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dabei **kann dahinstehen, ob auch mit Blick auf die Anfechtbarkeit von Sicherheiten der Nachrang für Gesellschafterdarlehen nur erhalten bleibt, wenn der Gesellschafter seine Doppelrolle innerhalb der Jahresfrist vor Antragstellung aufgibt** (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 25). Denn die Beklagte zu 1 befand sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Doppelrolle als Gesellschafterin und als Kreditgeberin und hat die Schuldverschreibungen gegebenenfalls erst im Laufe des Insolvenzverfahrens an Dritte übertragen.“

3. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 201 ff., 243 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

1. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt: § 39 I Nr. 5 InsO

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

...

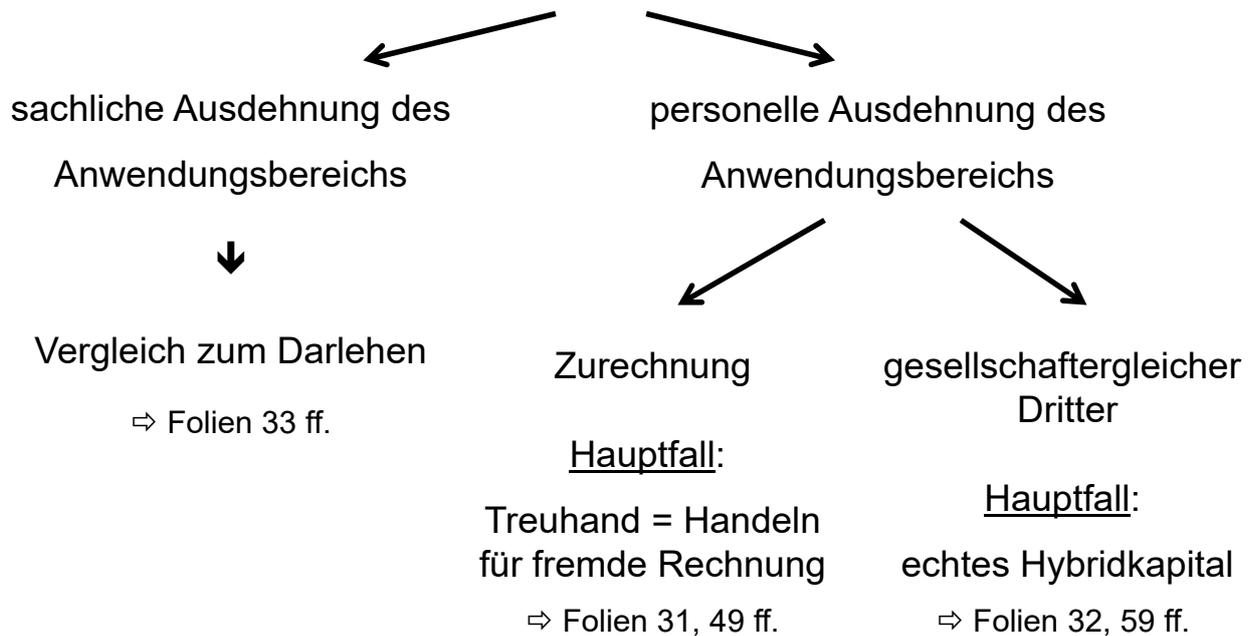
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

2. Frühere Regelung im Eigenkapitalersatzrecht: § 32a III 1 GmbHG

(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.

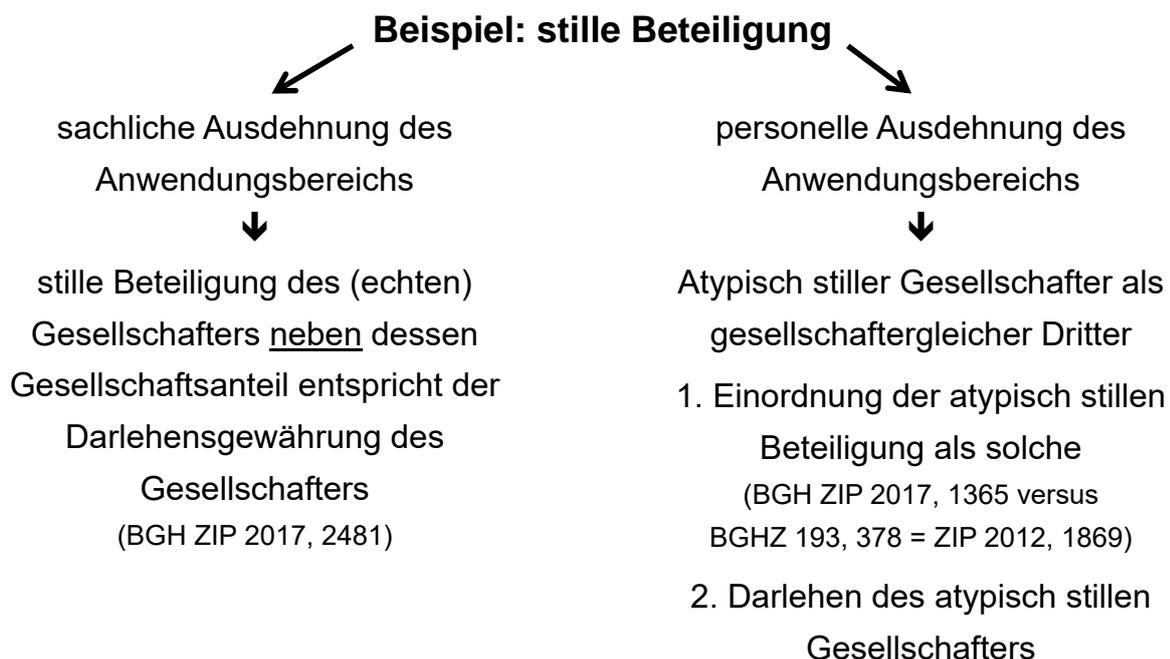
3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 207 ff., 243 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230, 290 ff., 312 f.

1. Zurechnungsfälle

- zwei Richtungen der Zurechnung
 - Mittelüberlassung durch Dritten wird dem Verbandsmitglied zugerechnet
 - Gesellschafterposition eines Dritten wird dem Kreditgeber zugerechnet
- Hauptfall: Treuhand = Handeln für fremde Rechnung ⇒ Folien 49 ff.
 - Doppelrolle als Gesellschafter + Kreditgeber ist formal auf zwei Personen aufgespalten, liegt aber wirtschaftlich bei einer Person
 - Unterfall: nahestehende Personen i.S.v. § 138 InsO als „Stroh Männer“
- **Wichtig:** keine Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat

2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhaber) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung (vgl. aber den BGH oben Folie 9)
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 244 ff.

4. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 207 ff.

Vergleich zum Darlehen – Warenkredite + sonstige Stundungen –

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936, 937
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
 - ❖ LAG Hannover v. 27.1.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925 (Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist) ⇒ Folie 36
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators) ⇒ Folie 37
 - ❖ BAG v. 27.4.2014 – 6 AZR 204/12, BAGE 147, 373 = ZIP 2014, 927 (Gehaltsansprüche eines Gesellschafters) ⇒ Folie 37
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 (Rn. 50: Gehaltsansprüche eines Gesellschafters) ⇒ Folie 38 f.

- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 76
 - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rz. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350 ⇒ Folie 40
 - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. Anm. *Bitter*, demnächst in WuB ⇒ Folie 41
- Problem: Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung
 - ❖ OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162 ⇒ Folie 42
- Problem: Besicherung gestundeter Forderungen ⇒ Folie 43

- **LAG Hannover v. 27.1.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925**
- Leitsatz 1: „Macht ein Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist, über mehrere Jahre offene Nettolohnansprüche nicht geltend, ist das als Stundung der Forderung zu qualifizieren, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Auf die früher relevanten Merkmale der "Krise der Gesellschaft" oder der "fehlenden Kreditwürdigkeit" zum Zeitpunkt der Rechtshandlung kommt es nach Inkrafttreten des MoMiG für Insolvenzverfahren, die nach dem 01.11.2008 eröffnet worden sind, nicht mehr an.“
- Leitsatz 2: „Diese Forderung kann als nachrangige Insolvenzforderung nur auf besondere Aufforderung des Insolvenzgerichts nach Maßgabe von § 174 Abs. 3 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet werden.“

- **OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936**
- Leitsatz: „Stellt ein Liquidator seine erbrachten Leistungen regelmäßig monatlich in Rechnung, so gilt die Forderung als gestundet und insoweit dem Insolvenzschuldner als Darlehen gewährt, wenn er sie nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit abrechnet.“
- **BAG v. 27.4.2014 – 6 AZR 204/12, BAGE 147, 373 = ZIP 2014, 927**
- Leitsatz: „Setzt ein Arbeitnehmer, der zugleich Gesellschafter des Unternehmens seiner Arbeitgeberin ist, erhebliche Ansprüche auf Arbeitsentgelt über einen längeren Zeitraum nicht durch, stundet er diese Forderungen. Die Stundung ist eine Rechtshandlung, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht. Die Forderungen sind deshalb im Insolvenzfall nachrangig i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO.“

- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491**
- Leitsatz 1: „Ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig, genießen Lohnzahlungen seines insolventen Arbeitgebers, die binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, das Bargeschäftsprivileg.“
- Leitsatz 3: „Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.“
- Rn. 50 + 51: b.w.
- **Achtung**: Drei-Monats-Frist bei Arbeitsentgelt eines Arbeitnehmers (§ 142 II 2 InsO n.F.)

- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491**
- Rn. 50 + 51: „ ... Ungeachtet des Entstehungsgrundes sind einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührende Forderungen gleich zu achten, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil **jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt (...)**. Stehen gelassene Gehaltsansprüche eines Gesellschafters können darum wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen (...). Im Streitfall ist weder eine Stundung noch ein Stehenlassen einer Lohnforderung gegeben. Vielmehr **wurde die Lohnzahlung an den Beklagten bargeschäftlich (§ 142 InsO) abgewickelt. In diesem Fall kommt eine Stundungswirkung nicht in Betracht.**“
- best. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (Rn. 70 f.)

- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589**
- Rn. 70: „Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt (BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, WM 2014, 1488 = ZIP 2014, 1491 Rn. 50). **Wird eine Leistung bargeschäftlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, aus** (BGH, aaO Rn. 51).“
- Rn. 71: „Ein Baraustausch liegt bei länger währenden Vertragsbeziehungen in Anlehnung an § 286 Abs. 3 BGB vor, wenn **Leistung und Gegenleistung binnen eines Zeitraums von 30 Tagen abgewickelt werden** (BGH, aaO Rn. 31 ff). Danach ist im Streitfall von einem Baraustausch auszugehen. Die Miete war nach § 6 des Mietvertrags zum jeweils 15. Werktag des laufenden Monats fällig und ist für Dezember 2009 statt dem 15. Dezember 2009 am 4. Januar 2010, für Januar 2010 statt dem 15. Januar 2010 am 4. Februar 2010, für Februar 2010 statt dem 15. Februar 2010 am 12. März 2010, für März 2010 statt dem 15. März 2010 am 8. April 2010 und für April 2010 statt dem 15. April am 20. April 2010 beglichen worden. Mithin wurde der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum von 30 Tagen nicht überschritten.“
- Kritik bei *Bitter*, WuB 2015, 350, 355 f.

- **BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. Anm. *Bitter*, demnächst in WuB**
- Leitsatz: „Wird die aus einem üblichen Austauschgeschäft herrührende Forderung eines Gesellschafters über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten rechtsgeschäftlich oder faktisch zugunsten seiner Gesellschaft gestundet, handelt es sich grundsätzlich um eine darlehensgleiche Forderung.“
- Rn. 15: „Nicht jede Stundung über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum von 30 Tagen hinaus führt dazu, dass eine Forderung aus einem sonstigen Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Vielmehr **ist darauf abzustellen, ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn eine Forderung länger als drei Monate stehen gelassen wird.**“
- kritisch Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 209a

- **OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162**
- juris-Rn. 38: „Indem die Bekl. [= mittelbare Gesellschafterin] die Schuldnerin hier, um den Sanierungsbedarf des Pachtobjekts wissend, über Jahre hinweg nicht dazu angehalten hat, ihrer gegenüber der Bekl. seit 2001 und den Folgejahren bestehenden und fälligen Verpflichtung zur Instandhaltung des Pachtobjekts aus § 3 Abs. 1 – 3 des Pachtvertrags nachzukommen, ist es der Schuldnerin erspart geblieben, die hierfür grundsätzlich nötigen (finanziellen) Mittel aufzuwenden. Auf diese Weise hat die Bekl. der Schuldnerin – auch wenn sich ihr Anspruch zunächst nicht auf die Zahlung von Geld, sondern (nur) auf die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen durch und auf Kosten der Schuldnerin bezog – Finanzmittel belassen, die die Schuldnerin anderweitig verwenden konnte.“
- Folgefrage: generelle Finanzierungsfunktion bei Anzahlungen/Vorschüssen?
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 212 ff.

- Eigentumsvorbehalt bei gestundetem Kaufpreis = Warenkredit gegen Sicherheit
- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen Sicherheit
(a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO);
vgl. *Bitter*, ZIP 2019, 737, 742
- Allgemeines Problem: Anfechtbarkeit anfänglicher Sicherheiten gemäß § 135 I Nr. 1 InsO (*Bitter*, ZIP 2019, 737, 741 ff. gegen BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666, für BGHZ vorgesehen; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 168 ff., 217 ff.)

- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil
⇒ Folie 30 (linke Seite) und Folie 45
- Kapital- und Gewinnrücklage
 - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325
(Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 46
 - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622
(Gewinnrücklage) ⇒ Folie 47
- Abfindungszahlungen an Gesellschafter?
 - ❖ KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f. ⇒ Folie 48
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung?
- Literatur: *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230 ff.

- **BGH v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, ZIP 2017, 2481**
- Leitsatz: „Hat ein Gesellschafter zusätzlich zu seiner Beteiligung als Gesellschafter eine (typische) stille Beteiligung übernommen, stellt der Anspruch auf Rückgewähr der stillen Einlage eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung dar.“
- Rn. 6: „Sofern der Anfechtungsgegner unmittelbar am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt ist, seine Beteiligung über das Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Abs. 5 InsO hinausgeht und kein Fall des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO vorliegt, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 135 Abs. 1 InsO in personeller Hinsicht erfüllt. **In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die Rechte des Anfechtungsgegners aus dem Darlehen oder der dem Darlehen gleichgestellten Forderung diesem für sich genommen eine Rechtsposition verschaffen, die der eines Gesellschafters entspricht. ...**“
- Rn. 7: „Es entspricht einhelliger Meinung, dass die von einem (mittelbaren) Alleingesellschafter zusätzlich übernommene stille Einlage als darlehensgleiche Leistung dieses Gesellschafters anzusehen ist (...). ...“
- Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146, 147 f.

- **OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325**
- Leitsatz: „Durch die Ausschüttung von Gewinnvorträgen durch einen Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird eine Forderung aus einer Rechtshandlung zurückgewährt, die einem Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wirtschaftlich entspricht. Sie ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.“
- Aus den Entscheidungsgründen: „Das Stehenlassen des Gewinns durch Gewinnvortrag durch den Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist anfechtungsrechtlich als Gesellschafterdarlehen zu behandeln. ... Bei dem Gewinnvortrag bleiben die Erträge, anders als bei der Gewinnausschüttung, noch in der Gesellschaft. Die Gesellschafter belassen der Gesellschaft vorübergehend bereits vorhandene Mittel (...). In diesem Sinne kann ein Gewinnvortrag auch als vorübergehende Rücklage – bis zum nächsten Ergebnisverwendungsbeschluss – bezeichnet werden (...).“
- Anschluss an *Mylich*, ZGR 2009, 474, 492 ff. (dort Differenzierung zwischen „Finanzierungsertrag“ [Gewinn] und „Finanzierungsquelle“ [Rücklage])
- Revision durch BGH v. 18.2.2014 – IX ZR 252/13 verworfen.

- **OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622**
- Leitsatz von RiOLG Dr. Schulz: „Entnimmt ein Kommanditist Gelder aus dem Vermögen der Gesellschaft und sind die Entnahmen durch ein Guthaben auf einem Kapitalkonto gedeckt, scheidet eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus, wenn das Guthaben eine Beteiligung am Eigenkapital der Gesellschaft ausweist und damit keine Forderung des Gesellschafters darstellt.“
- juris-Rn. 25: „Eine direkte Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO scheidet im Falle der Ausschüttung von Eigenkapital schon deshalb aus, weil **es nicht nur an einer einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellten Forderung fehlt, sondern überhaupt an einem Forderungsrecht des Gesellschafters. ...**“
- juris-Rn. 26: „Auch eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO kommt nicht in Betracht. Richtig ist allerdings, dass **der Nichtgebrauch eines Entnahmerechts durch einen Kommanditisten oder die Thesaurierung von Gewinnen einer GmbH dem Stehenlassen einer Forderung wertungsmäßig nahe stehen kann ...** Eine entsprechende Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf vorinsolvenzliche Ausschüttungen aus dem Eigenkapital der Gesellschaft scheidet jedoch aus, weil **es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.**“

- **KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f.**
- juris-Rn. 38: „Der Senat hält den gedanklichen Ausgangspunkt, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter für etwaige, nach seinem Ausscheiden eintretende Kapitalverluste nicht haftet und er einem Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt gleichgestellt werden kann, für überzeugend. Wenn aber der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters im Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig zu behandeln ist, wenn der Gesellschafter im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag ausgeschieden ist, dann muss dies erst recht auch für seinen Abfindungsanspruch gelten. ...“
- dazu (im Ergebnis offen) Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 237

5. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

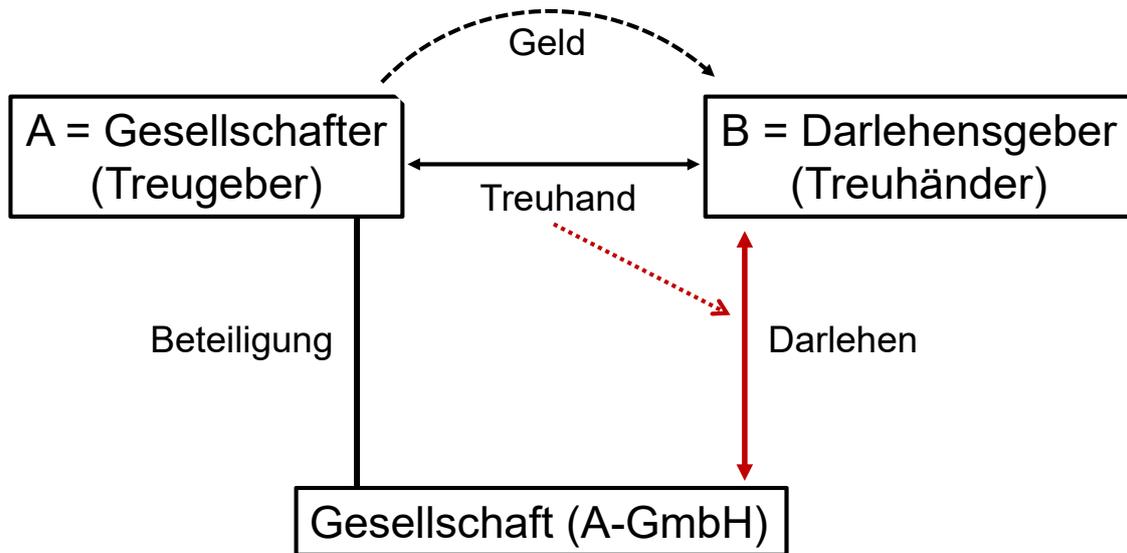
– Teil 1: Treuhandfälle –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 258 ff.

Fall 1: Formale Aufspaltung der Doppelrolle (Gesellschafter- und Darlehensgeberposition) bei wirtschaftlicher Identität

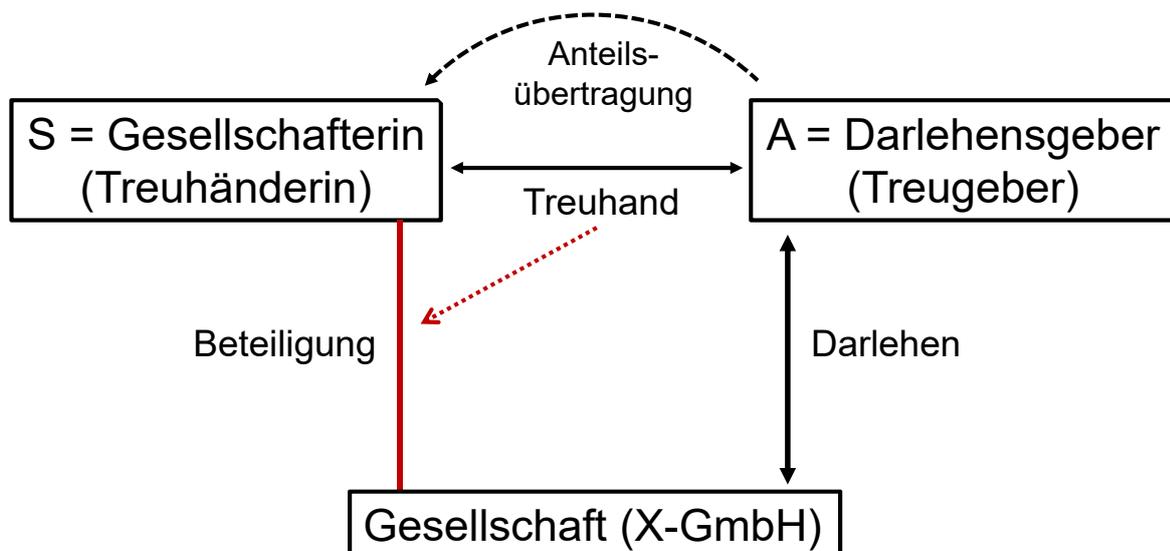
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 260 ff.

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Darlehen für Rechnung des Gesellschafters –



- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Wer ist Anfechtungsgegner bei Rückzahlungen vor Insolvenz?

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Treuhand am Gesellschaftsanteil I –

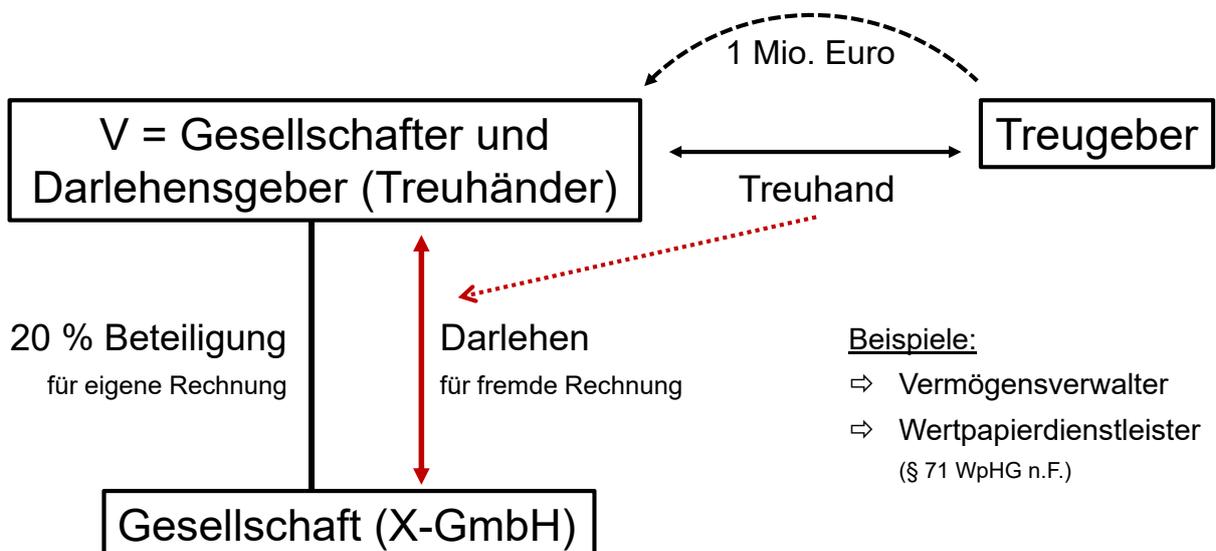


- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Sind vorinsolvenzliche Rückzahlungen anfechtbar und ggü. wem?

Fall 2: Wirtschaftliche Trennung der Doppelrolle (Gesellschafter- und Darlehensgeberposition) bei formaler Identität

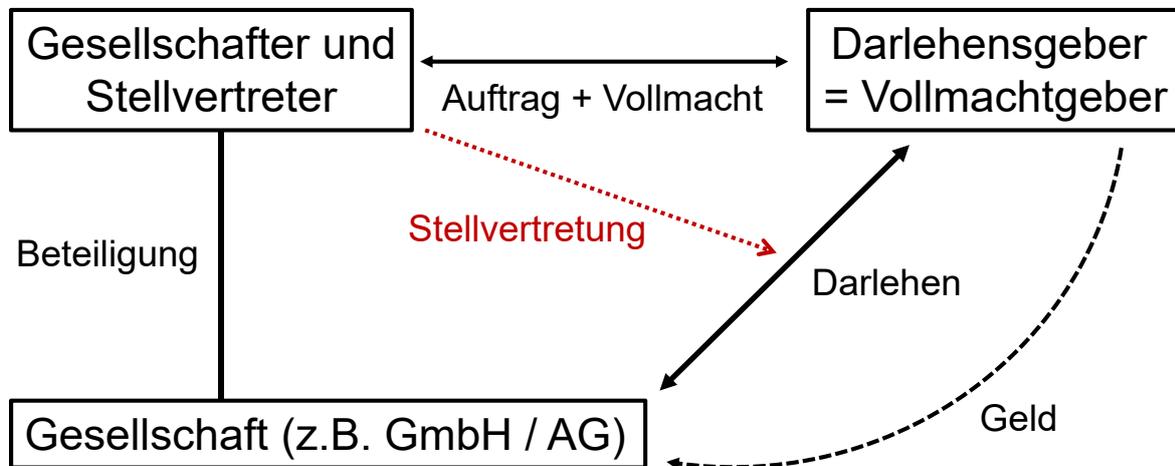
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 269 ff.

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Darlehen für Rechnung eines Nichtgesellschafters –



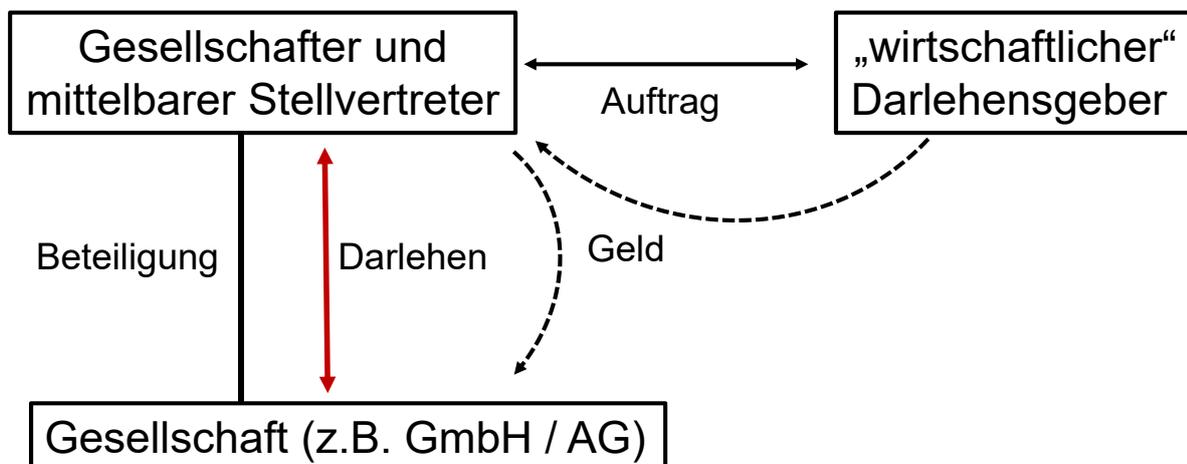
- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?

Zum Vergleich: Darlehensgewährung im fremden Namen für fremde Rechnung

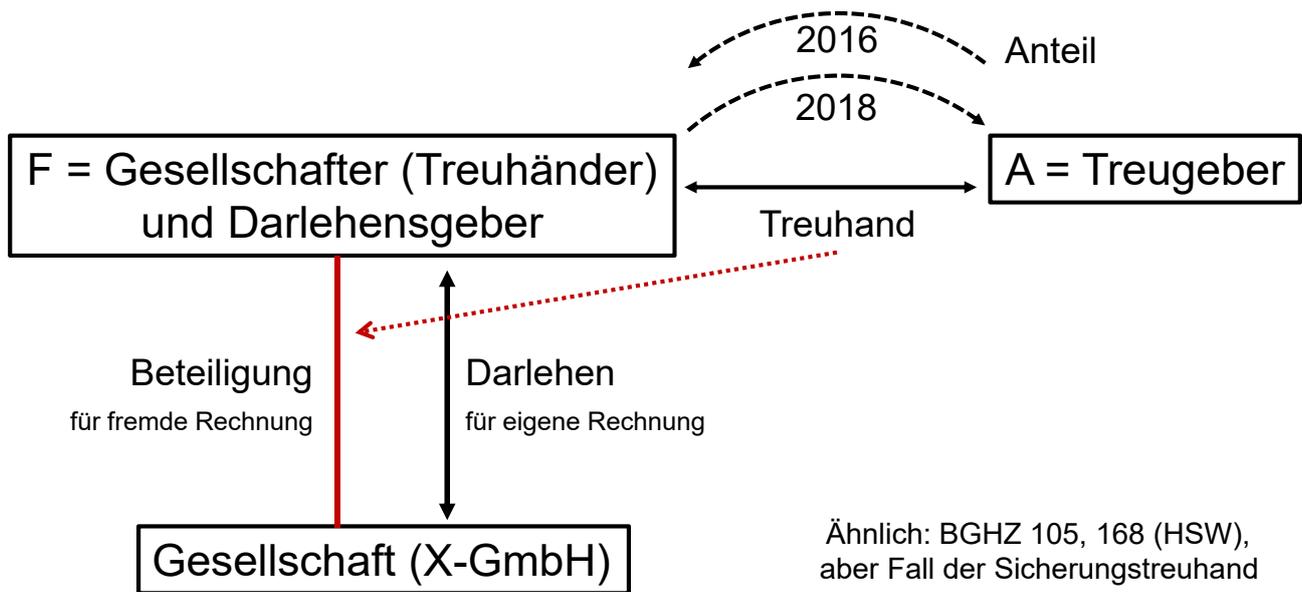


- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber

Darlehensgewährung im eigenen Namen für fremde Rechnung



- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine „wirtschaftliche“ Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber



- Frage: Unterliegt das Darlehen bei einem am 1.12.2018 gestellten Insolvenzantrag dem Nachrang?

- These:** Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.
- These:** Jedenfalls nach neuem Recht ist auch bei der Treuhand am Gesellschaftsanteil nur die „wirtschaftliche“ Lage relevant.

Literatur: Rogler, Die Subordination anteilsgestützter Unternehmenskredite, 2016, S. 222 ff. mit Rezension von Bitter, KTS 2018, 445, 447 f.

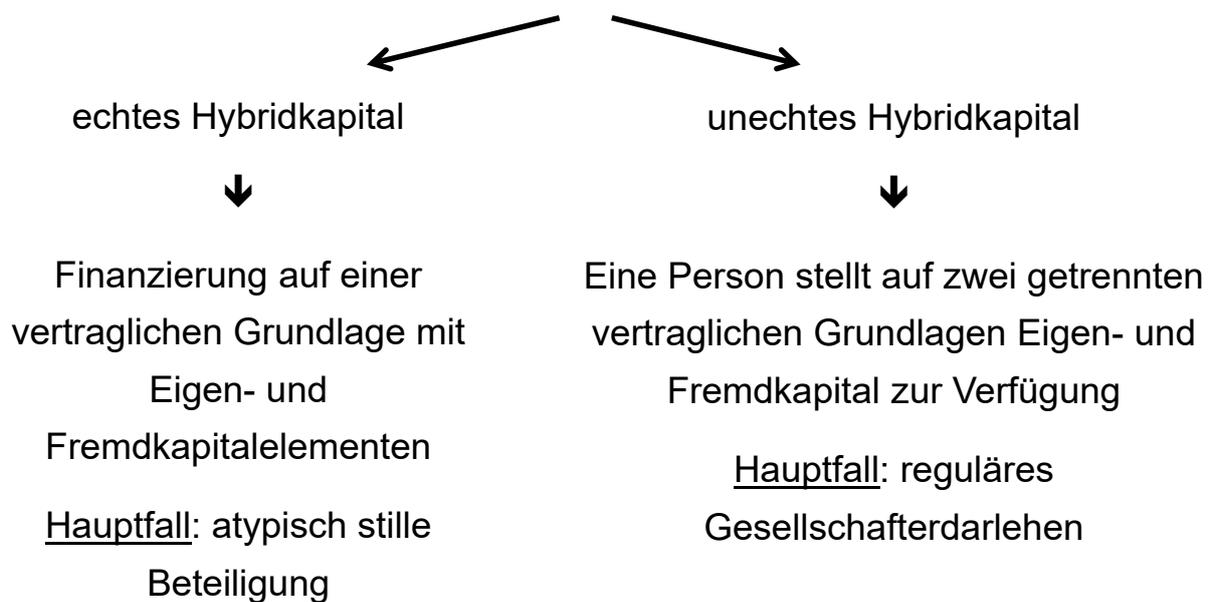
Hintergrund: Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung – Außenrecht der Verwaltungstreuhand, 2006

5. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

– Teil 2: Hybridkapital –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 287 ff.

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Hybridkapital –



Literatur: *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 51 ff.
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 287 ff.

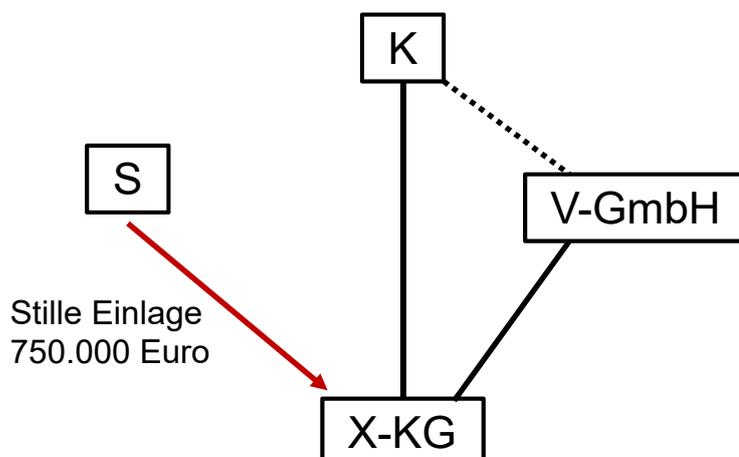
❖ Erscheinungsformen echten Hybridkapitals

- atypisch stille Beteiligung (*Bitter*, ZIP 2019, 146 ff.)
- mezzanine Finanzierungsinstrumente = Nachbildung von Vermögens- und Teilhaberechten eines Gesellschafters auf schuldrechtlicher Basis
- Kreditgeber mit Covenants (Informations- und Einflussrechte)

❖ Erscheinungsformen unechten Hybridkapitals

- reguläres Gesellschafterdarlehen
- sog. atypischer Pfandgläubiger
- Darlehen eines Nießbrauchers/Unterbeteiligten
- Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



BGHZ 193, 378
(Innen-KG)

- Frage 1: Nachrang des (restlichen) Anspruchs auf Einlagenrückgewähr?
- Frage 2: Anfechtbarkeit der monatlichen Zahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- **II. Zivilsenat** vor dem MoMiG + BGH v. 16.5.2017 – II ZR 284/15, ZIP 2017, 1365: Einordnung als Eigenkapital = „doppelter Nachrang“ ⇒ Folie 65 f.
- **IX. Zivilsenat** (BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378) + h.L. seit dem MoMiG: Einordnung als dem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung = „einfacher Nachrang“ (§§ 39 I Nr. 5, 135 InsO) ⇒ Folie 64
 - abweichende Einordnung wird regelmäßig nicht begründet
 - neue Einordnung ist aber für die *gesetzliche* Rangrückstufung richtig (*Bitter*, ZIP 2019, 146, 149 gegen *Mylich*, WM 2013, 1010 ff. u.a.) ⇒ Folie 67
 - ⇒ Für (reguläre) Insolvenzgläubiger ist unerheblich, ob der atypisch Stille in den Rang des § 39 InsO tritt oder für ihn § 199 InsO gilt.
 - ⇒ Den Gesellschaftern und Fremdkapitalgebern bleibt die Regelung des Rangverhältnisses untereinander privatautonom überlassen.

- **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869**
- Leitsatz 1: „Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG steht mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleich, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert ist.“
- Leitsatz 2: „Der Nachrang von Ansprüchen des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz einer GmbH & Co. KG als Geschäftsinhaberin kann jedenfalls dann eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die Mitwirkungsrechte des Stillen in der Kommanditgesellschaft der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten zumindest in ihrer schuldrechtlichen Wirkung nahe kommen und die Informations- und Kontrollrechte des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet sind.“

- **BGH v. 16.5.2017 – II ZR 284/15, ZIP 2017, 1365**
- Leitsatz: „Kommt der ratenweise zu erbringenden Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters einer mehrgliedrigen Publikumsgesellschaft nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen Eigenkapitalcharakter zu, ist der stille Gesellschafter bei Beendigung der Gesellschaft zur Zahlung seiner noch nicht erbrachten Einlageraten einschließlich der im Beendigungszeitpunkt noch nicht fälligen Raten jedenfalls zu den vertraglichen Fälligkeitsterminen verpflichtet, soweit seine Einlage zur Befriedigung der Gläubiger des Geschäftsinhabers benötigt wird.“
- Rn. 10: „Nach Beendigung der stillen Gesellschaft hat der stille Gesellschafter eine rückständige Einlage im Allgemeinen nur bis zur Höhe seines Verlustanteils zu erbringen (§ 232 Abs. 2, § 236 Abs. 2 HGB). Anderes gilt jedoch ... dann, wenn die vom stillen Gesellschafter übernommene **Einlage nach den getroffenen Vereinbarungen Eigenkapitalcharakter für den Geschäftsinhaber hat** und deshalb auch bei Auflösung der stillen Gesellschaft erbracht werden muss, soweit sie für die Befriedigung der Gläubiger des Geschäftsinhabers benötigt wird (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 1979 – II ZR 145/78, ZIP 1980, 192, 193; Urteil vom 9. Februar 1981 – II ZR 38/80, ZIP

- 1981, 734, 735). In diesem Fall ist die Einlage auch bei Beendigung der stillen Gesellschaft noch in vollem Umfang zu entrichten, weil sie als Teil der Eigenkapitalgrundlage des Geschäftsinhabers dessen Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung stehen muss (...).“
- Rn. 13: „Wie der Senat ... bereits festgestellt hat, ergibt sich dieser Eigenkapitalcharakter aus dem **Verhältnis des vom Geschäftsinhaber eingelegten Kapitals von 500.000 € zur Höhe der stillen Einlagen in Höhe von 150 Mio. €** und dem Umstand, dass die stillen Gesellschafter einem Kommanditisten vergleichbare Mitwirkungsrechte haben, die ihnen **weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung** und die Gestaltung der Kommanditgesellschaft einräumen. ... Außerdem treten die stillen Gesellschafter gemäß § 10 Nr. 6 GV (u.a.) mit ihren Abfindungsansprüchen im Rang hinter die Erfüllung der Forderungen von Gläubigern des Geschäftsinhabers zurück. In der Insolvenz des Geschäftsinhabers stehen ihre Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einem Gesellschafterdarlehen im Nachrang gleich (BGH, Urteil vom 28. Juni 2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 24). Auszahlungen an sie können im Falle der Insolvenz des Geschäftsinhabers anfechtbar sein (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 27; Haas/Vogel, NZI 2012, 875, 877; Mylich, WM 2013, 1010, 1013 f.). ...“

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Abgrenzung zwischen gesetzlicher und vertraglicher Bindung
(*Bitter*, ZIP 2019, 146, 149 ff.)
 - Der IX. Zivilsenat des BGH und die h.L. sprechen von der *gesetzlichen* Bindung durch das Recht der Gesellschafterdarlehen
 - Dem II. Zivilsenat des BGH geht es um eine privatautonome = vertragliche Bindung des (Eigen-)Kapitals
 - Problem 1: Gläubigerschutz durch Fiktion eines Parteiwillens
 - ❖ Wille der Gesellschafter zur Finanzierung der *lebenden* Gesellschaft
 - Problem 2: Erforderlichkeit einer Bindung durch Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. BGHZ 204, 231 („qualifizierter Rangrücktritt“)?

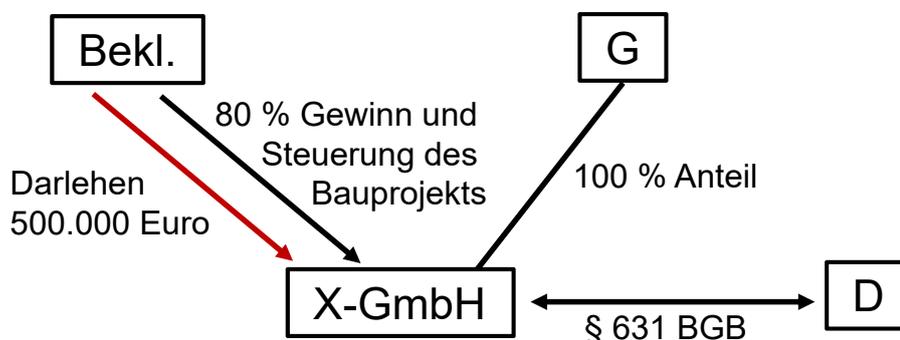
1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Abgrenzung zur stillen Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB
(*Bitter*, ZIP 2019, 146, 154 ff.)
 - Kreditverhältnis auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage
 - begrenzte Informations- und Kontrollrechte (§ 233 HGB)
 - kein Nachrang in der Insolvenz (§ 236 HGB)
 - begrenzter und rechtspolitisch umstrittener Anfechtungstatbestand (§ 136 InsO), der – anders als das Gesellschafterdarlehensrecht – auf dem Insidergedanken beruht

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 32
 - Problem: Variantenvielfalt der atypisch stillen Gesellschaft
 - Gesamtbetrachtung erforderlich (*Bitter*, ZIP 2019, 146, 155)
- BGHZ 193, 378: rechtsformspezifische Lösung
 - stiller Gesellschafter unterfällt in einer KG (Vergleich zum Kommanditisten) oder AG (Vergleich zum Aktionär) leichter dem Gesellschafterdarlehensrecht als in einer GmbH (Vergleich zum GmbH-Gesellschafter)
 - Grund liegt im gesetzlichen System: Gesellschafterdarlehensrecht gilt für alle haftungsbeschränkten Gesellschaften und für alle Gesellschaftertypen
 - generelle Orientierung am einflusslosesten Gesellschaftertyp nicht sinnvoll

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



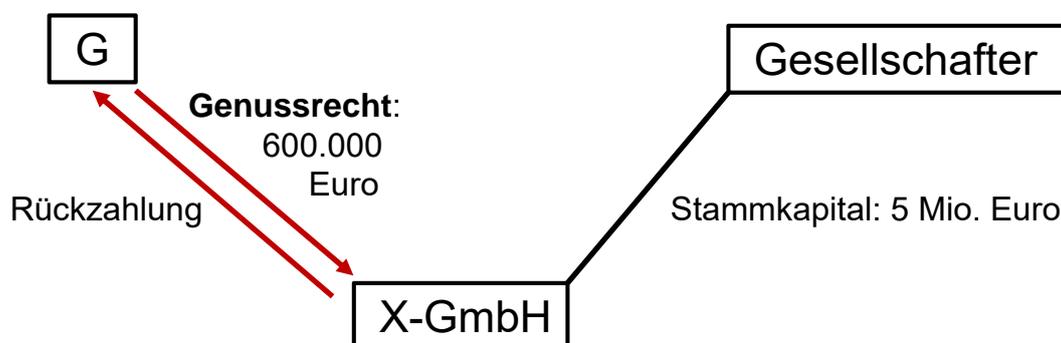
Fall: Komplette Abwicklung eines Bauprojektes durch den Bekl. über die X-GmbH (OLG Koblenz ZIP 2016, 1133; OLG Jena ZIP 2016, 1134)

- Frage 1: Nachrang des Anspruchs auf Darlehensrückgewähr?
- Frage 2: Anfechtbarkeit der Zahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Das Darlehen eines ehemaligen GmbH-Gesellschafters an die zwischenzeitlich insolvent gewordene Gesellschaft ist als gesellschaftergleiches Darlehen zu behandeln, wenn die dem Darlehensgeber durch die Gestaltung der zwischen den Beteiligten geschlossenen Verträge eingeräumte rechtliche und tatsächliche Position derjenigen eines Gesellschafters, der eine Einlage in das Unternehmen erbringt, ähnelt. Das ist der Fall, wenn sich der Darlehensgeber der Gesellschaft gewissermaßen als „äußere Hülle“ für ein Projekt bedient hat, das er wie ein eigenes finanzierte und maßgeblich gestalten konnte.
- ❖ OLG Koblenz ZIP 2016, 1133 (Leitsatz der ZIP-Redaktion)
- ❖ ähnlich OLG Jena ZIP 2016, 1134

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

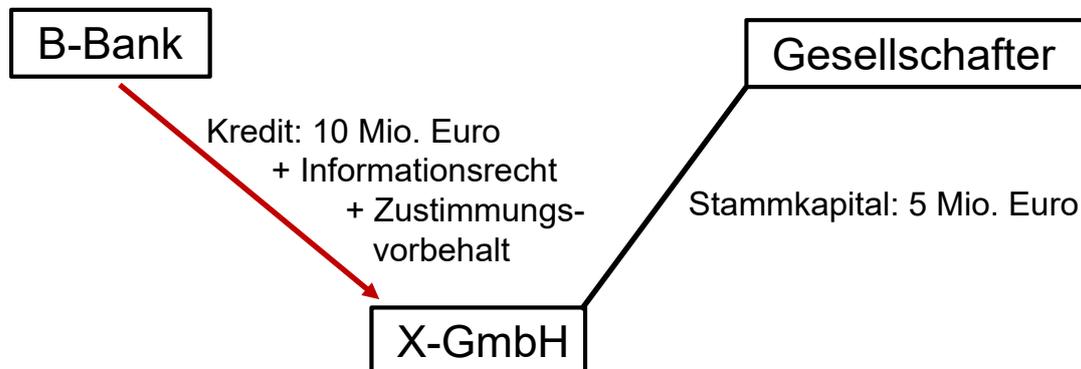


Sachverhalt: Genussrechtskapital insgesamt 15 Mio. Euro; Nachrang; Festzins + gewinnabhängiger Bonuszins; kein Informations-/Stimmrecht

Frage: Anfechtbarkeit der Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?

Antwort: Nein, weil es am zweiten Element des Doppeltatbestands (Möglichkeit der Einflussnahme) fehlt ⇒ Folie 74

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants



Fragen: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?
Sind Rückzahlungen und Sicherheiten anfechtbar gemäß § 135 Abs. 1 InsO?

Antwort: Nein, weil es am ersten Element des Doppeltatbestands (variable Erlösbeteiligung) fehlt ⇒ Folie 75

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands (Folie 32) in einer Gesamtbetrachtung
 - variable Erlösbeteiligung bedeutsamer als (typisierte) Einflussmacht
- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - reinen (auch weitgehenden) Informationsrechten ⇔ Insiderthese
 - variabler Erlösbeteiligung ohne Einflussmacht

Beispiel: Genussrechtsinhaber ohne Stimmrecht

 - ⇔ Abgrenzung vom freiwilligen vertraglichen Nachrang
 - ⇒ § 135 InsO dort unanwendbar
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung ⇒ b.w.

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung
 - Beispiel: Bank (mit Festbetragsanspruch) und Zustimmungsvorbehalten
 - ⇒ alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung reicht nicht
 - ⇒ selbst ein Einfluss auf Grundlagenentscheidungen ist grundsätzlich unerheblich (sehr str.)
 - ⇒ **Problem in der Krise**: variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung, z.B.
 - ❖ doppelnutzige Sanierungstreuhand mit Einfluss des Kreditgebers
 - ❖ *Loan-to-own* mit Einflussnahme vor dem *Debt-Equity-Swap*
 - ⇒ Achtung: Einbeziehung aber als mittelbare Gesellschafter möglich
 - ❖ wirtschaftliche – ggf. zusammengerechnete – Beteiligung > 10 %

- **Literatur (Auswahl):**
 - *Breidenstein*, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273 ff.
 - *Hoffmann*, Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10 ff.
 - *Engert*, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber – Zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835 ff.
 - ausführlich *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013
 - *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 298 ff.

3. Kleinbeteiligtenprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Bildung der Berechnungsgrundlage einschließlich oder ausschließlich des Hybridkapitals?
Beispiel: 950.000 Euro Stammkapital, 100.000 Euro atypisch stille Einlage
 - 100.000 Euro in Bezug auf 1.050.000 Euro < 10 %
 - 100.000 Euro in Bezug auf 950.000 Euro > 10 %
- bei Einbeziehung des Hybridkapitals in die Berechnungsgrundlage Rückwirkung auf die (Klein-)Beteiligung der regulären Gesellschafter
- Lösung: Hybridkapital wird allgemein nicht in die Berechnungsgrundlage einbezogen; Höhe des Finanzierungsbeitrags wird beim Doppeltatbestand (Gesamtbetrachtung) berücksichtigt
- Achtung: keine Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs bei koordinierter Kreditvergabe, z.B. in Publikumsgesellschaft (*Bitter*, ZIP 2019, 146, 157)

4. Sanierungsprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Sanierungsbeteiligung, nicht Sanierungskredit wird privilegiert und dabei auch nur der Kredit, nicht die Beteiligung selbst
- beim echtem Hybrid existiert aber kein Kredit neben der Beteiligung
- echtes Hybrid selbst kann nicht privilegiert werden; arg.: sonst Besserstellung des gesellschaftergleichen Dritten ggü. Gesellschafter (z.B. „Innen-Kommanditist“ im Vergleich zu regulärem Kommanditist)

5. Atypischer Pfandgläubiger (unechtes Hybrid)

- Ausgangspunkt der Diskussion: BGHZ 119, 191 (WestLB) zum alten Recht
 - Kreditvergabe + Pfandrecht am Gesellschaftsanteil
 - Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussanteile
 - weite Einflussmacht auf die Geschäftspolitik (faktische Geschäftsführung)
 - oft übersehen: Sicherheit diene auch der Rückführung des notleidenden Kreditengagements bei einer anderen Konzerngesellschaft
 - BGH: „gewinnabhängige Ausgestaltung der Vermögensbeteiligung“
 - zutreffende Prüfung des Doppeltatbestands
- Ergebnis: Kredit + Sicherheit + weitgehender Einfluss reichen nicht aus

6. Nießbraucher und Unterbeteiligte (unechtes Hybrid)

- BGH v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, ZIP 2011, 1411 (Rn. 4) zum alten Recht
- Gegenstand der Diskussion: Erfassung eines *neben* dem Nießbrauch/der Unterbeteiligung gewährten Darlehens
- Vergleich zw. Nießbraucher/Unterbeteiligtem + Gesellschafter erforderlich
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 32

7. Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters (unechtes Hybrid)

- Unterliegt die Einlage des atypisch Stillen (echtes Hybrid) dem Gesellschafterdarlehensrecht (Folien 62 ff.), gilt das Gleiche für ein daneben gewährtes Darlehen (unechtes Hybrid), vgl. *Bitter*, ZIP 2019, 146, 157 f.

8. Kleinbeteiligtenprivileg beim unechten Hybrid

- Problem: Atypischer Pfandgläubiger, Nießbraucher + Unterbeteiligter gewähren nur Kredit, halten aber keine Einlage.
- Lösung: Maßgeblichkeit jener Beteiligung, von der sie ihr Recht ableiten
 - „Hintermann“ kann nicht schlechter stehen als „Vordermann“

9. Sanierungsprivileg beim unechten Hybrid

- Problem: Ohne Einlage des atypischen Pfandgläubigers, Nießbrauchers + Unterbeteiligten fehlt auch die Sanierungsbeteiligung.
- Lösung zum Kleinbeteiligtenprivileg kann nicht übernommen werden
 - ein Anteil kann nicht zwei Kreditgeber privilegieren (Hinter- + Vordermann)
 - Privileg nur bei Sanierungsbeteiligung für Rechnung des „Hintermanns“

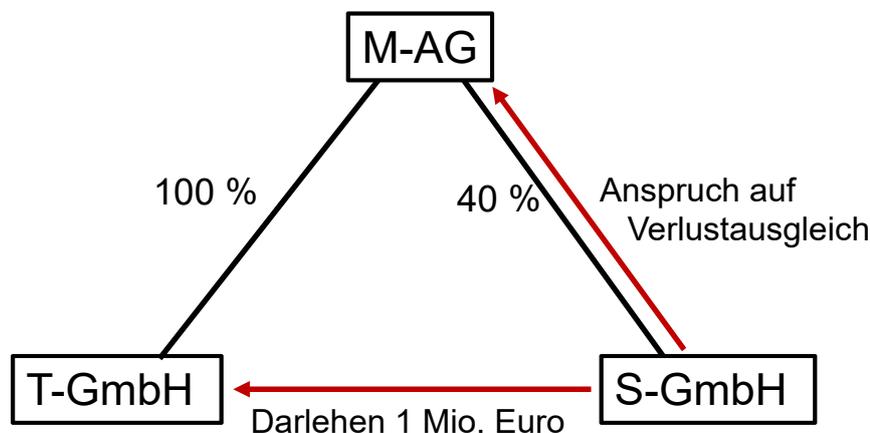
5. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

– Teil 3: Verbundene Unternehmen –

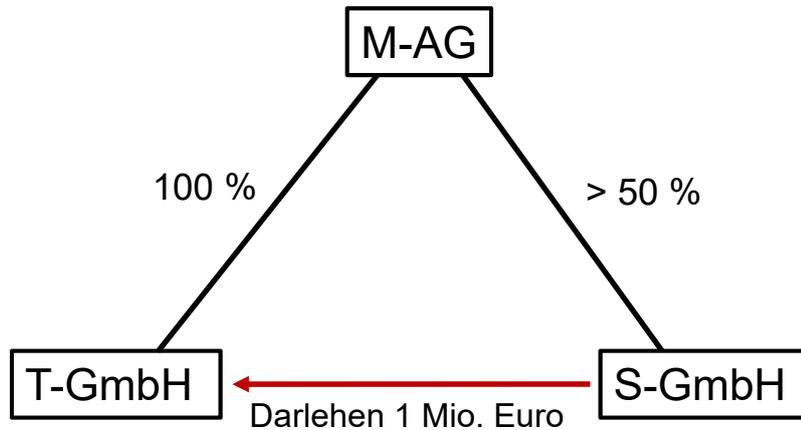
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 319 ff.

Anwendungsfälle bei verbundenen Unternehmen

- Darlehen für fremde Rechnung/Vertragskonzern ⇒ Folie 84
- Horizontale Konzernverbindung = Finanzierung durch Schwestergesellschaft ⇒ Folien 85 ff.
- Vertikale Konzernverbindung = Finanzierung durch mittelbaren Gesellschafter (Gesellschafter-Gesellschafter) ⇒ Folien 91 ff.
- Aufsteigende Darlehen (Up-stream-Loans)? ⇒ Folie 94



- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 320 f.: „Treuhand“



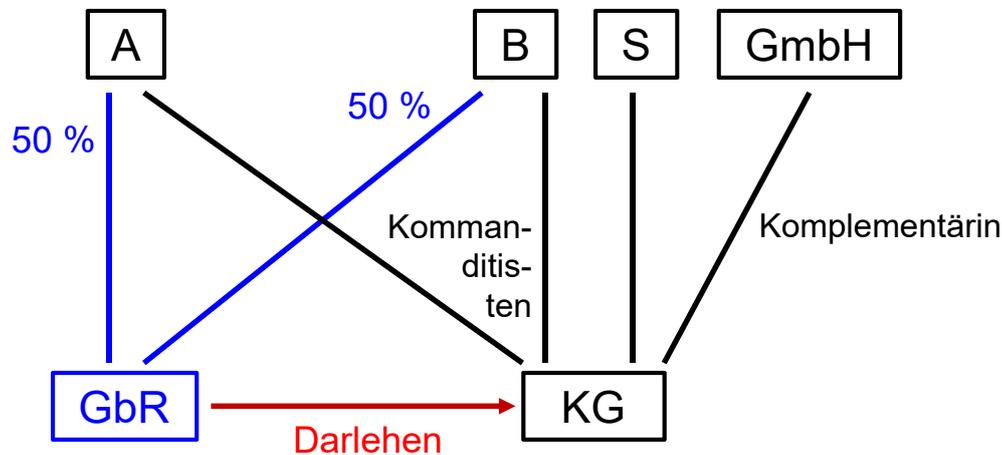
- h.M.: maßgebliche Beteiligung der Mutter an der finanzierenden Schwester erforderlich, da Einfluss auf die Kreditvergabe entscheidend; § 135 I InsO (auch) gegen die Schwester
- Gegenkonzept bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 322 ff., insbes. Rn. 332 ff.: anteilige Zurechnung des Darlehens zur Mutter

- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. *Bitter***
- **Leitsatz 2:** „Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.“
- Rn. 23: „Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen (...). Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (...). Mithin **können die hierzu im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts entwickelten Grundsätze** (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 – II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 ff; vom 28. Februar 2012 – II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff) auch bei Anwendung des § 135 Abs. 1 InsO **fruchtbar gemacht werden.**“

- Rn. 24: „Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten **maßgeblich beteiligt** ist. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine **Beteiligung von mehr als 50 v.H.** (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 10; Urteil vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 18). Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH zwar nur **zu genau 50 v.H. an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer** ist (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 – II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 20).“
- Urteilsanmerkung von *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1586 f.:
 - frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats wird 1:1 fortgesetzt
 - Kritik: Benachteiligung der Minderheitsgesellschafter der hilfeleistenden Schwes-tergesellschaft (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 332 ff.)

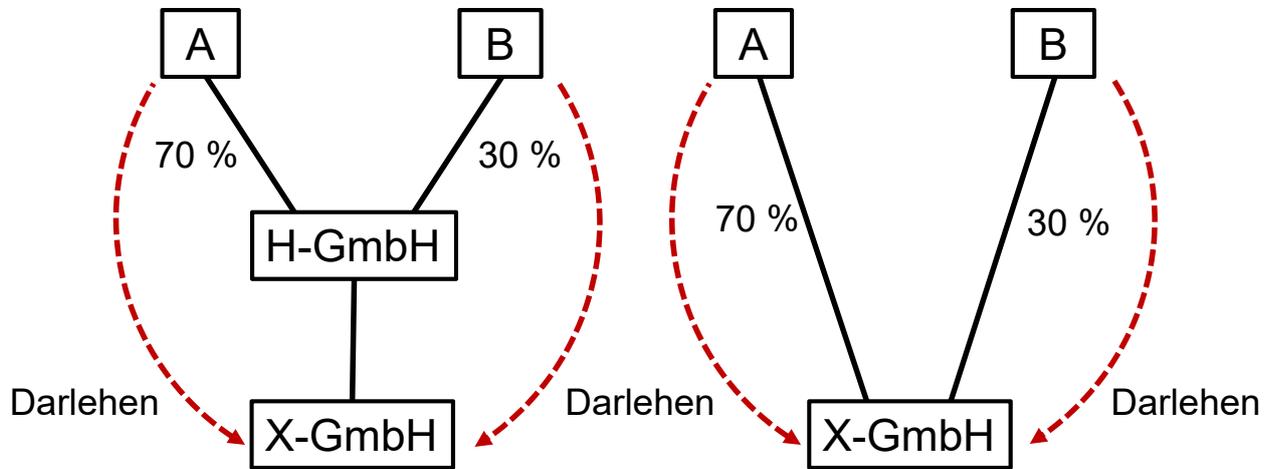
- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182**
- Leitsatz: „Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter **Gesellschafter an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.**“
- Kombination aus **horizontaler** und vertikaler Unternehmensverbindung
- Rn. 10: Eine Rechtsmacht, die Handlungen der darlehensgebenden Gesellschaft zu bestimmen, folgt bei einer KG nicht aus der Kommanditistenstellung, weil die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 164 Satz 1 HGB).
- Rn. 10 + 11: Entscheidend für den bestimmenden Einfluss ist die **Mehrheit der Stimmanteile**, nicht die (fehlende) Kapitalbeteiligung, vorausgesetzt der Gesellschaftsvertrag der KG stellt auf Mehrheitsentscheidungen ab.
- Rn. 12: Maßgeblich sind „die Verhältnisse im Zeitraum der Anfechtungsfrist von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung.“
- Rn. 13: Die Relevanz einer *tatsächlichen* Einflussmöglichkeit bleibt offen.

❖ **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)**



- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 338

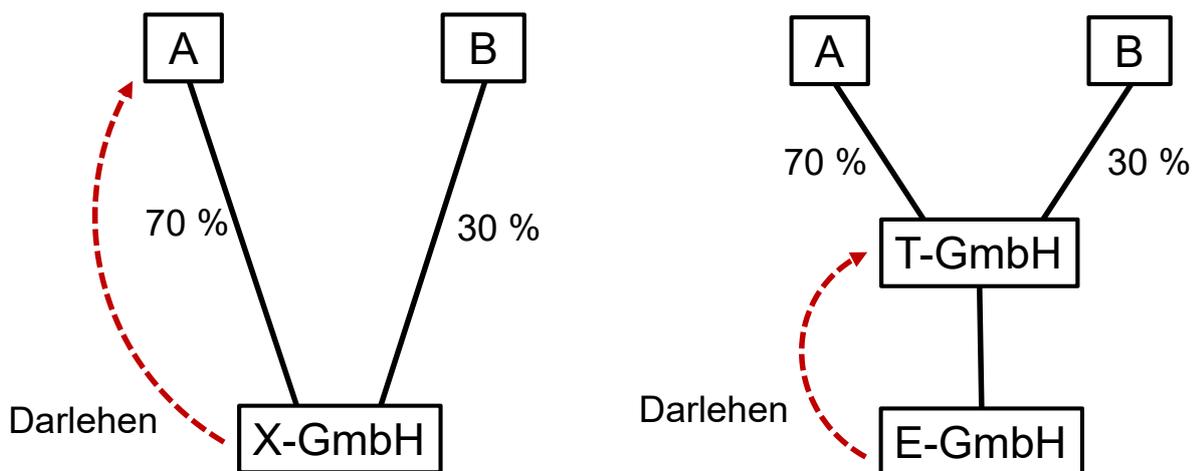
- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 50: „Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmenden und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist (BGHZ 198, 64 Rn. 24). Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende Weisungen erteilen kann (...). Dazu genügt bei einer GmbH & Co. KG eine Beteiligung von mehr als 50 vH (...).“
- Rn. 51: Beteiligung von genau 50 % kann genügen bei Betriebsaufspaltung in Besitz- und Betriebsgesellschaft wegen **Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen bei koordiniertem Zusammenwirken der Gesellschafter**



- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 343 ff.

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 2: „Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.“
- Rn. 21: „**Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln.** Dies gilt jedenfalls für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an der Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist und aufgrund einer qualifizierten Anteilmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann (...).“
- Rn. 22: ... „Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse [scl.: jeweils Alleingesellschafterin] kann dahinstehen, ob – **was nahe liegt** – auch **bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle** ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterliegt (...).“

- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182**
- Leitsatz: „Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich **mittelbar beteiligter Gesellschafter** an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.“
- Kombination aus horizontaler und **vertikaler** Unternehmensverbindung
- Rn. 15 zur vertikalen Verbindung: „... Die Bestimmungen über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der darlehensnehmenden Gesellschaft setzen, weil deren Gesellschafter keine Finanzierungsentscheidung zu treffen haben, abgesehen von dem Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO **keine Mindestbeteiligung** voraus. Entsprechendes hat auch im Falle einer mittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft zu gelten (...). **Der Gesellschafter kann sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet. ...**“



- kein Gesellschafterdarlehen
- Gesellschafterdarlehen konstruierbar, aber kein zusätzliches Insolvenzrisiko eingegangen
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 346 f.

© 2019

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de