

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz

– Analyse der aktuellen Rechtsprechung –

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“
am 30. November 2018 in Frankfurt

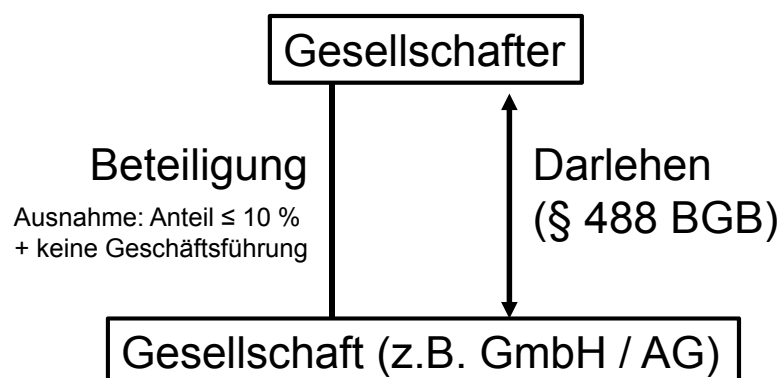
Gliederung

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen
 - Nachrang bei Doppelinsolvenz
 - Anfechtbarkeit von Zinszahlungen
3. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
 - sachliche Ausdehnung = Vergleich zum Darlehen
 - stille Einlage eines Gesellschafters
 - Auszahlung von Gewinnrücklagen (str.)
 - personelle Ausdehnung
 - atypisch stille Gesellschaft als Hauptfall des echten Hybridkapitals
4. Anfechtbarkeit von Sicherheiten und gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (Doppelsicherung durch Gesellschaft + Gesellschafter)

Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, 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.

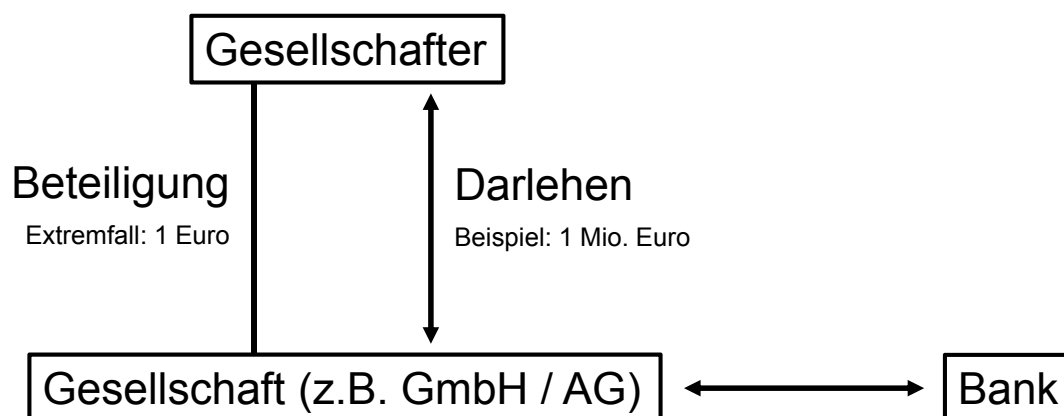
- **BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483**
- Rn. 22: „Grundgedanke des neuen Rechts ist es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine **darlehensweise Gewährung 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** (...).“

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 25 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.



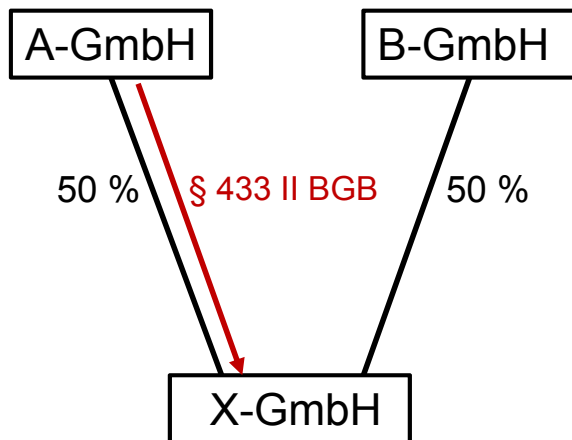
- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen.

- **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).

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

⇒ Nachrang bei Doppelinsolvenz

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 112



- | | |
|----------|---|
| 1.7.2017 | Warenlieferung mit
4 Wochen Zahlungsziel |
| sodann | Stundung durch A-GmbH |
| 5.1.2018 | Insolvenzantrag X-GmbH |
| 1.3.2018 | Verfahrenseröffnung X-GmbH |
| parallel | Verfahrenseröffnung A-GmbH |

- Frage 1: Unterliegt die Kaufpreisforderung der A-GmbH dem Nachrang?
- Frage 2: Greift die Anfechtung der Stundung gemäß § 134 InsO durch?

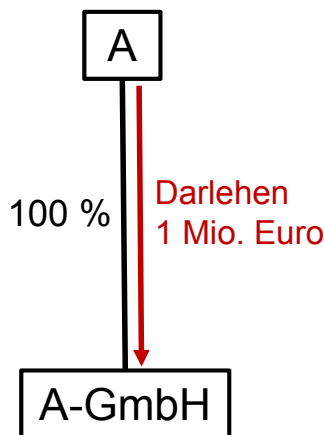
- **BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483**
- Leitsatz 1: „Die Auszahlung eines Gesellschafterdarlehens an die Gesellschaft kann in der Insolvenz des Gesellschafters nicht als unentgeltliche Leistung des Gesellschafters angefochten werden.“
- Leitsatz 2: „Der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters, welcher der Gesellschaft ein Darlehen gewährt hat, kann dem Nachrängeinwand des Insolvenzverwalters über das Vermögen der Gesellschaft nicht den Gegeneinwand entgegenhalten, die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens sei als unentgeltliche Leistung anfechtbar.“
- Rn. 21: „... Angesichts der Zuweisung der im letzten Jahr vor der Antragstellung erfolgten Rückzahlungen an die Masse der Gesellschaft und damit an deren Gläubiger wäre es widersprüchlich, die von dem Gesellschafter im Vierjahreszeitraum geleisteten und noch nicht zurückerlangten Zahlungen im Wege einer Anfechtbarkeit nach § 134 InsO – unter Überwindung des voraussetzungslos angeordneten Nachrangs – dessen Gläubigern zuzuordnen.“

- **BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483**
- Rn. 15: „Zum früheren Eigenkapitalersatzrecht hat der Bundesgerichtshof allerdings die Unentgeltlichkeit der Gewährung und des Stehenlassens von Gesellschafterdarlehen nach § 134 Abs. 1 InsO bejaht, wenn die Leistung oder das Stehenlassen des Darlehens in der Krise der Gesellschaft im Sinne des § 32a Abs. 1 GmbHG, also zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem die Gesellschafter ihr als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Der durch die Überlassung kapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz in aller Regel dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge habe, werde ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt (BGH, Urteil vom 2. April 2009 – IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 16; vom 5. März 2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 Rn. 51). **Diese Rechtsgrundsätze können auf das hier anwendbare neue Recht nicht übertragen werden.**“
- **Jacoby, ZIP 2018, 505:** Differenzierung zwischen ursprünglichem Nachrang (= kein § 134 InsO) und nachträglichem Nachrang durch Stehenlassen (= § 134 InsO anwendbar)

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

⇒ Anfechtbarkeit von Zinszahlungen

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 129



langfristig	Darlehen zu 5 % Zins
	Zinszahlung zum Monatsende
5.1.2018	Insolvenzantrag
1.3.2018	Verfahrenseröffnung

- Frage: Anfechtbarkeit der Zinszahlungen aus dem Jahr 2017 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

- **OLG Düsseldorf v. 20.5.2014 – I-12 U 87/13, ZIP 2015, 187, 188**
- Leitsatz 1 der ZIP-Redaktion: „Auch Zinszahlungen, die nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta sind, fallen in den sachlichen Anwendungsbereich von § 135 Nr. 2 InsO a.F.“
- Aus den Gründen: „Nach § 135 Nr. 2 InsO a.F. ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. ... Die Zinszahlungen fallen auch in den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift. Allerdings ist mit ihnen nicht für eine Forderung auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt worden. Die geleisteten Zinszahlungen waren vielmehr nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta (...). Dies steht ... der Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO a.F. aber nicht entgegen, da **die Zinszahlung als Nebenleistung das Schicksal der Hauptleistung teilt, wofür der Gleichlauf zur Nachrangregelung in § 39 InsO spricht** (...).
- a.A. Scholz/Bitter, Anh. § 64 Rn. 129; ausführlich Mylich, ZGR 2009, 474, 489 ff., der zwischen „Finanzierungsertrag“ (Zinsen) und „Finanzierungsquelle“ (Kredit) trennt

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 159 ff., 180 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, berichtet:

...

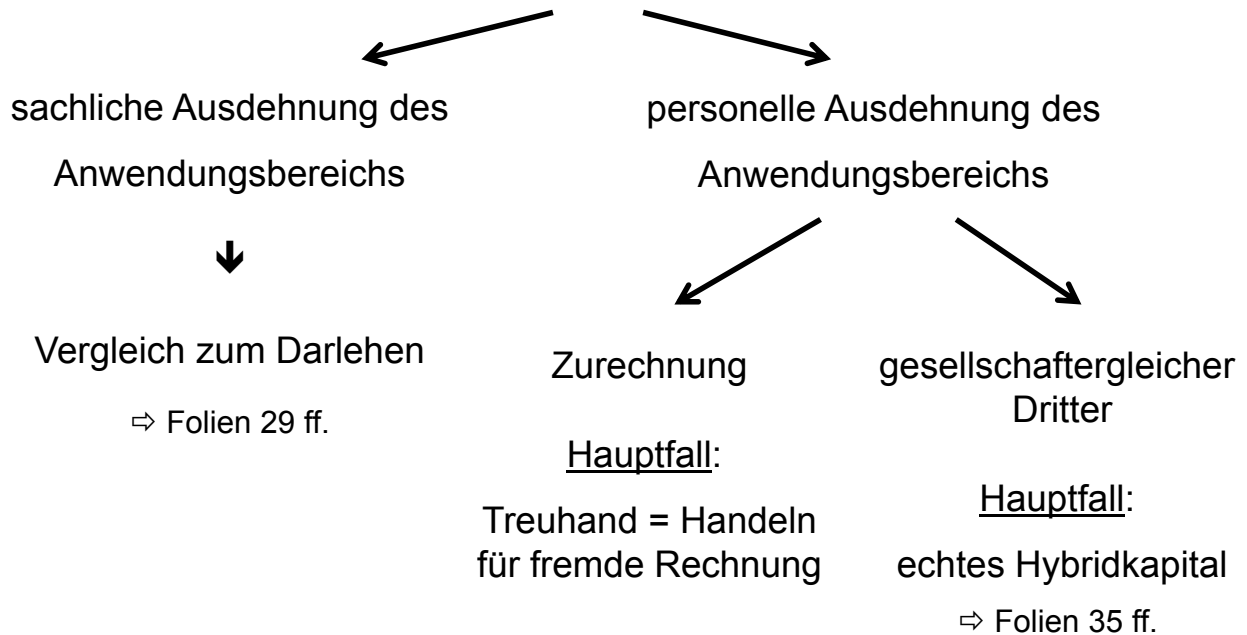
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

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.

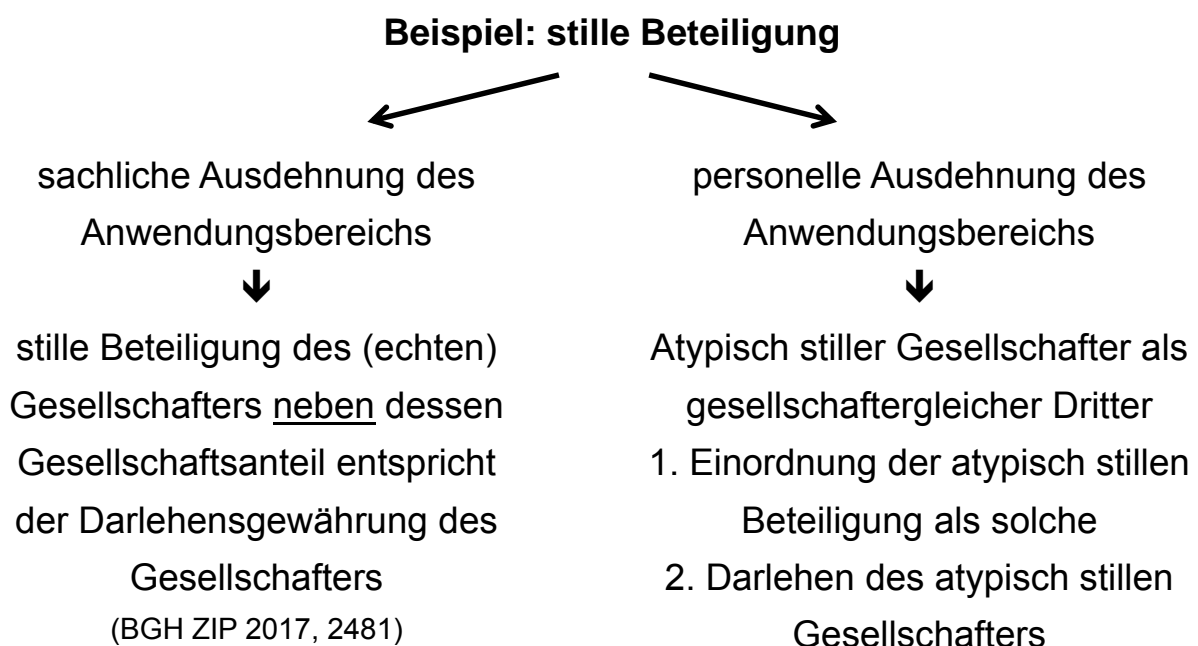
3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff., 180 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 176, 221 ff., 240 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
 - 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 „Strohänner“
- **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 ⇒ Folien 5 ff.
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 181 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff.

Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs: Vergleich zum Darlehen

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936, 937
- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 76
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
 - ❖ LAG Hannover v. 27.01.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925 (Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist)
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators)
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491 (Rn.50)
- Aber ggf. (unanfechtbare) Sicherheit, z.B. beim Eigentumsvorbehalt

- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit (a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO)
- **Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil**
 - ❖ BGH ZIP 2017, 2481 ⇒ Folie 26 (linke Seite) und Folie 32
- **Kapital- und Gewinnrücklage**
 - ❖ OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen); a.A. OLG Schleswig, 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622 m. krit. Besprechung *Mylich*, ZIP 2017, 1255 ⇒ Folie 33 + 34
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 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 (...). ...“

- **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, 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.**“

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

⇒ atypisch stille Gesellschaft als Hauptfall des Hybridkapitals

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 218 ff.

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung Hybridkapital

echtes Hybridkapital



Finanzierung auf einer
vertraglichen Grundlage mit
Eigen- und
Fremdkapitalelementen
Hauptfall: atypisch stille
Beteiligung

unechtes Hybridkapital



Eine Person stellt auf zwei getrennten
vertraglichen Grundlagen Eigen- und
Fremdkapital zur Verfügung
Hauptfall: reguläres
Gesellschafterdarlehen

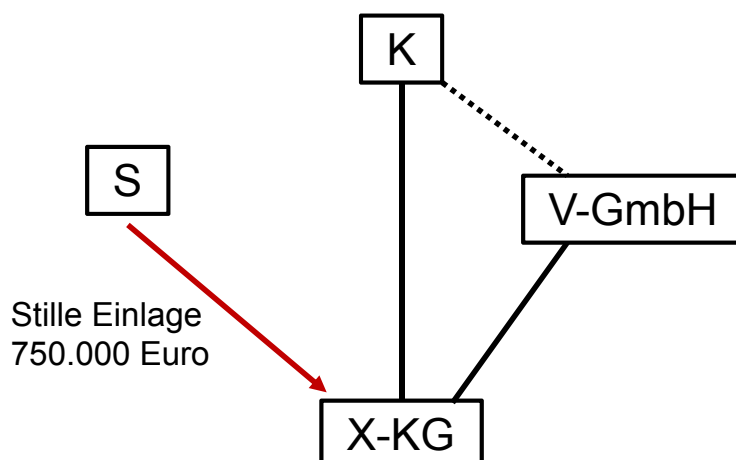
1. Erscheinungsformen echten Hybridkapitals

- **atypisch stille Beteiligung**
- mezzanine Finanzierungsinstrumente = Nachbildung von Vermögens- und Teilhaberechten eines Gesellschafters auf schuldrechtlicher Basis
- Kreditgeber mit Covenants (Informations- und Einflussrechte)

2. 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

- vor dem MoMiG: Einordnung als Eigenkapital = „doppelter Nachrang“
- seit dem MoMiG: Einordnung als dem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung = „einfacher Nachrang“ (§§ 39 I Nr. 5, 135 InsO)
 - Abweichung wird regelmäßig nicht begründet
 - neue Einordnung ist aber richtig (a.A. *Mylich*, WM 2013, 1010 ff.; unklar BGH v. 16.5.2017 – II ZR 284/15, ZIP 2017, 1365 ⇒ Folien 41 f.)
 - ⇒ 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.
- Bedeutung insbesondere bei Sicherheiten für stille Einlagen

- **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.). ...“

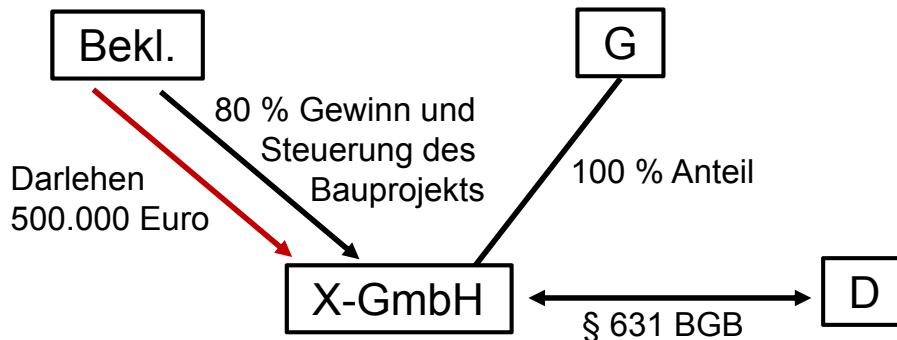
1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Abgrenzung zur stillen Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB
 - 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 28
 - Problem: Variantenvielfalt der atypisch stillen Gesellschaft
 - Gesamtbetrachtung erforderlich
- 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. Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters (unechtes Hybrid)

- Unterliegt die Einlage des atypisch Stillen (echtes Hybrid) dem Gesellschafterdarlehensrecht (Folien 38 ff.), gilt das Gleiche für ein daneben gewährtes Darlehen (unechtes Hybrid)

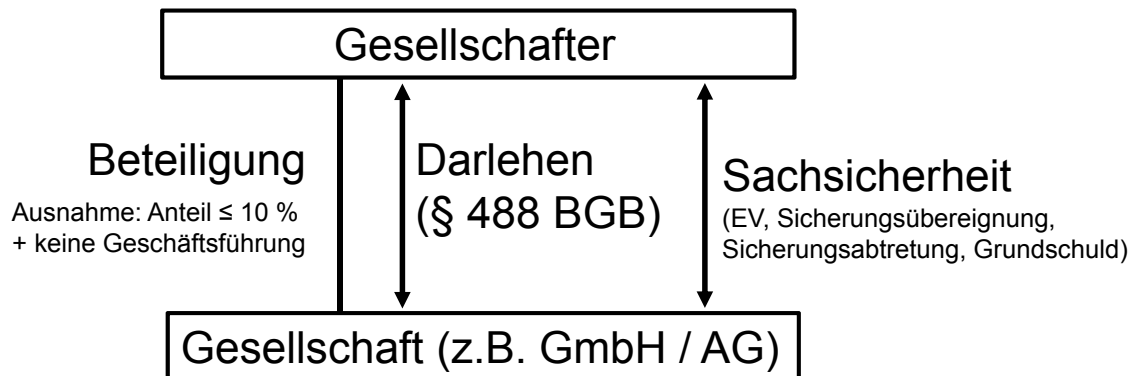
2. Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 134 ff.

Bitter, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen
nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497-1508

Bitter, Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: ein spät entdeckter
Zankapfel der Gesellschafts- und Insolvenzrechtler, ZIP 2013, 1998-2001

Übersicht: Sicherheit für Gesellschafterdarlehen



➤ Fall Nr. 1 – Nachträgliche Besicherung des Gesellschafterdarlehens

A = Alleingesellschafter-Geschäftsführer der A-GmbH

vor vielen Jahren: Darlehen i.H.v. 1 Mio. Euro

in späterer Krise: Grundschuldbestellung auf dem Betriebsgrundstück

Insolvenz: (a) 18 Monate bzw. (b) 10 Monate später

Frage: Anfechtbarkeit der Sicherheit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

➤ Fall Nr. 2 – Ursprüngliche Besicherung des Gesellschafterdarlehens

A = Alleingesellschafter-Geschäftsführer der A-GmbH

vor 8 Jahren: Darlehen i.H.v. 1 Mio. Euro; im Gegenzug Bestellung der Grundschuld auf dem Betriebsgrundstück

Frage: Anfechtbarkeit der Sicherheit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

➤ Fall Nr. 3: Die Grundschuld wurde jeweils 11 Jahre vor der Insolvenz bestellt

- Frage: Hindert der Nachrang einer Forderung die Durchsetzung eines für die Forderung bestellten Sicherungsrechts?

1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

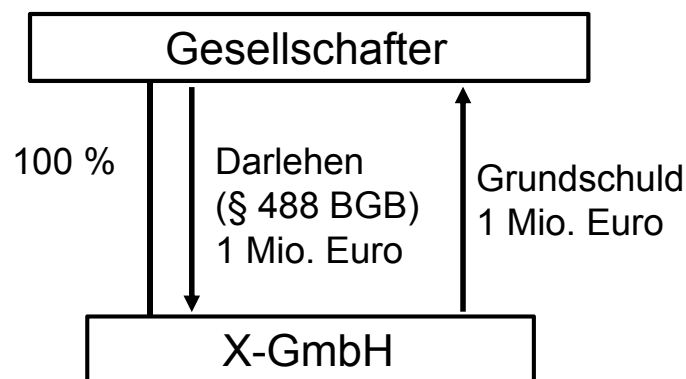
- **BGH v. 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 (Rn. 17)**:
„Steht wie hier ... fest, dass der – in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte – Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.), dem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hat, **wegen der Höhe der Gläubigerforderungen** seine Rückzahlungsforderung dauerhaft nicht mehr durchsetzen und **keinerlei Zahlung erwarten kann**, ist er auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, die Sicherheit freizugeben (...). In einem solchen Fall **wird der Sicherheit die vertragliche Rechtsgrundlage entzogen, weil sich der Sicherungszweck erledigt hat**. Der Beklagte ist deshalb verpflichtet, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen und die Grundschuldbriefe herauszugeben.“

1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **BGH v. 17.7.2008 – IX ZR 132/07, ZIP 2008, 1539 = NJW 2008, 3064** für Zinsforderungen und Kosten gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO:
„In Abkehr von § 63 Nr. 1 und 2 KO **sieht § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ausdrücklich vor, dass nach Insolvenzeröffnung bis zur Verwertung entstandene Zins- und Kostenforderungen am Insolvenzverfahren teilnehmen**. Trotz der Einstufung dieser Ansprüche als nachrangige Insolvenzforderungen sind sie – was die Revision verkennt – im Vergleich zur gänzlichen Nichtberücksichtigung unter dem früheren Rechtszustand günstiger gestellt worden. Im Lichte der Entscheidung BGHZ 134, 195, 197, die das Absonderungsrecht bereits auf diese nicht am Konkursverfahren teilnehmenden Forderungen ausgedehnt hatte, spricht die gewandelte Rechtslage nachdrücklich dafür, die **nunmehr ausdrücklich in das Insolvenzverfahren einbezogenen Zins- und Kostenforderungen weiterhin im Rahmen der abgesonderten Befriedigung zu beachten ...**“

2. Rechtsqualität des Nachrangs

- reine Verteilungsregel (≠ materielle Einrede)
 - ⇒ §§ 768, 1137, 1211 BGB sind nicht anwendbar
- Sicherungszweck entfällt nicht mit dem Nachrang
 - ⇒ Sicherheiten werden für den Ausfall in der Insolvenz bestellt
 - ⇒ Ausfallwahrscheinlichkeit bei nachrangiger Forderung noch höher
 - ⇒ Vergleich zum Ausfall der regulären Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) bei Masseunzulänglichkeit i.S.v. § 208 InsO ⇒ auch dort kein Wegfall des Absonderungsrechts wegen fehlender Erwartbarkeit einer Zahlung
- keine Aushöhlung der klaren gesetzgeberischen Begrenzung der Anfechtbarkeit/Undurchsetzbarkeit auf 10 Jahre vor dem Antrag



- Fall Nr. 2 (oben Folie 50): Sicherheit (z.B. Grundschild) wird 8 Jahre vor der Insolvenz Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt
- Abwandlung: Die Bestellung erfolgt 6 Monate vor dem Insolvenzantrag
- Frage: Anfechtung der Grundschildbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe Zug um Zug gegen Bestellung einer Sicherheit
 - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rn. 13): „§ 32a GmbHG setzt voraus, daß der Gesellschafter das Darlehen gewährt oder die diesem wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vollzogen hat. Die Vorschrift begründet ein Rückzahlungsverbot, nicht jedoch eine Verpflichtung, zugesagte, bisher nicht gewährte Leistungen im Konkursfall nachzuschließen.“
 - ⇒ BGH ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 (Rn. 26) – Staffelpkredit: Die vom Gesellschafter mehrfach gewährten und dann jeweils zurückgezahlten Beträge sind „der Masse im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden, was dem [vom Gesellschafter] übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“
- Wirtschaftliche Nähe der Darlehensgewährung *gegen Sicherheit* zur Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 Abs. 3 InsO (Fall der *materiellen* Unterkapitalisierung)

- Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO)
 - ⇒ Anerkennung außerhalb der Gesellschafterdarlehen (BGH NJW 1998, 2592, 2597 = ZIP 1998, 793, 798; insoweit nicht in BGHZ 138, 291)
 - ⇒ Anwendung des § 142 InsO bei Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens gegen Aufgabe einer Sicherheit im Rahmen einer PKW-Ankaufsförderung (OLG Karlsruhe ZIP 2018, 1987)
 - ⇒ generell keine Ausnahme von § 142 InsO bei Gesellschafterdarlehen
 - ⇒ kein Bargeschäft bei nachträglicher Besicherung oder Wiederauffüllung einer zwischenzeitlich im Wert gesunkenen Sicherheit
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ⇒ so in der Sache BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffelpkredit
 - ⇒ Lösung für Fälle der Gläubigeranfechtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG

- für eine Differenzierung zwischen anfänglicher und nachträglicher Besicherung
 - ⇒ *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547 ff.
 - ⇒ *Marotzke*, ZInsO 2013, 641 ff.
 - ⇒ *Bitter*, ZIP 2013, 1497 ff. und 1998 ff.

- für eine umfassende Undurchsetzbarkeit / Anfechtbarkeit der Besicherung:
 - ⇒ *Altmeyden*, NZG 2013, 441 ff. und ZIP 2013, 1745 ff.
 - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2013, 1992 ff.
 - ❖ überholt durch BGH WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 (Rn. 14 und 21) m. Anm. *Bitter*

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

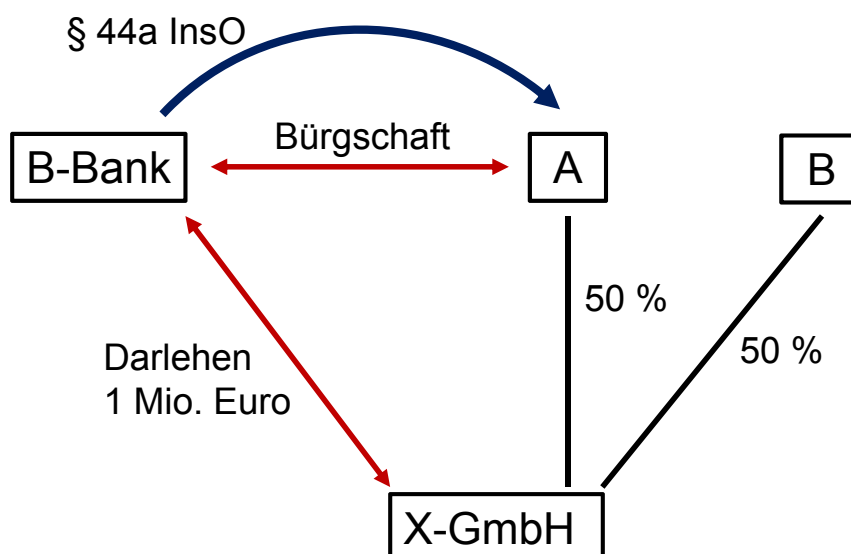
⇒ Doppelsicherung

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 266 ff.

MünchKommInsO/*Bitter*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 44a

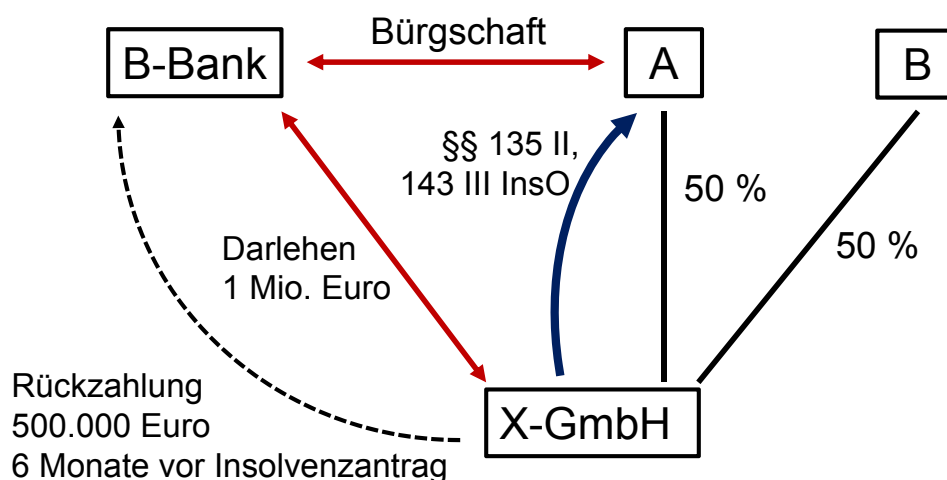
(demnächst in 4. Auflage)

- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse teilnehmen (§ 44a InsO).
 - ⇒ streitig, ob sodann – wie bei § 43 InsO – die Quote auf die volle ursprüngliche Forderung oder – wie bei § 52 InsO – nur auf die nach Verwertung der Gesellschaftersicherheit verbleibende Restforderung zu berechnen ist ⇒ Fall Nr. 1
 - Die Befreiung des Gesellschafters aus seiner Sicherheit durch Rückzahlung des Darlehens im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag ist anfechtbar (§ 135 Abs. 2 InsO). Der Gesellschafter haftet auf Erstattung zur Masse (§ 143 Abs. 3 InsO).

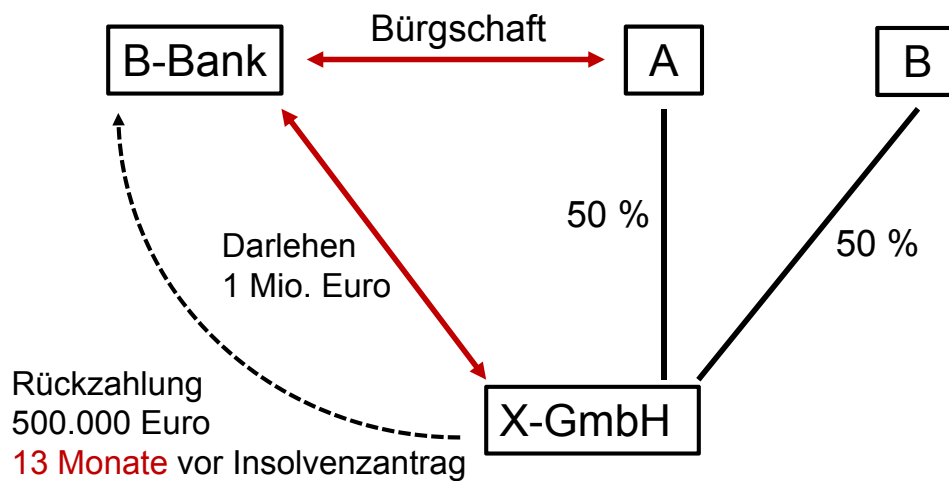


- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?

- Unstreitig: Der Darlehensgeber wird gemäß § 44a InsO *verfahrensmäßig* auf die Gesellschaftersicherheit verwiesen und muss diese zunächst verwerten.
- Streitig ist die Teilnahme an der Verteilung der Insolvenzmasse nach Verwertung der Drittsicherheit.
 - h.M.: wie bei sonstigen Drittsicherheiten gilt das Doppelberücksichtigungsprinzip aus § 43 InsO, weil sich § 44a InsO nicht gegen den Darlehensgeber richtet
⇒ Berechnung der Insolvenzquote auf den ursprünglichen Forderungsbetrag vor Verwertung der Sicherheit (vgl. MünchKommInsO/Bitter, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 44a Rn. 20 ff.; Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 282 m.w.N.)
 - a.A.: Geltung des Ausfallprinzips aus § 52 InsO (so beiläufig BGHZ 193, 378, 383 = WM 2012, 1874, Rn. 13) ⇒ Berechnung der Insolvenzquote nur auf den Restbetrag der Forderung nach Anrechnung des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit



- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

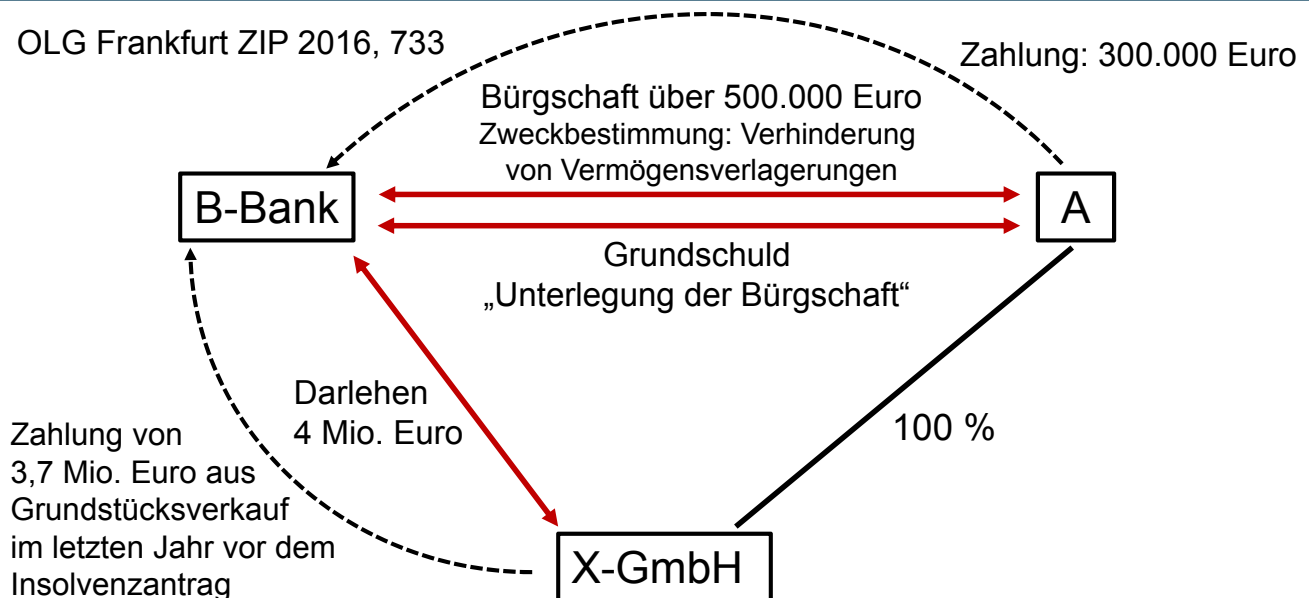


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

- **Lösung zu Fall Nr. 2:**
 - ⇒ keine Anfechtbarkeit gegenüber der darlehensgebenden Bank, da diese nicht Adressat des Gesellschafterdarlehensrechts ist
 - ⇒ Aber: Gesellschafter wird durch die Darlehensrückführung von der Möglichkeit der Inanspruchnahme aus der Gesellschaftersicherheit befreit. Diese Befreiung ist anfechtbar (§ 135 Abs. 2 InsO) und führt zur Erstattungspflicht des Gesellschafters (§ 143 Abs. 3 InsO).

Voraussetzung: Rückzahlung innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 286)
- **Lösung zu Fall 3:**
 - ⇒ keine Anfechtbarkeit, weil die Jahresfrist seit der Rückzahlung zur Zeit des Insolvenzantrags bereits abgelaufen war

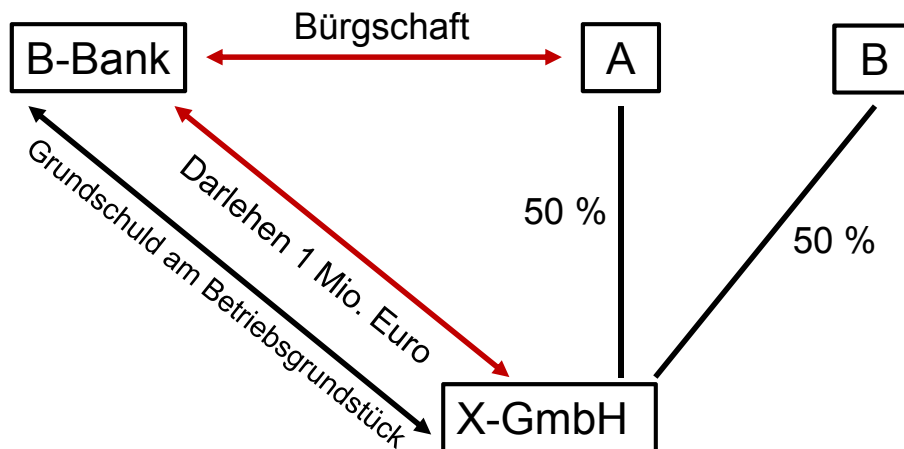
OLG Frankfurt ZIP 2016, 733



- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Zahlung von 200.000 Euro verlangen?

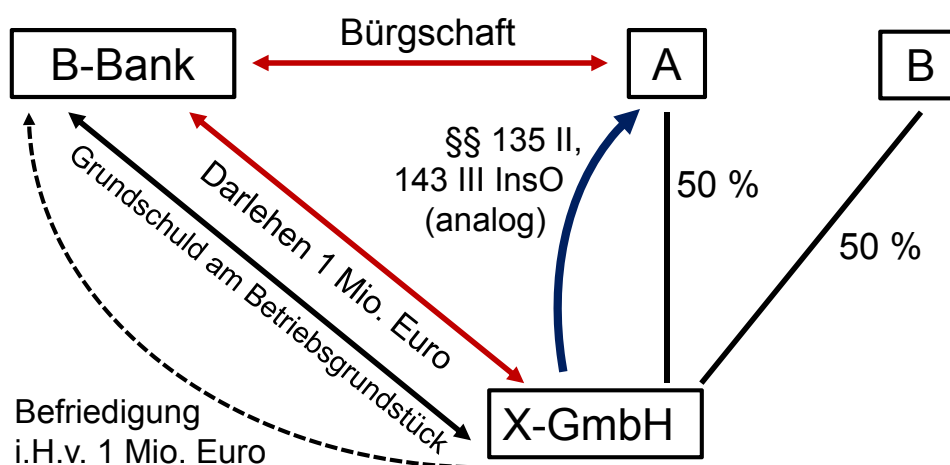
- **OLG Frankfurt v. 11.11.2015 – 17 U 121/14, ZIP 2016, 733**
- Die Anfechtbarkeit gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO setzt voraus, dass der Kreditgeber gemäß § 44a InsO auf die Sicherheit hätte verwiesen werden können, wenn es noch nicht zur Rückzahlung des Darlehens gekommen wäre.
- Dient die übernommene Bürgschaft ausweislich ihrer Zweckerklärung lediglich der „Erfassung zukünftiger Vermögensverlagerungen des Hauptschuldners auf den Bürgen“ und wird diese Sicherheit durch eine Grundschild „unterlegt“, so bedeutet dies, dass entsprechend der demnach auch für die Grundschild geltenden Zweckbestimmung auf die zweite Sicherheit nur dann zurückgegriffen werden können soll, wenn die erste Sicherheit nicht auskömmlich ist.

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 5 – Doppelsicherung



- Die B-Bank muss nicht zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus der Grundschild verlangen kann. ⇒ Folie 69

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 6 – Doppelsicherung



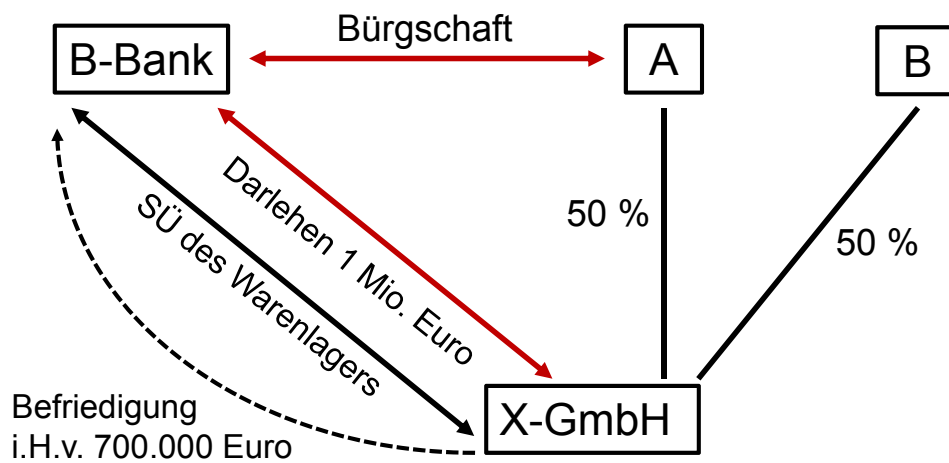
- A muss nach Verwertung der Sicherheit die 1 Mio. Euro an den Insolvenzverwalter der X-GmbH erstatten (§§ 135 II, 135 III InsO [analog]). ⇒ Folie 69

- **BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 = ZIP 2011, 2417**
- Leitsatz: „Wird die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt, ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet.“
- Rn. 11: „In der Kommentar- und Aufsatzliteratur ... wird ... nahezu einhellig eine Regelungslücke angenommen (...). Will man sich nicht – wie das Berufungsgericht – mit diesem unbefriedigenden Rechtszustand abfinden, kann die vorrangige Haftung der Gesellschaftersicherheit auf zwei Wegen erreicht werden. Entweder ist der Drittgläubiger verpflichtet, zunächst die Gesellschaftersicherheit und dann erst die Gesellschaftssicherheit zu verwerten (§ 44a InsO analog; ...). Oder der Gläubiger bleibt – wie im früheren Recht – berechtigt zu wählen, welche Sicherheit er zieht; dem Insolvenzverwalter steht jedoch ein Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter zu, ...“
- Rn. 12: „Die aufgezeigte Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO zu füllen.“
- Rn. 13: „Eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO kommt nach geltendem Recht nicht in Betracht.“

- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz: „Tilgt eine Gesellschaft ein von ihr selbst und ihrem Gesellschafter besichertes Darlehen gegenüber dem Darlehensgeber, liegt die Gläubigerbenachteiligung bei der Anfechtung der Befreiung des Gesellschafters von seiner Sicherung in dem Abfluss der Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen, weil der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft zur vorrangigen Befriedigung der von ihm besicherten Verbindlichkeit verpflichtet ist (im Anschluss an BGHZ 192, 9 = ZIP 2011, 2417).“
- Rn. 12: „In Anwendung des § 135 Abs. 2 InsO steht dem Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen, dass die Zahlungen der Schuldnerin im Verhältnis zu der insolvenzfest gesicherten Sparkasse unanfechtbar waren. Die Gesellschaftsgläubiger werden stets benachteiligt, wenn ein durch den Gesellschafter besichertes Drittdarlehen aus Mitteln der Gesellschaft befriedigt wird, weil **der Gesellschafter aus der von ihm übernommenen Sicherung zur vorrangigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist.**“

- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Rn. 14: „Mit Rücksicht auf die gebotene **Gleichstellung von Darlehensgewährung und Darlehenssicherung** (...) soll die Bestimmung des § 135 Abs. 2 InsO verhindern, dass der Gesellschafter die rechtlichen Bindungen bei der Gewährung eines Darlehens umgeht, indem er sich darauf beschränkt, ein von einem Dritten der Gesellschaft gegebenes Darlehen zu besichern (...). Wurde dem Dritten in einer solchen Gestaltung das Darlehen im letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung von der Gesellschaft zurückgezahlt, so wurde mit der Gesellschaft zugleich der Gesellschafter, der für diese Forderung eine Sicherung bestellt hatte, von seiner Haftung gegenüber dem Dritten befreit. **Gegenstand der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO bildet** darum **die durch die Zahlung der Gesellschaft bewirkte Befreiung des Gesellschafters von der von ihm für ein Drittdarlehen übernommenen Sicherung** (...). Folglich werden die Gesellschaftsgläubiger benachteiligt, wenn das durch den Gesellschafter besicherte Darlehen entgegen der Vorstellung des Gesetzes aus Mitteln der Gesellschaft getilgt wird (vgl. BT-Drucks. 8/1347, S. 40).“

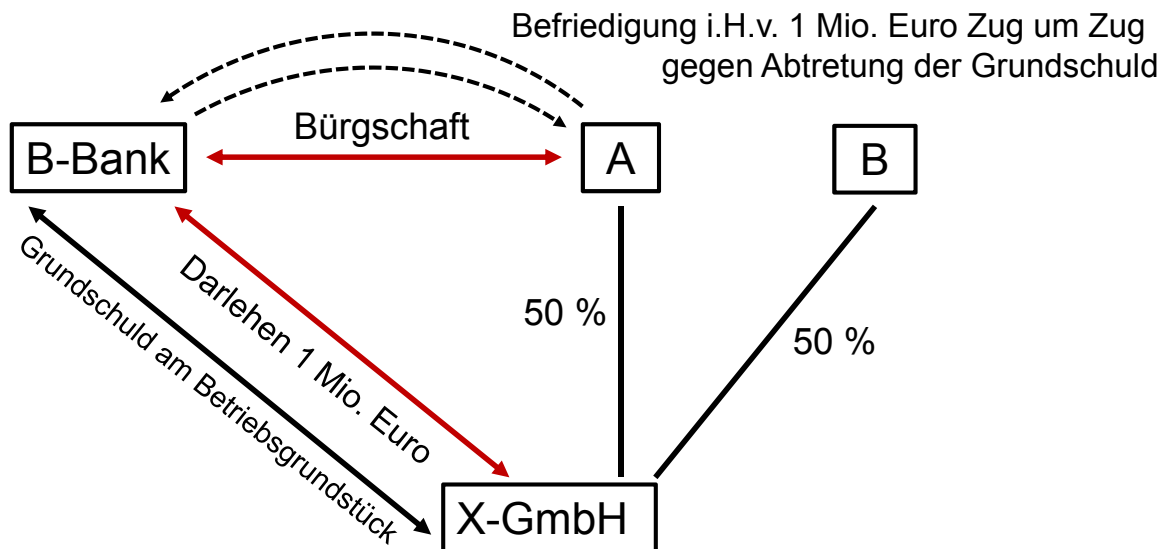
- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Rn. 21: „Eine dem Darlehensgeber gewährte Sicherung schützt gerade nicht den Anspruch der Gesellschaft aus § 135 Abs. 2 InsO gegen den Gesellschafter. Dieser Anspruch folgt aus dem **Haftungsvorrang des Gesellschafters (§ 44a InsO)**, **der infolge der Gewährung einer Eigensicherung seitens der Gesellschaft nicht entfällt**. Auch wenn die Gesellschaft selbst dem Darlehensgeber eine anfechtungsfeste Sicherung stellt, bleibt es bei dem Grundsatz des § 44a InsO, wonach der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft vorrangig zur Befriedigung des Darlehensgebers verpflichtet ist (...).“



- Frage: Kann die B-Bank, die i.H.v. 700.000 Euro durch Verwertung des Warenlagers befriedigt wurde, mit der Restforderung von 300.000 Euro unmittelbar an der Verteilung der Insolvenzmasse teilnehmen?

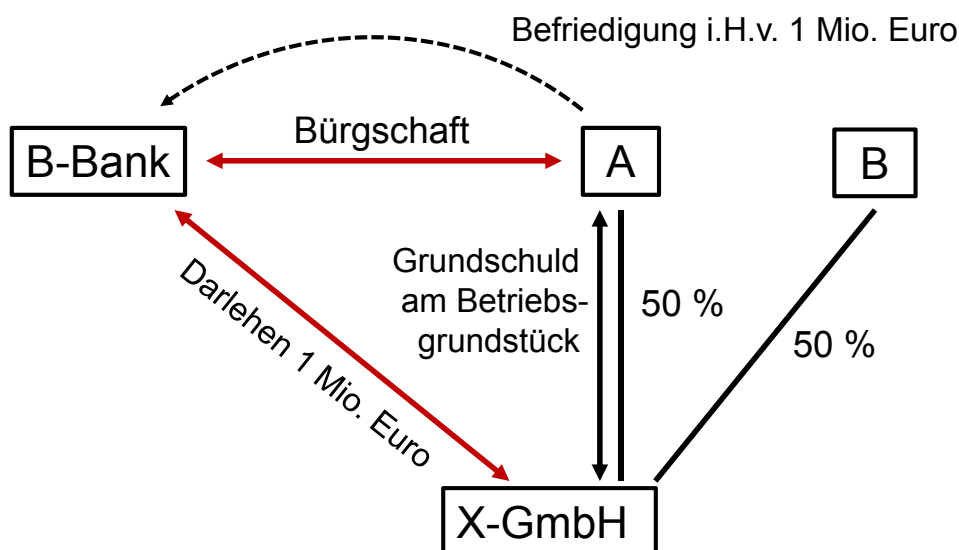
- Lösung: Der Tatbestand der Doppelsicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter ändert nichts daran, dass § 44a InsO in Bezug auf die *Gesellschaftersicherheit* weiter anwendbar ist, diese also vom Drittkreditgeber in Anspruch genommen werden muss, ehe er an der quotalen Verteilung der Gesellschaftsmasse teilnehmen kann.
 - ❖ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 300
- Ergebnis: Die B-Bank muss für ihre Restforderung von 300.000 Euro zunächst den A in Anspruch nehmen, ehe sie an der Verteilung der Insolvenzmasse der X-GmbH teilnehmen kann.

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 8 – Doppelsicherung



- Frage: Kann A in der Insolvenz der X-GmbH abgesonderte Befriedigung aus der Grundschild verlangen?

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 9 – Doppelsicherung

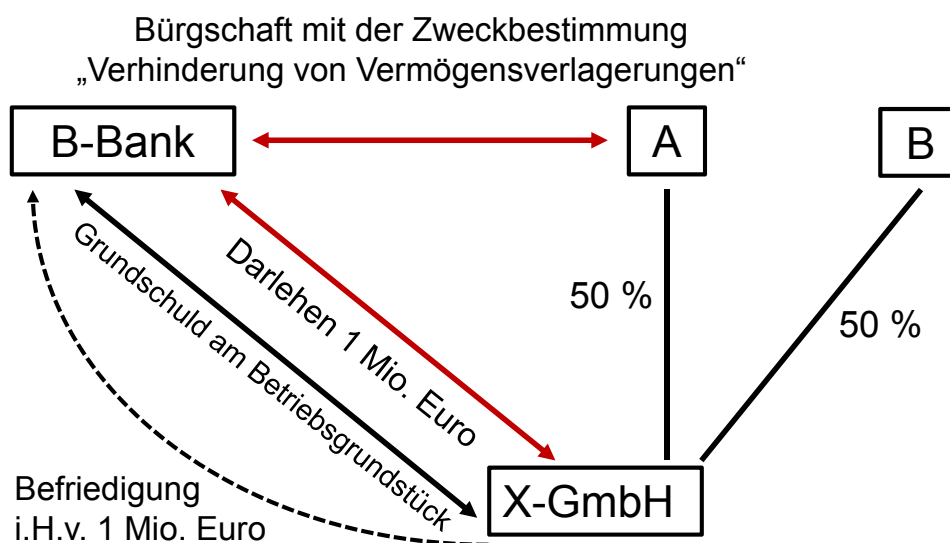


- Frage: Kann A in der Insolvenz der X-GmbH abgesonderte Befriedigung aus der Grundschild verlangen?

- zu Fall Nr. 9: Die Besicherung des Regressanspruchs ist vergleichbar mit der Besicherung eines vom Gesellschafter selbst hingegebenen Darlehens. ⇒ Ist der Gesellschafter im zweitgenannten Fall insolvenzfest gesichert, muss er es auch im ersten Fall sein.
 - ❖ *Holzmann*, Das Regressrisiko des Befreiungsgläubigers, 2016, S. 112 ff.
 - ❖ Gleichstellung von Darlehensgewährung und Darlehenssicherung (vgl. – mit umgekehrter Zielrichtung – BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 [Rn. 14], für BGHZ vorgesehen) ⇒ Folie 16
- zu Fall Nr. 8: Konsequenz muss auch für den Fall entschieden werden, dass der Gesellschafter einen bereits durch die Gesellschaft besicherten Rückzahlungsanspruch Dritter besichert.
- Frage: Muss man ggf. die ganze Konzeption des BGH zu den Fällen der Doppelsicherung in Zweifel ziehen?

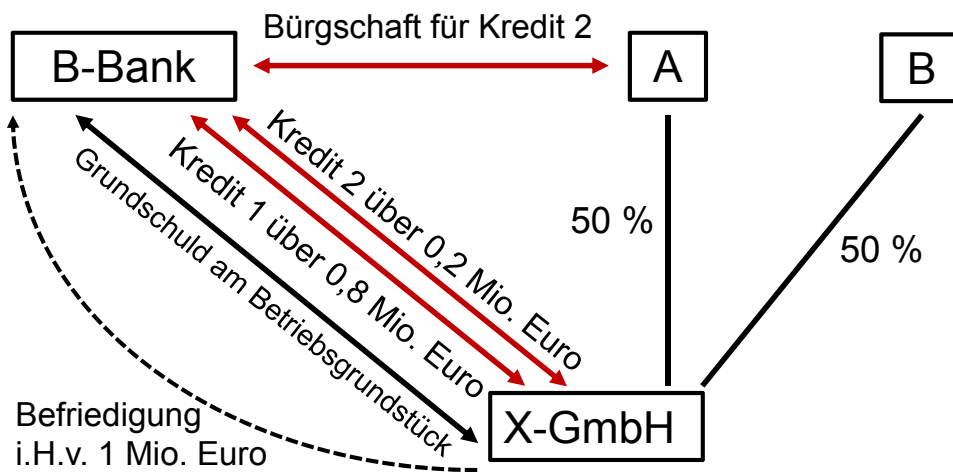
- Frage: Folgt man der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf Fälle 8 und 9, muss man die ganze Konzeption des BGH zu den Fällen der Doppelsicherung in Zweifel ziehen.
- In dem Umfang, in dem die Gesellschaft den Kredit (sei er vom Gesellschafter oder von Dritten gewährt) selbst besichern kann, liegt gar keine nominelle Unterkapitalisierung vor, welche jedoch der gedankliche Ausgangspunkt des Gesellschafterdarlehensrechts ist. Im Umfang der (ursprünglichen) *Gesellschaftssicherheit* hält der Kredit einem Drittvergleich stand; die Finanzierung der Gesellschaft wird insoweit nicht durch den Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selbst sichergestellt. In diesem Umfang besteht folglich kein Anlass für die Anwendung der Sonderregeln des Gesellschafterdarlehensrechts.

- Empfehlung für die Praxis: Da der BGH der hier vertretenen Position voraussichtlich nicht folgen wird, muss nach Alternativlösungen zur Begrenzung des Gesellschafterrisikos geschaut werden:
- Reicht die Gesellschaftssicherheit dem Kreditgeber grundsätzlich aus und dient die Gesellschaftersicherheit (insbesondere eine Bürgschaft des Gesellschafters) daneben nur einer Absicherung des Kreditgebers gegen Vermögensverlagerungen vom Gesellschafts- ins Gesellschaftervermögen, ist diese Zweckbestimmung ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen ⇒ Folie 80. Konsequenz: oben Folien 65 f.
- Die Gesellschaftersicherheit sollte nicht für den gesamten Kredit übernommen werden, sondern nur für einen letztrangigen Teilbetrag des Kredits. ⇒ Risikobegrenzung im Umfang und Gegenstand ⇒ Folien 81 f.
- Radikallösung: Betriebsaufspaltung ⇒ Folie 83



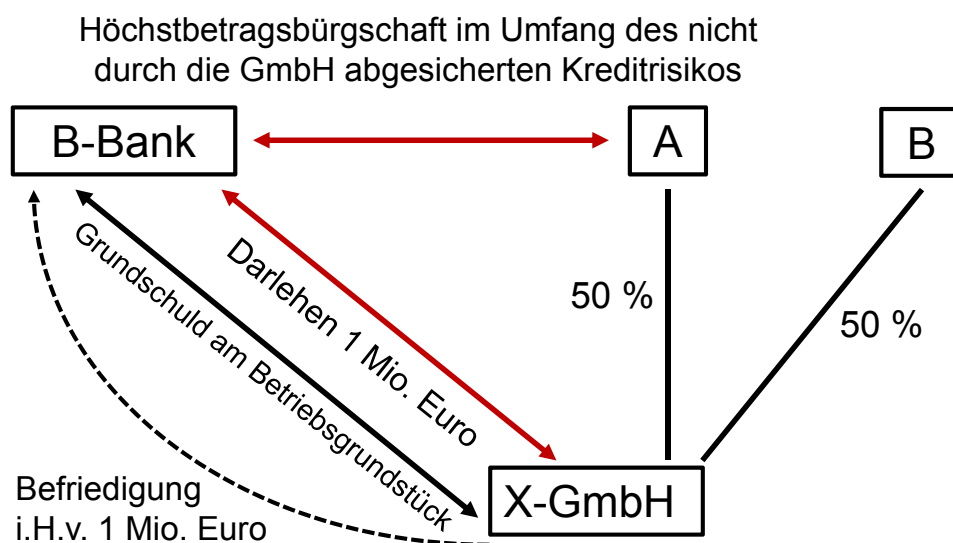
- Konsequenz: Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann nicht gegenüber A anfechten, wenn es tatsächlich nicht zu Vermögensverschiebungen kommt.

Alternative Lösung über die Begrenzung der Bürgschaft auf einen Teilkredit



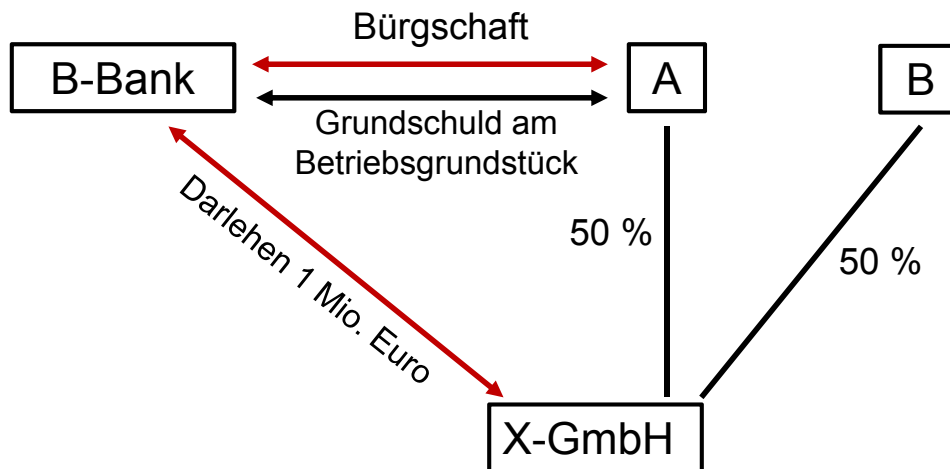
- **Konsequenz:** Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann gegenüber A nur im Umfang des Höchstbetrags anfechten.

Alternative Lösung über die Begrenzung des Bürgschaftsumfangs

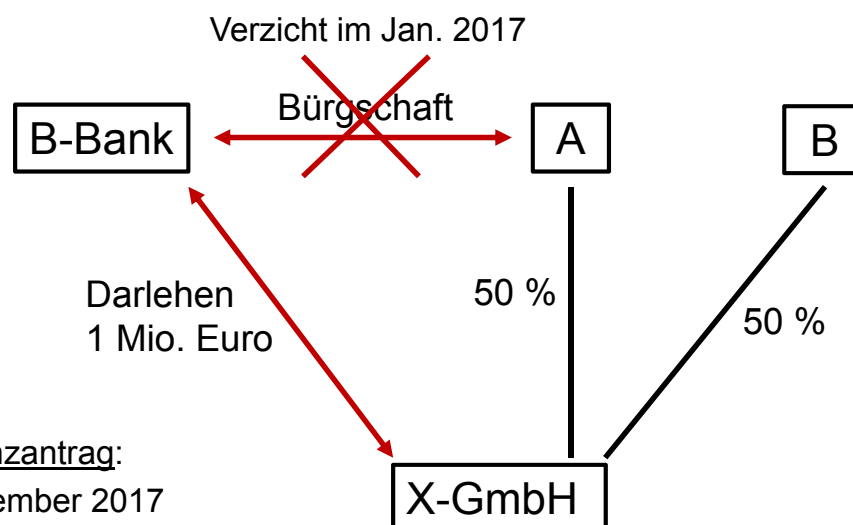


- **Konsequenz:** Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann gegenüber A nur im Umfang des Höchstbetrags anfechten.

Das Grundstück wird im Privatvermögen gehalten statt im Gesellschaftsvermögen.



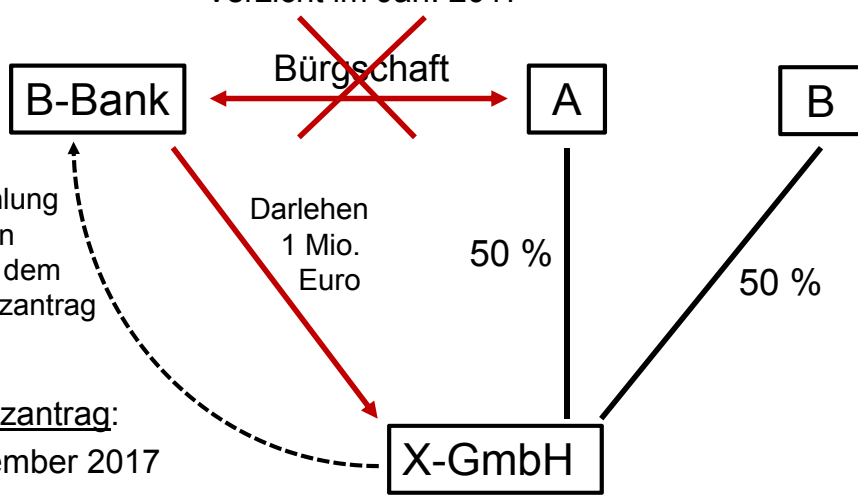
- Konsequenz: Der Gesellschafter A haftet nur einfach auf 1 Mio. Euro und nicht doppelt (Grundstück + Insolvenzanfechtung)

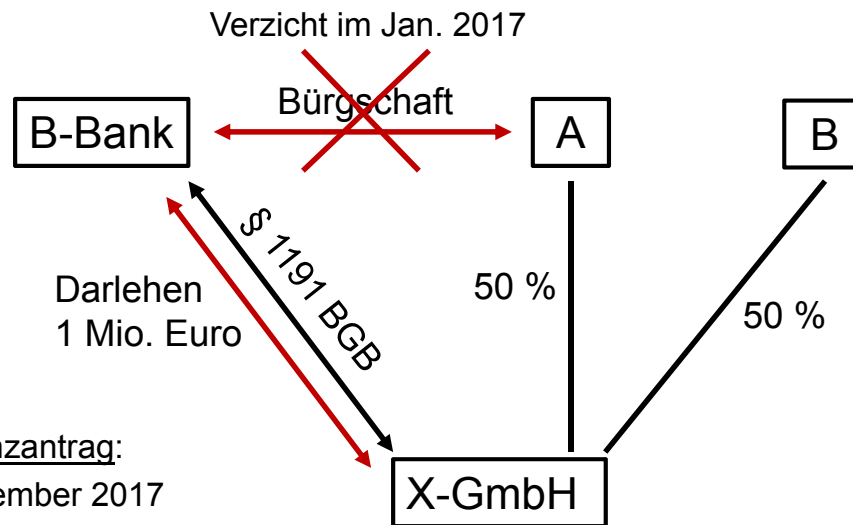


- Insolvenzantrag:
 - November 2017
 - Februar 2018
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH (voll) berücksichtigt?

- Lösung: Bei Verzicht im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag quotale Befriedigung des Kreditgebers nur in dem Umfang, in dem er auch bei einem fehlenden Verzicht auf die Sicherheit an der Verteilung hätte teilnehmen können (str.)
 - ❖ Scholz/*Bitter*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 303
 - ❖ MünchKommInsO/*Bitter*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 44a Rn. 33 (demnächst in 4. Auflage)
 - ❖ siehe auch OLG Stuttgart v. 14.3.2012 – 14 U 18/11, ZIP 2012, 834, 837 f. (juris-Rn. 49 ff.)

- Verzicht im Jan. 2017


- Insolvenzantrag:
 - a) November 2017
 - b) Februar 2018
 - Frage: Kann die X-GmbH bei A analog §§ 135 II, 143 III InsO Regress nehmen?

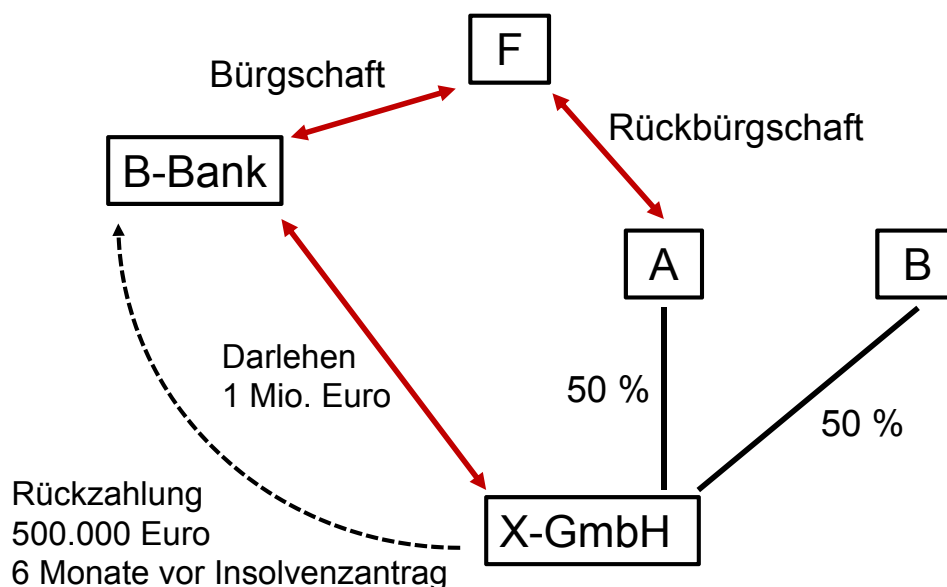


- Insolvenzantrag:
 - a) November 2017
 - b) Februar 2018

- Frage: Kann die X-GmbH nach Verwertung der Grundschuld durch die Bank bei A analog §§ 135 II, 143 III InsO Regress nehmen?

- **OLG Stuttgart v. 14.3.2012 – 14 U 18/11, ZIP 2012, 834**
- Leitsatz 2: „Ein Anspruch aus §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO gegen den Gesellschafter besteht auch dann, wenn der Gläubiger in Absprache mit dem Gesellschafter vor Rückführung der Gesellschaftsschuld durch die Insolvenzschuldnerin innerhalb eines Jahres vor dem Insolvenzeröffnungsantrag oder nach diesem Antrag auf die weitere Inanspruchnahme des Gesellschafters aus der Gesellschaftersicherheit verzichtet. Dieser Erlassvertrag hat nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschafter Wirkung und lässt den Anspruch der Insolvenzschuldnerin gegen den Gesellschafter aus §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO unberührt.“

- **OLG Düsseldorf v. 17.12.2015 – I-12 U 13/15, ZIP 2016, 833 = GmbHR 2016, 765**
- Leitsatz 3: „Der Verzicht des Gläubigers auf die Rechte aus der Bürgschaft innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantragstellung oder nach Insolvenzantragstellung steht auch nach Inkrafttreten des MoMiG einer Inanspruchnahme des Gesellschafter-Bürgen analog § 143 Abs. 3 InsO nicht entgegen.“



- Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?
- Muss die B-Bank primär F in Anspruch nehmen?

- keine Erfassung durch den Wortlaut der §§ 44a, 135 Abs. 2 InsO, weil nicht die „Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens“ gesichert wird, sondern der Regressanspruch des primären Sicherungsgebers gegen die Gesellschaft
- Aber: wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
 - Anwendung des § 44a InsO auf den Kreditgeber (hier: B-Bank)
⇒ *verfahrensmäßige* Verweisung auf die Sicherheit des primären Sicherungsgebers = Nichtgeschafters (hier: des F)
 - analoge Anwendung des § 44a InsO auf den Regressanspruch des primären Sicherungsgebers (hier: F) ⇒ *verfahrensmäßige* Verweisung auf die Gesellschaftersicherheit (hier: des A)
 - Anfechtung gegenüber dem Gesellschafter in Höhe seiner Sicherheit
 - Scholz/*Bitter*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 277, 285, 293;
a.A. wohl BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 125/15, ZIP 2017, 441 ⇒ Folie 92

- **BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 125/15, ZIP 2017, 441 = WM 2017, 445**
- Leitsatz: „Erfüllt der Schuldner einen Werkvertrag, für den ein Dritter eine Anzahlungsbürgschaft übernommen hat, liegt darin gegenüber dem Gesellschafter, der dem Dritten für die Bürgschaft eine Sicherheit gestellt hat, keine Rückgewähr einer gleichgestellten Forderung.“
- Rn. 7: „Die von der Schuldnerin erbrachten Werkleistungen, auf die der Kläger seine Anfechtung stützt, sind im Streitfall keine zur Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO führenden Leistungen auf die allein von der Beklagten besicherten Ansprüche der Bank. Die Anzahlungsbürgschaften der Bank sicherten nur den bedingten Anspruch auf Rückgewähr der von dem Auftraggeber geleisteten Anzahlungen. ... Soweit die Schuldnerin die den jeweiligen Dritten geschuldeten Werke fertiggestellt hat und die Vertragserfüllung nicht gescheitert ist, sind die von den Anzahlungsbürgschaften gesicherten Forderungen nicht entstanden. In der Fertigstellung der Werke liegt daher keine Erfüllung eines hinsichtlich der Anzahlungsbürgschaften bestehenden Rückzahlungsanspruchs der Bank oder eines Befreiungs- oder Regressanspruchs der Bank. Es kann dahinstehen, ob in der Werkleistung die Rückzahlung einer einem Darlehen wirtschaftlich entsprechenden Forderung des Auftraggebers gesehen werden könnte. Diese Forderung wurde von der Beklagten nicht besichert.“

Hinweis:

Dieser Foliensatz wird durch einen großen Satz von 224 Folien zum Gesellschafterdarlehensrecht ergänzt, der auf meiner Homepage www.georg-bitter.de unter „Lehrstuhlinhaber“ / „Vorträge“ beim Vortrag vom 7.10.2016 erhältlich ist.

© 2018

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de