

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht – Darstellung anhand von Fällen –

Workshop bei Dr. Beck & Partner
am 7.10.2016 in Nürnberg

Gliederung

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen
3. **Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen**
 - **Mehrfache Gewährung und Rückzahlung**
 - **Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen**
4. **Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung**
 - Grundlagen
 - Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
 - **Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs**
 - **Teil 3 – Verbundene Unternehmen (Konzern)**
5. **Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen**
6. Nutzungsüberlassung
7. Gesellschafterdarlehen und Insolvenzgründe

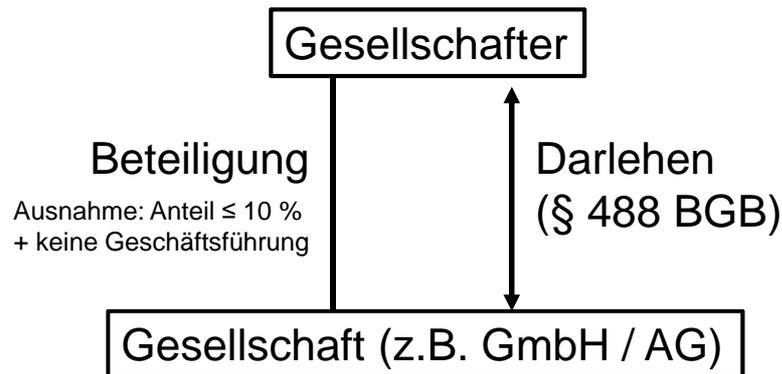
Hinweis:

Der nachfolgende Abdruck ist ein Auszug aus dem kompletten Foliensatz, der auf meiner Homepage www.georg-bitter.de unter „Lehrstuhlinhaber“ / „Vorträge“ beim Vortrag vom 7.10.2016 erhältlich ist.

Intensiver behandelt werden heute nur die in der Gliederung durch Fettdruck hervorgehobenen Teile des Foliensatzes.

Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

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



- 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 **wohlinformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigersamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

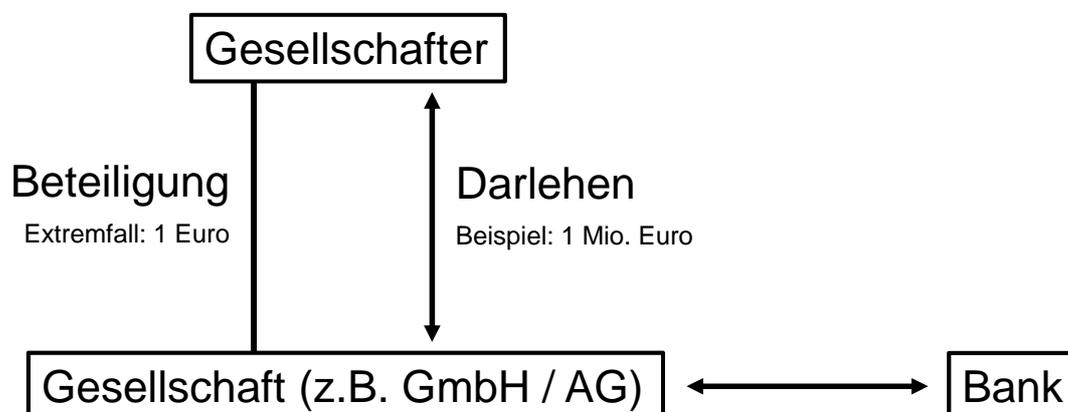
- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130**
- *Leitsatz:* Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags setzt keine Krise der Gesellschaft voraus. Entsprechendes gilt für die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter 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. ...“

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, 3. Aufl. 2016, § 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.

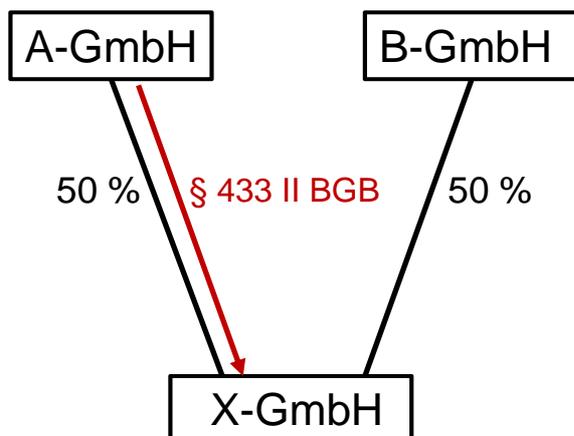
Nicht abgedruckt: Folien 16 – 57

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 1 – Nachrang der Gesellschafterforderung

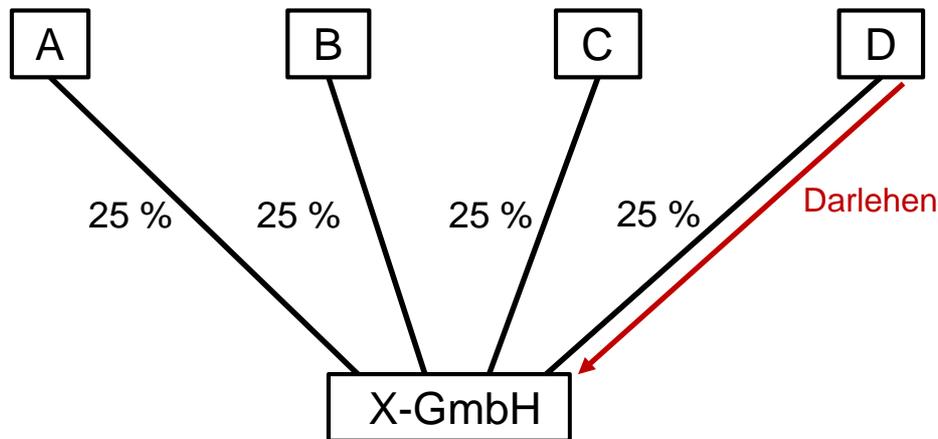
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 111 ff.

Nachrang der Gesellschafterforderung Fall Nr. 1 – Doppelinsolvenz



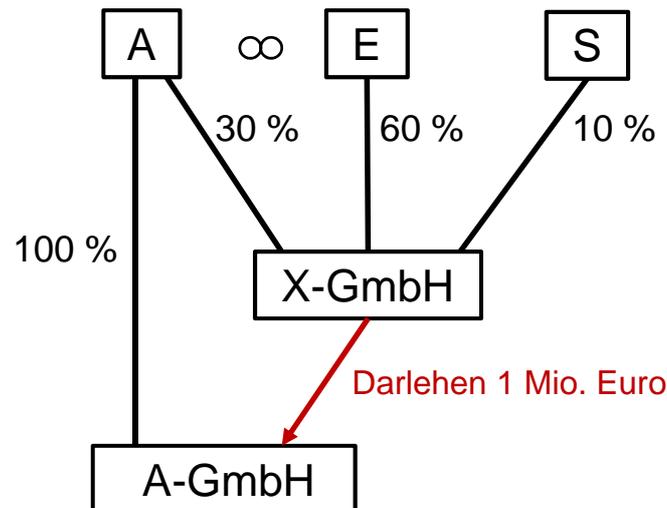
1.7.2012	Warenlieferung mit 4 Wochen Zahlungsziel
sodann	Stundung durch A-GmbH
5.1.2013	Insolvenzantrag X-GmbH
1.3.2013	Verfahrenseröffnung X-GmbH
parallel	Verfahrenseröffnung A-GmbH

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



- Frage: Kann D trotz Nachrangs seiner Forderung Insolvenzantrag stellen?

- **BGH v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055**
- Leitsatz: „Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.“
- Rn. 10: „Die Regelung des § 174 Abs. 3 InsO bezieht sich auf eröffnete Verfahren, die im Falle fehlender Befriedigungsaussichten nicht mit der Anmeldung und Prüfung nachrangiger Forderungen belastet werden sollen (...). Damit trifft das Gesetz jedoch keine weitergehende Aussage dahin, dass ein Insolvenzantrag und die Verfahrenseröffnung auf eine nachrangige Forderung nicht gestützt werden können. Vielmehr ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu entnehmen, dass **nachrangig zu befriedigende Gesellschafter zu den Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) gehören** (...). ... In ausdrücklicher Abkehr von dem Regierungsentwurf (...) hat der Gesetzgeber zudem § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO dahin gefasst, dass nachrangige Forderungen im Sinne von § 39 Abs. 1 InsO bei der Prüfung einer Überschuldung zu berücksichtigen sind. ... Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind ... nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist (...). **Sind nachrangige Forderungen bei der Prüfung der Insolvenz sonstigen Forderungen gleichzustellen, entspricht es dem Gesetzeszweck, dass die Insolvenzeröffnung auch auf der Grundlage einer nachrangigen Forderung beantragt werden kann. ...**“



- Frage: Wirkt der Vergleich zwischen dem Insolvenzverwalter der A-GmbH und der X-GmbH gegenüber außenstehenden Gläubigern?

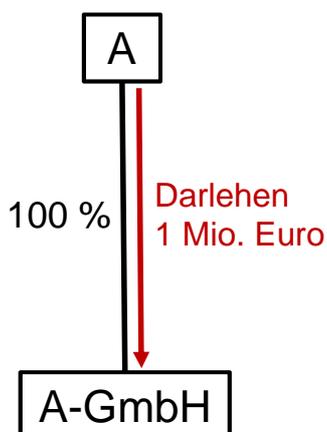
- **OLG Celle v. 16.9.2009 – 9 U 26/09 (juris)**
- Leitsatz 1: „Die Rangfolge der Befriedigung von Forderungen im Insolvenzverfahren hat zwingenden gesetzlichen Charakter und kann durch eine Vergleichsregelung zwischen einem Gläubiger und dem Insolvenzverwalter nicht mit Wirkung für die daran nicht beteiligten Gläubiger abgeändert werden.“
- juris-Rn. 11: „Die Parteien des Vergleiches konnten den Rang nicht bestimmen, weil es sich dabei um eine unstatthafte und deshalb unwirksame Regelung zulasten Dritter gehandelt hätte, da die übrigen Gläubiger der Schuldnerin, darunter der Beklagte, an dieser Vereinbarung nicht beteiligt waren. **Die Rangfolge der Befriedigung der Forderungen hat zwingenden gesetzlichen Charakter und kann daher nicht abgeändert werden** (vgl. MünchKomm InsO - Ehrlicke, 2. Aufl., § 39 Rdnr. 9; Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 12. Aufl., § 39 Rdnr. 3), sodass der Wille der den Vergleich schließenden Parteien unerheblich ist.“

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 2 – Anfechtbarkeit von Befriedigungen

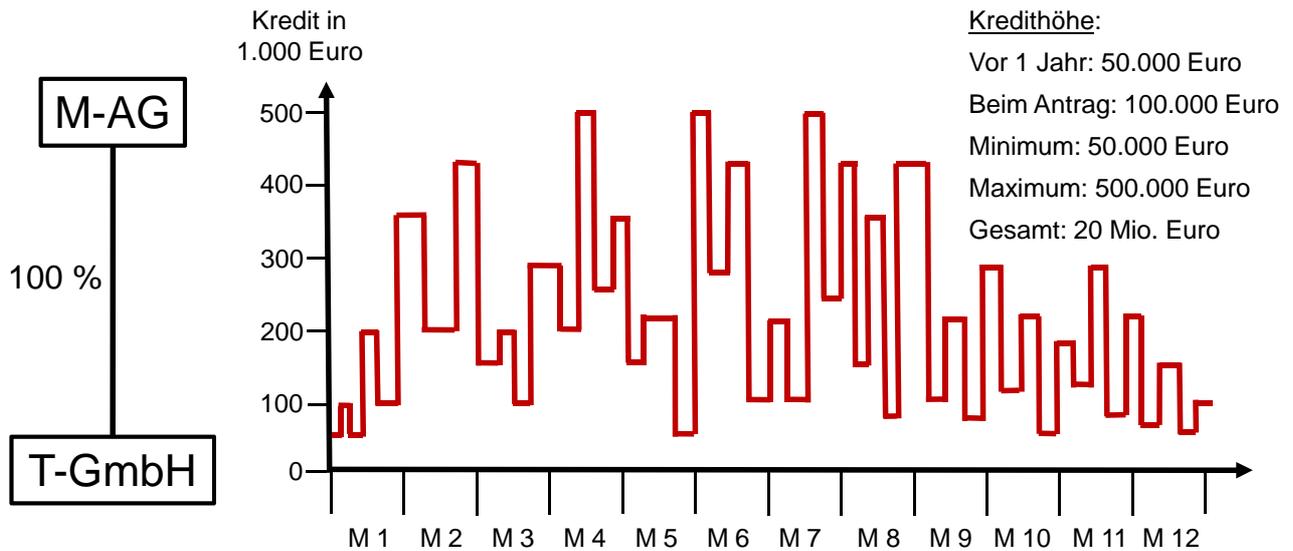
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 118 ff.

Anfechtbarkeit von Befriedigungen Fall Nr. 4 – Anfechtung von Zinszahlungen

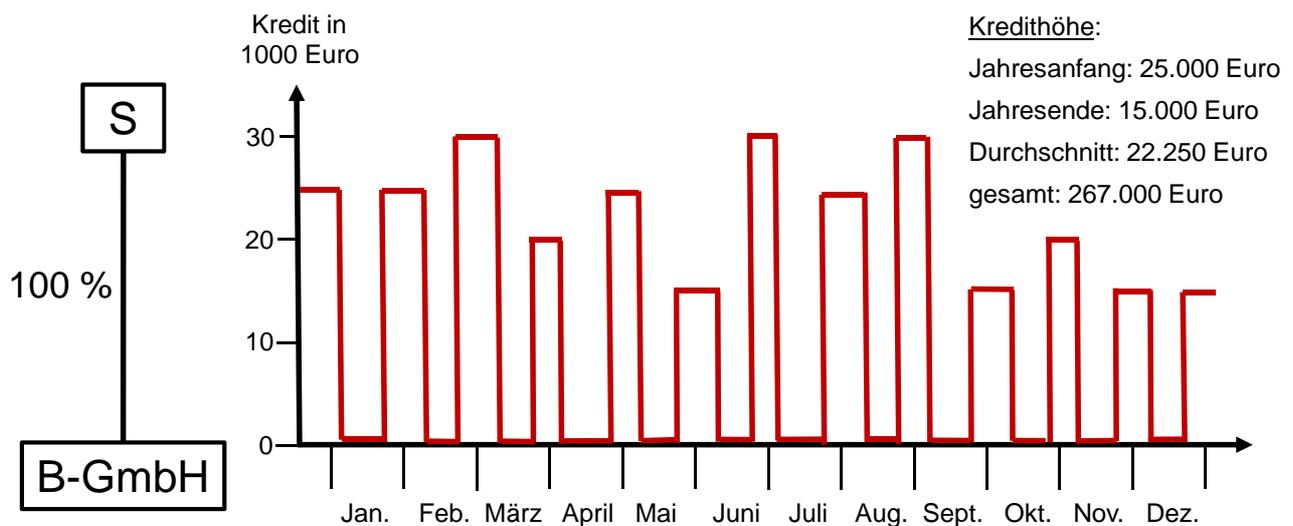


langfristig	Darlehen zu 5 % Zins Zinszahlung zum Monatsende
5.1.2013	Insolvenzantrag
1.3.2013	Verfahrenseröffnung

- Frage: Anfechtbarkeit der Zinszahlungen aus dem Jahr 2012 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?



- Frage: Anfechtbarkeit aller einzelnen Kreditrückführungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag?



- Frage: Anfechtbarkeit aller einzelnen Kreditrückführungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag?

- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**
- Leitsatz 1: „Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.“
- Rn. 16: „In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. ... **Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen** daher nicht in ihrer Summe, sondern **nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze (...).** ...“
- Rn. 17: „Dieser Grundsatz ist hier einschlägig, weil die der Schuldnerin von der Beklagten [scl.: Gesellschafterin] fortlaufend gewährten Kredite durch ihre gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis nach der Art eines Kontokorrentkredits miteinander verbunden sind.“

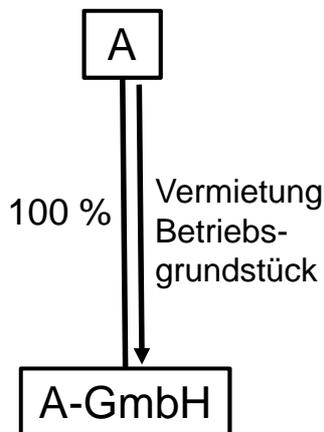
- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**
- Rn. 26: „Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat noch unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, dass das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung gleichsteht (BGH, Urteil vom 28. November 1994 – II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24 f; vom 11. Oktober 2011 – II ZR 18/10, WM 2011, 2235 Rn. 10; vgl. auch OLG Hamburg, GmbHR 2006, 813, 814). Dieser Wertung kann in Anwendung des anfechtungsrechtlich ausgestalteten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht uneingeschränkt gefolgt werden (HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 33a; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 63a; aA Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a/b Rn. 43). Denn es kommt nicht mehr darauf an, in welcher Höhe die wiederkehrenden Darlehen der Beklagten an die Schuldnerin Eigenkapital ersetzend waren. Deshalb bestimmt sich der begründete Teil der Klageforderung auch nicht mehr nach dem durchschnittlich offenen Darlehensbetrag. **Bankguthaben oder Zahlungsmittel sind der Masse vielmehr im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden**, was dem von der Beklagten übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“

- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung; ...“
- Rn. 31: „Im Umfang der von dem Beklagten behaupteten Rückführung der an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen kann die zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung nachträglich beseitigt worden sein. Nach dem Vortrag des Beklagten war die Rückführung zu dem Zweck erfolgt, der Schuldnerin den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben und damit eine Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen zu machen. Von der Zweckbestimmung her hätte es sich damit um eine vorweggenommene Befriedigung eines individuellen Rückgewähranspruchs gehandelt. ...“

- Rn. 32: „Sollte sich eine nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung nicht feststellen lassen, wäre eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO zu prüfen.“
- Rn. 33: „In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Nach der Kreditabrede stehen dort die Leistungen des Schuldners an den Gläubiger in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit der dem Schuldner eingeräumten Möglichkeit, einen neuen Kredit zu ziehen. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern nur bis zu der eingeräumten Kreditobergrenze (...).“
- Rn. 34: „Diese Grundsätze wären hier entsprechend anwendbar, weil die der Schuldnerin vom Beklagten fortlaufend im fraglichen Zeitraum gewährten **Zahlungen durch ihre gleichbleibenden Bedingungen nach der Art eines Kontokorrents miteinander verbunden waren.**“

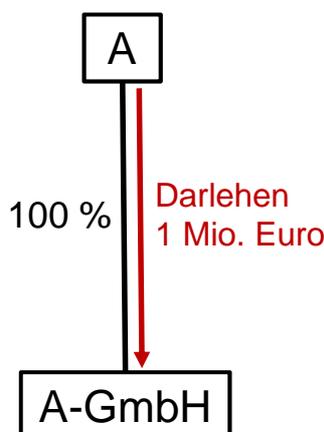
- **BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, WM 2014, 329 = ZIP 2014, 785**
- Leitsatz 1: „ In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern bis zu der eingeräumten Kreditobergrenze (Festhaltung BGH, 7. März 2013, IX ZR 7/12, WM 2013, 708 und BGH, 4. Juli 2013, IX ZR 229/12, WM 2013, 1615).“
- Leitsatz 2: „Handelt es sich nicht um eine Vielzahl einander ablösender Staffelpkredite, sondern lediglich um zwei Darlehensverträge, zwischen denen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht und die nicht auf einen bestimmten Zweck sondern lediglich auf den allgemeinen Liquiditätsbedarf des Schuldners bezogen waren, so kann diese Kreditgewährung nicht einem Kontokorrent gleichgestellt werden.“

- **Eigene Position (Bitter, in FS Lwowski, 2014, S. 223 ff.):**
 - Verallgemeinerung erforderlich: Gesamtbetrachtung statt Einzelbetrachtung
 - gleich bleibende Bedingungen, gleiche Dauer, gleicher mit der Ausreichung des Kredits verfolgter Zweck sind unerheblich
 - entscheidend ist das vom Gesellschafter übernommene Insolvenzrisiko: bei Neukreditierung nach Rückführung ist das Risiko nur einfach übernommen
 - teleologische Interpretation/ Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erforderlich, um Überreaktionen der Rechtsordnung zu vermeiden
 - ⇒ rein objektiver Tatbestand mit langer Frist (im Vergleich zu §§ 130, 131 InsO)
 - ⇒ Vergleich zur (ebenfalls kritikwürdigen) Rechtsprechung zu § 64 GmbHG
 - Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 121 ff.



Miete: 2.000 Euro pro Monat
 Zahlung: zunächst pünktlich
 Krise: ⇒ Mietzahlungen 6-8 Wochen verspätet
 nach 1 Jahr: Insolvenzantrag + Verfahrenseröffnung

- Frage: Anfechtbarkeit jeder einzelnen verspäteten Mietzahlung im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?



langfristig: Darlehen i.H.v. 1 Mio. Euro
 2011: Krise ⇒ negative Fortführungsprognose
 Rückzahlung des Darlehens an A
 sodann: Insolvenzverschleppung für 13 Monate
 sodann: Insolvenzantrag + Verfahrenseröffnung

- Frage: Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlung aus dem Jahr 2011 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?



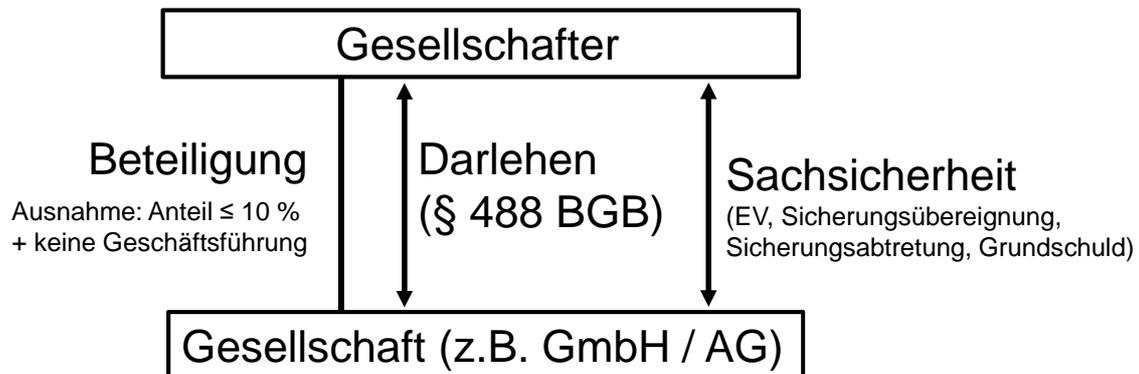
- Frage: Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlung aus dem Jahr 2012 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?
- *Bitter*, ZIP 2013, 2 (gegen *Bork*); zust. OLG Düsseldorf ZIP 2015, 187, 189 f.
- BGHZ 204, 231: § 134 InsO bei „qualifiziertem Rangrücktritt“ ⇒ Folie 210

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 3 – Anfechtbarkeit von Sicherheiten

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

Übersicht: Sicherheit für Gesellschafterdarlehen

➤ **Fall Nr. 10 – 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. 11 – 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. 12:** Die Grundschuld wurde jeweils 11 Jahre vor der Insolvenz bestellt

- Fall: A = Alleingesellschafter-Geschäftsführer der A-GmbH
 - vor vielen Jahren: Darlehen i.H.v. 1 Mio. Euro
 - Anfang 2010: Grundschuldbestellung auf dem Betriebsgrundstück
 - Mitte 2011: Einstellung der Zins- und Tilgungszahlungen
 - Januar 2012: Verwertung des Grundstücks und Befriedigung des A
 - Februar 2013: Insolvenzantrag
 - April 2013: Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Frage: Anfechtbarkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 und/oder Nr. 2 InsO?

- **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 (atypisch stille Gesellschaft = „Innen-KG“)**
- Fall: Einlageleistung gegen Abtretung der Kundenforderungen
- Rn. 25: „Mit dem Nachrang der klägerischen Forderung stand nach dem vor dem 1. November 2008 geltenden Recht zugleich fest, dass sie aus der Globalabtretung der Kundenforderungen gegenüber dem Beklagten kein Absonderungsrecht herleiten konnte und wegen seiner behaupteten Verletzung keine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO entstanden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 305). Das zieht die Revision nicht in Zweifel. Nach seinem Klagabweisungsantrag hat der Beklagte insoweit auch die Globalabtretung an die Klägerin nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nF durchgreifend angefochten, so dass offen bleiben kann, ob diese Bestimmung nach Art. 103d EGInsO anwendbar ist und dem Absonderungsrecht nach der gesetzlichen Neuregelung unabhängig von der Insolvenzanfechtung die Anerkennung zu versagen wäre.“

- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz 1: „Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.“
- Rn. 14: „Die Anfechtung einer Befriedigung scheidet ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) aus, wenn eine für die Verbindlichkeit gewährte Sicherung nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen – etwa wegen Fristablaufs – unanfechtbar ist (...). Aus dieser Erwägung kann die Befriedigung eines Gesellschafterdarlehens innerhalb eines Jahres vor Antragstellung nicht gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden, falls der Gesellschafter über eine **länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherung** (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) verfügt. Hingegen kann die Anfechtung einer Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nicht deshalb verneint werden, weil eine an ihrer Stelle zeitgleich bewirkte Befriedigung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) unanfechtbar wäre.“

- **Lösung für die Praxis**
 1. Verzicht auf die Sicherheit; sodann Verwertung der Sicherheit durch die Gesellschaft; anschließend Erlösauskehr an den Gesellschafter als „Befriedigung“ i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO
 - *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1584
 2. Abtretung der Forderung mit Sicherheit an einen unabhängigen Dritten (nicht einen Treuhänder des Gesellschafters); Verwertung durch den Dritten mehr als ein Jahr nach der Abtretung
 - Achtung: Es ist nicht gesichert, dass der BGH die Enthaftung nach einem Jahr auch für die Sicherheit eintreten lässt.
- **Problem: Kontokorrent- /Cashpoolfälle**

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

1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

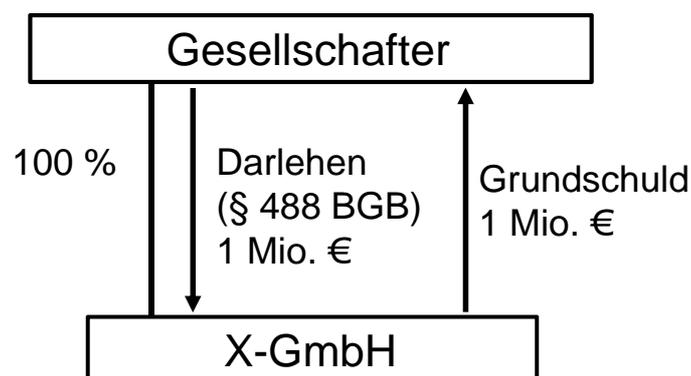
- **BGH v. 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 (Rn. 17)**:
„Steht wie hier ... fest, dass der – in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte – Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.), dem die 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



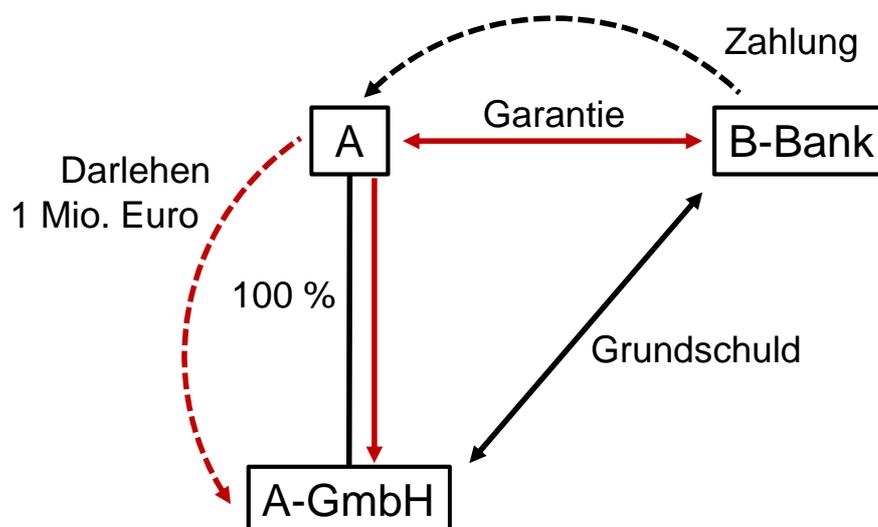
- Fall 11: Sicherheit (z.B. Grundsschuld) wird 8 Jahre vor der Insolvenz Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt
- Abwandlung: Die Bestellung erfolgt 6 Monate vor dem Insolvenzantrag
- Frage: Anfechtung der Grundschuldbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe gegen 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) – Staffekredit: 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.“
- Nähe zur Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 Abs. 3 InsO

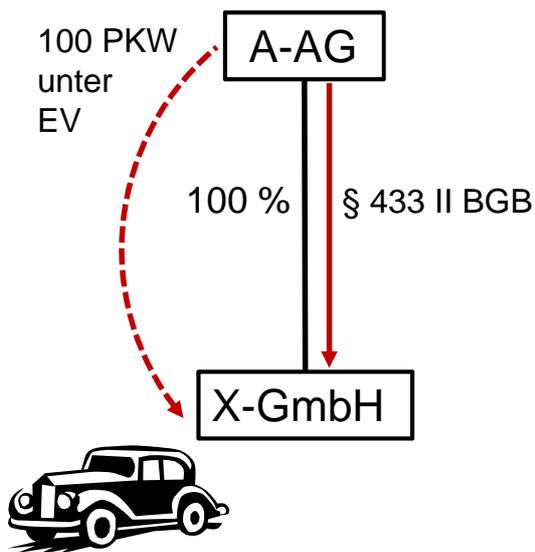
- Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO)
 - ⇒ Anerkennung außerhalb der Gesellschafterdarlehen (BGH NJW 1998, 2592, 2597 = ZIP 1998, 793, 798; insoweit nicht in BGHZ 138, 291)
 - ⇒ keine Ausnahme von § 142 InsO bei Gesellschafterdarlehen
 - ⇒ kein Bargeschäft bei nachträglicher Besicherung oder Wiederauffüllung einer zwischenzeitlich im Wert gesunkenen Sicherheit
 - ⇒ Sonderfall: Kreditgewährung gegen Sicherheit in der akuten Krise (im Jahreszeitraum des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)?
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ⇒ so in der Sache BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffekredit
 - ⇒ 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:
 - ⇒ *Altmeyen*, 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*

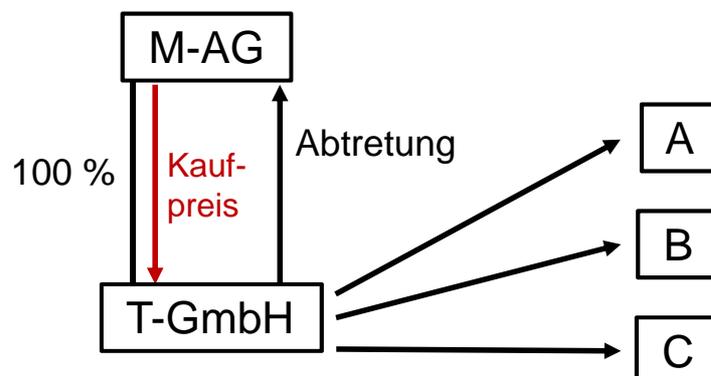


- Frage 1: Anfechtung der Grundschuldbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?
- Frage 2: Rückgriff bei A nach Verwertung der Grundschuld?

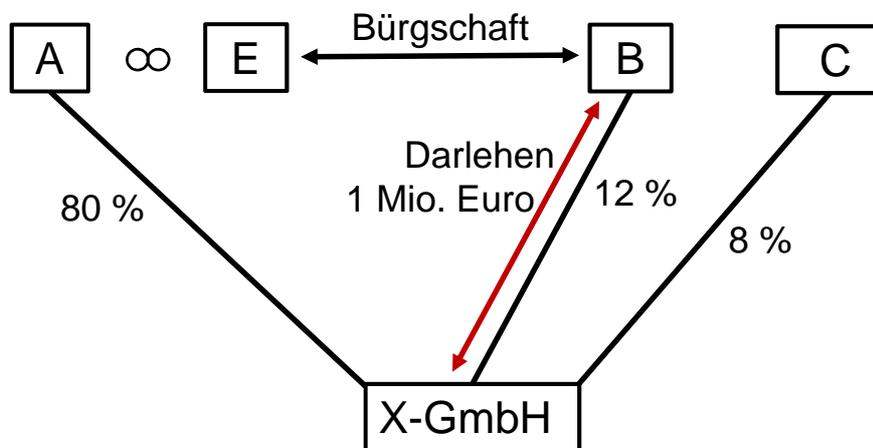


- 1.1.2012 Lieferung der PKW unter Eigentumsvorbehalt
Kaufpreis: 4 Mio. Euro
(40 Raten je 100.000 Euro)
- sodann: Zahlung von 10 Raten
Rest: 3 Mio. Euro
- sodann: Insolvenz der X-GmbH

- Frage 1: Nachrang der Restkaufpreisforderung?
- Frage 2: Kann die A-AG die PKW gemäß § 47 InsO aussondern?



- Sachverhalt: Rückbelastungsrecht der M-AG gegenüber der T-GmbH bei Uneinbringlichkeit der Forderung (= unechtes Factoring)
- Frage: Anfechtung der Abtretungen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO möglich?



- Frage 1: Ist die Bürgschaftsforderung des B gegen E durchsetzbar?
- Frage 2: Kann E ggf. mit ihrem Regressanspruch am Insolvenzverfahren teilnehmen?

- Durchsetzbarkeit der Drittsicherheit, weil es nicht einmal mehr ein präventives Auszahlungsverbot (Einrede) gibt
- bei fehlender Übernahme des besonderen Gesellschafterdarlehensrisikos (Nachrang) Beschränkung der Sicherheitenverwertung im Umfang des Verlustes der Regressmöglichkeit gegenüber der Gesellschaft (keine Quotenausschüttung wegen des Nachrangs)
- Unanwendbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf die Drittsicherheit (teleologische Reduktion)
- Scholz/*Bitter*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 153 ff.

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, berichtigt:

...

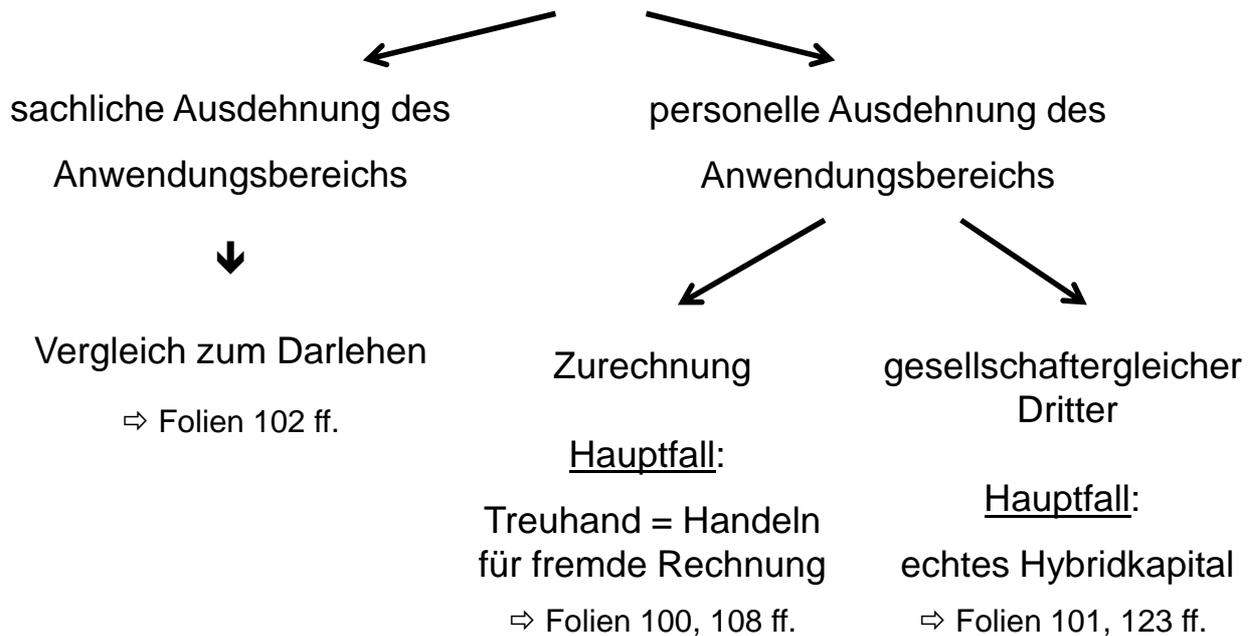
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

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.

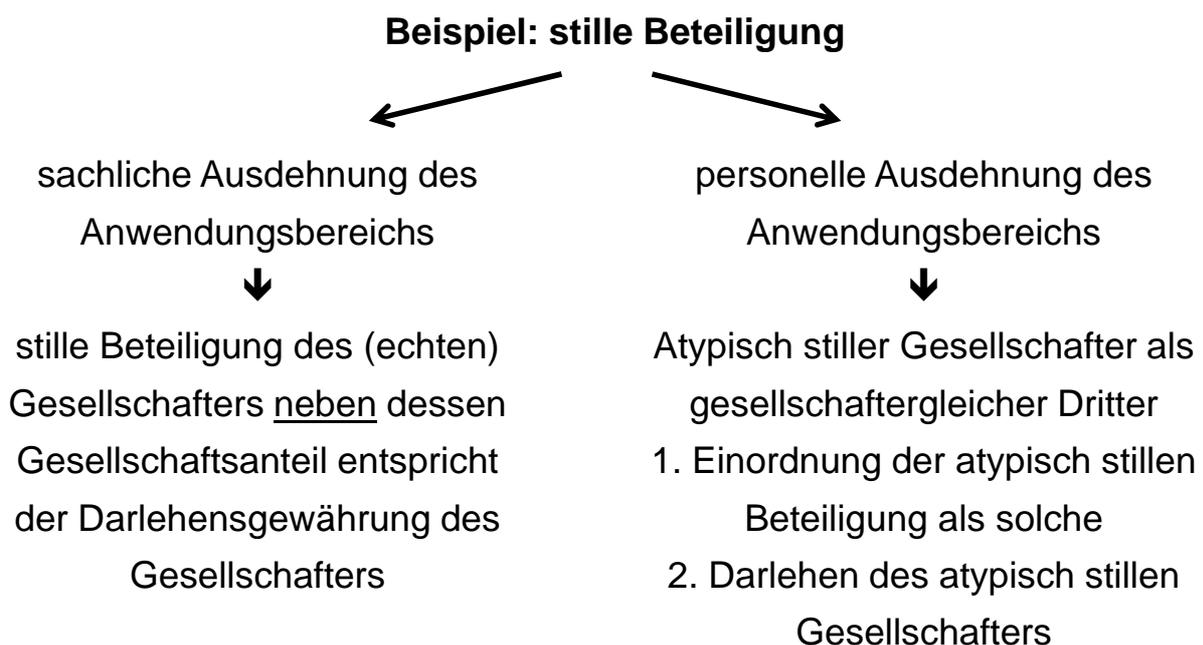
3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

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: 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 108 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 ⇒ 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) ⇒ Folie 105
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators) ⇒ Folie 105
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491 (Rn.50) ⇒ Folie 106
- 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 ⇒ Folie 99 (linke Seite)
- Kapital- und Gewinnrücklage
 - ❖ OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 107
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff.

- **LAG Hannover, 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.“
- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, 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: s.o. Folie 16
- best. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (Rn. 70 f.) ⇒ Folie 17

- **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 beim BGH unter IX ZR 252/13

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Teil 1 – Treuhandfälle (hier nicht abgedruckt)

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

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Teil 2 – Hybridkapital (hier nicht abgedruckt)

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

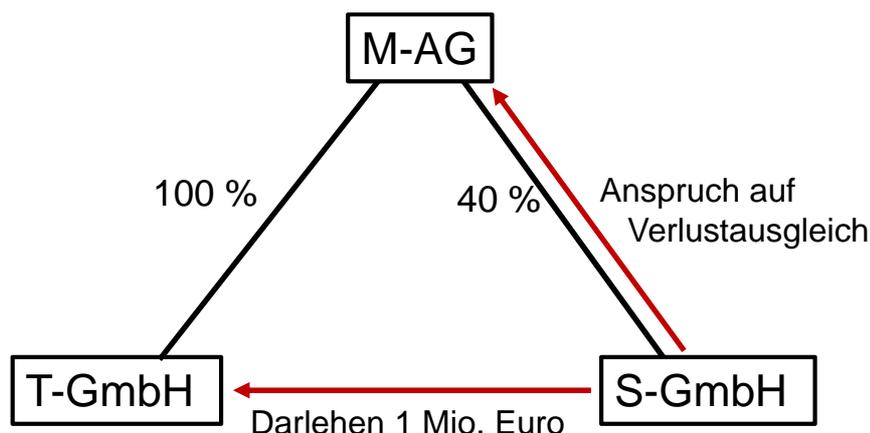
Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

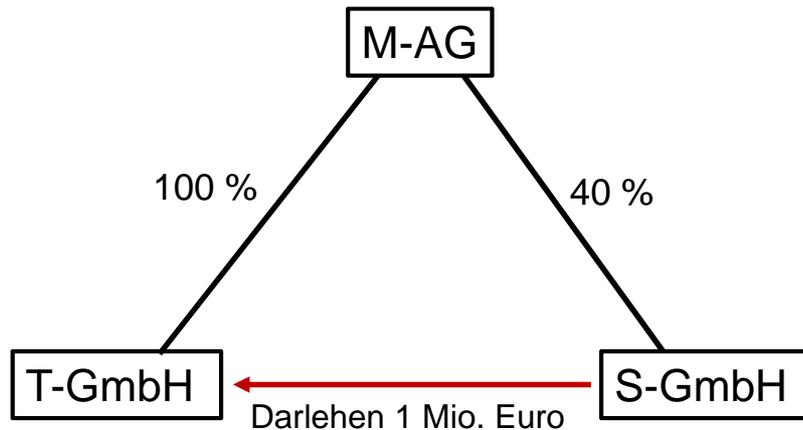
Teil 3 – Verbundene Unternehmen

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

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung Fall Nr. 13 – 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

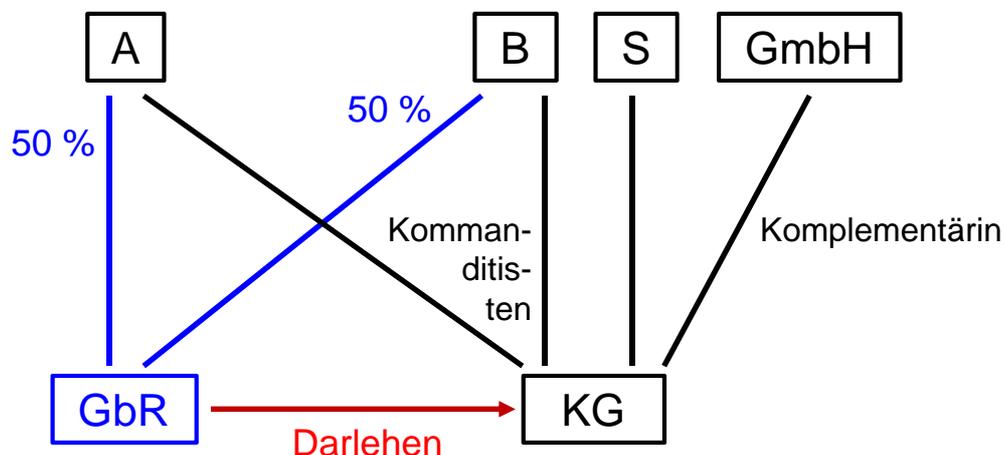


- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beteiligung der M-AG an der S-GmbH: 50 % bzw. 51 %
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH; Anteil der M-AG > 50 %
- Abw. 3: Veranlassung der Darlehensvergabe durch den Vorstand der M-AG

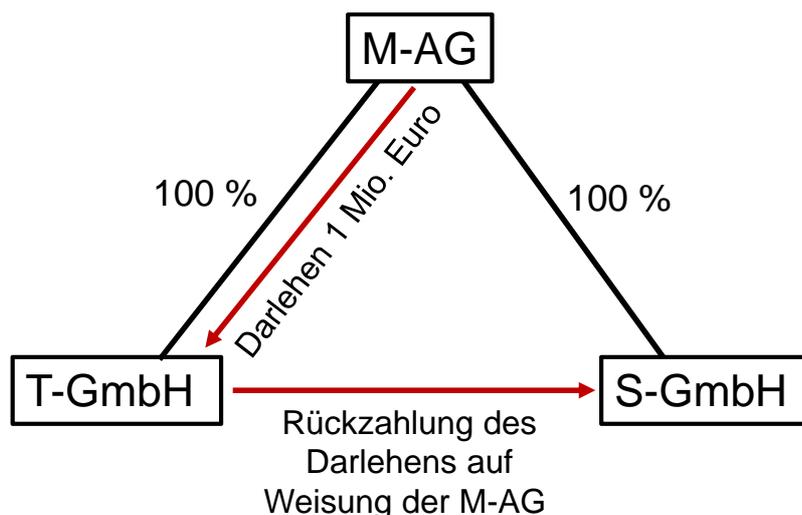
- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz 2: „Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft 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 Schwestergesellschaft

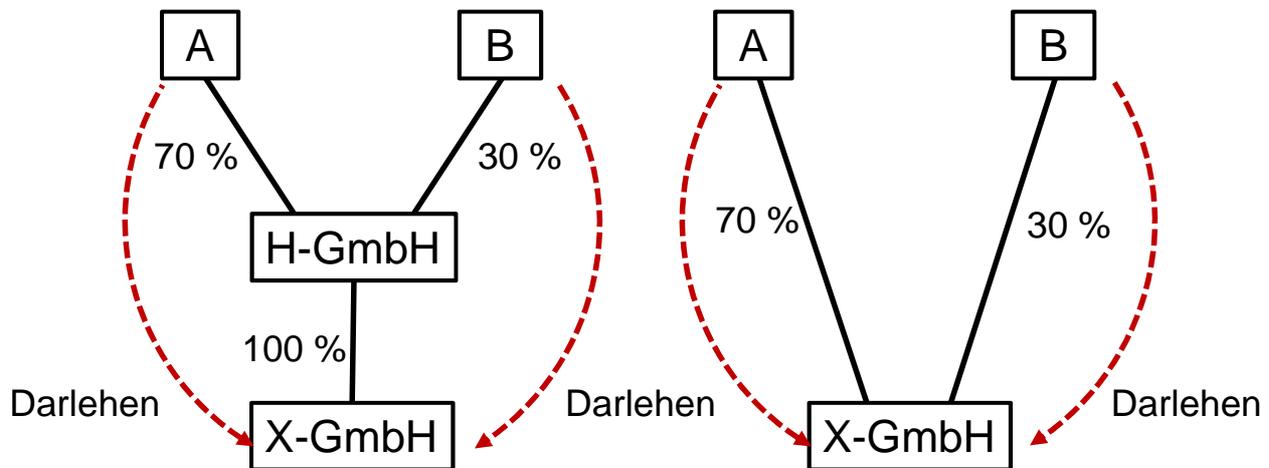
- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)



- **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



- Frage: Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen die S-GmbH oder die M-AG?



- 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 dieser Beteiligungsverhältnisse [scl.: jeweils Alleingesellschafterin] kann dahinstehen, ob – was nahe liegt – auch bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterliegt (...).“

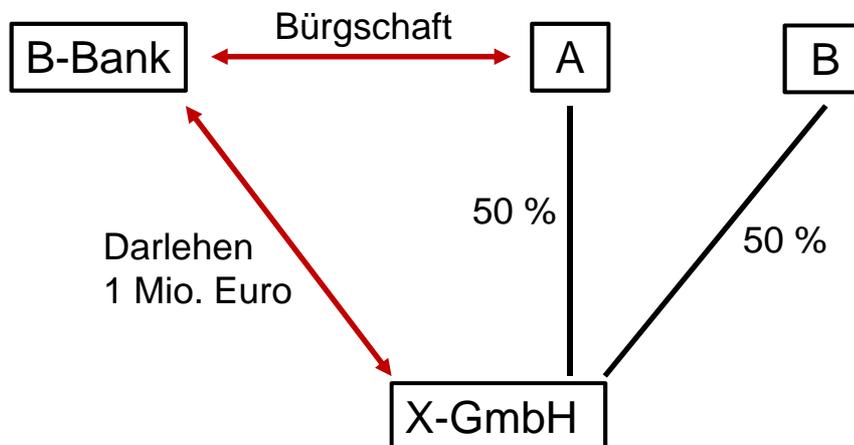
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

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

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

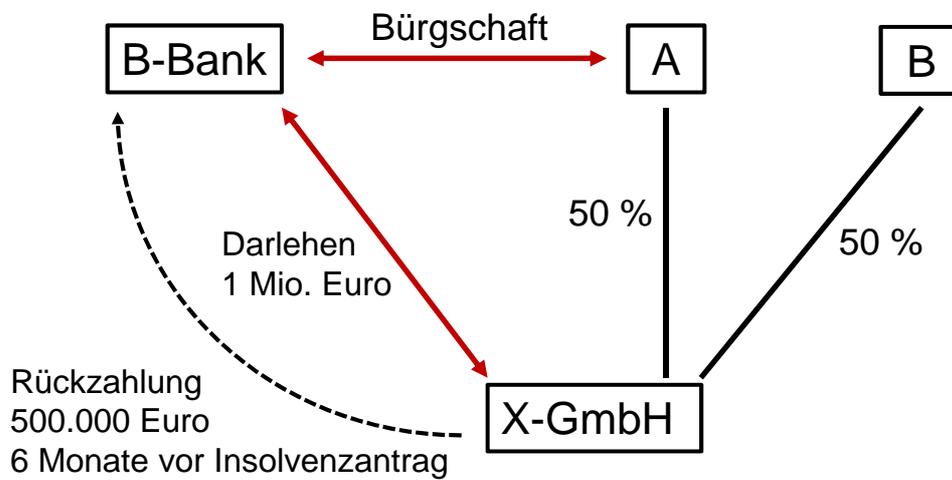
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

- 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**).

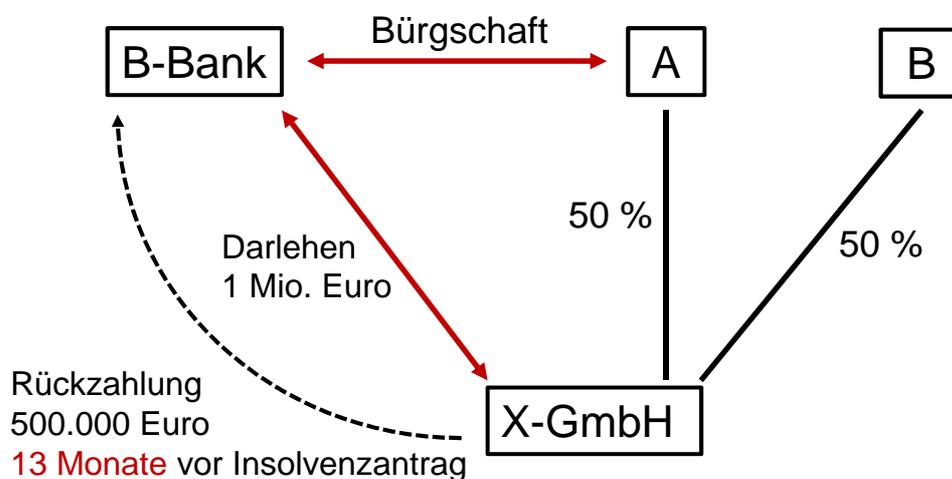


- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?

- 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, 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?

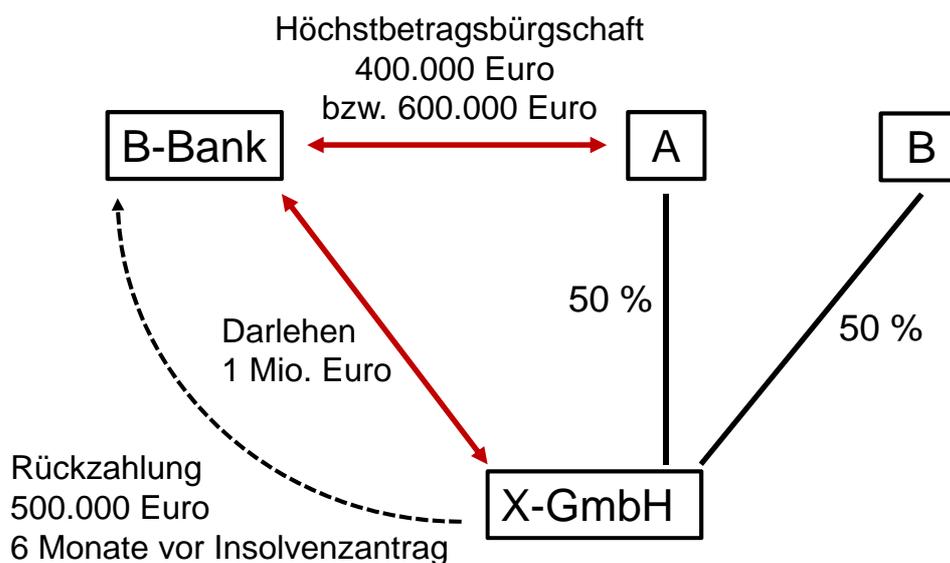
➤ Lösung zu Fall 2:

- ⇒ 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*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 286)

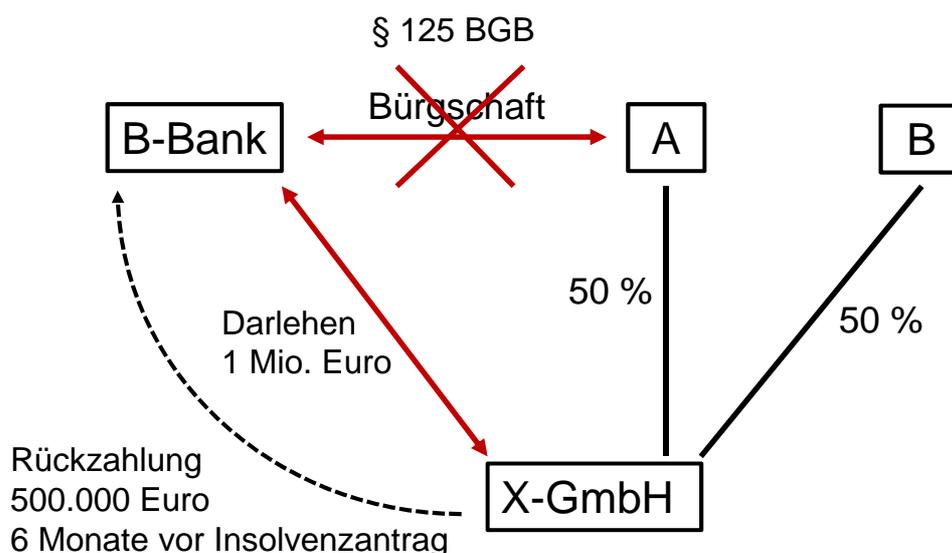
➤ Lösung zu Fall 3:

- ⇒ keine Anfechtbarkeit, weil die Jahresfrist seit der Rückzahlung zur Zeit des Insolvenzantrags bereits abgelaufen war



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

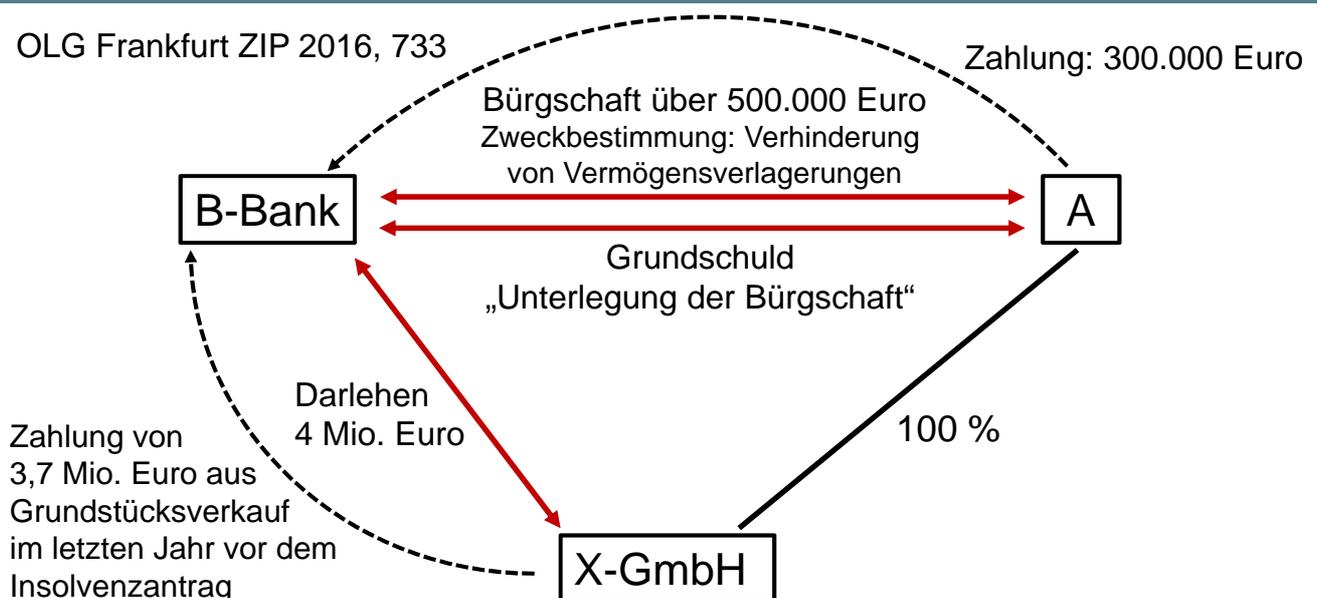
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung; erfolgt die Rückzahlung auf ein im Soll geführtes Konto der Gesellschaft bei einer Bank, für das der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet, kann die Rückführung des Saldos gemäß § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar sein.“
- Leitsatz 1b: „Führt die Gesellschaft durch die Zahlung des Gesellschafters auf das debitorische Konto das besicherte Drittdarlehen nur teilweise zurück und kann der Gesellschafter weiterhin aus der von ihm bestellten Sicherheit von der Bank in Anspruch genommen werden, darf die Summe aus dem Anfechtungsanspruch nach § 135 Abs. 2 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit den Höchstbetrag der eingegangenen Sicherheitsverpflichtungen des Gesellschafters nicht übersteigen.“



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

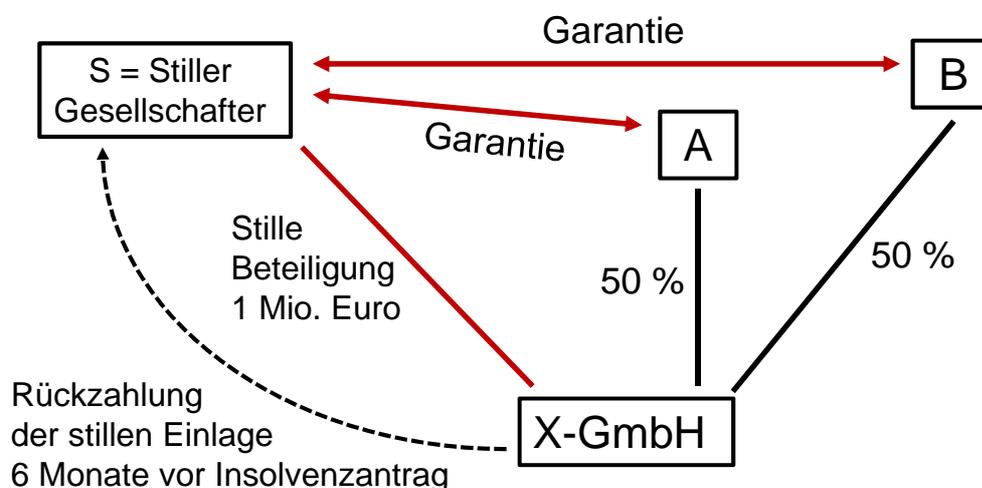
- keine Verweisung des Darlehensgebers gemäß § 44a InsO auf eine nicht bestehende Sicherheit
- Aber: Anfechtbarkeit gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO möglich, wenn der Gesellschafter durch die scheinbare Sicherheitenbestellung die Kreditierung „seiner“ Gesellschaft gefördert hat
 - ❖ Scholz/Bitter, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 276
- Ausnahme: Nichtigkeitsgrund dient dem spezifischen Schutz des sichernden Gesellschafters vor jeglicher Inanspruchnahme
 - ❖ OLG Dresden GmbHR 2002, 269 = ZInsO 2002, 375 (juris-Rn. 25 ff.)

OLG Frankfurt ZIP 2016, 733

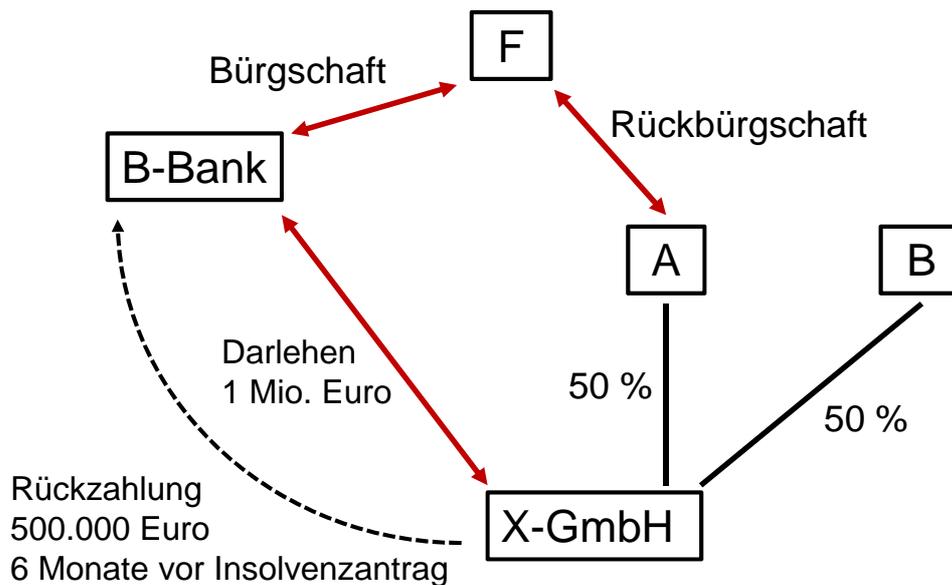


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Zahlung von 200.000 Euro verlangen?

- **OLG Frankfurt, 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.

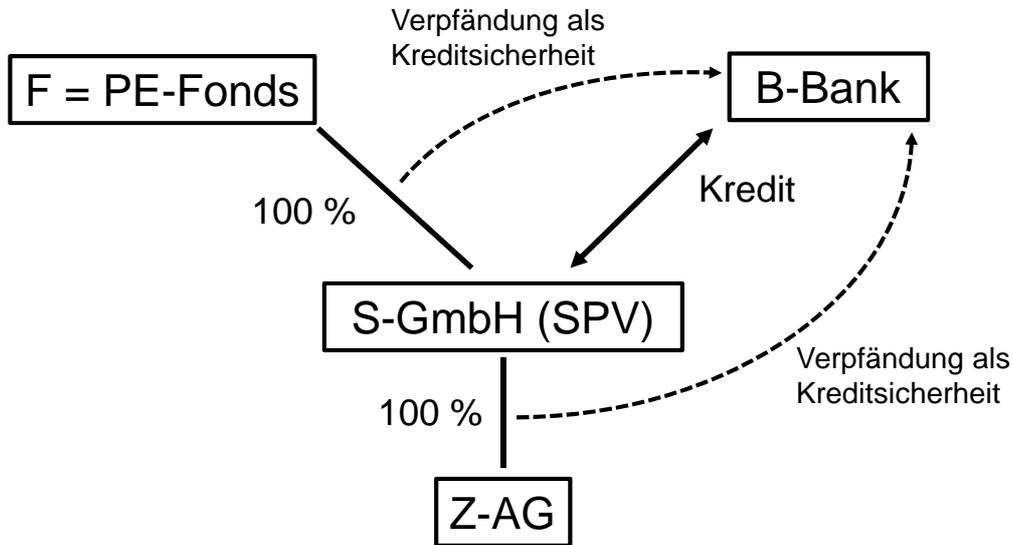


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A und B Erstattung der 1 Mio. Euro verlangen?

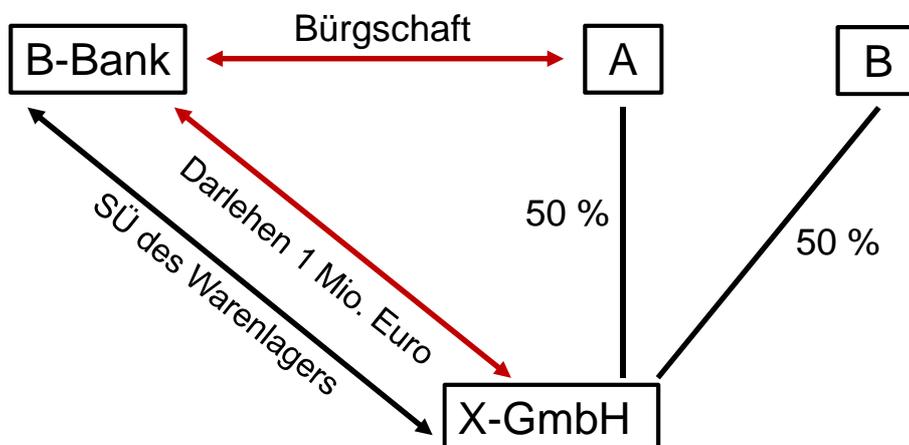


- Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?
- Muss die B-Bank primär F in Anspruch nehmen?

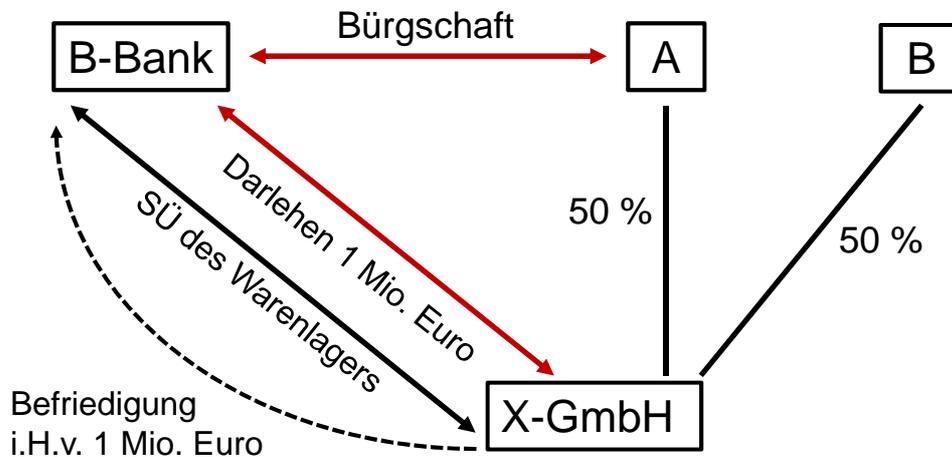
- keine Erfassung durch den Wortlaut der §§ 44a, 135 Abs. 2 InsO, weil nicht die „Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens“ gesichert wird, sondern der Regressanspruch des primären Sicherungsgebers gegen die Gesellschaft
- Aber: wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
 - Anwendung des § 44a InsO auf den Kreditgeber (hier: B-Bank)
 - ⇒ *verfahrensmäßige* Verweisung auf die Sicherheit des primären Sicherungsgebers = Nichtgesellschafters (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



- Frage: Haftet F bei Insolvenz der S-GmbH für Kreditrückzahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO?

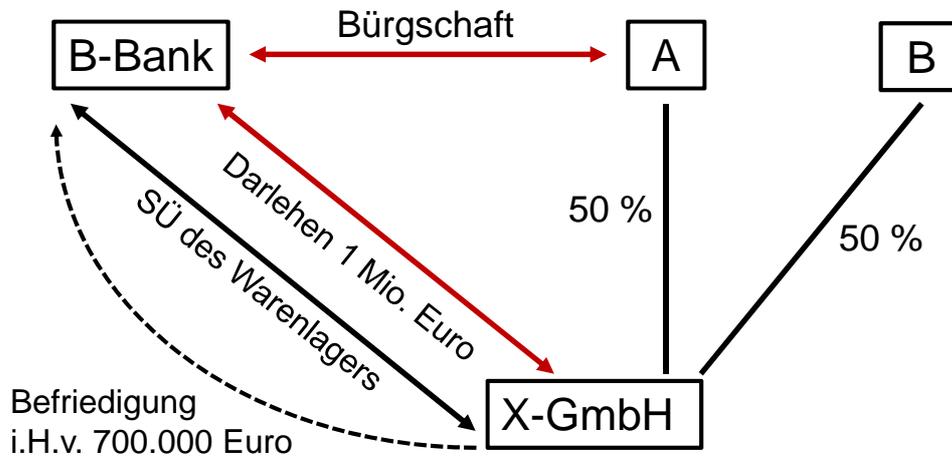


- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

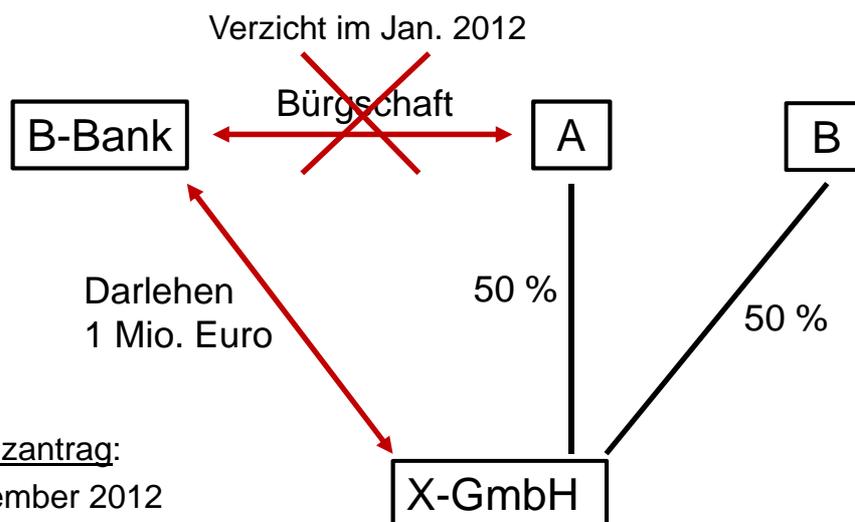


- Frage: Muss A nach Verwertung des Warenlagers 1 Mio. Euro erstatten?

- **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.“



- 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?



- Insolvenzantrag:
a) November 2012
b) Februar 2013
- 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
- ❖ Scholz/*Bitter*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 303

Nicht abgedruckt: Folien 176 – 223

© 2016

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



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