

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Gesellschafterdarlehensrecht**

### **Aktuelle BGH-Rechtsprechung und StaRUG**

Sylt – Hybridfortbildung Insolvenzrecht  
Bielefelder Fachlehrgänge  
vom 15. bis 17. September 2021

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

## **Gliederung**

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen
3. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Vergleich zum Darlehen, u.a. Warenkredit + sonstige Stundungen
  - Problemfall: Gewinnvorträge/-rücklagen + Abfindungszahlungen
4. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Hybridkapital (u.a. einflussreiche Kreditgeber/Doppeltreuhand)
5. Gesellschafterdarlehen im StaRUG

Hinweis: Ein ausführlicherer Foliensatz / Vortrag findet sich auf [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de) ⇨ "Lehrstuhlinhaber" beim Vortrag vom 13.11.2020, als Video zu finden auf YouTube unter "Lehrstuhl Prof. Dr. Georg Bitter"

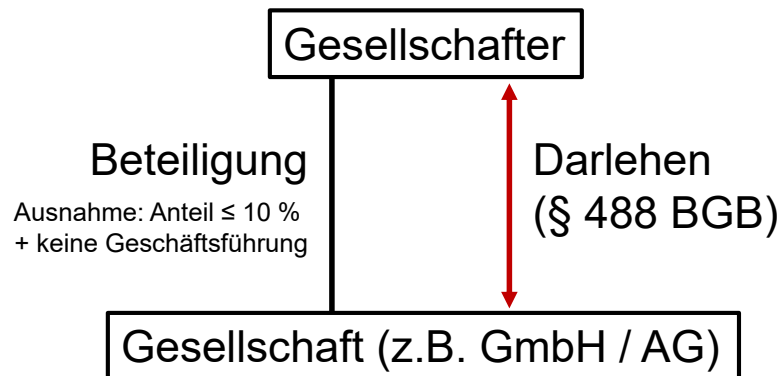
Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Anhang zu § 64 GmbHG (Gesellschafterdarlehen).

Diese von Ende 2020 stammende Kommentierung ist in der Online-Variante Anfang 2021 aufgrund der aktuellen Entwicklungen, u.a. zum COVInsAG und SanInsFoG, aktualisiert worden.



# 1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, 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.

- Vielzahl an Begründungsversuchen in der Literatur
  - ❖ Überblick bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 20
- Zusammenfassend *Kleindiek*, in Lutter/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, Anh zu § 64 Rn. 134: „Im Ergebnis haben sich Legitimationserwägungen als fruchtbar erwiesen, die ... auf dem Gedanken der gebotenen **Korrektur des gestörten Risikogleichgewichts** [beruhen]. Der Nachrang (und in dessen Folge die Insolvenzanfechtung) korrigiert das gestörte Risikogleichgewicht, wenn der Fremdkapitalgeber zugleich Gesellschafter ist, also in einer **Doppelrolle** agiert. Der Gesellschafter soll nicht nur einseitig (im Erfolgsfall) am Gewinn partizipieren können, sondern zugleich (im Insolvenzfall) mit dem faktischen Verlust des eingesetzten Kapitals rechnen müssen.“

## 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 harmoniert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare anfechtungsrechtliche **Regelungszweck**, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der 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. ...“

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

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

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577**
- Rn. 25: „Ein Gesellschafter, der die Gesellschaft aus eigenen Mitteln mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mitteln ausstattet, finanziert damit eine Geschäftstätigkeit, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugute kommt. Hätte der Gesellschafter selbst diese Geschäfte betrieben, wären die eigenen Mittel in der Insolvenz des Gesellschafters verloren. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ordnet an, dass gleiches in der Insolvenz "seiner" Gesellschaft gilt, sofern und soweit der Gesellschafter mit seinen Rechtshandlungen die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft finanziert und das entsprechende Kapital im Insolvenzfall noch nicht abgezogen worden ist. Auf diese Weise **werden die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters eingefordert sowie das Risikogleichgewicht zwischen Gesellschaftern und sonstigen Gesellschaftsgläubigern gewahrt** (BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 51). ...“

b.w.

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

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

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- Rn. 27: „Nachrang und Anfechtbarkeit beruhen auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen (vgl. BGHZ 222, 283 Rn. 23; Schoppmeyer, WM 2018, 353, 358 f.). Das Gesetz unterwirft Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung und stellt auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleich (...). **Der tragende Grund der Nachrangigkeit im Insolvenzfall liegt darin, dass der Gesellschafter mit seiner Finanzierungsentcheidung die Kapitalausstattung der eigenen Gesellschaft verbessert hat. Entscheidend ist, ob die Gesellschafterleistung nach ihrer wirtschaftlichen Funktion einer Leistung von Eigenkapital vergleichbar ist (...).**“
- zu den die Gesellschaftereigenschaft prägenden Merkmalen ⇨ Folie 25

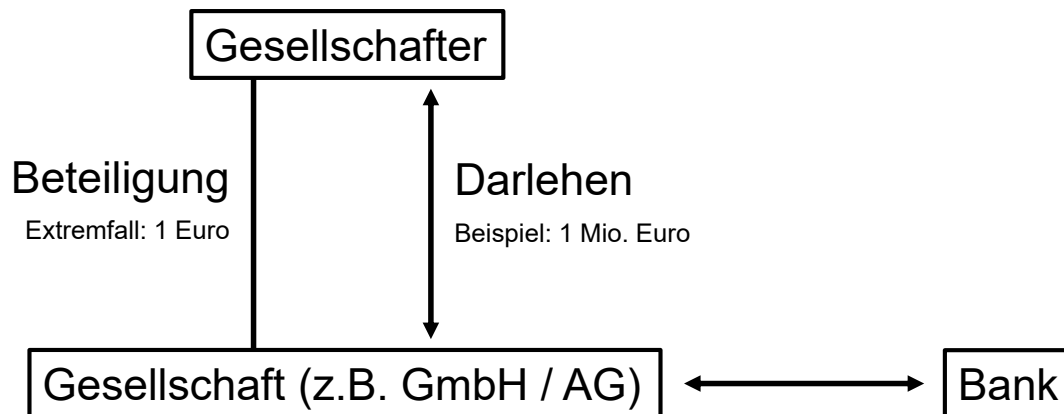
## 4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 30 ff.;  
*Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 262 ff.

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

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





- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen

- **These:** Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Um das Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzustufen.
- **These:** Die Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 InsO soll diesen Nachrang absichern (vgl. BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483, Rn. 21, 26; BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577, 1579, Rn. 27)

## 2. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

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

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

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

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

...

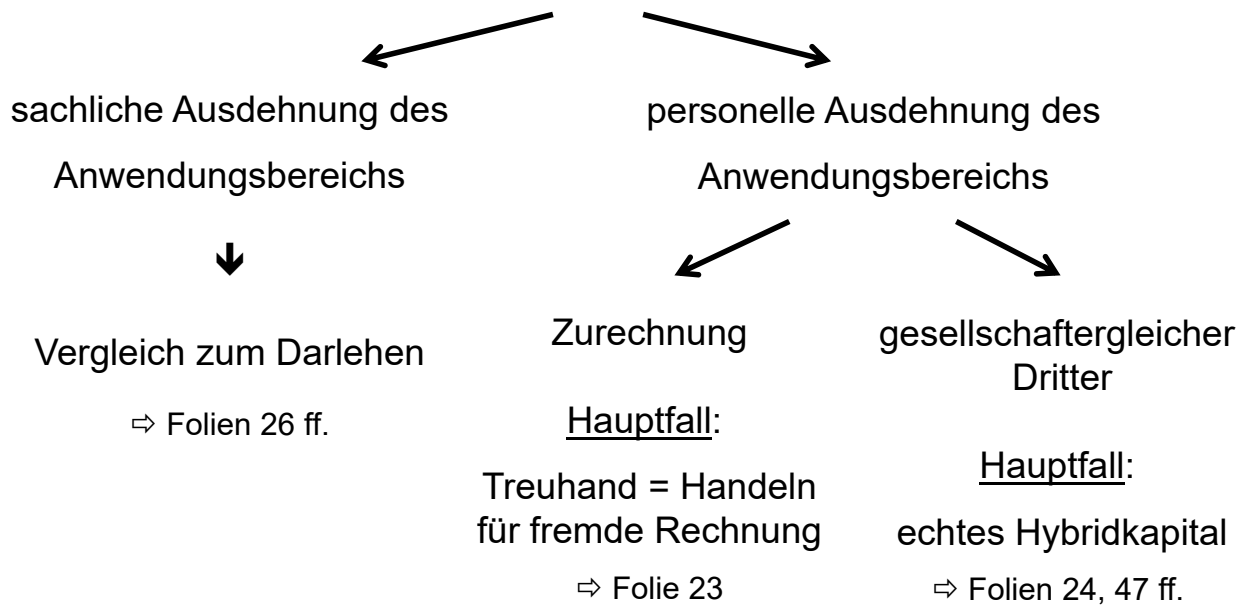
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

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

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

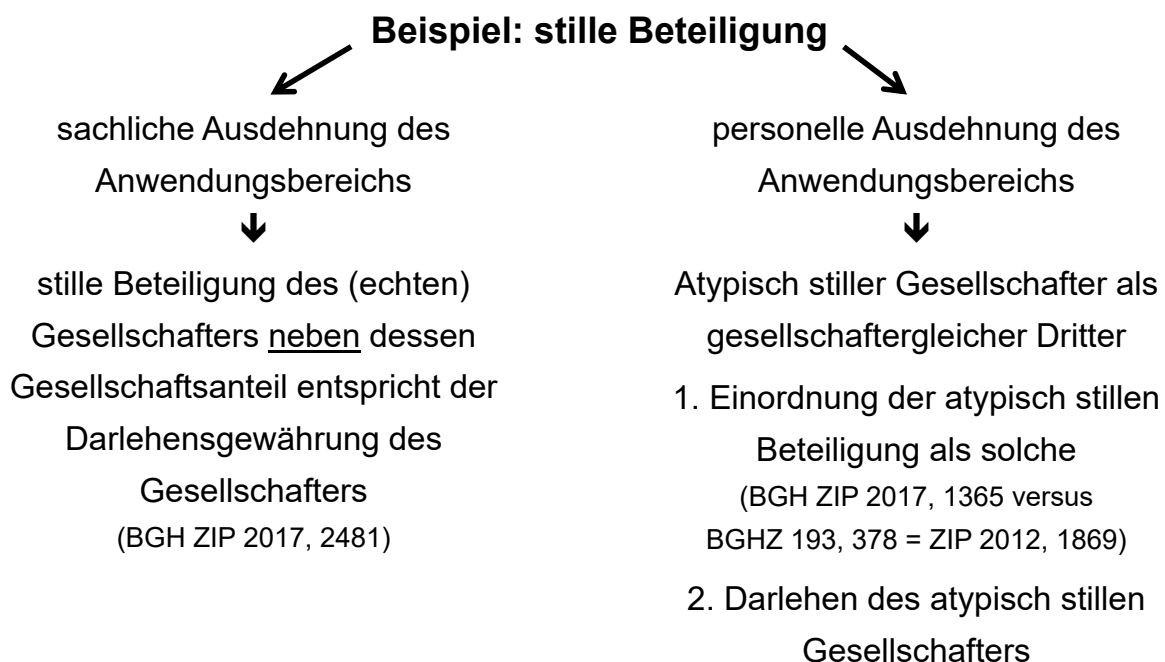
### 3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 207 ff., 243 ff.; Bitter, ZIP 2019, 146 ff.; Bitter, WM 2020, 1764, 1765 f.

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Bitter, ZIP 2019, 146; Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 230, 290 ff., 312 f.

## 1. Zurechnungsfälle

- zwei Richtungen der Zurechnung
  - Mittelüberlassung durch Dritten wird dem Verbandsmitglied zugerechnet
  - Gesellschafterposition eines Dritten wird dem Kreditgeber zugerechnet
- Hauptfall: Treuhand = Handeln für fremde Rechnung
  - 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 (vgl. aber den BGH oben Folie 9)
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 244 ff.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- Rn. 30: „ ... Darlehen eines Dritten [entsprechen] wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft als eine eigene unternehmerische Betätigung des finanzierenden Dritten darstellt. Dies setzt einerseits einen rechtlichen **Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft** voraus und erfordert andererseits eine **Teilnahme des Dritten am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft**. ...“
  - ⇒ Bestätigung der bisher h.M.: Doppeltatbestand
- Rn. 32: „ ... Letztlich geht es darum, wie bei der jeweiligen Gesellschaftsform ein **Dreifachtatbestand** aus Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seinen gesellschaftergleichen Rechten und seiner Teilhabe an der Geschäftsführung in einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines regulären Gesellschafters zu betrachten ist.“
- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff.

## 3. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen) u.a. Warenkredite/Stundungen + Gewinnvorträge/-rücklagen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 207 ff.

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

- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
  - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491  
⇒ Folie 29 f.
  - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350 ⇒ Folie 31
  - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, DB 2019, 2071 = ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617 ⇒ Folie 32
  - ❖ BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2021, 136 ⇒ Folien 33 ff.
- Problem: Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung
  - ❖ OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162 ⇒ Folie 36
- Problem: Besicherung gestundeter Forderungen ⇒ Folie 37

- **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.**“
- bestätigend BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (Rn. 70 f.) ⇔ b.w.

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

- **BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617**
- Leitsatz: Wird die aus einem üblichen Austauschgeschäft herrührende Forderung eines Gesellschafters über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten rechtsgeschäftlich oder faktisch zugunsten seiner Gesellschaft gestundet, handelt es sich grundsätzlich um eine darlehensgleiche Forderung.
- Rn. 15: „Nicht jede Stundung über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum von 30 Tagen hinaus führt dazu, dass eine Forderung aus einem sonstigen Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Vielmehr **ist darauf abzustellen, ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn eine Forderung länger als drei Monate stehen gelassen wird.**“
- kritisch Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 209a; *Habersack*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG, Band II, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rdn. 55 in Fn. 181; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rdn. 116a



- **BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. Bitter, WuB 2021, 136**
- Leitsatz: Ansprüche eines Gesellschafters auf Zahlung eines Altersruhegeldes aus einer betrieblichen Altersversorgung stellen keine Forderungen aus Rechtshandlungen dar, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

„[8] ... Die Pensionsansprüche stellen keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderungen dar. Es handelt sich um nicht nachrangige Insolvenzforderungen. ...

[10] Ein Gesellschafterdarlehen liegt vor, wenn der Gesellschafter dem Schuldner einen Geldbetrag in einer vereinbarten Höhe zur Verfügung gestellt hat (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Schuldner verpflichtet ist, das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). **Bei einem solchen Darlehen kommt es nicht auf die Dauer der Kreditgewährung an. ...**

[12] ... Die rechtliche oder faktische Stundung einer Forderung entspricht bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Vereinbarungsdarlehen ...

[18] Überschreitet der zeitliche Abstand beim Austausch von Leistung und Gegenleistung den von markt- oder verkehrsüblichen Regelungen gesteckten Rahmen eindeutig, liegt eine einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Leistung vor. Dies ist in der Regel erst anzunehmen, wenn eine **Forderung aus einem Austauschgeschäft länger als drei Monate stehen gelassen** wird (BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 = WM 2019, 1646 = ZIP 2019, 1675 Rdn. 15, 18; ...). ...

[19] In dieser Behandlung von Austauschgeschäften liegt **keine gegenüber kurzfristigen Überbrückungskrediten sachwidrige Ungleichbehandlung** (a.A. Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Rdn. 209a; ...). Eine schematische Gleichbehandlung von Darlehensforderungen nach § 488 BGB und Entgeltforderungen aus Austauschgeschäften ist nicht geboten. ... Bei einem Darlehensvertrag führt der Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zusätzliches Kapital zu und verbessert damit die Finanzierung der Gesellschaft. ... Diese Finanzierungsfunktion tritt bei einem Zufluss weiterer Geldmittel ohne weiteres ein (...). Aus einem Austauschgeschäft fließt der Gesellschaft die Sachleistung des Gesellschafters zu, ohne dass dies zu einer zusätzlichen Finanzierung der Gesellschaft führt. **Dass die Gesellschaft das Entgelt für eine Leistung des Gesellschafters nicht Zug-um-Zug bezahlt, führt nicht in gleicher Weise wie der Zufluss weiterer Geldmittel zu einer besseren Finanzausstattung der Gesellschaft. ...**

[22] Nach diesen Maßstäben ist der Anspruch auf Altersruhegeld keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung (...). ...

[30] Entscheidend für die Gleichstellung ist die Finanzierungsfunktion. Allein der Entgeltcharakter des Altersruhegeldes genügt hierzu nicht (HK-InsO/Kleindiek, 10. Aufl., § 39 Rdn. 38). Ebenso wenig begründet das Leistungsversprechen der Gesellschaft eine einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbare Forderung. **Bei der Zusage eines im Versorgungsfall zu zahlenden Altersruhegeldes geht es nicht darum, temporär die Liquidität der Gesellschaft zu verbessern, sondern dem Arbeitnehmer zusätzlich zum Lohn eine Altersabsicherung zu verschaffen.** ... Vielmehr handelt es sich bei der Vergütung der im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gehaltenen Betriebstreue, die zusätzlich oder als Teil der üblichen Dienst- oder Arbeitsvergütung gezahlt wird, um eine **verkehrsübliche Gestaltung eines Austauschverhältnisses**.

- **OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162**
- juris-Rn. 38: „Indem die Bekl. [= mittelbare Gesellschafterin] die Schuldnerin hier, um den Sanierungsbedarf des Pachtobjekts wissend, über Jahre hinweg nicht dazu angehalten hat, ihrer gegenüber der Bekl. seit 2001 und den Folgejahren bestehenden und fälligen Verpflichtung zur Instandhaltung des Pachtobjekts aus § 3 Abs. 1 – 3 des Pachtvertrags nachzukommen, ist es der Schuldnerin erspart geblieben, die hierfür grundsätzlich nötigen (finanziellen) Mittel aufzuwenden. Auf diese Weise hat die Bekl. der Schuldnerin – auch wenn sich ihr Anspruch zunächst nicht auf die Zahlung von Geld, sondern (nur) auf die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen durch und auf Kosten der Schuldnerin bezog – Finanzmittel belassen, die die Schuldnerin anderweitig verwenden konnte.“
- Folgefrage: generelle Finanzierungsfunktion bei Anzahlungen/Vorschüssen?
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 212 ff.

- Eigentumsvorbehalt bei gestundetem Kaufpreis = Warenkredit gegen Sicherheit
- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen Sicherheit  
(a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO);  
vgl. *Bitter*, ZIP 2019, 737, 742
- Allgemeines Problem: Anfechtbarkeit anfänglicher Sicherheiten gemäß § 135 I Nr. 1 InsO (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 47 ff., 168 ff., 217 ff. und *Bitter*, ZIP 2019, 737, 741 ff. gegen BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = ZIP 2019, 666 = DB 2019, 835)

- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil ⇒ Folie 22 (links) und Folie 39
- **Kapital- und Gewinnrücklage**
  - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 = DB 2014, 828 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 40
  - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622 (Gewinnrücklage) ⇒ Folie 41
  - ❖ offen BGH v. 17.12.2020 – IX ZR 122/19, ZIP 2021, 93 (Rn. 30) ⇒ Folie 42
  - ❖ dafür BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 195/20, ZIP 2021, 1822 (für BGHZ vorgesehen) ⇒ Folie 43
- **Abfindungszahlungen an Gesellschafter?**
  - ❖ KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f. ⇒ Folie 44
  - ❖ BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511 ⇒ Folie 45
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung?
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230 ff.

- **BGH v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, ZIP 2017, 2481 = DB 2017, 2990**
- 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 = DB 2014, 828**
- 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.**“

- **BGH v. 17.12.2020 – IX ZR 122/19, ZIP 2021, 93**
- Leitsatz: Die Entnahme von Guthaben auf einem Kapitalkonto des Kommanditisten ist wie die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergibt, dass das Guthaben keine Beteiligung des Kommanditisten, sondern schuldrechtliche Forderungen ausweist.
- „[30] Die in der Literatur und obergerichtlichen Rechtsprechung streitige Frage, ob ein stehengelassener Gewinnanspruch des Gesellschafters bei Auflösung einer Gewinnrücklage oder eines Gewinnvortrags als darlehensgleiche Forderung zu bewerten ist (vgl. etwa Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl., Anh. § 64 Rn. 83a mwN), bedarf im Streitfall nach alldem keiner Entscheidung.“

- **BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 195/20, ZIP 2021, 1822 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz 1: Beschließt der Alleingesellschafter einer GmbH, einen festgestellten Gewinn auf neue Rechnung vorzutragen, kann der aus einem später gefassten, auf Ausschüttung des Gewinnvortrags gerichteten Gewinnverwendungsbeschluss folgende Zahlungsanspruch eine wirtschaftlich einem Darlehen entsprechende Forderung darstellen.
- Leitsatz 2: Eine Behandlung als wirtschaftlich einem Darlehen entsprechende Forderung scheidet aus, wenn bereits zum Zeitpunkt des ersten, auf einen Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung gerichteten Gesellschafterbeschlusses eine Gewinnausschüttung nicht vorgenommen werden durfte, weil und soweit die Auszahlung zu diesem Zeitpunkt eine Unterbilanz herbeigeführt oder vertieft hätte.
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 231 ff.:

- **KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f.**
- juris-Rn. 38: „Der Senat hält den gedanklichen Ausgangspunkt, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter für etwaige, nach seinem Ausscheiden eintretende Kapitalverluste nicht haftet und er einem Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt gleichgestellt werden kann, für überzeugend. Wenn aber der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters im Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig zu behandeln ist, wenn der Gesellschafter im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag ausgeschieden ist, dann muss dies erst recht auch für seinen Abfindungsanspruch gelten. ...“
- Folge: Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts (insbes. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) auf Abfindungszahlungen *innerhalb* der Jahresfrist wohl inzident bejaht.
- dazu Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 237

- **BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511**
- Leitsatz 1: Die Abfindungsforderung eines vor der Insolvenz ausgeschiedenen Gesellschafters einer GmbH & Co. KG, deren Auszahlung gegen das Kapitalerhaltungsgebot der §§ 30, 31 GmbHG analog verstoßen würde, ist erst bei der Schlussverteilung nach § 199 InsO zu berücksichtigen.
- Leitsatz 2: § 30 Abs. 1 GmbHG steht einer Auszahlung der Abfindungsforderung auch dann entgegen, wenn die Abfindung zum Zeitpunkt des Ausscheidens und auch noch ein Jahr danach aus dem freien Vermögen der Gesellschaft hätte bedient werden können. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist insoweit nicht entsprechend anwendbar.

- **BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511**
- Rn. 62: „Ob ... die nach dem Ausscheiden des Gesellschafters vereinbarte Stundung oder Ratenzahlung der Abfindungsforderung deren Umwandlung in eine einem Gesellschafterdarlehen gleichzustellende Forderung bewirken kann (...), kann dahinstehen. Wenn die Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung ... bereits im Gesellschaftsvertrag getroffen wurde, tritt **mit dem Ausscheiden des Gesellschafters** und dem Entstehen seiner Forderung auf Zahlung seines Abfindungsguthabens **nicht automatisch eine Umwandlung von Eigen- in darlehensweise gewährtes Fremdkapital** ein. Vielmehr ist sein Abfindungsanspruch von vorneherein nie in anderer Form als gesellschaftsvertraglich vereinbart, d.h. mit entsprechender zeitlicher Streckung entstanden (...). Ihr Eigenkapitalcharakter und damit ihre **Eigenkapitalbindung besteht daher trotz der zeitlichen Streckung ihrer Auszahlung fort**. Hiermit hat sich der Gesellschafter mit seinem Beitritt zur Gesellschaft einverstanden erklärt.“
- dazu Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 237a



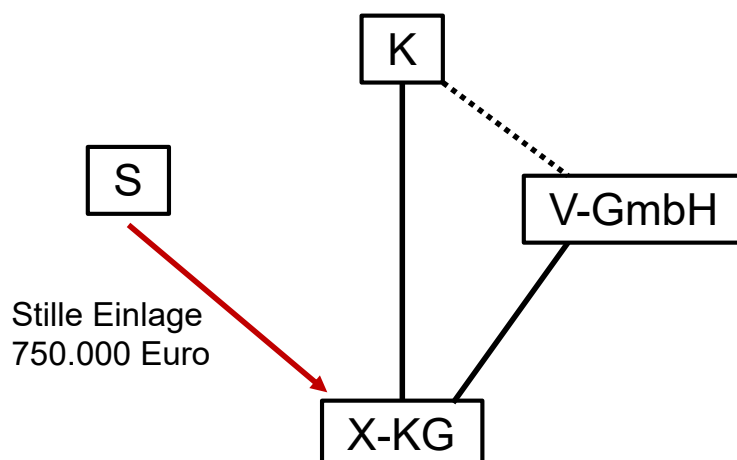
## 4. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs – Hybridkapital –

### Einbeziehung von Banken + Anleihegläubigern

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 287 ff.

## Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Hybridkapital –

### Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



BGHZ 193, 378  
(Innen-KG)

Bitter, ZIP 2019, 146

- 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?



- **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.

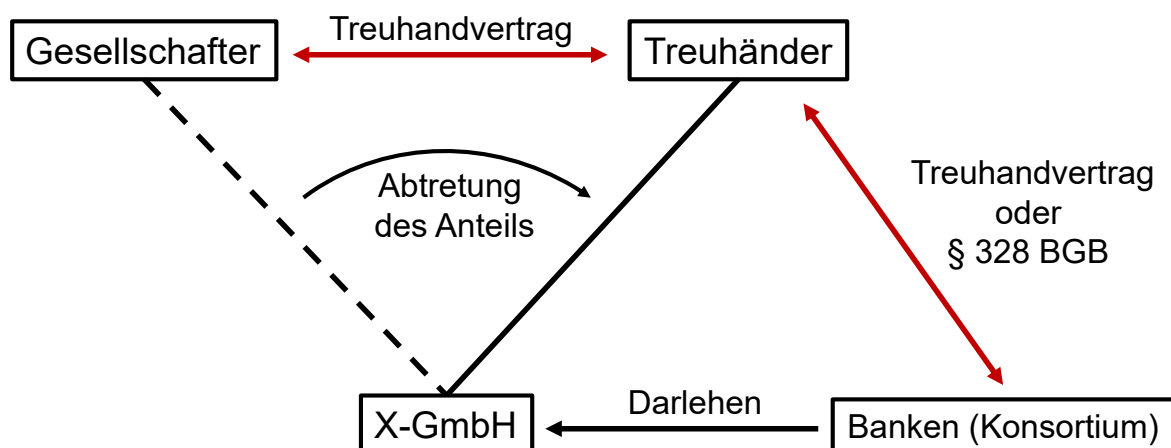
### Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- 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

### Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: **Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme** ⇨ Folie 24
  - 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

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**



### Doppeltreuehand zur Sanierung

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz 2a: Ansprüche eines Darlehensgebers stehen wirtschaftlich einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens gleich, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft für den Darlehensgeber in einer **Gesamtbetrachtung** aufgrund seiner **inem Gesellschafter vergleichbaren Rechtsstellung** als eine eigene unternehmerische Betätigung darstellt. Hierzu sind bei der jeweiligen Gesellschaftsform die bestehende Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seine gesellschaftergleichen Rechte und seine Teilhabe an der Geschäftsführung in einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines Gesellschafters zu betrachten.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz 2b: Ein doppelseitiges Treuhandverhältnis, bei dem der Gesellschafter als Treugeber seinen Gesellschaftsanteil auf einen Treuhänder überträgt, der ihn zugleich treuhänderisch zugunsten des Darlehensgebers hält, führt nicht dazu, dass der Darlehensgeber allein aufgrund der zu seinen Gunsten bestehenden treuhänderischen Berechtigung einem Gesellschafter gleichzustellen ist. Auch insoweit kommt es darauf an, wie die Rechtsstellung des Darlehensgebers im Vergleich zu einem Gesellschafter ausgestaltet ist.
- Leitsatz 2c: Eine bloß faktische Möglichkeit des Darlehensgebers, Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft zu nehmen, genügt nicht für eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- unerheblich, dass der Kreditgeber die Rückzahlung seines Darlehens nebst Zinszahlung erstrebt; alle darauf abzielenden Maßnahmen (insbesondere die Abrede über eine Gewinnthesaurierung) dienen nur als Sicherheit (Rn. 40–42)
- unerheblich, dass die Banken ggf. im Vorfeld der Sanierung gedroht haben, die Kreditlinien aufzukündigen, falls die Doppeltreuhand (mit einem bestimmten Treuhänder und einem bestimmten zusätzlichen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin) nicht zustande kommt, solange die Banken den Geschäftsführer nicht abberufen und ihm keine Weisungen erteilen können (Rn. 44, 46)
- unerheblich, dass der Treuhänder befugt war, Organe der Schuldnerin und anderer Gesellschafter der Unternehmensgruppe zu bestellen und abzuberufen, solange der Treuhänder keinen Weisungen der Banken unterliegt (Rn. 45)
- Ergebnis: Doppeltreuhand-Modell weitgehend abgesichert!

- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff. (Heft 38/2020 vom 19.9.2020)
  - Die Einordnung als gesellschaftergleicher Dritter ist nach dem bisher anerkannten Doppeltatbestand zu prüfen, nicht nach dem (angeblichen) Dreifachtatbestand ⇒ Folien 24 f.
    - ❖ „gesellschaftergleiche Rechte“ als Oberbegriff für die beiden anderen, allein entscheidenden Elemente
  - Für die (Möglichkeit der) Einflussnahme ist im Grundsatz nicht die „Teilhabe an der Geschäftsführung“, sondern der Einfluss auf die Gesellschaft (Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung) relevant.
    - ❖ Gesellschafter unterliegen dem Gesellschafterdarlehensrecht auch ohne Teilhabe an der Geschäftsführung
    - ❖ Geschäftsführung ist nur im Ausnahmefall des Kleinbeteiligten relevant (§ 39 Abs. 5 InsO), nicht beim „Normalgesellschafter“

- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff. (Heft 38/2020 vom 19.9.2020)
  - keine Äußerung des BGH zu der Frage, ob die variable Erlösbeteiligung auch in der Aufwertung einer krisenbedingt entwerteten Forderung liegen kann
  - keine klare Stellungnahme zu der Frage, welcher Art die Einflussnahme sein muss: gesellschaftsrechtlich oder schuldvertraglich vermittelt? ausnahmsweise auch faktisch?
    - ❖ Details bei *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2017, S. 140–151
    - ❖ Überblick bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 254 ff.
- Eindeutig nur: Nicht ausreichend ist der wirtschaftliche Druck, etwa durch einen mächtigen Lieferanten oder die Möglichkeit des Geldgebers, das Kapital – beispielsweise als typisch stiller Gesellschafter oder als Hausbank – durch Kündigung abziehen zu können.

## 5. Gesellschafterdarlehen im StaRUG

siehe allgemein zum Schutz der Kreditgeber  
nach §§ 89, 90, 91 StaRUG den Vortrag/Foliensatz

„StaRUG: Folgen für Fremdkapitalgeber,  
Finanzierungsbeiträge und Kreditsicherheiten“

## § 9 Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen

(1) Bei der Festlegung der Rechte der Planbetroffenen im Restrukturierungsplan sind Gruppen zu bilden, soweit Planbetroffene mit unterschiedlicher Rechtsstellung betroffen sind. Es ist zu unterscheiden zwischen

1. den Inhabern von Absonderungsansprüchen,
2. den Inhabern von Forderungen, die im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als nicht nachrangige Insolvenzforderungen geltend zu machen wären, nebst darauf entfallender Zinsen und Säumniszuschläge (einfache Restrukturierungsgläubiger),
3. den Inhabern von Forderungen, die im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 39 Absatz 1 Nummer 4, 5 oder Absatz 2 der Insolvenzordnung als nachrangige Insolvenzforderungen anzumelden wären (nachrangige Restrukturierungsgläubiger), wobei für jede Rangklasse eine Gruppe zu bilden ist, und
4. den Inhabern von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten.

- Frage: Auf welchen Zeitpunkt kommt es für die Gesellschafterstellung an, insbesondere beim Ausscheiden eines Gesellschafters?
  - im Insolvenzverfahren: Gesellschafterstellung muss mindestens 1 Jahr vor dem Insolvenzantrag beendet sein, um die Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts auszuschließen (Gedanke aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
  - im Restrukturierungsverfahren: Gesellschafterstellung muss mindestens 1 Jahr vor dem in § 2 Abs. 5 StaRUG genannten Zeitpunkt beendet sein
    - ❖ Vorschlag von *Fridgen*, in: BeckOK StaRUG, Stand: 1.4.2021, § 9 Rn. 66
  - Normtext des § 2 Abs. 5 StaRUG:  
Maßgeblich für die Absätze 1 bis 4 sind die Rechtsverhältnisse zum Zeitpunkt der Unterbreitung des Planangebots (§ 17), im Fall einer Abstimmung im gerichtlichen Planabstimmungsverfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung (§ 45). Erwirkt der Schuldner vorher eine Stabilisierungsanordnung (§ 49), tritt an die Stelle des Planangebots oder des Antrags der Zeitpunkt der Erstanordnung.

**§ 90 StaRUG. Planfolgen und Planvollzug**

- (1) Die Regelungen eines rechtskräftig bestätigten Restrukturierungsplans und Rechtshandlungen, die im Vollzug eines solchen Plans erfolgen, sind **mit Ausnahme von Forderungen im Rang des § 39 Absatz 1 Nummer 5 der Insolvenzordnung und Sicherheitsleistungen, die nach § 135 der Insolvenzordnung oder § 6 des Anfechtungsgesetzes anfechtbar sind**, bis zur nachhaltigen Restrukturierung einer Anfechtung nur zugänglich, wenn die Bestätigung auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Angaben des Schuldners erfolgte und dem anderen Teil dies bekannt war.
- (2) ... (Übertragung des gesamten schuldnerischen Vermögens)

Diskussion: b.w.

- Folge: Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen werden allgemein vom Schutz des Planvollzugs ausgenommen.
- Ausnahme: Eingreifen des Sanierungsprivilegs (§ 39 Abs. 2 Satz 2 InsO) oder Kleinbeteiligtenprivilegs (§ 39 Abs. 5 InsO)
  - Argument: Dann ist die Forderung gar nicht nachrangig i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.
    - ❖ *Fridgen*, in: BeckOK StaRUG, Stand: 1.4.2021, § 90 Rn. 16
- Frage: Vereinbarkeit des § 90 StaRUG mit Art. 17 der Restrukturierungsrichtlinie?
  - Argument dagegen: keine Sonderbehandlung der Gesellschafter in der Richtlinie
    - ❖ *H.-F. Müller*, ZGR 2018, 56, 77 ff.
  - Argument dafür: Die Stellung des Gläubigers als Gesellschafter ist ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Anfechtung, sodass die Mindestvorgaben der Richtlinie nicht verletzt sind.
    - ❖ *Fridgen*, in: BeckOK StaRUG, Stand: 1.4.2021, § 90 Rn. 18

## § 91 StaRUG. Berechnung von Fristen

In die Fristen der §§ 3 bis 6a des Anfechtungsgesetzes sowie der §§ 88, 130 bis 136 der Insolvenzordnung wird die Zeit der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache nicht eingerechnet.

### Begründung RegE zu § 98 StaRUG-E:

Verhinderung einer Schlechterstellung der Gesamtheit der Gläubiger im etwaigen späteren Insolvenzverfahren allein aufgrund der Dauer des präventiven Restrukturierungsverfahrens.

Folge: Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen sind länger als nur innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Der Gesellschafter kann die Jahresfrist nicht durch Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens „aussitzen“.