

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht – ausgewählte Praxisprobleme –

Vortrag beim Arbeitskreis InsO Rhein Main
am 14.10.2015 in Offenbach

www.georg-bitter.de

Gliederung

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen
 - Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung / Darlehen / Gesellschafter
 - !!! ➤ **Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung**
 - Kleinbeteiligtenprivileg
 - Sanierungsprivileg
- !!! 3. **Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen**
 - **Anfechtung von Befriedigungen und Sicherheiten**
4. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
- !!! 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 drei Ausrufezeichen sowie durch Fettdruck hervorgehobenen Teile des Foliensatzes.

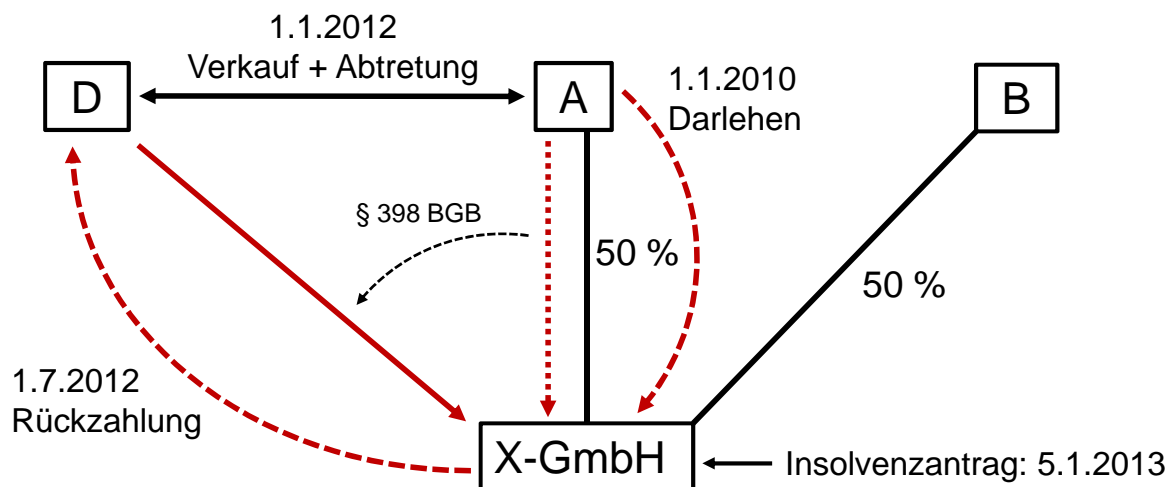
Nicht abgedruckt: Folien 3 – 20

Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

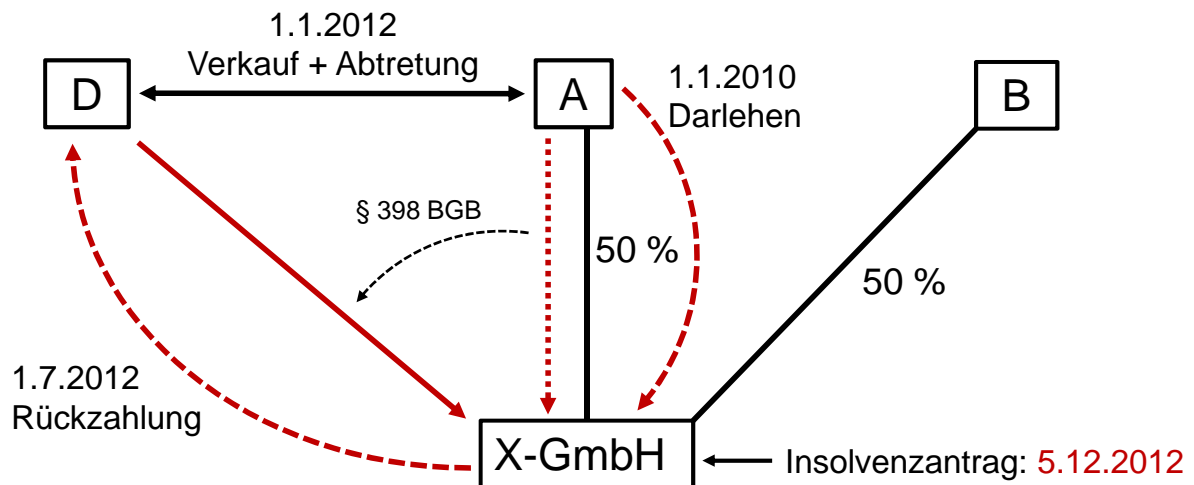
Teil 1 – Nachträgliche Aufhebung der Doppelrolle

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 56 ff.

Übertragung von Anteil oder Forderung Fall Nr. 10 – Abtretung vor mehr als einem Jahr



- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?
- Abwandlung: Verkauf + Abtretung der Forderung am 1.1.2011

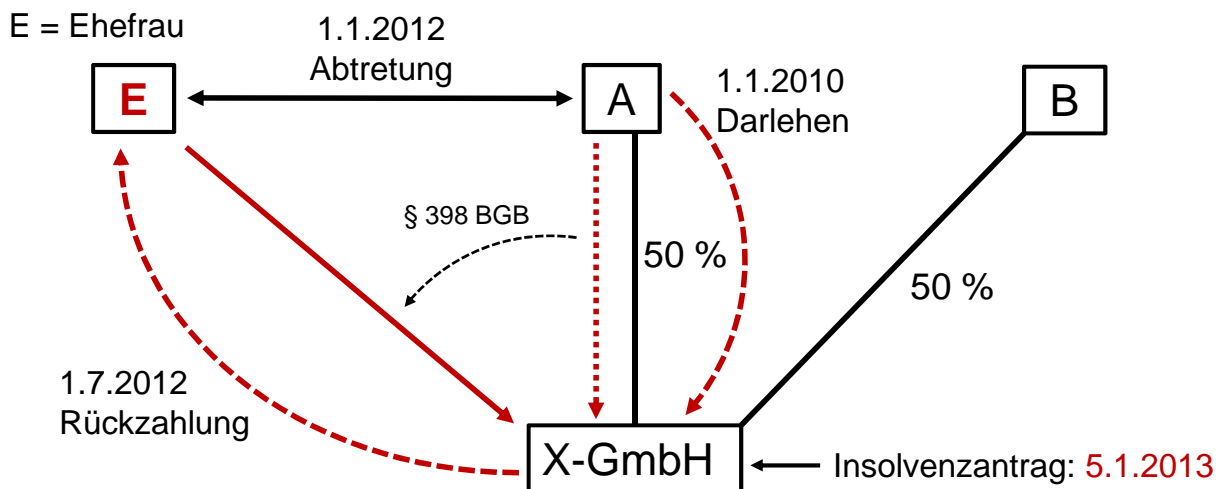


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

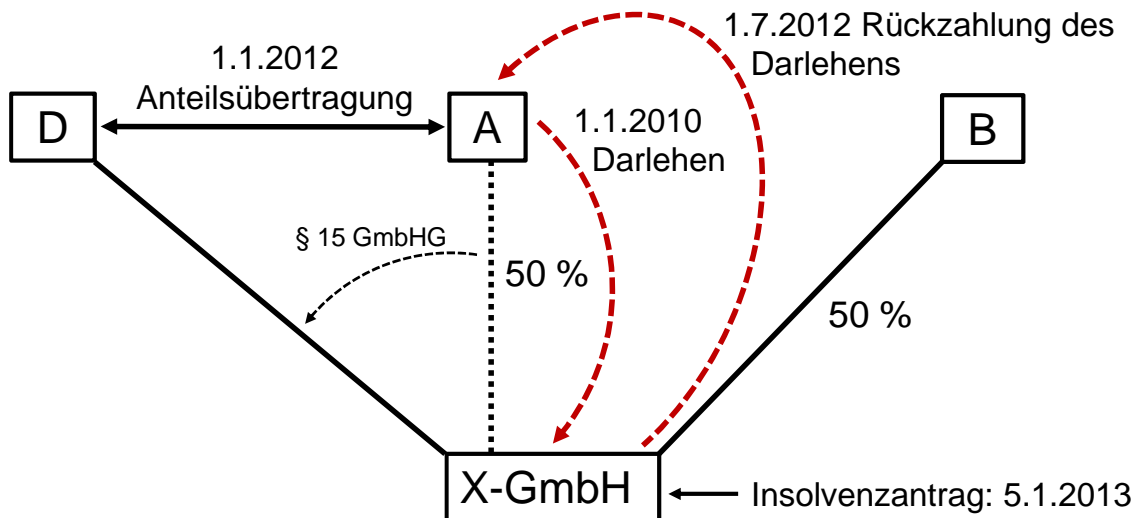
- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 1: „Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.“
- Rn. 31: „Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden (...). Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (...). Aus dieser Erwägung werden angesichts der schier unerschöpflichen **Gestaltungsfantasie der Gesellschafter** und ihrer Berater (...) im Rahmen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Umgehungstatbestände erfasst (...), denen bereits der allein an objektive Merkmale anknüpfende Tatbestand des § 135 InsO vorzubeugen sucht (...). Deshalb ist aufgrund der im Rahmen dieser Vorschrift anzustellenden **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (...) die im Wege einer Abtretung ebenso wie die durch eine Anweisung (...) bewirkte Drittzahlung als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend ist dabei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich

an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf eine der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgeht und sich darum auch als solche an ihn darstellt.“

- Rn. 32: „Könnte sich der Gesellschafter durch eine mit dem Verkauf der Darlehensforderung verbundene Abtretung enthaften, wäre ihm die Möglichkeit eröffnet, zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil eine Forderung zu verwerten, die im Insolvenzverfahren zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Vermögen der GmbH zugeordnet bleiben muss (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dem Gesellschafter ist es jedoch versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens auf dem Rücken der Gläubiger zu spekulieren und das Anfechtungsrisiko auf sie abzuwälzen (...). Folglich ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte [scl.: die zedierende Gesellschafterin] infolge der Anfechtbarkeit der Zahlung der Schuldnerin im Verhältnis zu der C. [scl.: der Zessionarin] Rückgriffsansprüchen ausgesetzt war oder solche Ansprüche wegen eines Haftungsausschlusses nicht zu befürchten hatte (...). **Würde auf die Haftungslage abgestellt, wäre einer missbräuchlichen Umgehung der Anfechtung durch die Möglichkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung Tür und Tor geöffnet.** Vor allem in Gestaltungen der vorliegenden – auf ein kollusives Zusammenwirken hindeutenden (...) – Art bestünde die Gefahr, dass durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen **vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar** die Anfechtung ausgehöhlt wird. Auch zur Vermeidung eines solchen Nachteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft von den Folgen einer der insolvenzrechtlichen Verstrickung seiner Darlehensforderung widersprechenden Inanspruchnahme durch den Zessionar freizustellen (...).“

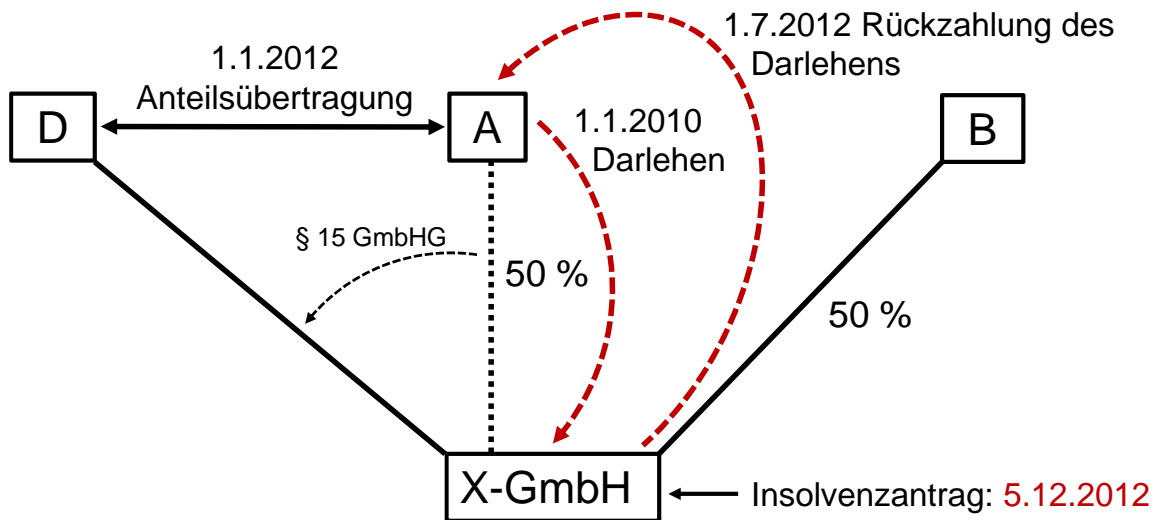


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder E?



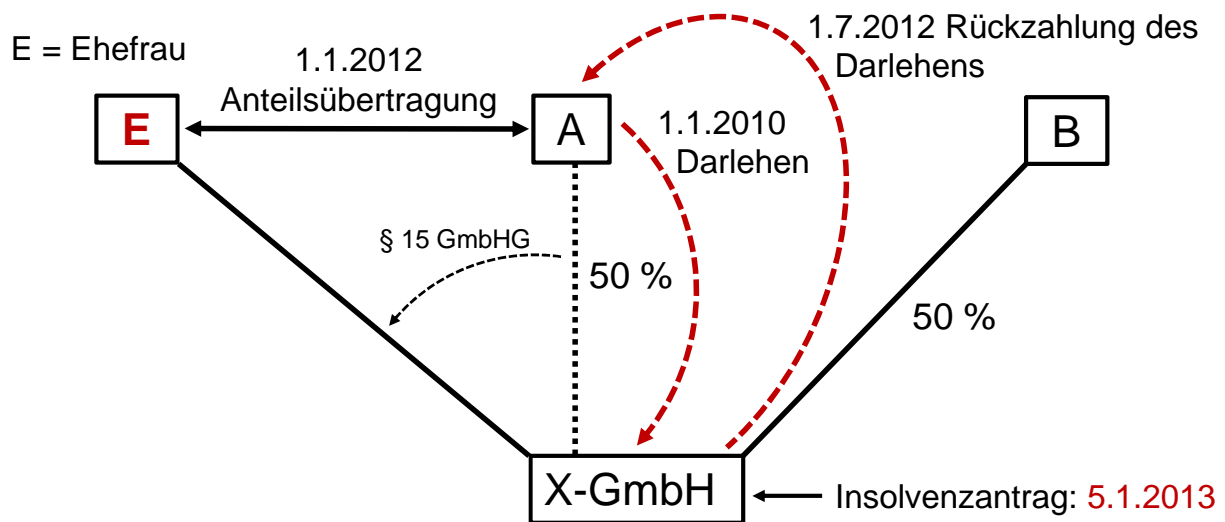
- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?
- Abwandlung: Anteilsübertragung am 1.1.2011

- **BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86**
- Leitsatz 3: “Der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters ist im Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig zu behandeln, wenn er im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag ausgeschieden ist.“
- Rn. 15: „In der Literatur besteht im Ergebnis Einigkeit, dass ein Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht unabhängig vom Zeitpunkt des Ausscheidens als nachrangig anzusehen ist und insoweit § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO entsprechend anwendbar ist. Dabei kann dahinstehen, ob eine nach § 39 Abs.1 Nr. 5 InsO nachrangige Forderung beim Ausscheiden des Gläubigers aus der Gesellschaft den Nachrang behält. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist in diesem Fall entsprechend anzuwenden, entweder weil der Wechsel in der Gesellschafterstellung insoweit einer Befriedigung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gleichsteht (...) oder weil **ein zeitlich unbegrenzter Nachrang gegenüber einer Person, die die persönlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, nicht zu rechtfertigen ist** (...). Da im Gegensatz zum früheren Recht dem Beginn und dem Ende der Krise keine begrenzende Funktion mehr zukommt und das MoMiG statt dessen in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf ein zeitliches Konzept umgestellt hat, ist dies auch auf die persönlichen Voraussetzungen für die Nachrangigkeit zu übertragen. Dem Altgesellschafter kann es nicht zum Nachteil gereichen, dass er trotz des Ausscheidens aus der Gesellschaft das Darlehen belassen und nicht zurückgefordert hat. Nachrangig ist die Forderung danach nur, wenn der Gläubiger innerhalb der Anfechtungsfrist Gesellschafter war.“

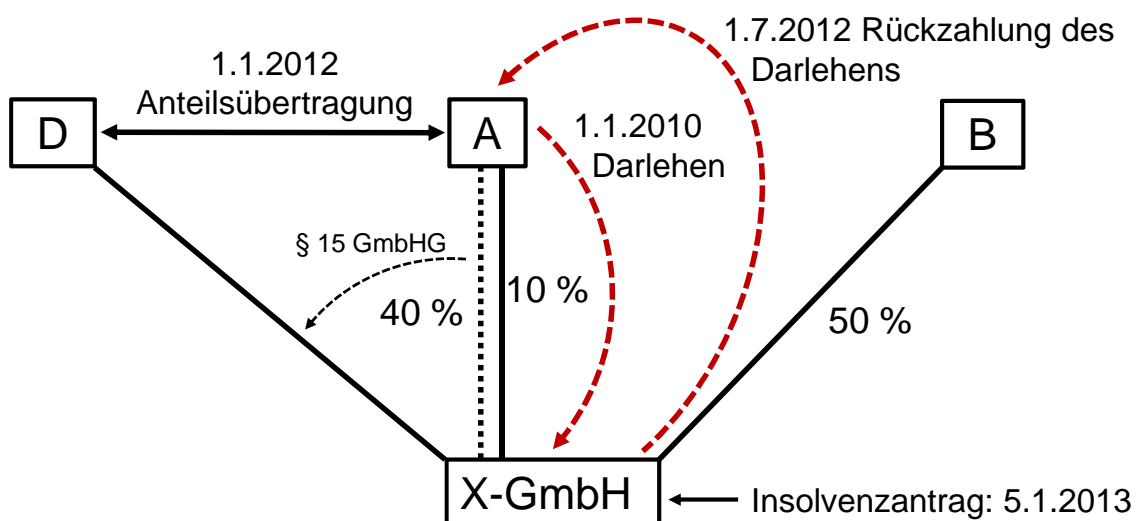


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

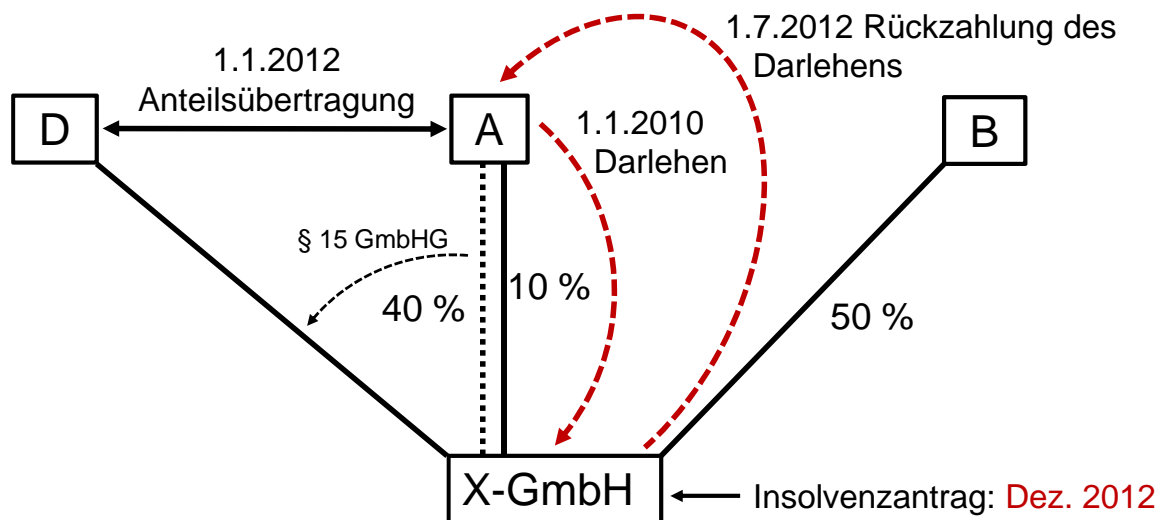
- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130**
- Rn. 3: „Das Berufungsgericht hat es im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als für unerheblich angesehen, dass der Beklagte vor der letzten Zahlung der Schuldnerin an ihn am 3. Februar 2011 in Höhe von 2.000 € zur Rückführung des von ihm als Alleingesellschafter der Schuldnerin gewährten Kredits seine Gesellschaftsbeteiligungen an einen Dritten übertragen hatte. Der für ein Gesellschafterdarlehen durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordnete Nachrang kann nicht ohne weiteres dadurch unterlaufen werden, dass der Gesellschafter als Darlehensgeber seine Beteiligung an der Gesellschaft aufgibt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 24). Allerdings wäre in Fällen einer Übertragung der Gesellschafterstellung ein zeitlich unbegrenzter Nachrang der Darlehensforderung unangemessen. Deshalb bleibt auf der Grundlage des in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens der Nachrang für ein Gesellschafterdarlehen nur erhalten, wenn der Gesellschafter seine Gesellschafterposition innerhalb der Jahresfrist vor Antragstellung aufgibt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 25). Mit dem Nachrang ist folgerichtig die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO verbunden (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 27).“



- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder E?
- Abwandlung: Anteilsübertragung am 1.1.2011



- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

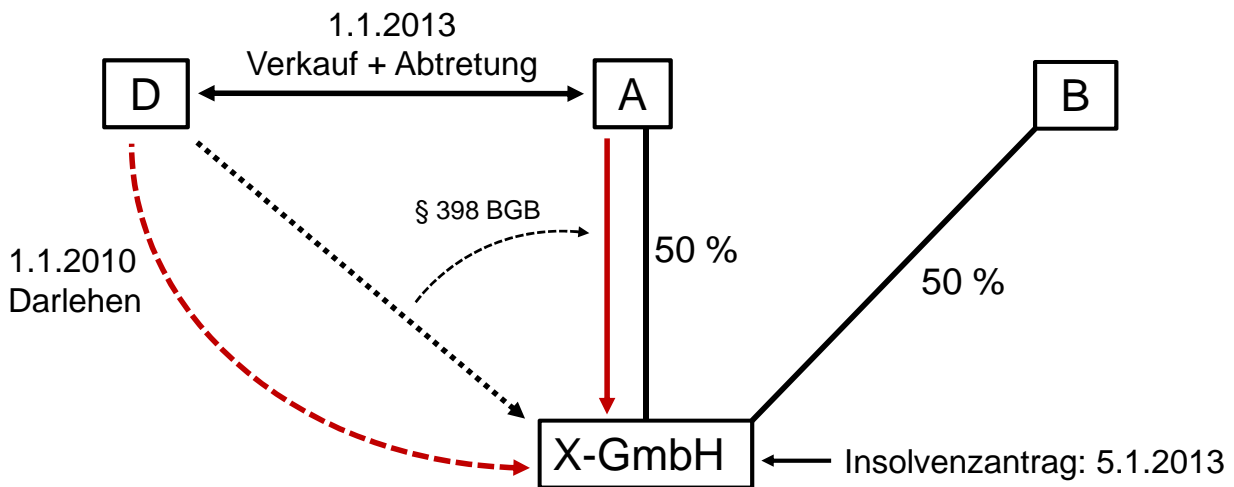


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

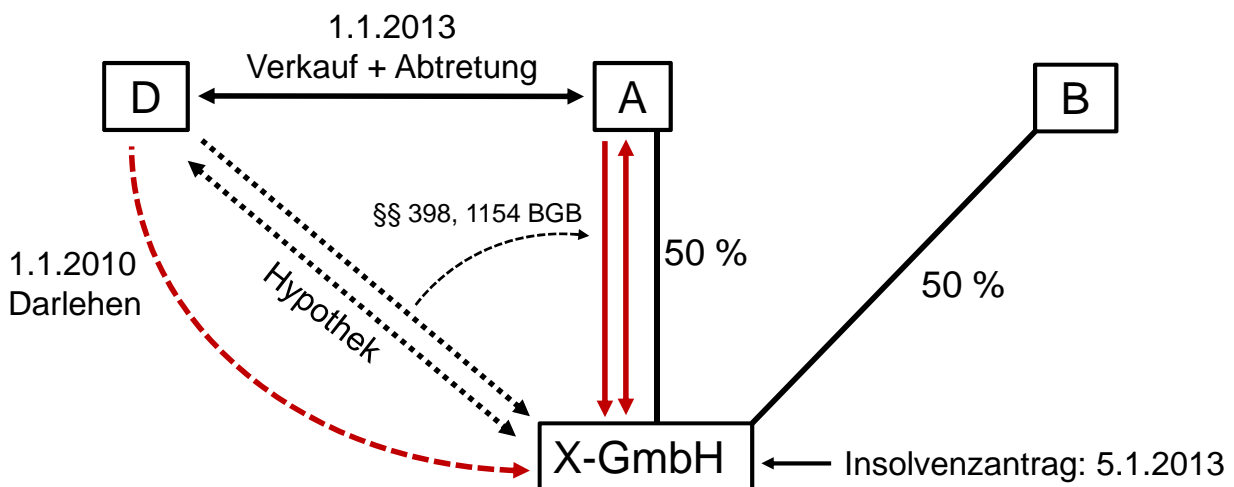
Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

Teil 2 – Nachträgliche Begründung der Doppelrolle

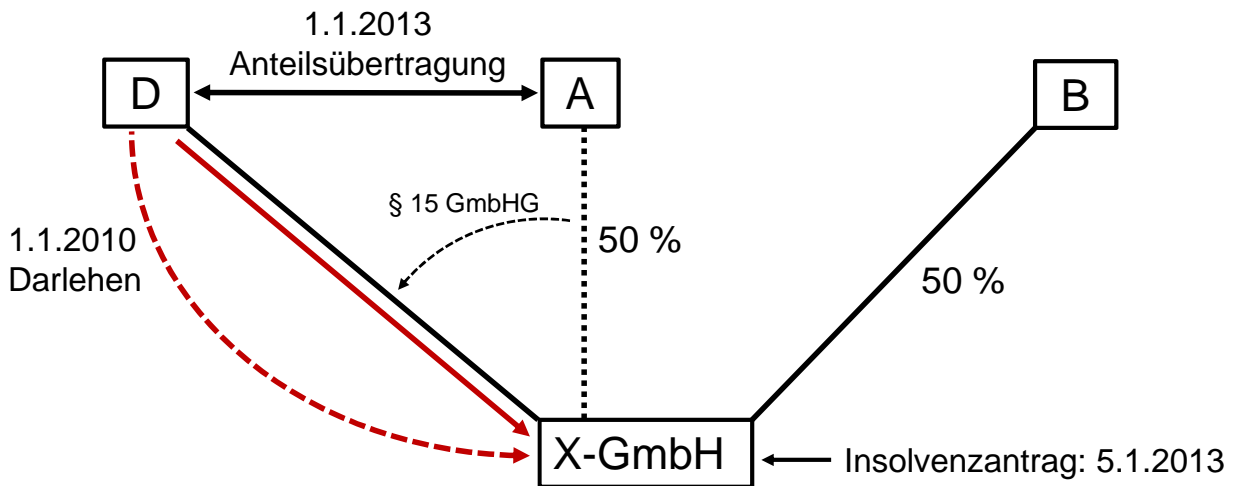
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 66 ff.



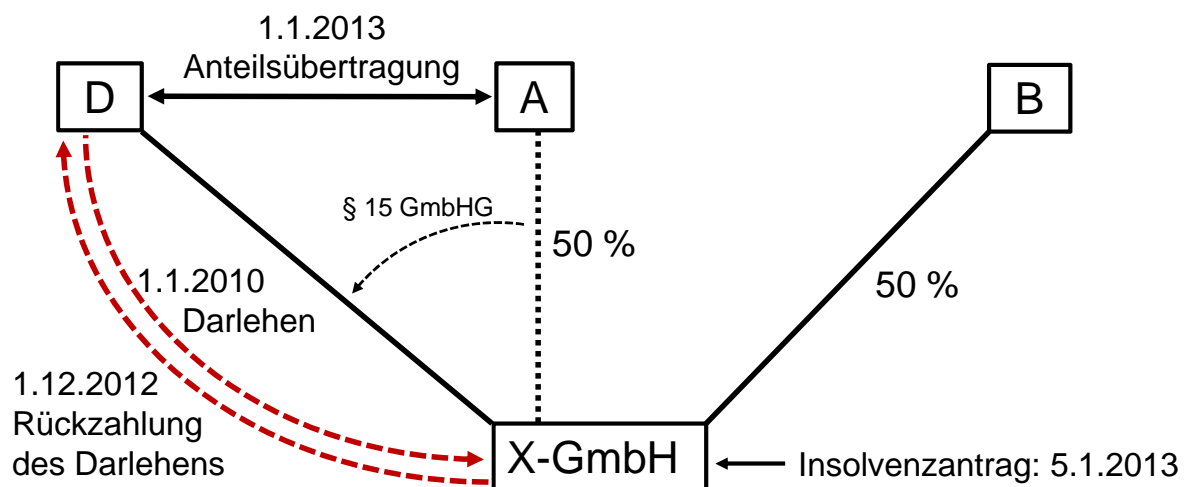
- Frage: Unterliegt die Darlehensrückzahlungsforderung dem Nachrang?



- Frage: Ist die Hypothek gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar?



- Frage: Unterliegt die Darlehensrückzahlungsforderung dem Nachrang?



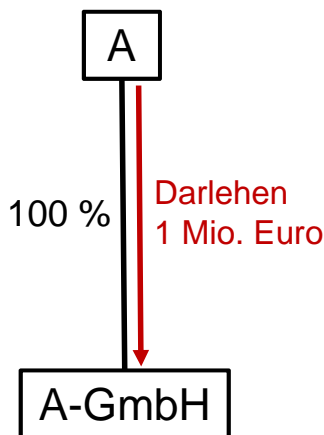
- Frage: Ist die Rückzahlung des Darlehens nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegenüber D anfechtbar?

Nicht abgedruckt: Folien 39 – 63

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 2 – Anfechtbarkeit von Befriedigungen

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

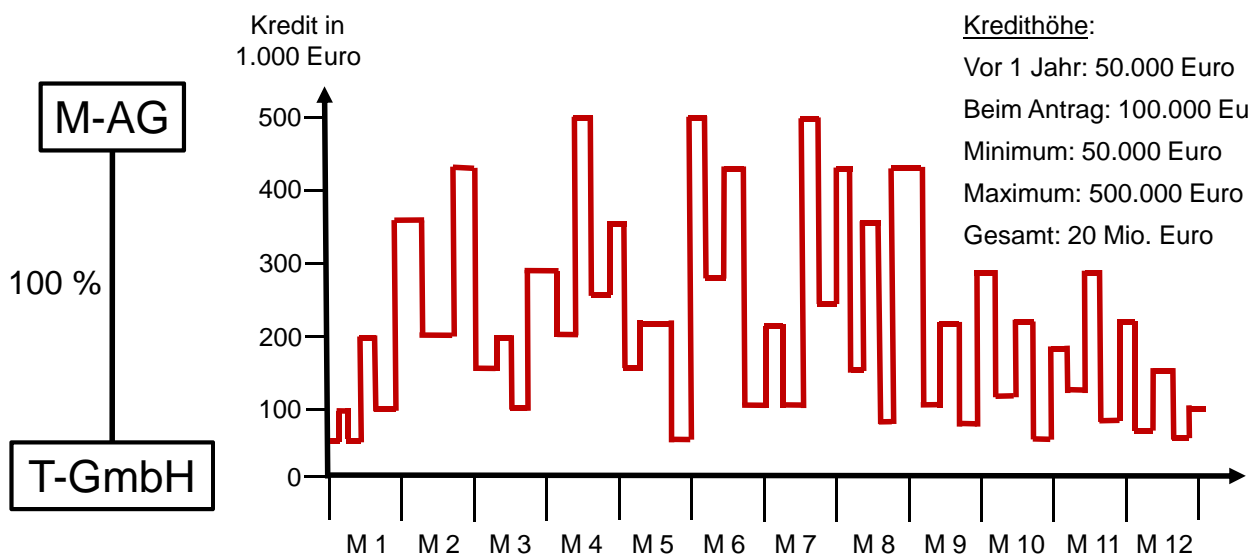


langfristig Darlehen zu 5 % Zins
Zinszahlung zum Monatsende

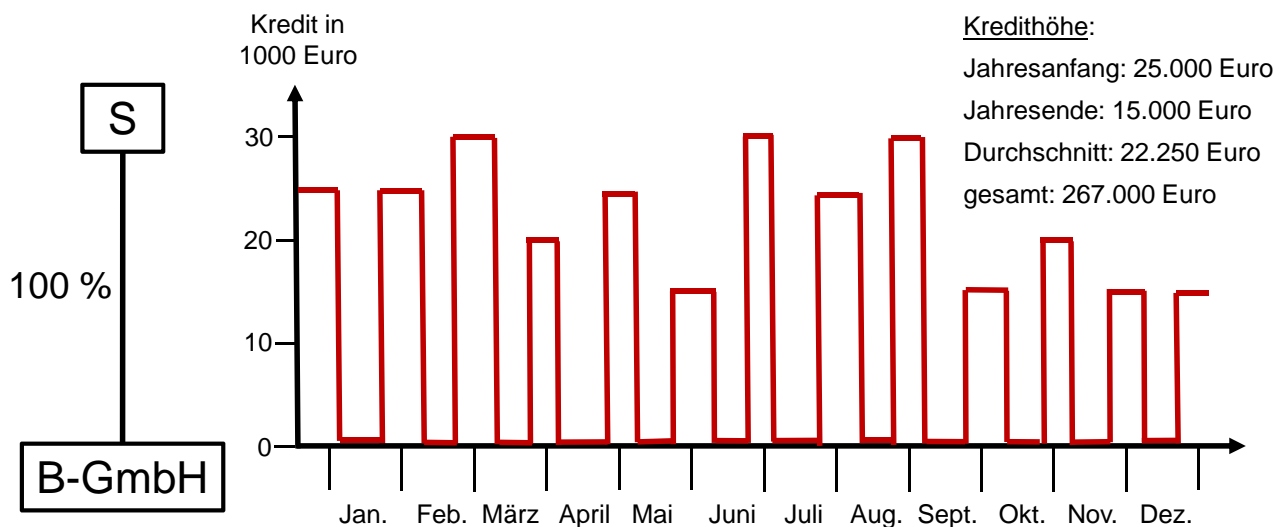
5.1.2013 Insolvenzantrag

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.“

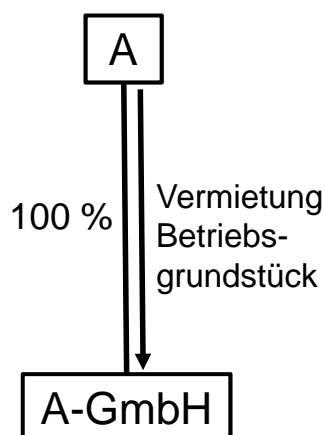
- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**
- Rn. 26: „Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat noch unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, dass das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe 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.**“

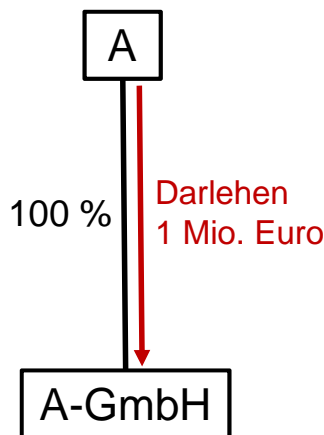
- **BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, WM 2014, 329 = ZIP 2014, 785**
- Leitsatz 1: „ In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten 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.



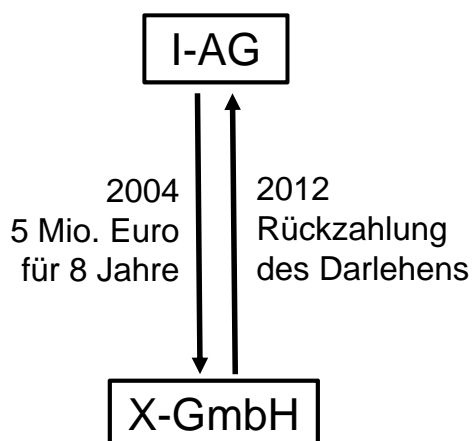
Miete: 2.000 Euro pro Monat
Zahlung: zunächst pünktlich
Krise: ⇒ Mietzahlungen 6-8 Wochen verspätet
nach 1 Jahr: Insolvenzantrag + Verfahrenseröffnung

- 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?



Mitte 2004: Darlehensgewährung
 Rang zw. § 39 I Nr. 4 + 5 InsO
 Mitte 2012: Darlehensrückzahlung
 Anfang 2013: Insolvenzantrag
 Ende März 2013: Verfahrenseröffnung

- 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 200

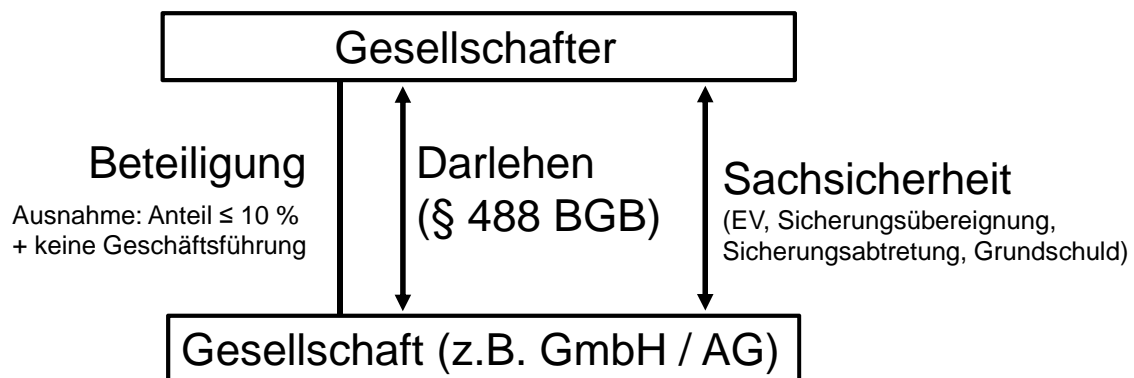
Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 3 – Anfechtbarkeit von Sicherheiten

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

Anfechtbarkeit von Sicherheiten

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 Gesellschafter); 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.“

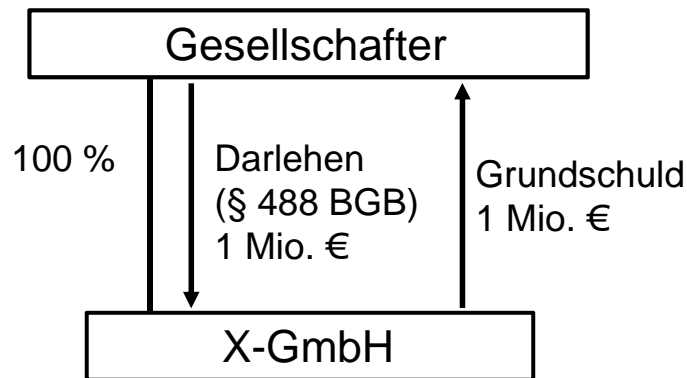
1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **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?

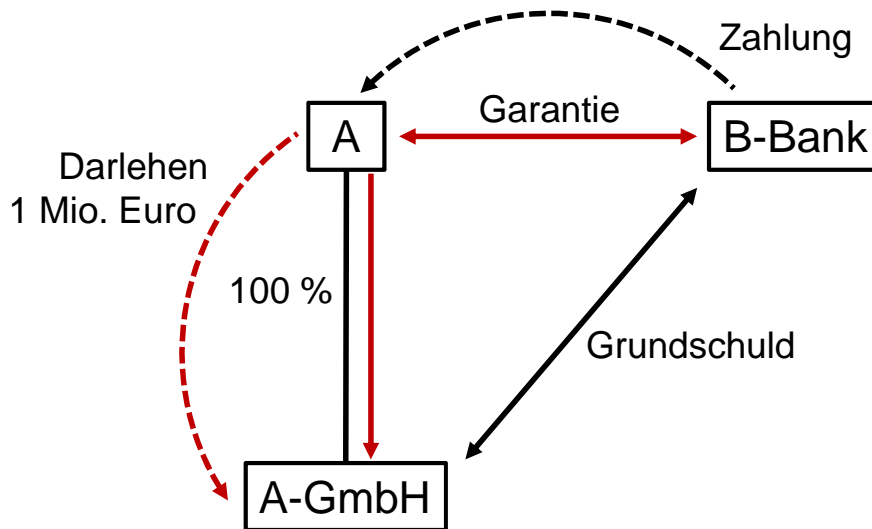
- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe gegen Sicherheit
 - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rn. 13): „§ 32a GmbHG setzt voraus, daß der Gesellschafter das Darlehen gewährt oder die diesem wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vollzogen hat. Die Vorschrift begründet ein Rückzahlungsverbot, nicht jedoch eine Verpflichtung, zugesagte, bisher nicht gewährte Leistungen im Konkursfall nachzuschließen.“
 - ⇒ BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 (Rn. 26) – Staffelpflicht: 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)?

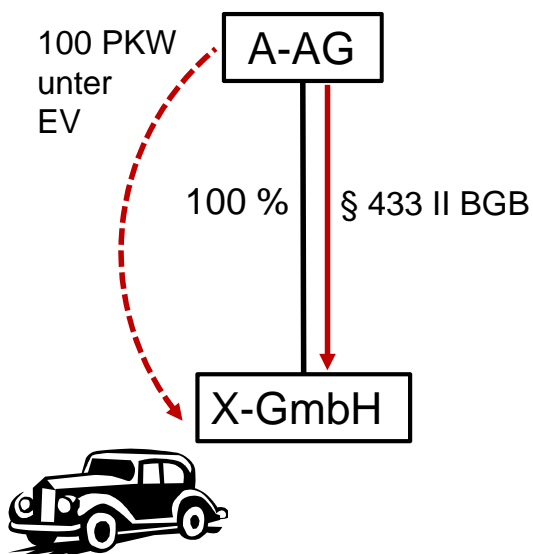
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ⇒ so in der Sache BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffelpfand
 - ⇒ Lösung für Fälle der Gläubigeranfechtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG

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

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

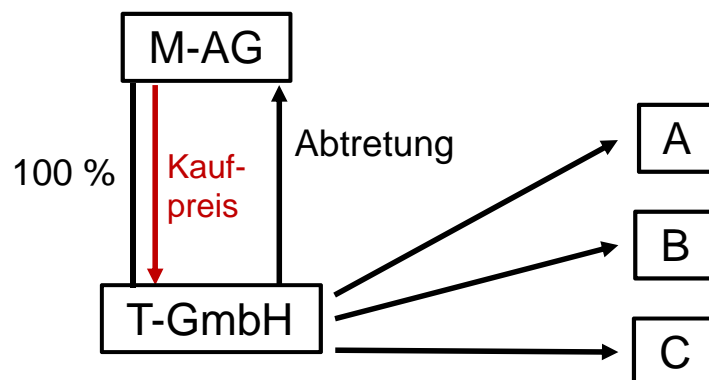


- Frage 1: Anfechtung der Grundschildbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?
- Frage 2: Rückgriff bei A nach Verwertung der Grundschild?

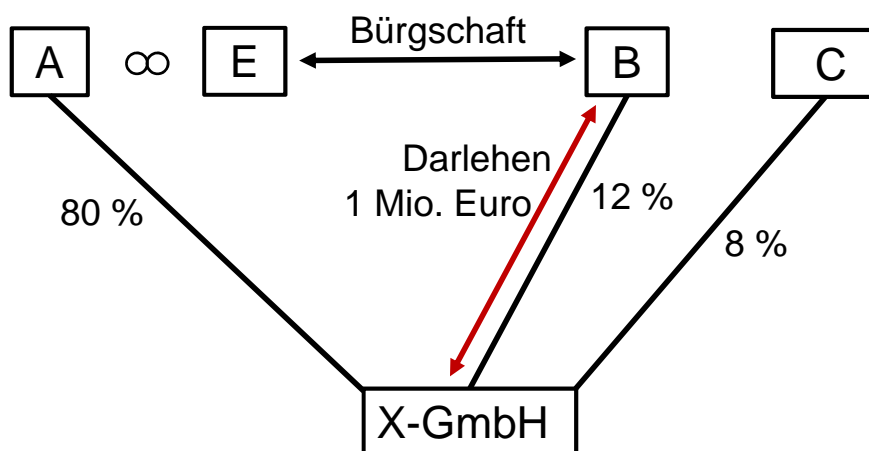


- 1.1.2012 Lieferung der PKW unter Eigentumsvorbehalt
Kaufpreis: 4 Mio. Euro
(40 Raten je 100.000 Euro)
- sodann: Zahlung von 10 Raten
Rest: 3 Mio. Euro
- sodann: Insolvenz der X-GmbH

- 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?

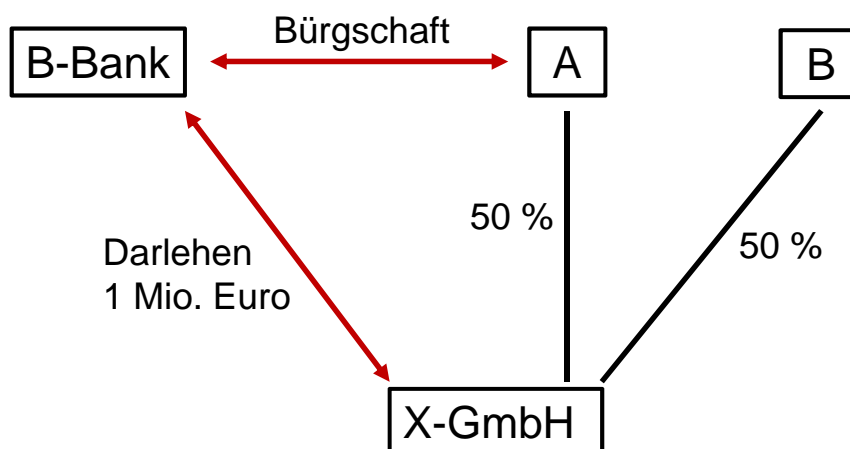
Nicht abgedruckt: Folien 95 – 149

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

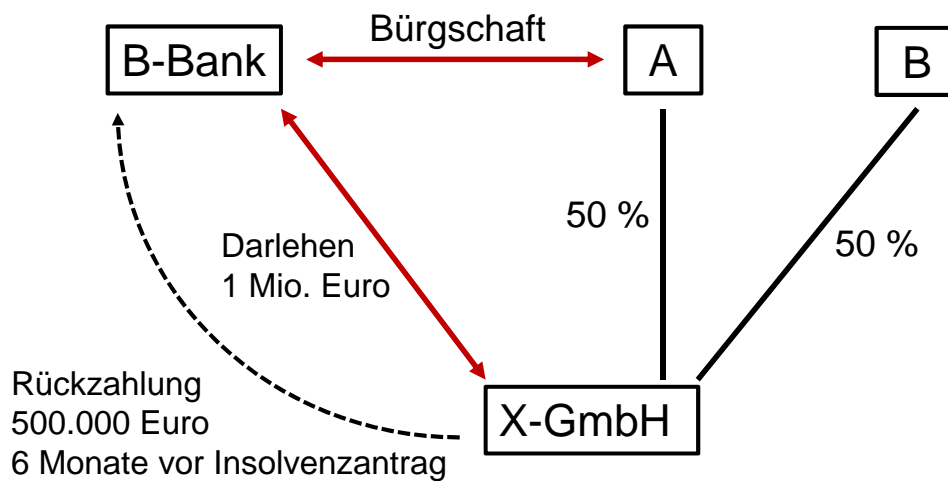
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 266 ff.

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

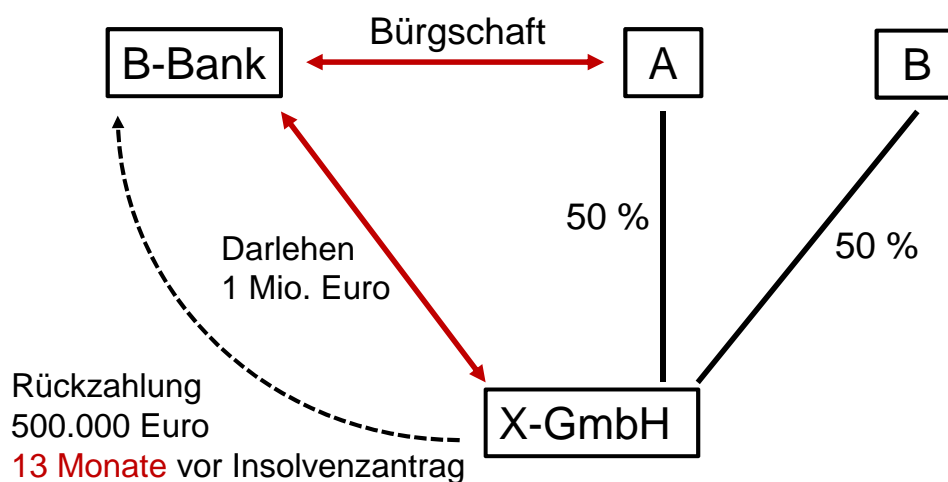
- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse 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).



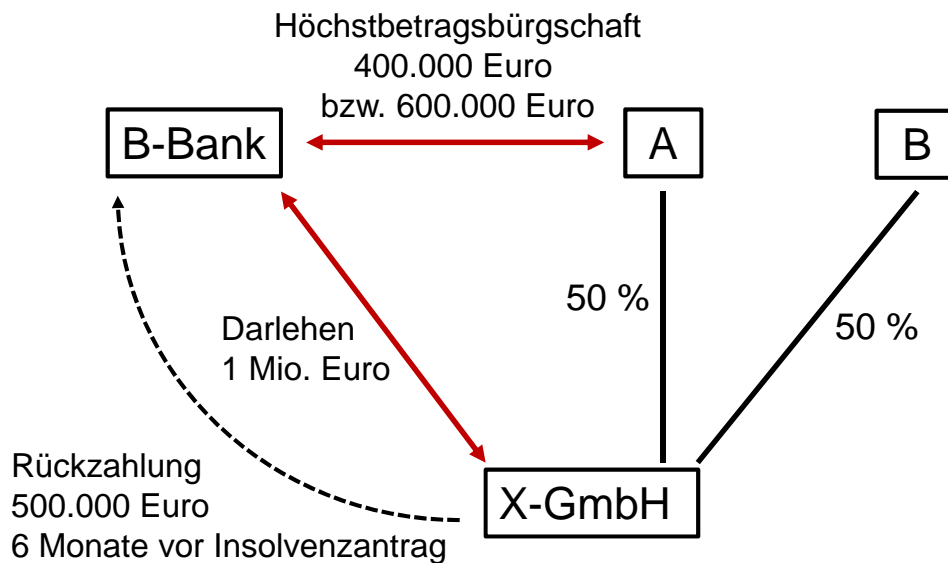
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?



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



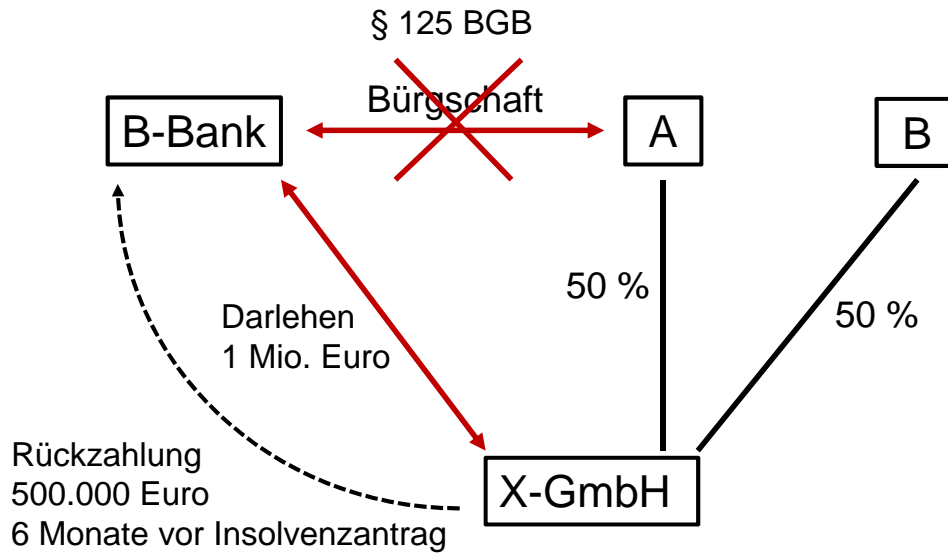
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



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

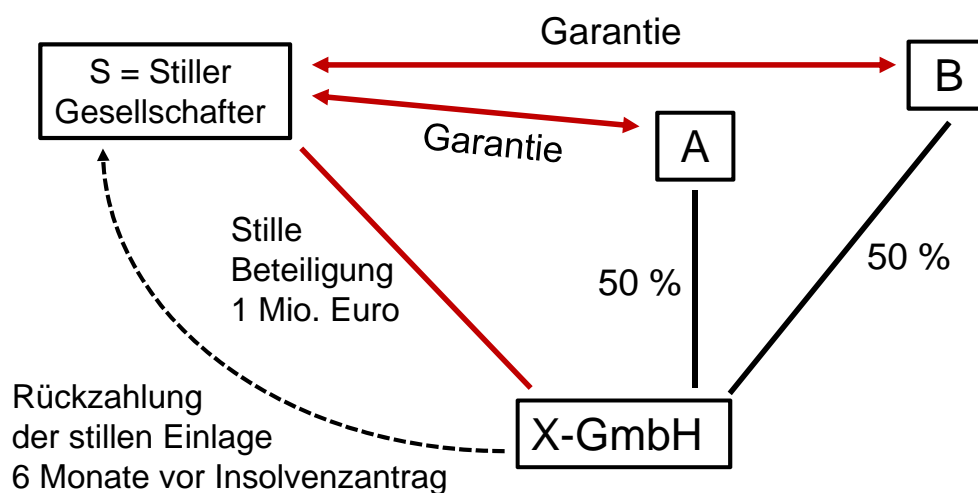
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage 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.“

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 5 – Nichtigte Bürgschaft

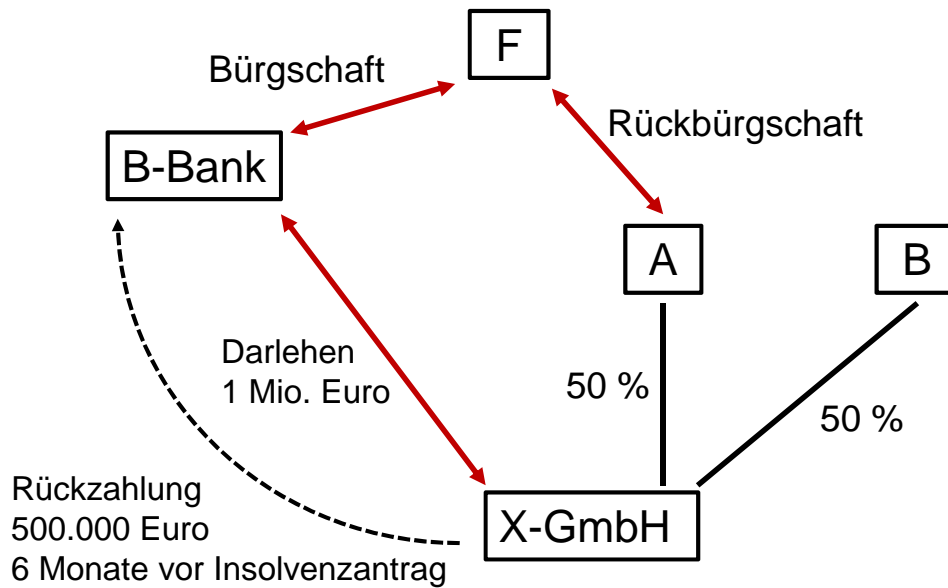


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter trotz Nichtigkeit der Bürgschaft von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

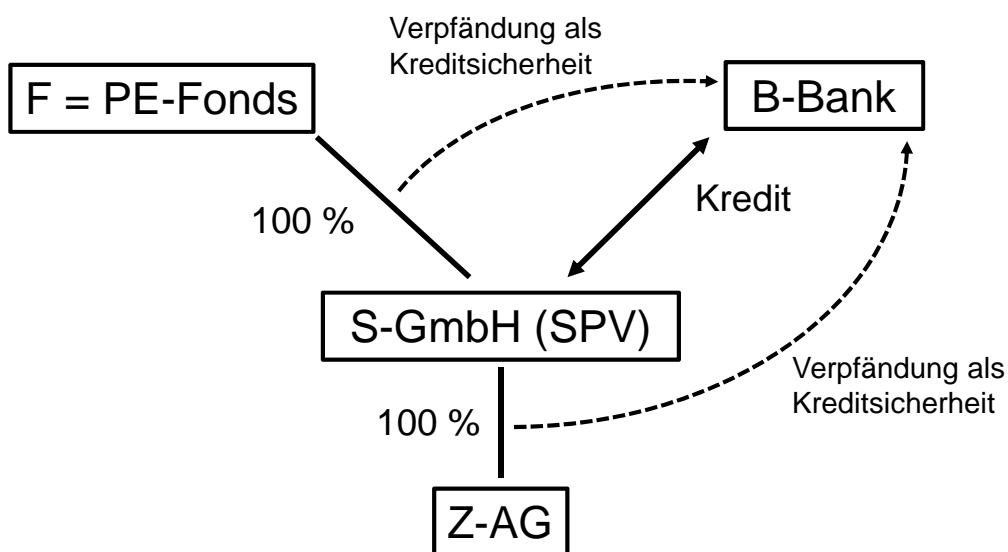
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen Fall Nr. 6 – Garantie für stille Beteiligung



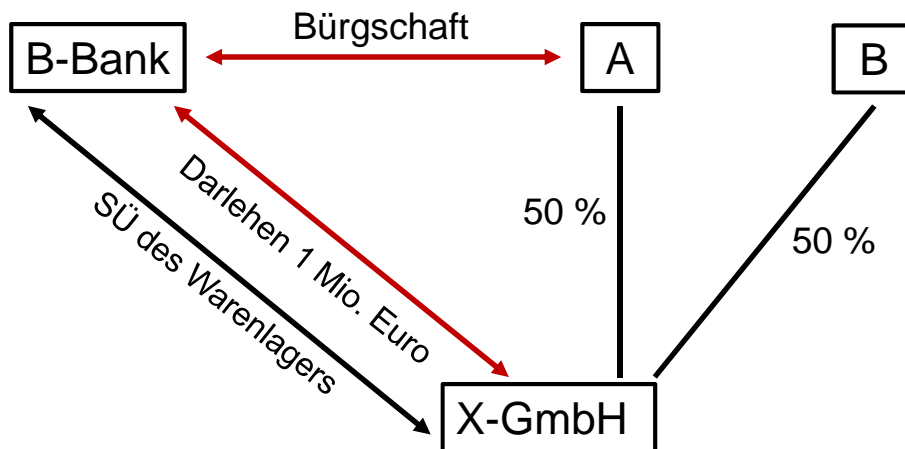
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A und B Erstattung der 1 Mio. Euro verlangen?



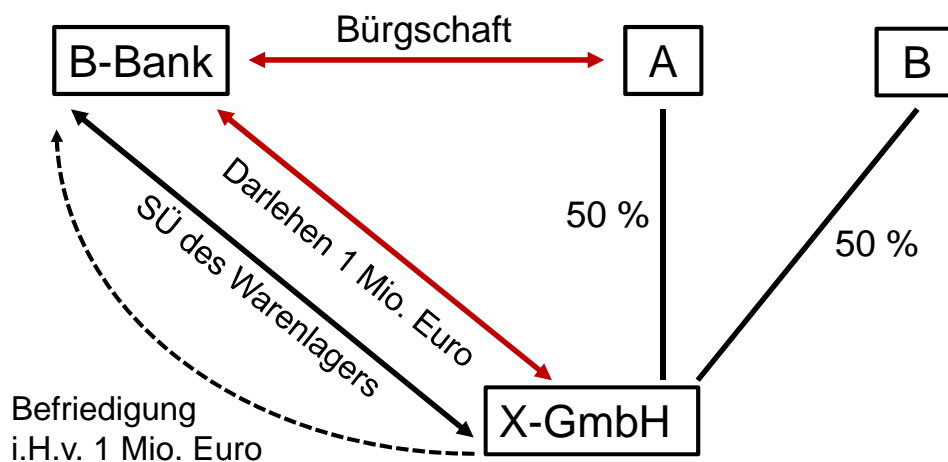
- Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?
- Muss die B-Bank primär F in Anspruch nehmen?



- 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?

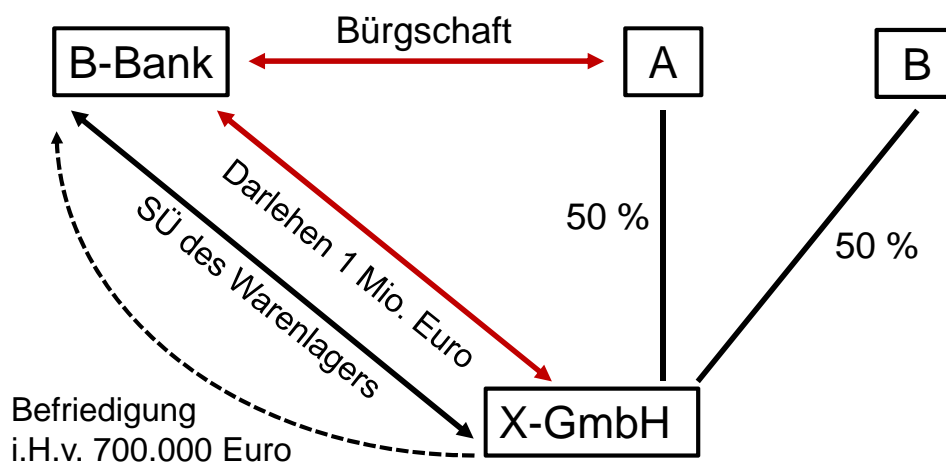


- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

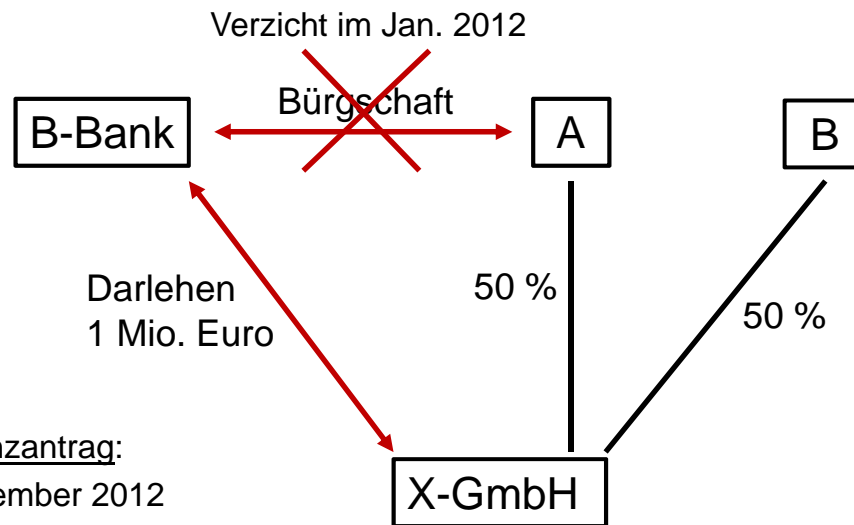


- Frage: Muss A nach Verwertung des Warenlagers 1 Mio. Euro erstatten?

- **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?