

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht – Darstellung anhand von Fällen –

Auszug: Gesellschafterdarlehen im Konzern

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht und Insolvenz“
am 15. April 2016 in Hannover

Gliederung

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen
3. Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen
- ! **4. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung**
 - ! ➤ **Grundlagen**
 - ! ➤ **Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs**
 - ! ➤ **Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs**
 - Teil 1 – Treuhandfälle
 - Teil 2 – Hybridkapital
 - ! ➤ **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 9.10.2015 erhältlich ist.

Hier abgedruckt sind nur die in der Gliederung mit einem Ausrufezeichen sowie durch Fettdruck hervorgehobenen Teile des Foliensatzes.

Nicht abgedruckt: Folien 3 – 94

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:

...

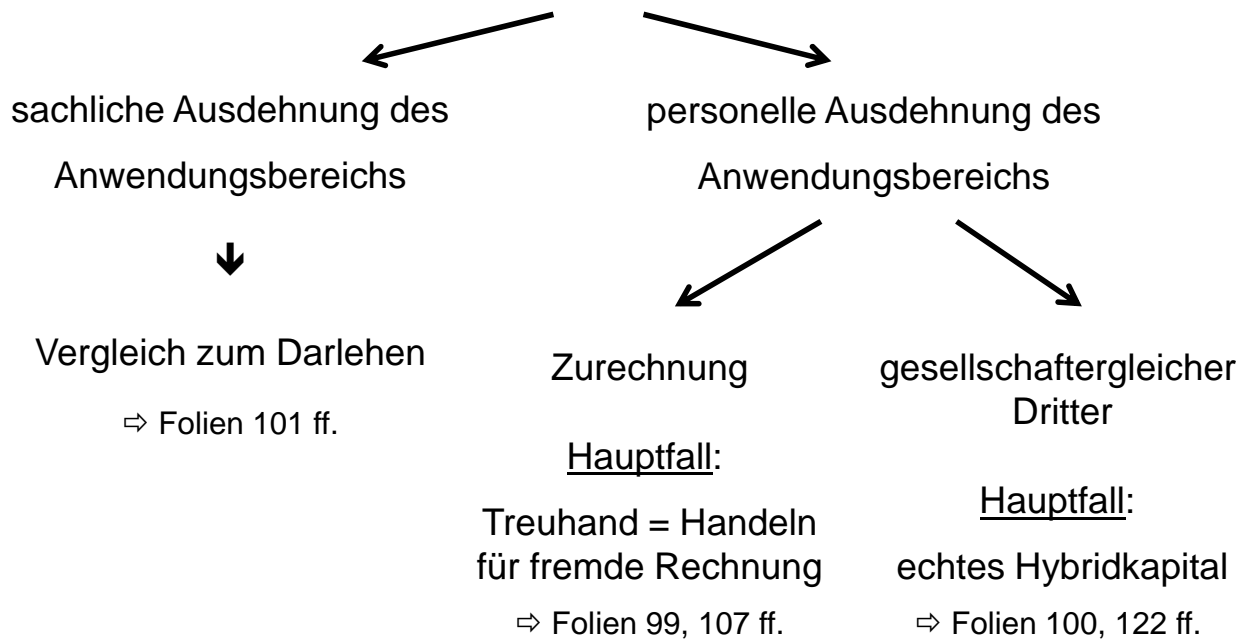
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

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.

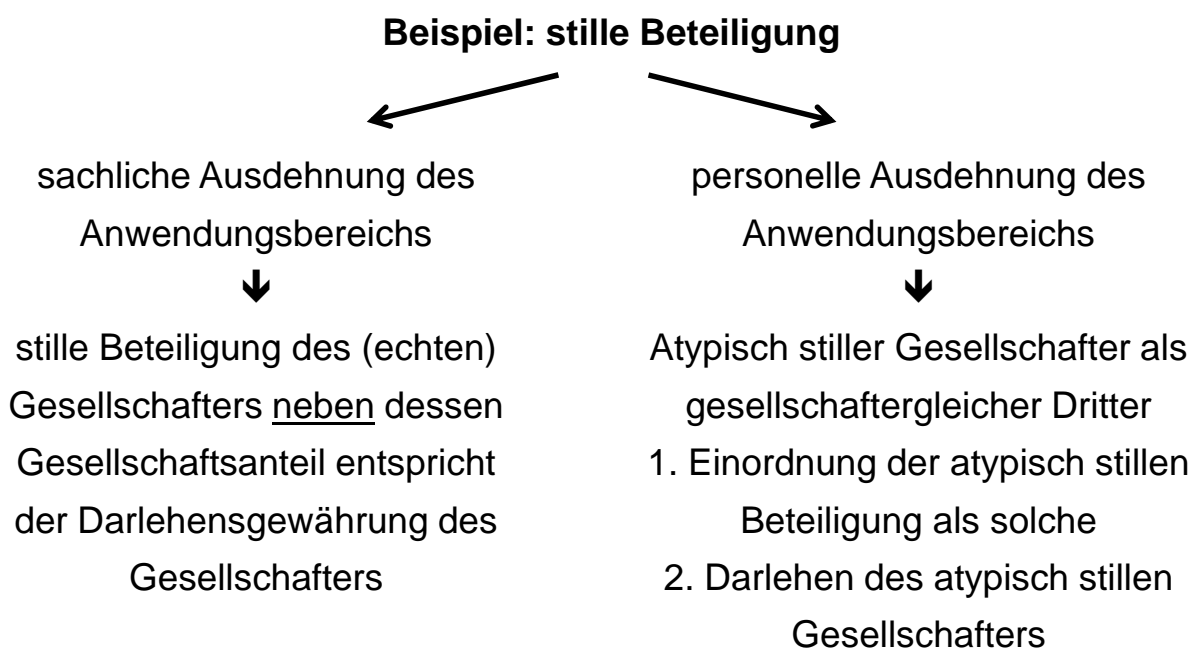
3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

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 107 ff.
 - Doppelrolle als Gesellschafter + Kreditgeber ist formal auf zwei Personen aufgespalten, liegt aber wirtschaftlich bei einer Person
 - Unterfall: nahestehende Personen i.S.v. § 138 InsO als „Stroh Männer“
- **Wichtig:** keine Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat

2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck ⇒ 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 104
 - ❖ 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 105
- 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 98 (linke Seite)
- Kapital- und Gewinnrücklage
 - ❖ OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 106
- 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.

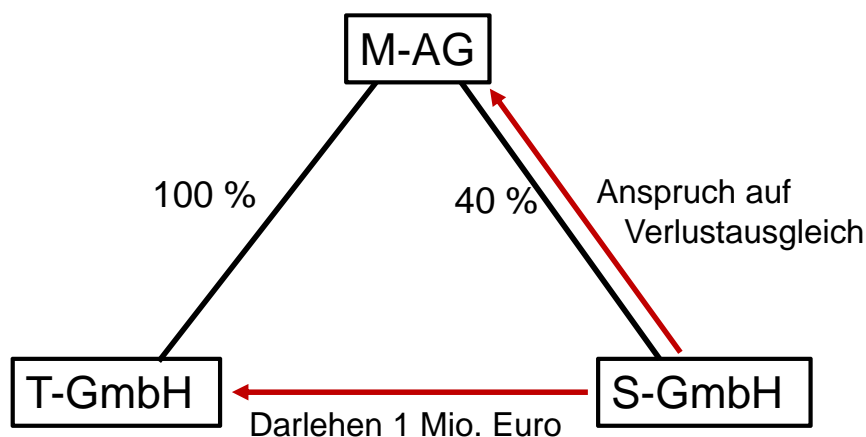
Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

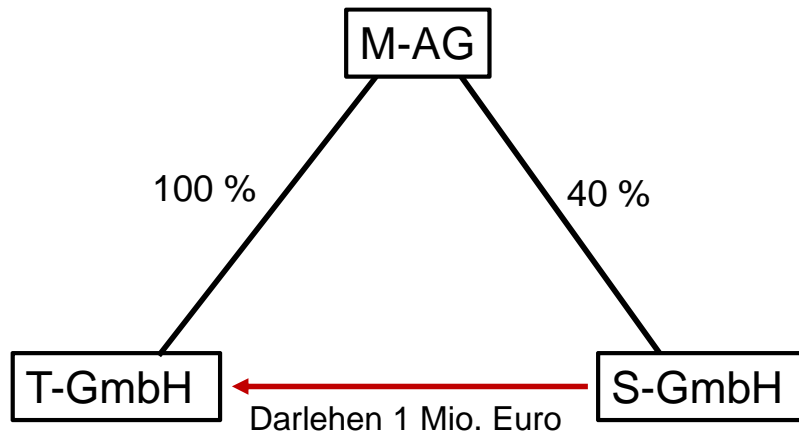
Teil 3 – Verbundene Unternehmen

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

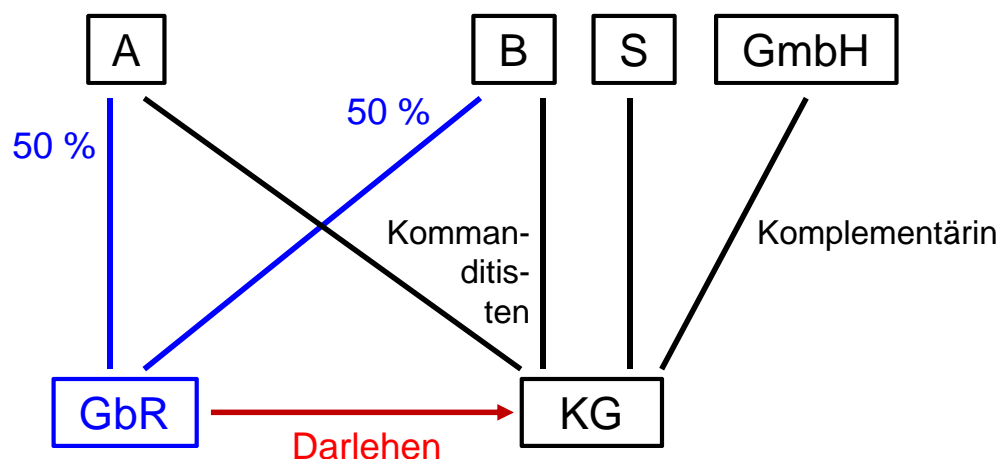


- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beteiligung der M-AG an der S-GmbH: 50 % bzw. 51 %
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH; Anteil der M-AG > 50 %
- Abw. 3: Veranlassung der Darlehensvergabe durch den Vorstand der M-AG

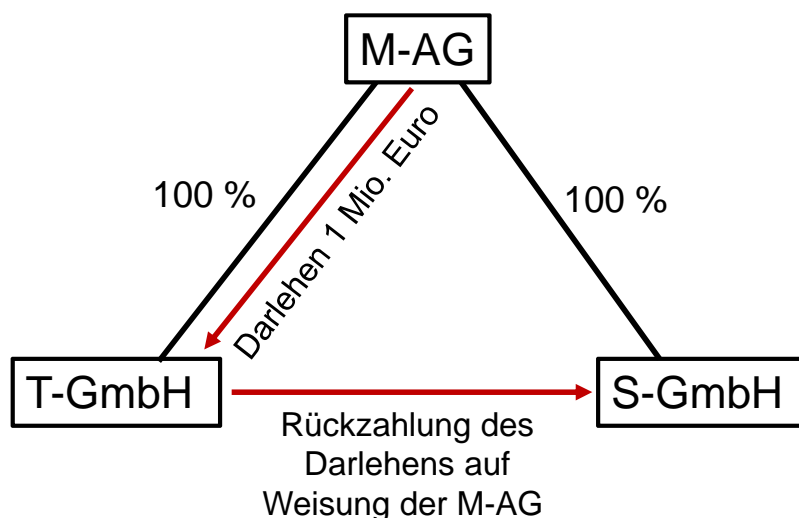
- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz 2: „Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft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

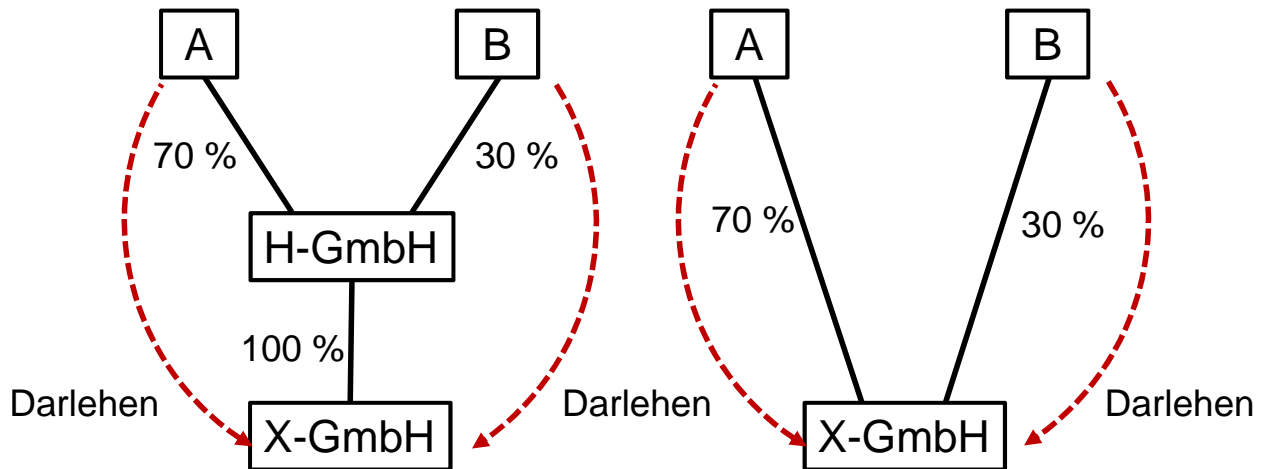
- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)



- **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 (...).“

© 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