

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Gesellschafterdarlehensrecht**

**– wirtschaftlich vergleichbare  
Rechtshandlungen, u. a. Treuhand,  
Darlehen im Unternehmensverbund,  
Hybridkapital ↔ wirtschaftliches  
Eigenkapital –**

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“  
am 14. Juni 2019 in Düsseldorf

## **Gliederung**

1. Grundlagen
2. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Warenkredit + sonstige Stundungen (z.B. von Gehaltsansprüchen)
  - unechtes Factoring, Finanzierungsleasing
  - stille Gesellschaft *neben* der Gesellschaftsbeteiligung
  - Gewinnvorträge/-rücklagen
3. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Treuhandfälle
  - Hybridkapital (insbes. atypisch stille Gesellschaft)
  - Unternehmensverbund
4. Nachtrag zum Vortrag 2018: Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen

# 1. 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, berichtigt:

...

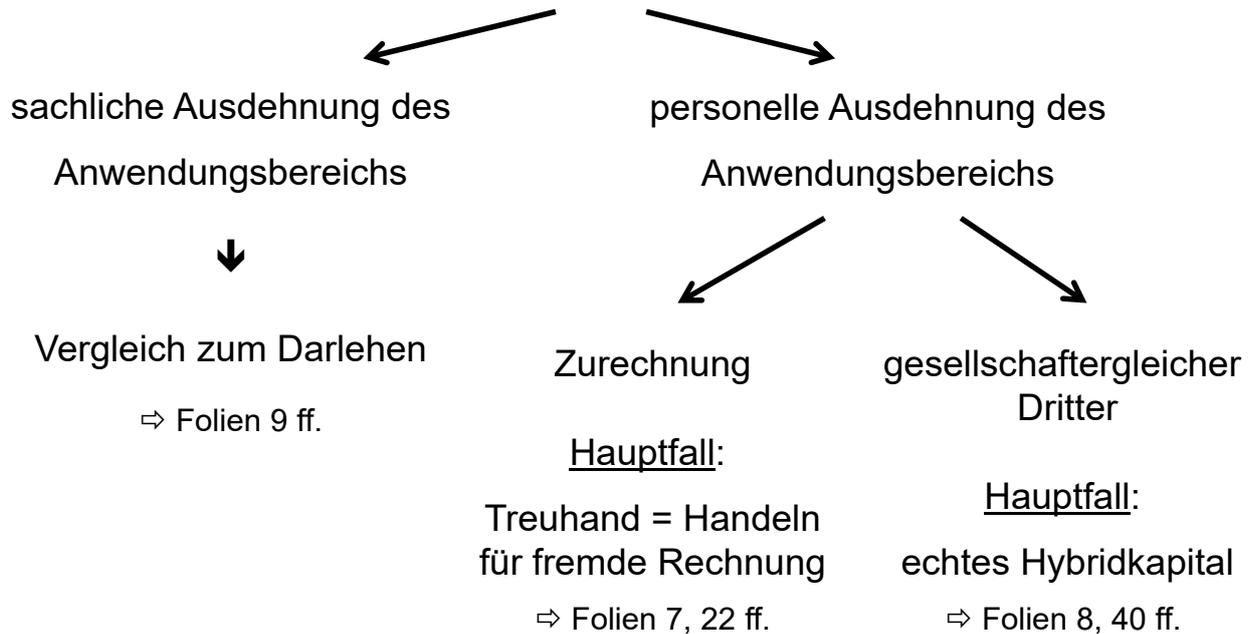
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

### 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.

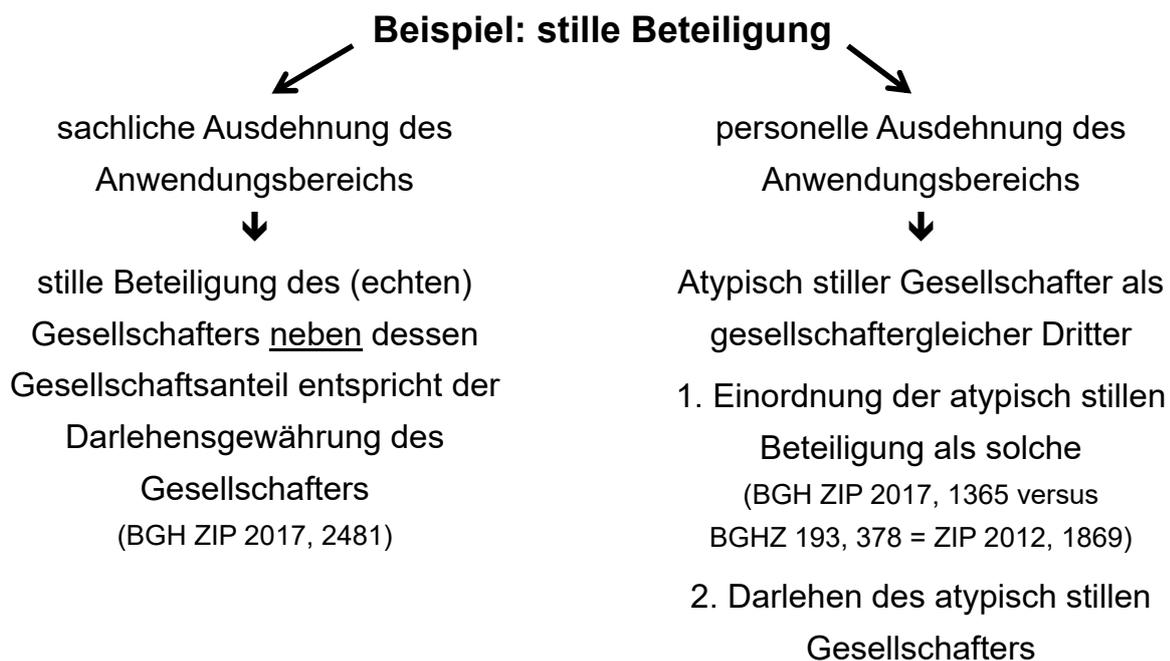
### 3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



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

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146; 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 ⇒ Folien 22 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 „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
    - 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.

## 2. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 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
- 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) ⇒ Folie 11
  - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators) ⇒ Folie 12
  - ❖ BAG v. 27.4.2014 – 6 AZR 204/12, BAGE 147, 373 = ZIP 2014, 927 (Gehaltsansprüche eines Gesellschafters) ⇒ Folie 12
  - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 (Rn. 50: Gehaltsansprüche eines Gesellschafters) ⇒ Folie 13 f.

- **LAG Hannover v. 27.01.2012 – 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.) ⇨ Folie 15

- **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.

- **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.“

- 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) ⇒ Folien 75 ff.

- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil  
⇒ Folie 6 (linke Seite) und Folie 19
- Kapital- und Gewinnrücklage
  - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325  
(Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 20
  - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622  
(Gewinnrücklage) ⇒ Folie 21
- 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 (...). ...“
- 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.**“

### 3. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

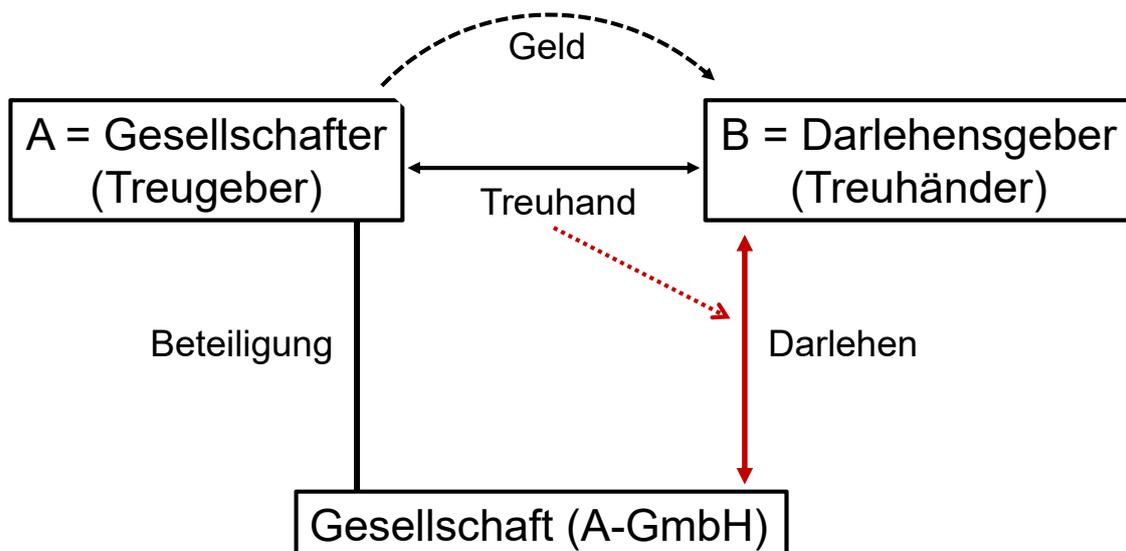
#### – Treuhandfälle –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 192 ff.

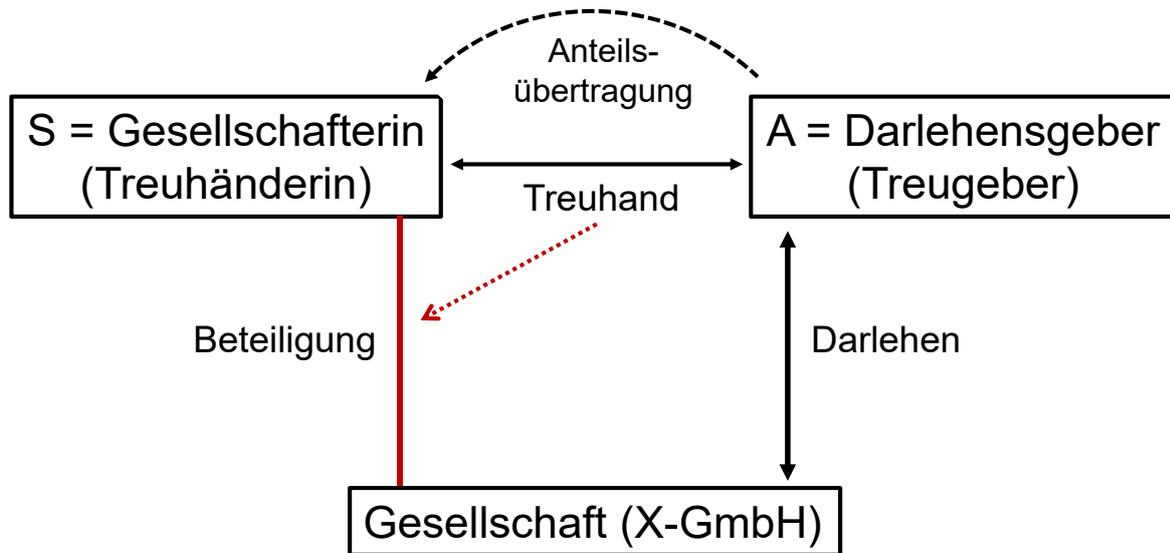
## Fall 1: Formale Aufspaltung der Doppelrolle (Gesellschafter- und Darlehensgeberposition) bei wirtschaftlicher Identität

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 194 ff.

### Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Darlehen für Rechnung des Gesellschafters –



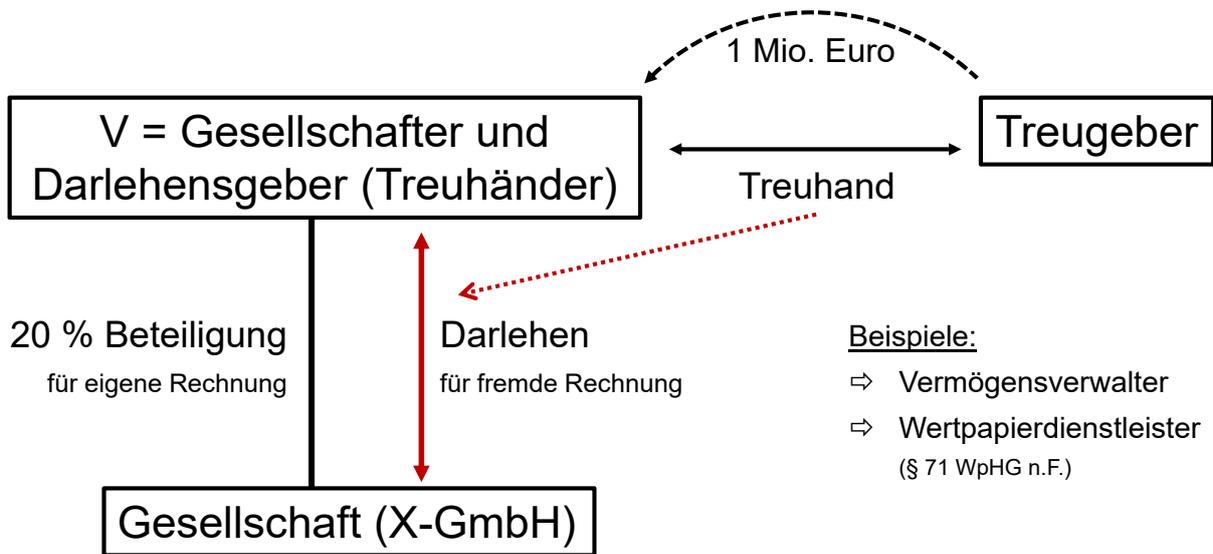
- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Wer ist Anfechtungsgegner bei Rückzahlungen vor Insolvenz?



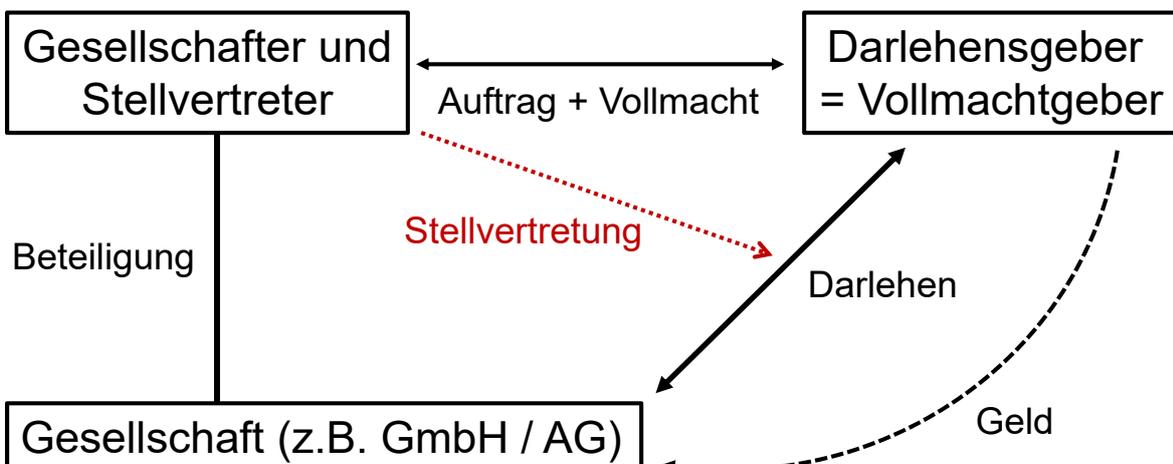
- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Sind vorinsolvenzliche Rückzahlungen anfechtbar und ggü. wem?

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

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 202 ff.

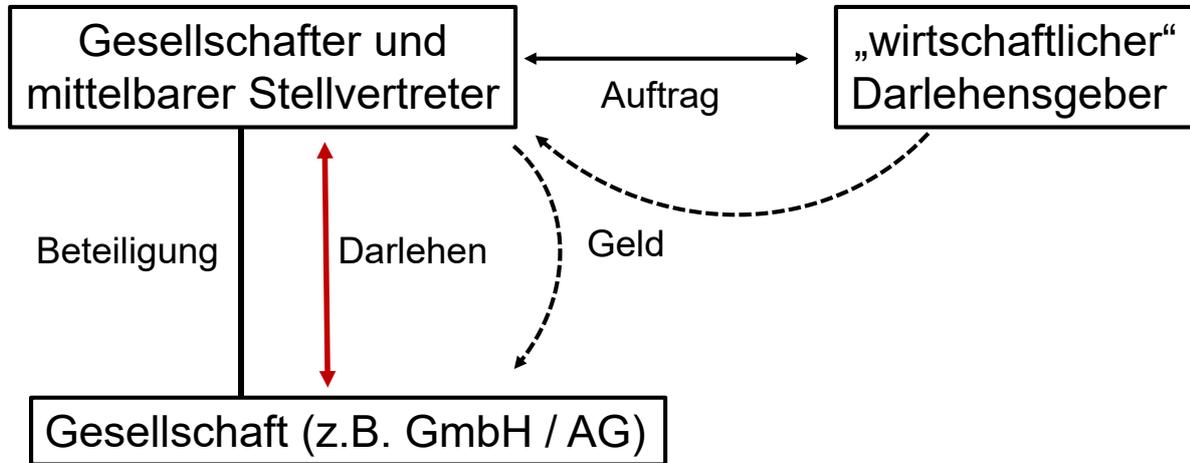


- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?



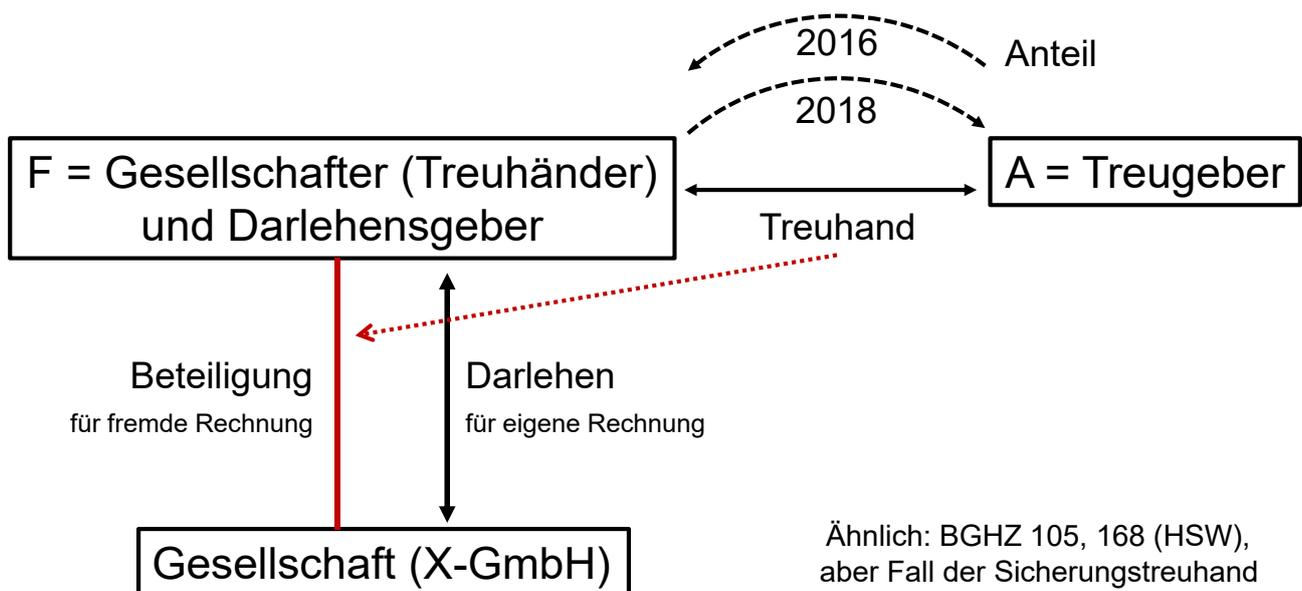
- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber

## Darlehensgewährung im eigenen Namen für fremde Rechnung



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

## Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Treuhand am Gesellschaftsanteil II –



Ähnlich: BGHZ 105, 168 (HSW),  
aber Fall der Sicherungstreuhand

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

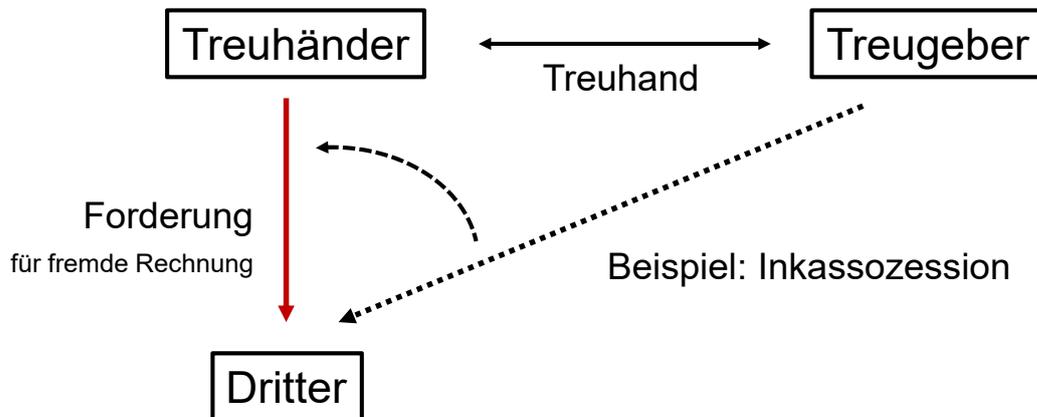
- 1. These:** Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.
  - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
  - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.
- 2. 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.

## Zum Hintergrund: Allgemeine Regeln der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung

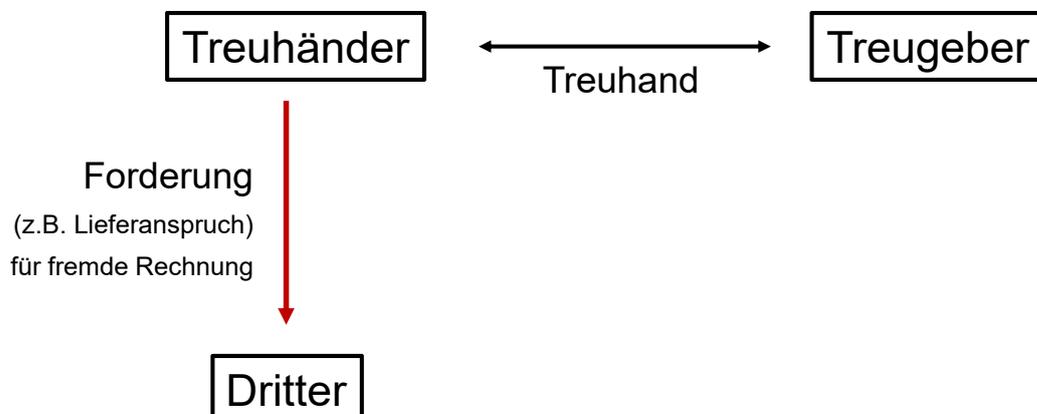
*Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung – Außenrecht  
der Verwaltungstreuhand, 2006*

## 1. Außenwirkung bei treuhänderischer Forderungseinziehung



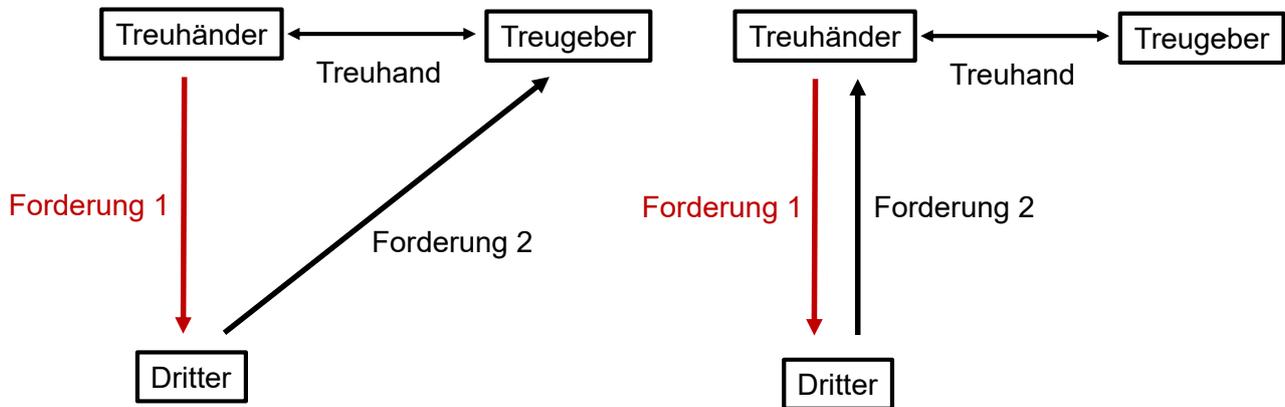
- Dritter kann über §§ 404 ff. BGB hinaus alle Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treugeber erheben (RGZ 11, 5, 9 zur Inkassozeession; RGZ 11, 123 und BGH BB 2002, 1826 zum Forderungserwerb in mittelbarer Stellvertretung)

## 2. Außenwirkung der Treuhand im Schadensrecht



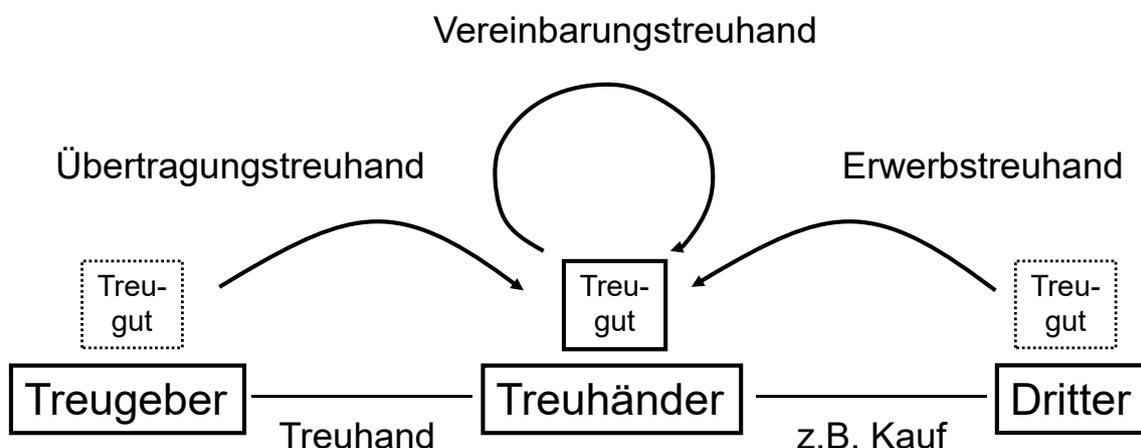
- Drittschadensliquidation (ganz h.M.): Schadensberechnung erfolgt aus der Person des Hintermanns (Treugebers)

## 3. Außenwirkung bei der Aufrechnung treuhänderisch gehaltener Forderungen



- Für die Frage der Gegenseitigkeit i.S.v. § 387 BGB entscheidet die „materielle“ Forderungsinhaberschaft des Treugebers
- Offenkundigkeit bei Erwerb in mittelbarer Stellvertretung erforderlich (analog § 406 BGB)

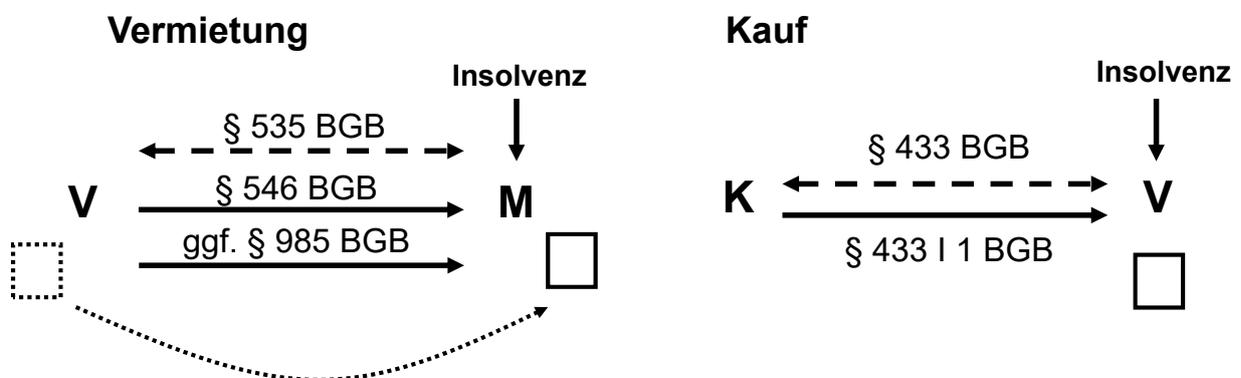
## 4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht



## 4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht

- Aussonderung fremder Gegenstände aus der Insolvenzmasse (§ 47 InsO)
- dingliches Recht
  - insbes. Eigentum ⇒ Herausgabe an Eigentümer nach § 985 BGB
- persönliches Recht
  - nur Herausgabeansprüche (z.B. aus § 546 BGB)
  - nicht schuldrechtliche Verschaffungsansprüche (z.B. aus § 433 I 1 BGB) ⇒ Insolvenzforderung ⇒ quotale Befriedigung
  - Problemfall: (Verwaltungs-)Treuhand

## 4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht



**Aussonderungsrecht (§ 47 InsO)**  
des Vermieters (V) in der Insolvenz  
des Mieters (M) + des Eigentümers  
in der Insolvenz des Besitzers

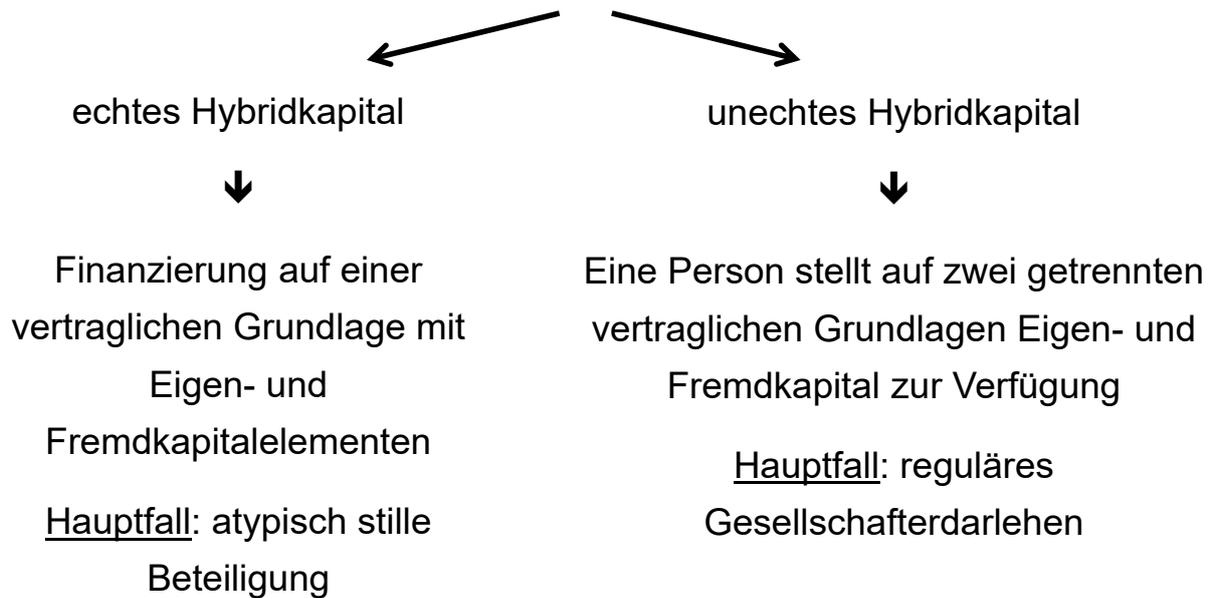
**Insolvenzforderung (§§ 38, 45 InsO)**  
des Käufers (K) in der Insolvenz des  
Verkäufers (V)

3. **These:** Treuhand ist Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Sie ist maßgeblich durch zwei Elemente gekennzeichnet: Erstens durch den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Rechts und zweitens durch eine Trennung von Rechtsträgerschaft und Gefahrtragung.
4. **These:** Der schuldrechtliche Anspruch des Treugebers auf Übertragung des Treuguts führt in Verbindung mit der Gefahrtragung des Treugebers zu einer vermögensmäßigen Zuordnung des Treuguts zu seiner Person: Die durch die Gefahrtragung gekennzeichnete „wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft des Treugebers rechtfertigt es, ihn im Rahmen einer funktionell-teleologischen Interpretation diverser Vorschriften einem tatsächlichen Rechtsinhaber gleichzustellen.

### 3. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

#### – Hybridkapital –

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



Literatur: Laspeyres, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 51 ff.  
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 218 ff.

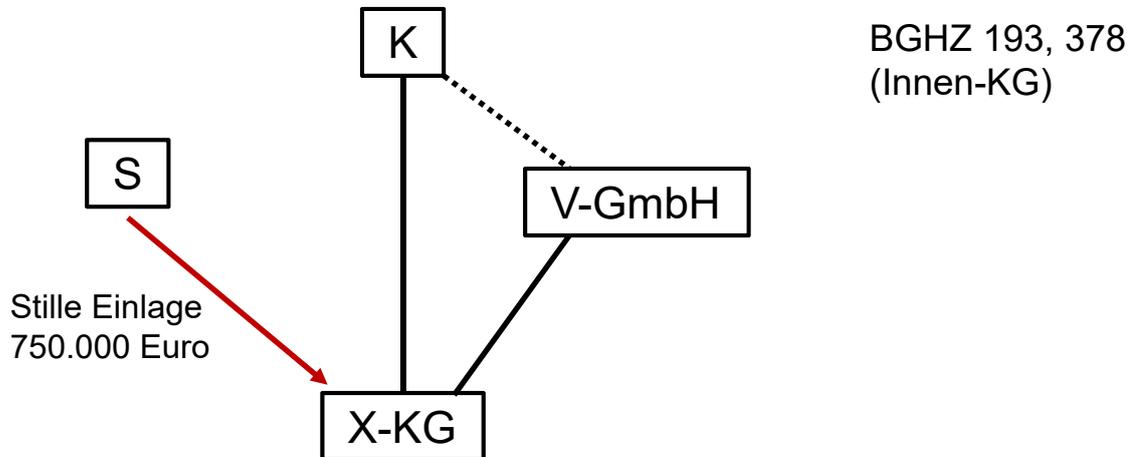
### ❖ Erscheinungsformen echten Hybridkapitals

- 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



- 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 46 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 45
  - 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 48
    - ⇒ 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“)?

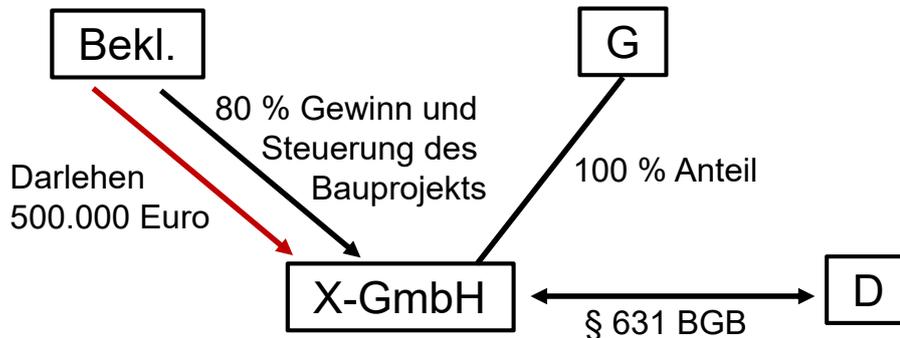
## 1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- 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 8
  - 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



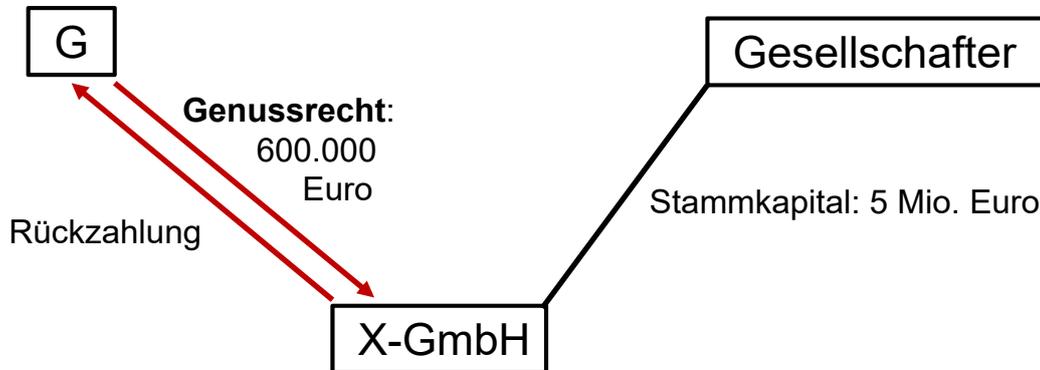
Fall: Komplette Abwicklung eines Bauprojektes durch den Bekl. über die X-GmbH  
(OLG Koblenz ZIP 2016, 1133; OLG Jena ZIP 2016, 1134)

- 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

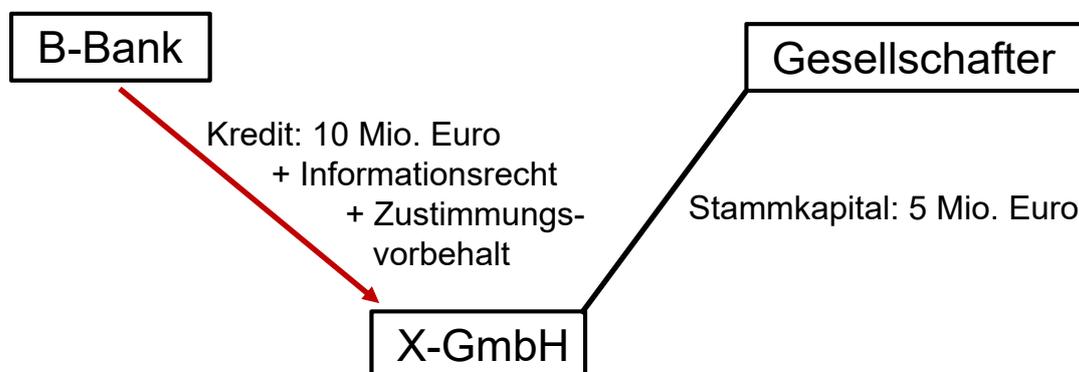
## 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants



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

Frage: Anfechtbarkeit der Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?

## 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?

## 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands 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. doppelnützige Sanierungstreuhand mit Einfluss des Kreditgebers)
  - ⇒ 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, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 227 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 diente 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 8

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

- Unterliegt die Einlage des atypisch Stillen (echtes Hybrid) dem Gesellschafterdarlehensrecht (Folien 43 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

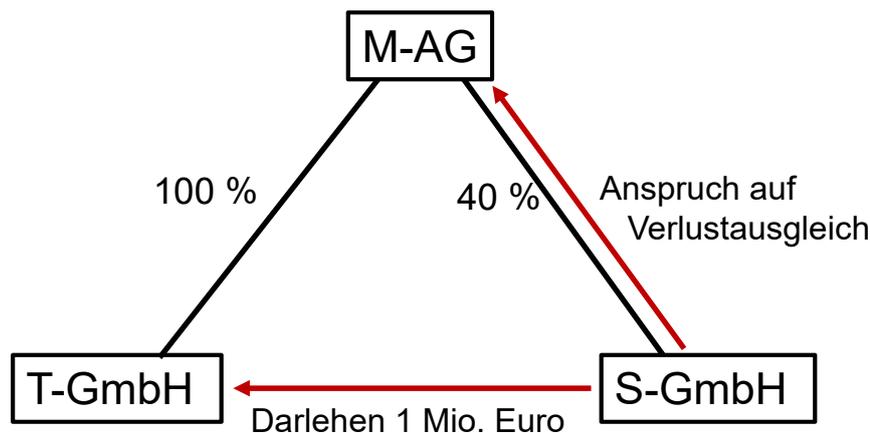
- Problem: Ohne Einlage des atypischen Pfandgläubigers, Nießbrauchers + Unterbeteiligten fehlt auch die Sanierungsbeteiligung.
- Lösung zum Kleinbeteiligtenprivileg kann nicht übernommen werden
  - ein Anteil kann nicht zwei Kreditgeber privilegieren (Hinter- + Vordermann)
  - Privileg nur bei Sanierungsbeteiligung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

### 3. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

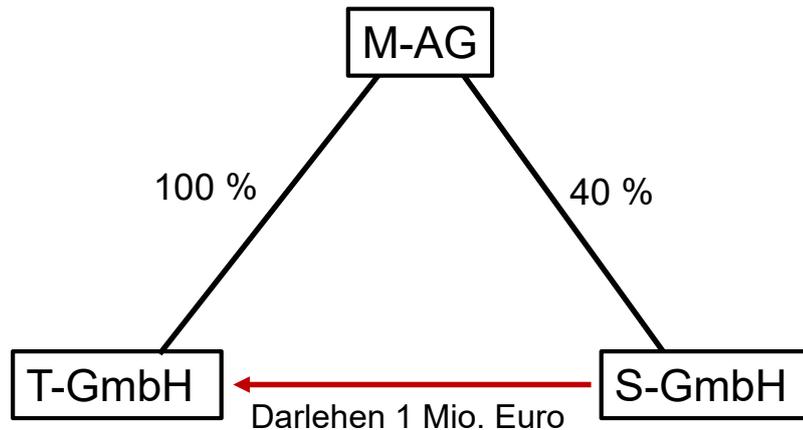
#### – Verbundene Unternehmen –

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 247 ff.

#### Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Darlehen für fremde Rechnung/Vertragskonzern –



- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zw. M-AG + S-GmbH
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH
- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 248 f.: „Treuhand“



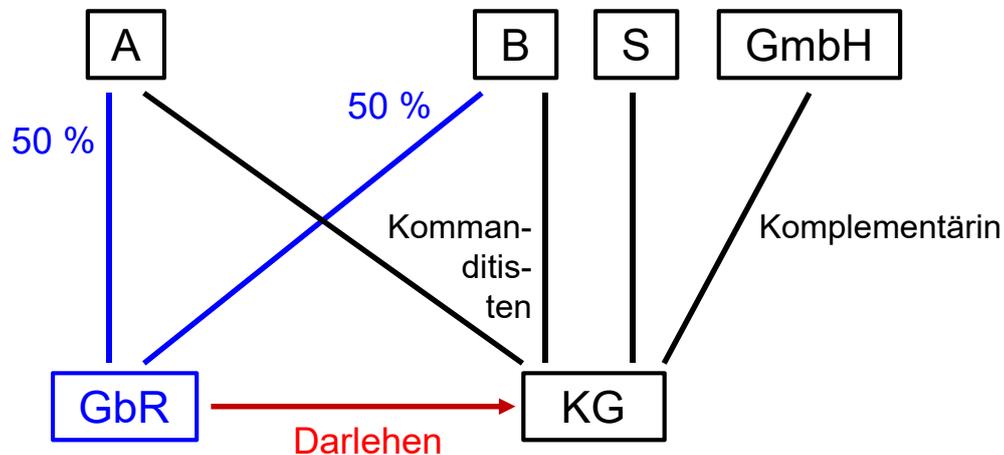
- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beteiligung der M-AG an der S-GmbH: 50 % bzw. 51 %
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH; Anteil der M-AG > 50 %
- Abw. 3: Veranlassung der Darlehensvergabe durch den Vorstand der M-AG

- **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.**“

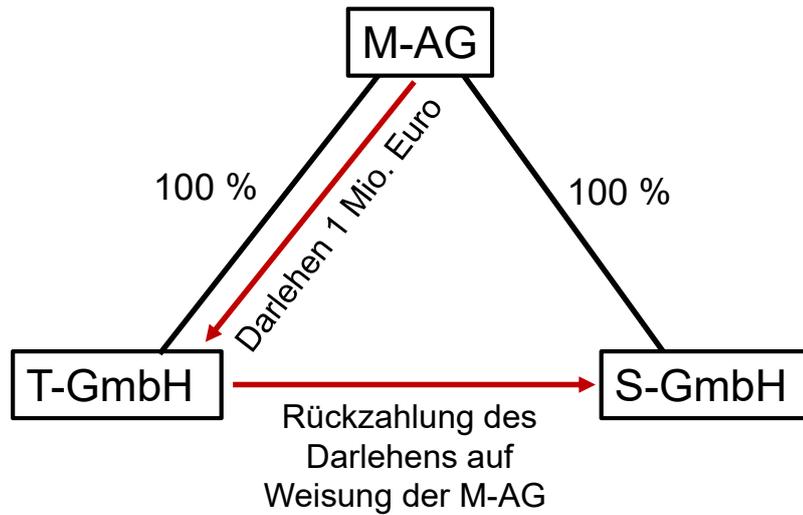
- Rn. 24: „Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein 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 Schwester-gesellschaft (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 259 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.

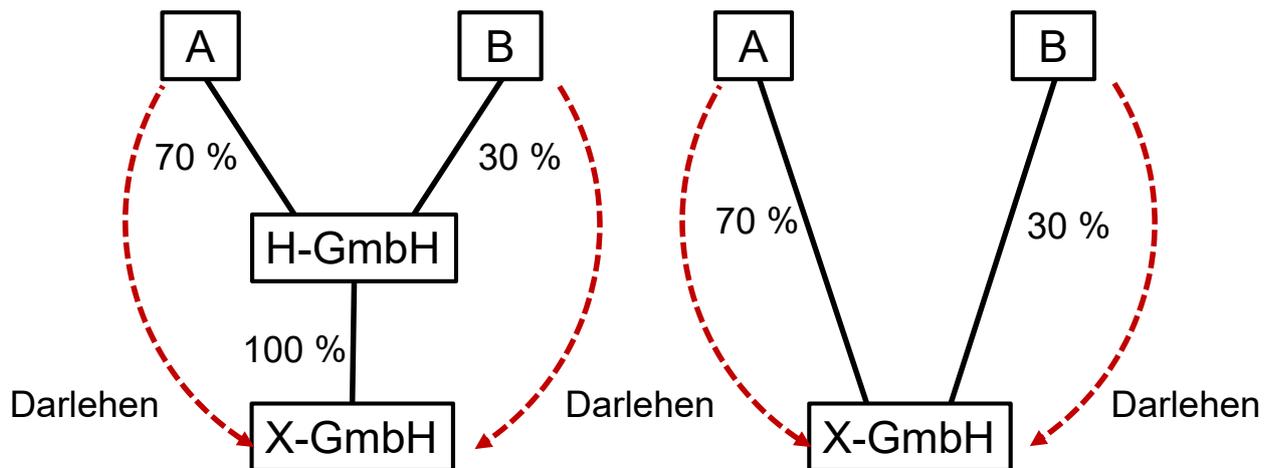
- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)



- **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



- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (nur) gegen die M-AG (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 262)



- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: H-AG statt H-GmbH

- **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 diesereteiligungsverhältnisse [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. ...“

## 4. Nachtrag zum Vortrag 2018: Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen

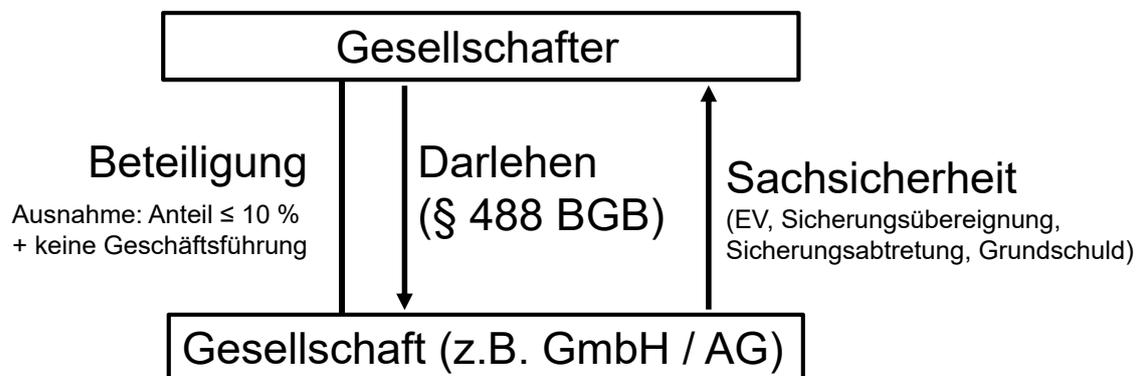
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 134 ff.  
(demnächst in 12. Aufl. 2019)

*Bitter*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 ff.

*Bitter*, Die Doppelsicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter als Lackmустest für den Normzweck des Gesellschafterdarlehensrechts, in FS Kayser, 2019

## Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen

### 1. Anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens



## 1. Anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens

- Differenzierung zw. anfänglicher und nachträglicher Besicherung u.a. bei
  - ⇒ *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 v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 (Rn. 14 und 21) m. Anm. *Bitter*
  - ⇒ siehe aber noch *Brinkmann*, ZGR 2017, 708, 718 ff.

## 1. Anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens

- BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 (für BGHZ vorgesehen)

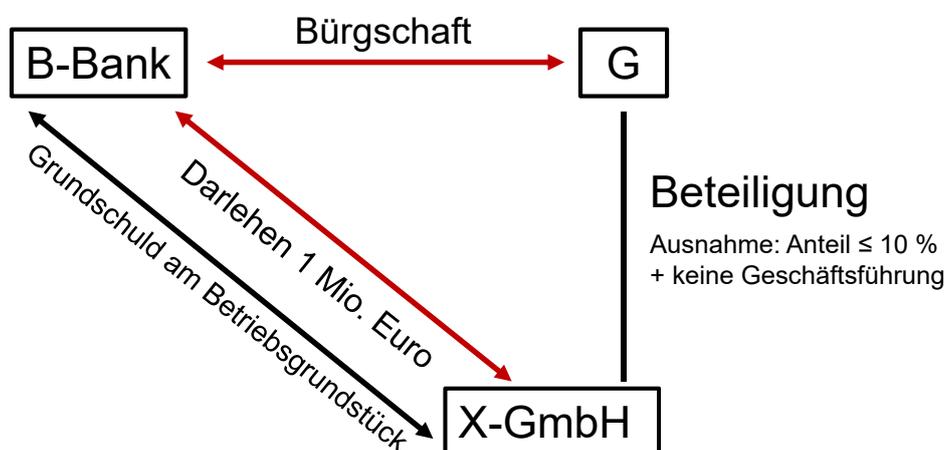
Leitsatz 4: „Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht bei der Anfechtung der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens.“

Rn. 53: „Auch Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs sprechen dagegen, von ihm im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 InsO Gebrauch zu machen. Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung des § 142 InsO ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers der wirtschaftliche Gesichtspunkt, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen (BT-Drucks. 12/2443, S. 167; vgl. Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 188). Das Bargeschäftsprivileg soll es dem krisenbefallenen Schuldner also ermöglichen, seine Handlungsfähigkeit trotz Krise aufrechtzuerhalten. Um diesem Schutzzweck zu genügen, **ist es ausreichend, dass die Gesellschaft in der Krise unanfechtbare Geschäfte mit neutralen Dritten tätigen kann** (vgl. Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578; a.A. Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 142 Rn. 8).“

## 1. Anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens

- Kritik bei *Bitter*, ZIP 2019, 737 ff.
  - Einbruch in das System des Gesellschafterdarlehensrechts als Sanktion für eine nominelle Unterkapitalisierung ⇒ Abzugsverbot, kein Zuführungsgebot
    - begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe Zug um Zug gegen Bestellung einer Sicherheit; Beispiele: Eigentumsvorbehalt, unechtes Factoring, ggf. auch Finanzierungsleasing
  - wirtschaftliche Nähe der Darlehensgewährung gegen Sicherheit zur Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 Abs. 3 InsO
    - Folge der Rechtsprechung ist eine Ausweitung der Betriebsaufspaltung ⇒ Insolvenzmasse steht dann noch schlechter da
  - Droht eine generelle Nichtanwendung des § 142 InsO auf Gesellschafter?

## 2. Doppelsicherung eines Drittkreditgebers durch die Gesellschaft und den Gesellschafter



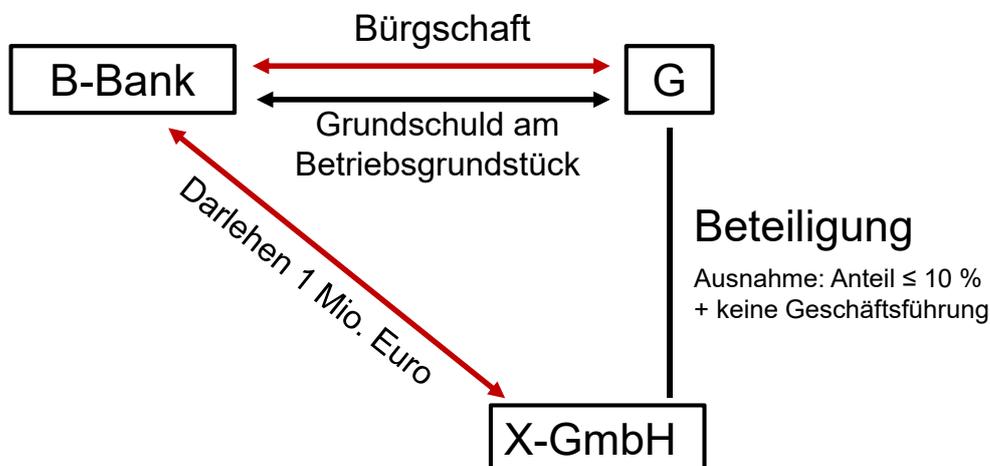
➤ **BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 = ZIP 2011, 2417**

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.“

➤ **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, BGHZ 215, 262 = ZIP 2017, 1632**

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).“

„Umgehung“ der Rechtsprechung zur Doppelsicherung über die Betriebsaufspaltung  
= 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) ⇒ *Bitter*, in FS Kayser, 2019

© 2019

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



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