

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht – Darstellung anhand von Fällen –

Workshop des VID am 9.10.2015 in Mannheim

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
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“ erhältlich ist.

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

Nicht abgedruckt: Folien 3 – 38

Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 69 ff.

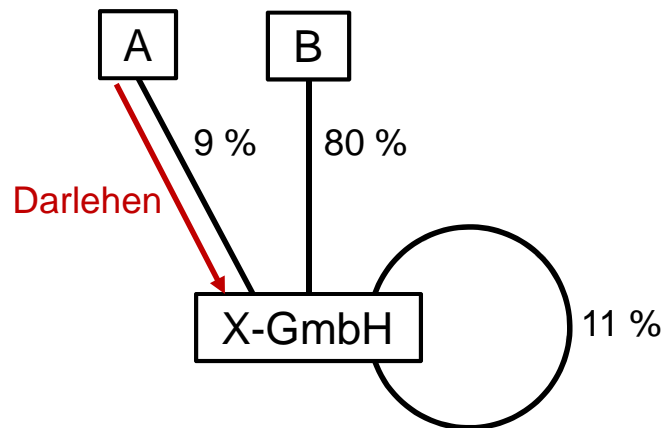
Kleinbeteiligtenprivileg Grundlagen

1. Tatbestand

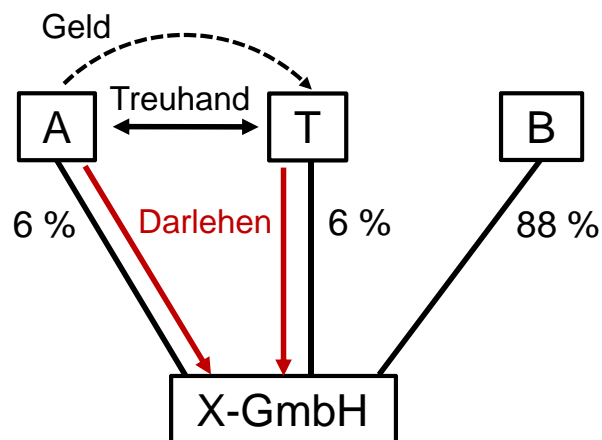
- **Beteiligung \leq 10 % des Haftkapitals**
 - Haftkapital \neq Stimmrechtsmacht / Gewinnbeteiligung
 - wirtschaftliche Betrachtung \Rightarrow Zurechnung bei Treuhand
 - Problem 1: Koordinierte Kreditvergabe mehrerer Kleinbeteiligter
 - Problem 2: Mittelbare Beteiligung
- **keine Geschäftsführung** (allein oder neben anderen)
 - mittelbare Geschäftsführung schadet auch (z.B. bei GmbH & Co. KG)
 - Problem 1: Einfluss auf Geschäftsführer(bestellung)
 - Problem 2: Prokura / Handlungsvollmacht

2. Rechtsfolge

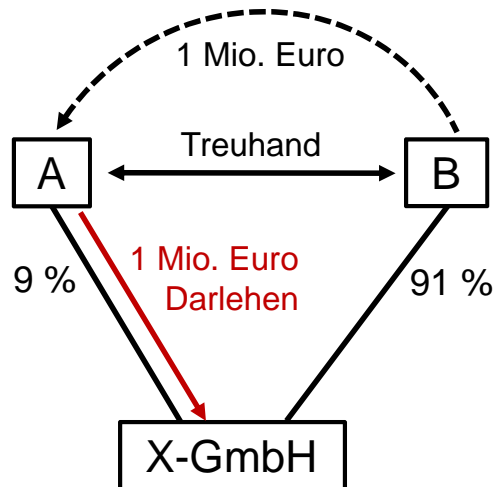
- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts
- Problem: maßgeblicher Zeitpunkt



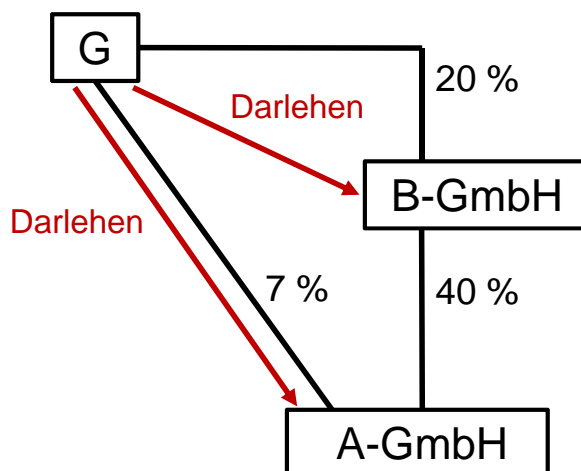
- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?



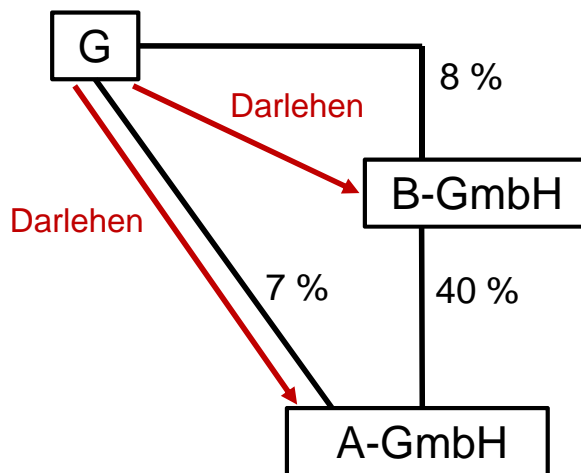
- Frage: Unterliegen die Darlehen des A und/oder des T dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

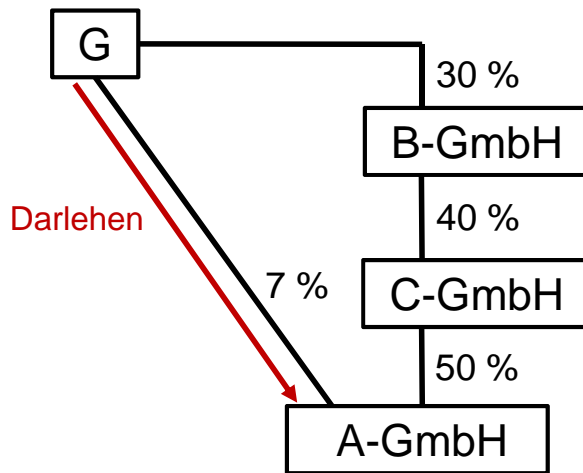


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

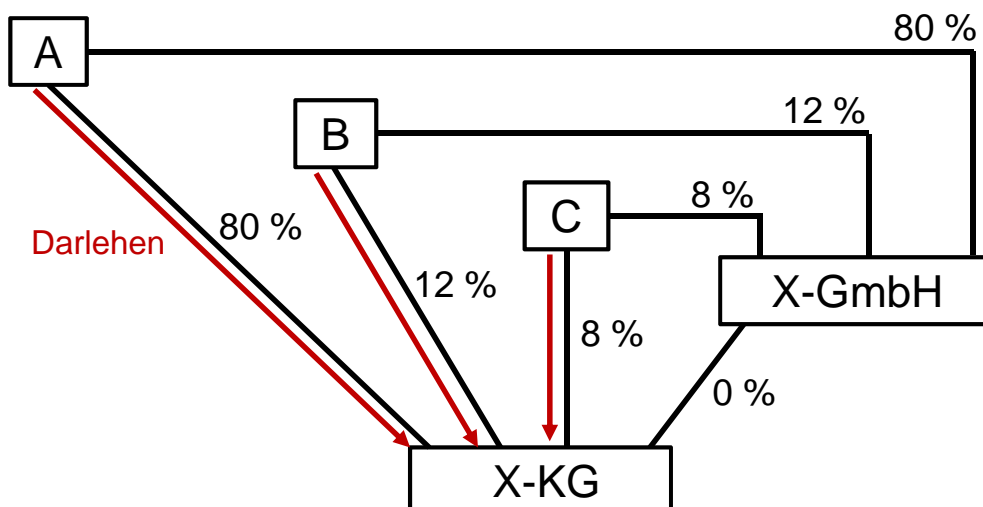


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **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 (...).“



- Frage: Unterliegt das Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

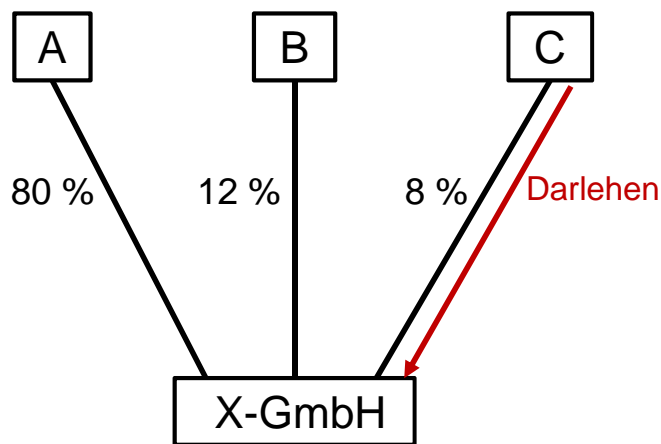


- Frage: Unterliegen die drei Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: Fall Nr. 29 – Koordinierte Kreditvergabe

- Fall:
 - Zweck der X GmbH & Co. KG: Betrieb eines Einkaufszentrums
 - Gesamtkosten des Projektes: 50 Mio. Euro
 - Zahl der Kommanditisten: 1000 = Beteiligung je 0,1 %
 - Einlage jeweils 10.000 Euro
 - Darlehen jeweils 40.000 Euro
 - keine Beteiligung der Komplementär-GmbH am Vermögen der KG

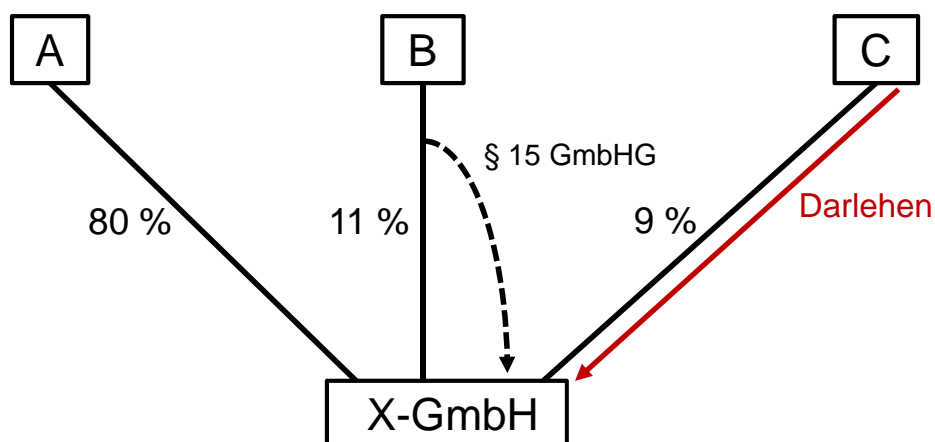
- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 51: „... Das koordinierte Zusammenwirken der Gesellschafter ermöglicht die gemeinsame Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407; vom 26. April 2010 – II ZR 60/09, WM 2010, 1415 Rn. 5). In dem hier gegebenen Fall einer Betriebsaufspaltung bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Mehrheitsgesellschafter beider Unternehmen der Verantwortung des § 135 Abs. 3 InsO zu unterwerfen (...).“
- BGH v. 19. März 2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407 (Leitsatz): „Eine im Einzelfall koordinierte Kreditvergabe steht wie ein entsprechendes koordiniertes Stehenlassen in der Krise einer Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG entgegen (Festhaltung BGH, 9. Mai 2005, II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1318).“



- Sonderrecht des C zur Bestimmung eines Geschäftsführers
- Freund F = Geschäftsführer neben dem zweiten Geschäftsführer G

➤ Frage: Unterliegt das Darlehen des C dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegt das Darlehen des C nach der Anteilsübertragung des B an die X-GmbH dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Alternative: B verstirbt und wird von C beerbt.

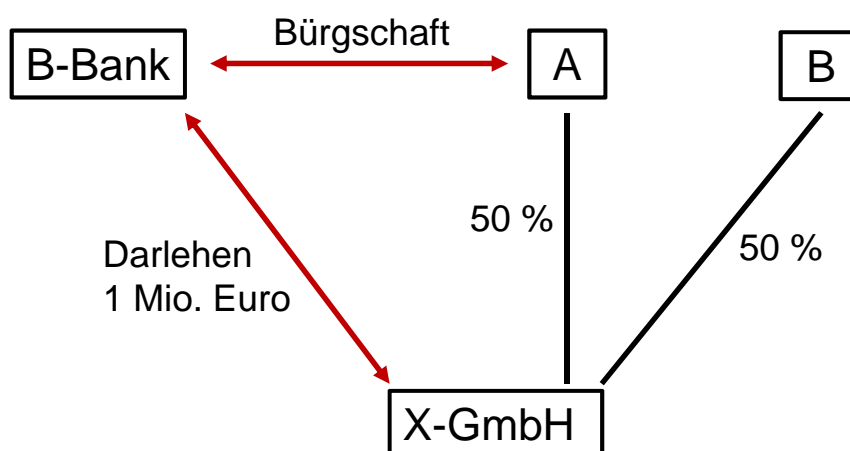
Nicht abgedruckt: Folien 53 – 149

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

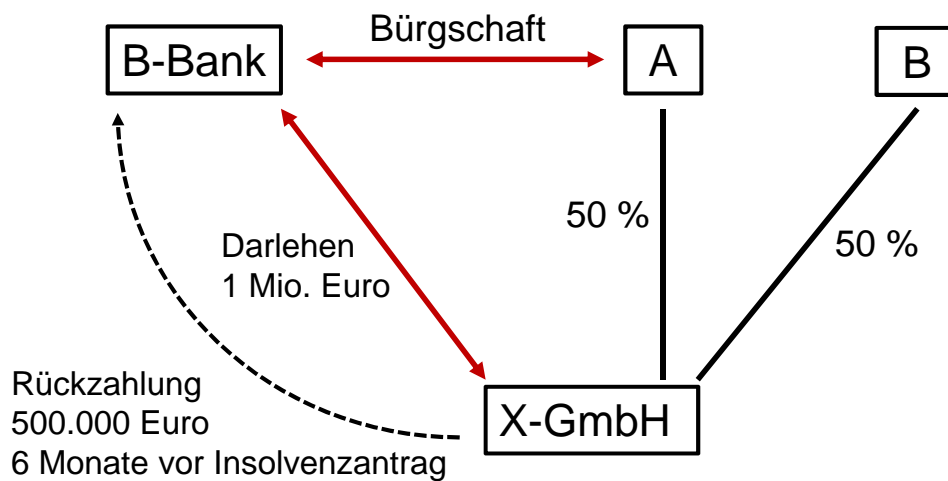
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 266 ff.

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

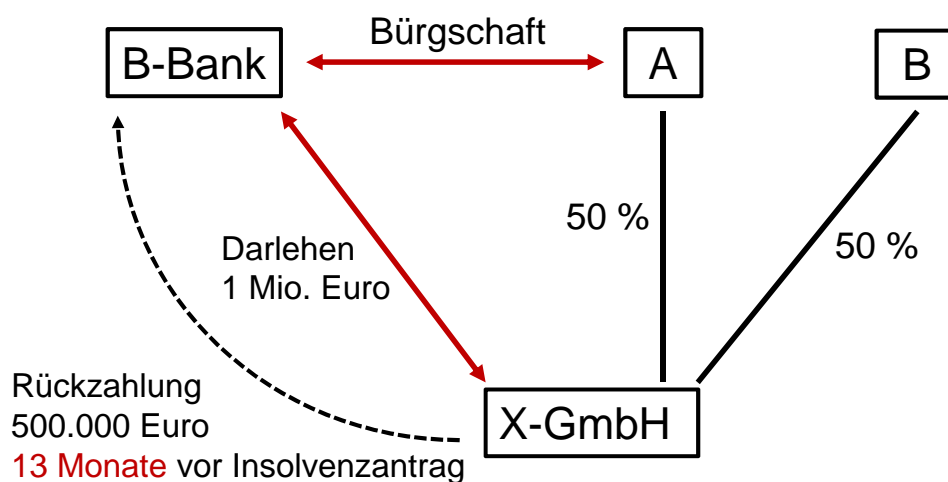
- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse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



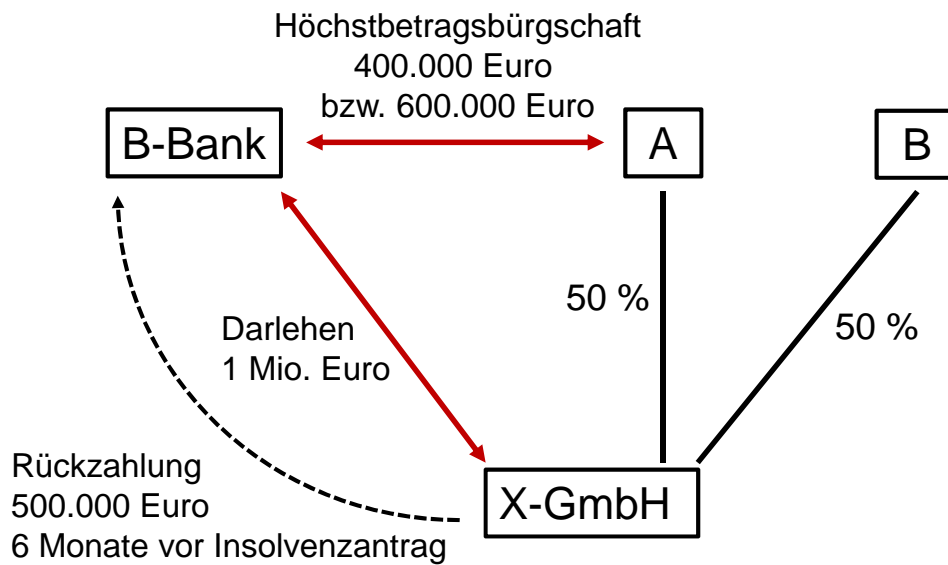
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?



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

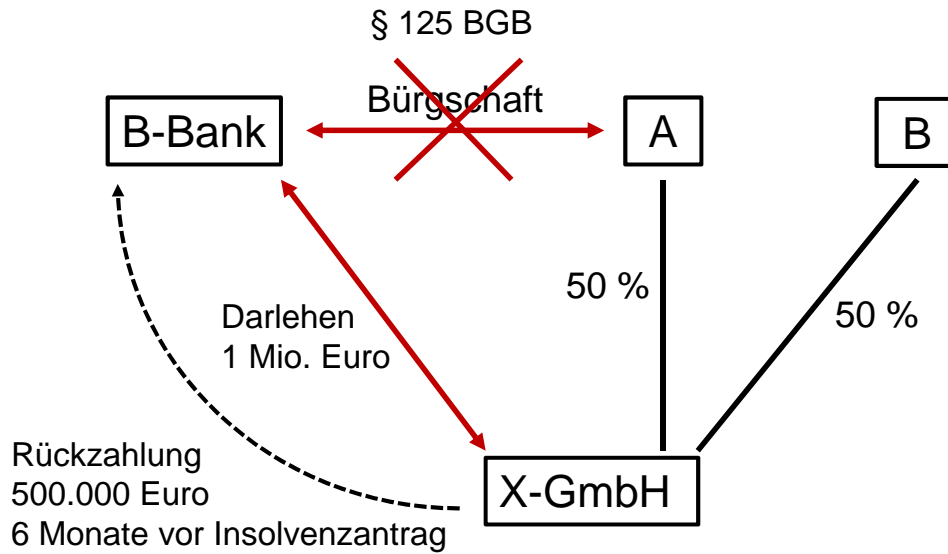


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

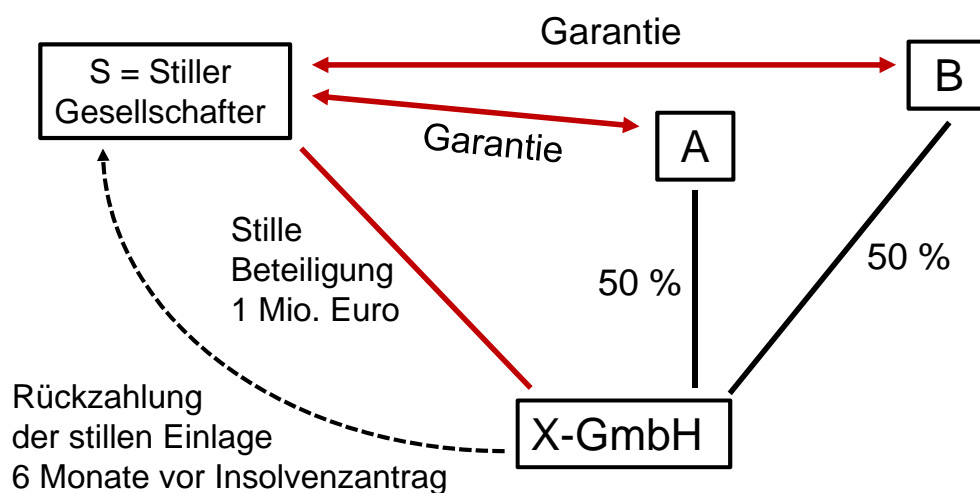


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

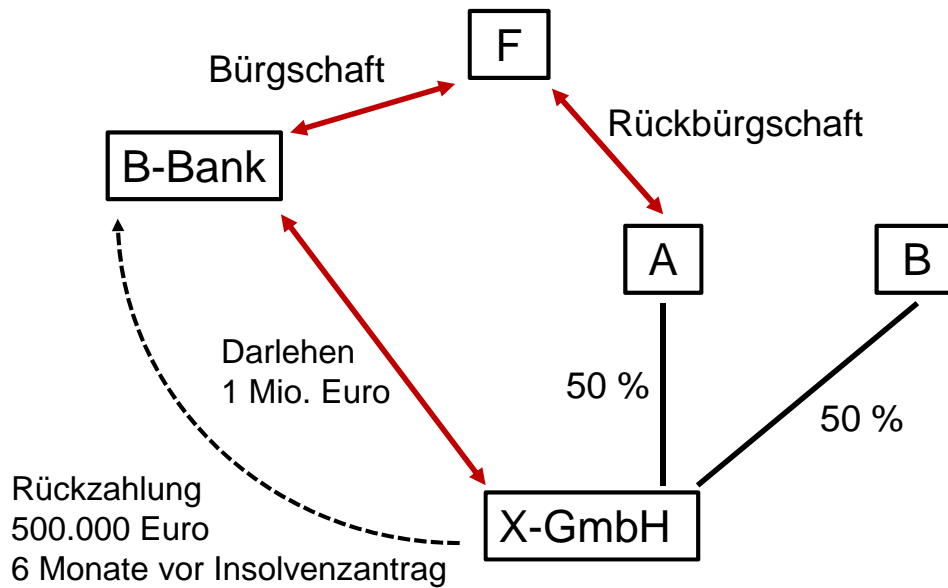
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage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



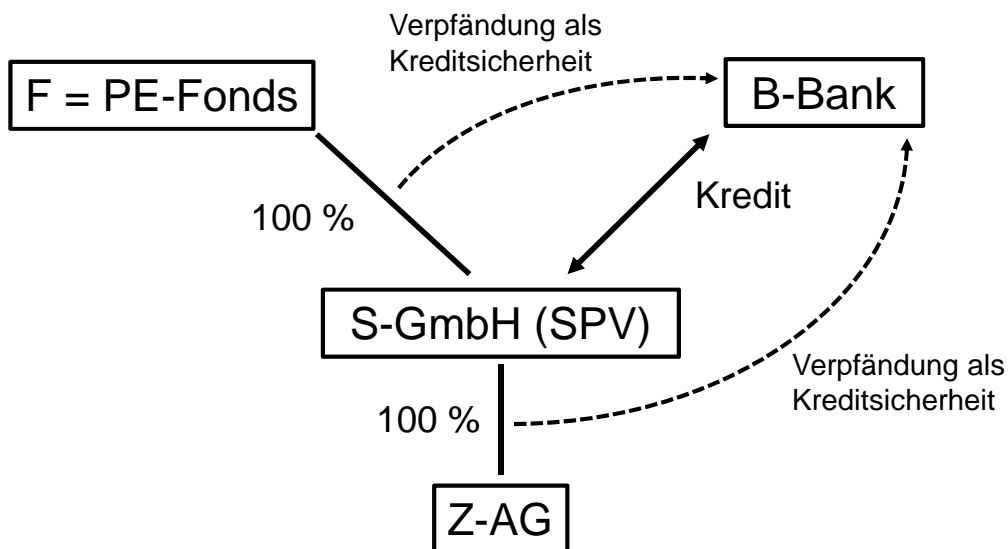
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter trotz Nichtigkeit der Bürgschaft von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



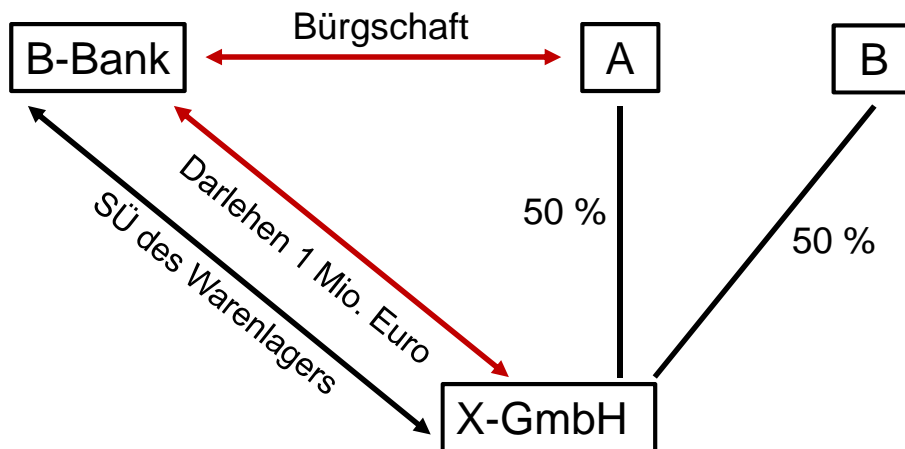
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A und B Erstattung der 1 Mio. Euro verlangen?



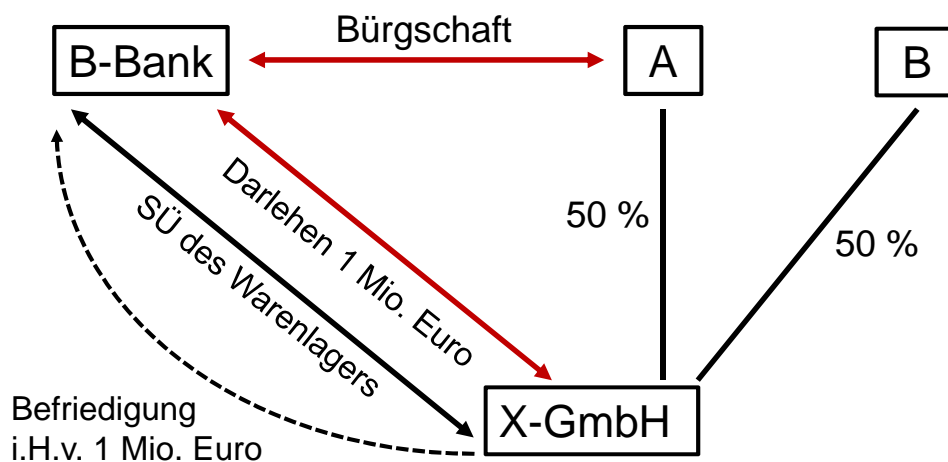
- Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?
- Muss die B-Bank primär F in Anspruch nehmen?



- 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?

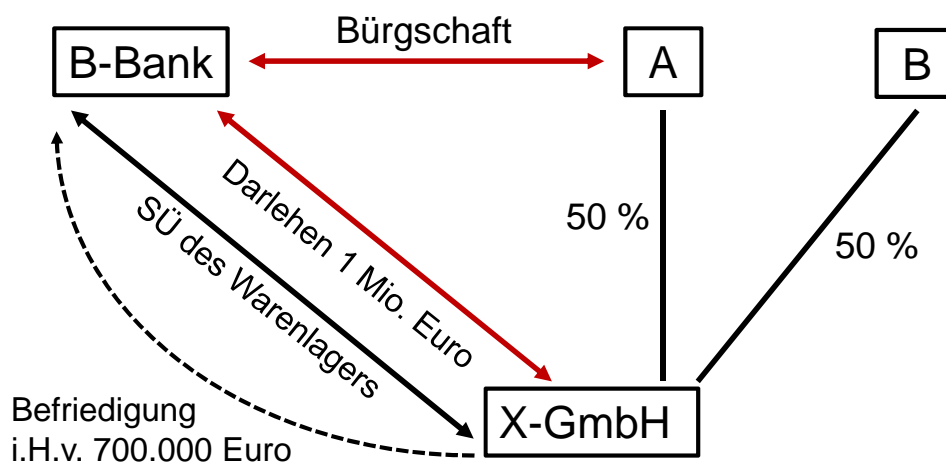


- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

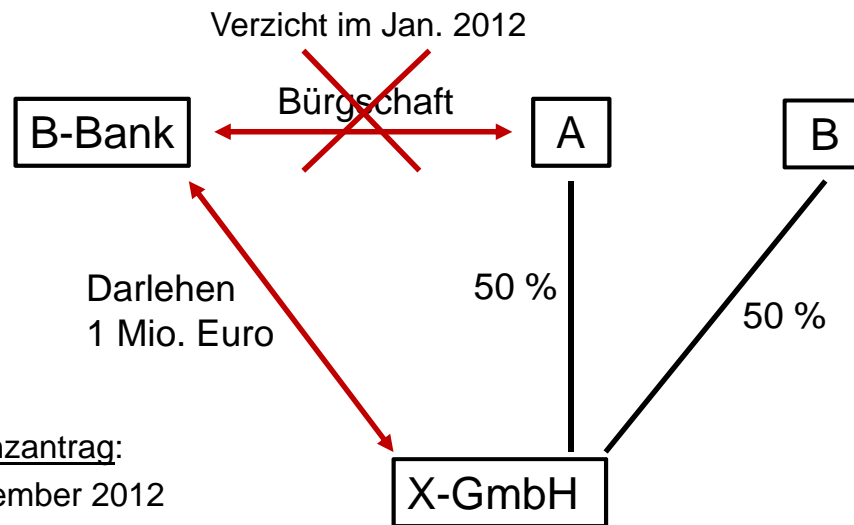


- Frage: Muss A nach Verwertung des Warenlagers 1 Mio. Euro erstatten?

- **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:
 - November 2012
 - Februar 2013
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH (voll) berücksichtigt?

Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO)

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 304 ff.

1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum alten Recht

- *BGHZ 109, 55 = NJW 1990, 516*
- *BGHZ 121, 31 = NJW 1993, 392*
 - wirtschaftliche Vergleichbarkeit von Darlehen und Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 32a Abs. 3 GmbHG
 - ⇒ Überlassungsunwürdigkeit entscheidend
 - keine Anmeldung der Mietzinsforderung im Konkurs (§ 32a Abs. 1 GmbHG)
 - Rückgewähr gezahlter Mietzinsen (1) gemäß § 32a KO, § 135 InsO bzw. (2) gemäß § 31 GmbHG, wenn die Zahlung aus Mitteln erfolgt, die zur Deckung des Stammkapitals erforderlich sind

1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum alten Recht

- *BGHZ 127, 1 = NJW 1994, 2349*
- *BGHZ 127, 17 = NJW 1994, 2760*
 - Pflicht des Gesellschafters, dem Insolvenzverwalter die Nutzung für die vereinbarte bzw. – bei Vereinbarung nicht hinnehmbar kurzer Kündigungsfristen – die übliche Zeit unentgeltlich zu überlassen
 - ⇒ Nutzungsrecht ist wie eine Sacheinlage zu behandeln
 - grundsätzlich keine Pflicht des Gesellschafters, den Wert des Nutzungsrechts in Geld zu ersetzen
 - kein Recht des Insolvenzverwalters zur Verwertung der Sachsubstanz

2. Neuregelung im MoMiG (§ 135 Abs. 3 InsO)

- Einfügung im Rechtsausschuss des Bundestags ⇔ RegE-MoMiG
- *Tatbestand:*
 - Gesellschafter hatte dem Schuldner einen Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen
 - Gegenstand ist für die Fortführung des Unternehmens „von erheblicher Bedeutung“ ⇒ Verweis auf § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO
- *Rechtsfolgenseite:*
 - „Aussonderungssperre“ für höchstens 1 Jahr (Satz 1)
 - Finanzieller Ausgleich (Satz 2) ⇒ Berechnung: Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung
- *Grund:* Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht

1. Ist die Nutzungsüberlassung eine dem „Darlehen wirtschaftlich entsprechende“ Rechtshandlung i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?
 - Nachrang von Mietforderungen nur bei Stundung oder generell?
 - Anfechtbarkeit der Zahlung auf Mietforderungen im letzten Jahr?
 - Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung?
2. Wie sind Art und Umfang des Ausgleichs zu bestimmen?
 - Masseforderung?
 - Berücksichtigung auch von anfechtbar geleisteten Vergütungen?
 - Berücksichtigung der im Eröffnungsverfahren erzwungenen Nichtzahlung?
 - Geleistete Vergütung auch bei Überhöhung maßgeblich?
 - Zahlungen vor der Jahresfrist für Zeiträume innerhalb der Jahresfrist?

3. Muss der Gesellschafter Eigentümer der Sache sein?
 - Gilt § 135 Abs. 3 InsO auch für Gesellschafter als Zwischenvermieter?
 - Wirkt § 135 Abs. 3 InsO auch gegen das Aussonderungsrecht des vom Gesellschafter verschiedenen Eigentümers der Sache?

4. Wann ist ein Gegenstand von „erheblicher Bedeutung für die Fortführung des Unternehmens“?
 - Berücksichtigung des reduzierten Ausgleichsbetrags bei der Frage der Beschaffbarkeit von Dritten?
 - Fortführung durch den Insolvenzverwalter erforderlich oder Anwendbarkeit auch nach übertragender Sanierung?

5. Wie verhält sich § 135 Abs. 3 InsO zu §§ 103 ff. InsO?
 - Geltung des (ggf. reduzierten) Ausgleichsbetrags nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO auch bei fortbestehendem Nutzungsverhältnis?
 - Obliegenheit des Insolvenzverwalters, den Nutzungswillen bei Wahl der Nichterfüllung (§ 103 InsO) bzw. Kündigung (§ 109 InsO) anzukündigen?

6. Gilt § 135 Abs. 3 InsO auch bei der Zwangsverwaltung/-versteigerung und in der Doppelinsolvenz?
 - Wirkung der Aussonderungssperre und/oder des reduzierten Ausgleichs auch gegenüber Grundpfandgläubiger/Gesellschaftergläubiger?

1. Einordnung des § 135 Abs. 3 InsO str.

- These 1: Trennung vom Recht der Gesellschafterdarlehen
 - ⇒ eigenständige Regelung mit eigenständiger Rechtsfolge
 - ⇒ keine Pflicht zur (unentgeltlichen) Nutzungsüberlassung mehr
 - ⇒ Grund für Inanspruchnahme des Gesellschafters (s.o.): Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht
 - ⇒ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 32 ff.)
- These 2: Nutzungsüberlassung als dem Darlehen „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung“
 - ⇒ Anknüpfung an die Finanzierungsfolgenverantwortung
 - ⇒ Pflicht zur Nutzungsüberlassung; Entgelt nachrangig

2. Keine Vergleichbarkeit von Darlehen und Nutzungsüberlassung

- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 306 ff.
- vgl. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 40, 68 f.)
- jetzt allgemeiner Vergleich zwischen Darlehen und Nutzungsüberlassung
- Nutzungsüberlassung und (Sach-)Darlehen sind nur hinsichtlich des Nutzungsrechts vergleichbar, nicht hinsichtlich der Überlassung der Sachsubstanz als Kreditgrundlage/Zugriffsobjekt für Gläubiger
- Nutzungsüberlassung = Austauschvertrag i.S.v. § 320 BGB
 - ⇔ (Sach-)Darlehen = Kredit (von lat. „credere“)
 - ⇒ keine Finanzierungsentscheidung bei Nutzungsüberlassung
- Nutzungsüberlassung = Problem materieller Unterkapitalisierung;
Kreditgewährung = Problem nomineller Unterkapitalisierung

3. Trennung zwischen Aussonderungssperre (§ 135 Abs. 3 Satz 1 InsO) und Entgeltreduzierung (§ 135 Abs. 3 Satz 2 InsO)

- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 309 ff.
- Zweckbestimmung des Insolvenzverfahrens + Treuepflicht des Gesellschafters als disparate Begründungsansätze
- Aussonderungssperre gegen angemessenen Ausgleich bei betriebsnotwendigen Gegenständen = allgemeines Instrument zur Verfahrenssicherung
 - ⇒ Vergleich zu § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO: vorläufige Rückstellung des Einzelinteresses im Gesamtinteresse (Aufopferung)
- Reduzierung des Ausgleichs unter ein angemessenes/marktübliches Entgelt = Sanktion gegenüber dem Gesellschafter
 - ⇒ Nachschusspflicht des Gesellschafters

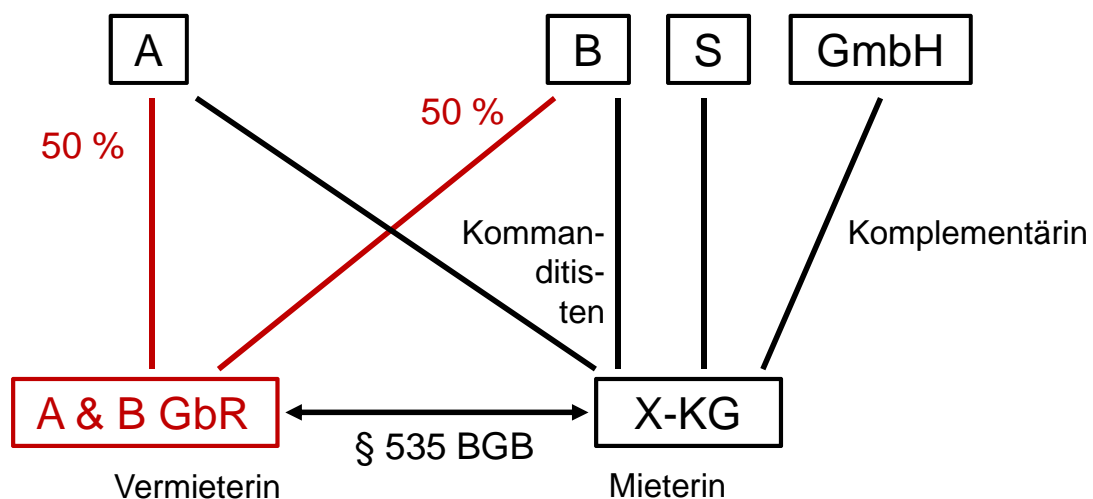
4. Nachschusspflicht als spezialgesetzliche Sanktion der materiellen Unterkapitalisierung

- Treuepflicht = untaugliche Begründung (a.A. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 [Rn. 54])
 - ⇒ keine Relevanz bei Einpersonengesellschaft und einverständlichem Handeln mehrerer Gesellschafter ⇒ Gläubigerinteresse
- Korrelat der Haftungsbeschränkung = untaugliche Begründung
 - ⇒ Grund für Einschränkung der Finanzierungsfreiheit bleibt offen
- Finanzierungsfolgenverantwortung = Verschleierung der Unterkapitalisierung als Wertungsgrundlage
 - ⇒ Nachrang von Darlehen + Anfechtbarkeit der Rückzahlung = Sanktion nomineller Unterkapitalisierung
- Nachschusspflicht bei Nutzungsüberlassung = Minus zum Durchgriff

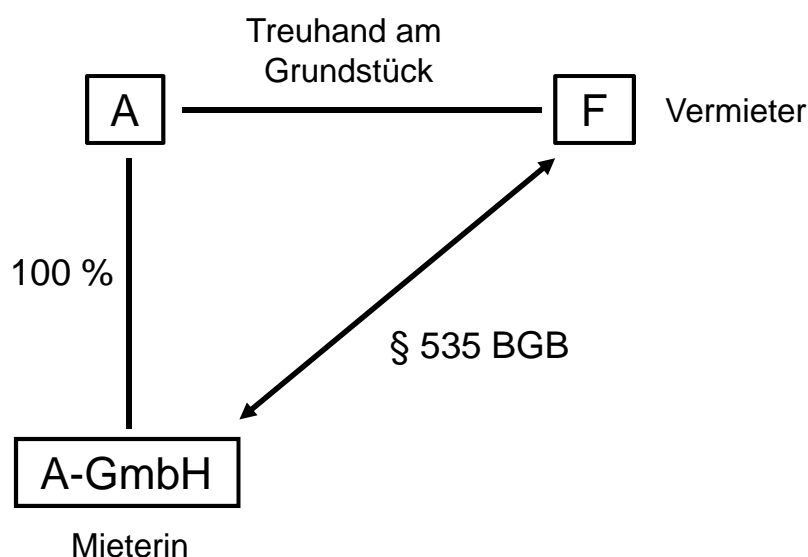
1. **Gesellschafter einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung**

- Gleichlauf mit allgemeinem Gesellschafterdarlehensrecht
- Anwendbarkeit des Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivilegs
- BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 45 ff.): Anwendung auf gesellschaftergleiche Dritte
 - ⇒ Betriebsaufspaltung mit gleichem Gesellschafterkreis ⇒ b.w.
 - ⇒ ebenso: Einschaltung von Strohmännern als (Zwischen-)Vermieter
 - ⇒ m.E. Analogie zu § 135 Abs. 3 InsO zur Vermeidung von Umgehungen
- (sehr) persönliche Ansicht: Anwendung des Aufopferungsgedankens sogar auf Nichtgesellschafter

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

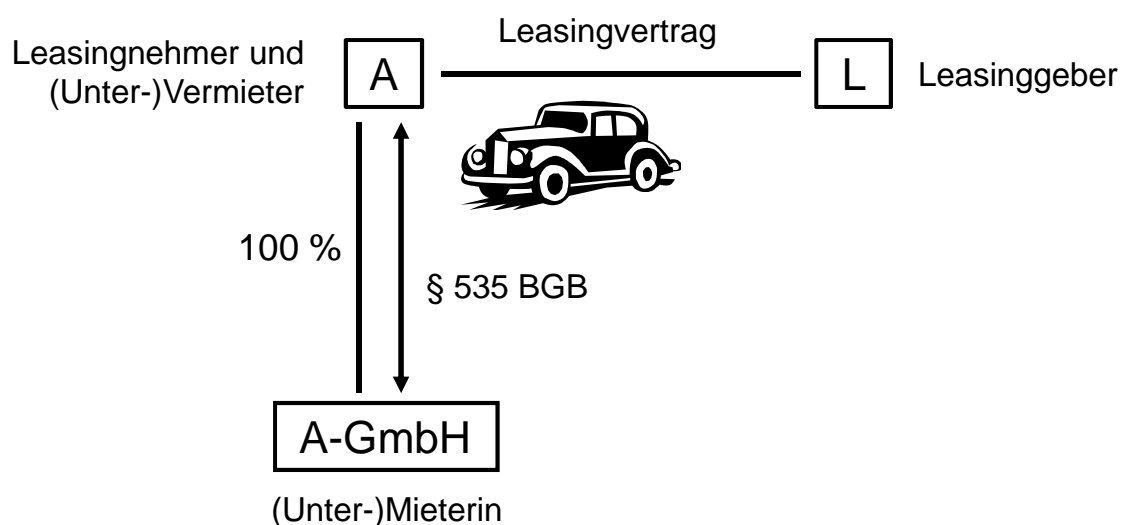


- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 51: „Im Streitfall sind die Brüder R. an der Klägerin als die Nutzung gewährenden Gesellschaft wie auch an der Schuldnerin als die Nutzung annehmenden Gesellschaft als Mehrheitsgesellschafter beteiligt. Zwar verfügen sie einzeln nur über eine Beteiligung von genau 50 vH an der Klägerin. Eine getrennte Betrachtung der jeweiligen Beteiligungswerte würde jedoch dem Umstand nicht gerecht, dass sich die Brüder R. als Mehrheitsgesellschafter der Schuldnerin unter dem Dach der Klägerin zusammengeschlossen haben, um der Schuldnerin die benötigten Betriebsgegenstände mietweise zu überlassen. Vor diesem Hintergrund sind die Beteiligungswerte von jeweils 50 vH an der Klägerin auf 100 vH zu addieren, weil die Brüder R. die Klägerin kraft Bündelung ihrer Beteiligungen im gleichgerichteten Interesse übereinstimmend als Vermieterin der Schuldnerin eingesetzt haben (...). Das koordinierte Zusammenwirken der Gesellschafter ermöglicht die gemeinsame Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen (...). In dem hier gegebenen Fall einer Betriebsaufspaltung bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Mehrheitsgesellschafter beider Unternehmen der Verantwortung des § 135 Abs. 3 InsO zu unterwerfen (...). Mithin steht die Klägerin einer Gesellschafterin der Schuldnerin gleich.“



2. Nutzungsüberlassung – Relevanz des Eigentums?

- Eigentum am Gegenstand grundsätzlich unerheblich
 - ⇒ Anwendung der Aussonderungssperre auf den Herausgabeanspruch des Gesellschafters aus § 546 BGB
- keine Anwendung auf das Aussonderungsrecht eines Dritten
 - ⇒ Aber: ohnehin kein Herausgabeananspruch des Dritten in den Fällen des § 986 Abs. 2 BGB
 - ⇒ Aber: Anwendung auf Strohmänner des Gesellschafters (s.o.)
- keine Anwendung bei Übergang des Nutzungsverhältnisses auf einen Dritten gemäß § 566 BGB
 - ⇒ Aber: Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 318 ff.



2. Nutzungsüberlassung – Abgrenzung zu Kreditsicherheiten

- wirtschaftliche Nähe zwischen Nutzungsüberlassung (insbes. *sale and lease back*) und Kreditierung gegen Sicherheit
 - ⇒ Unterschied liegt in der Zuordnung der Sachgefahr
- analoge Anwendung des § 135 Abs. 3 InsO auf die Kreditierung gegen Sicherheit
 - ⇒ Erst-recht-Schluss: Anwendung beim Absonderungsrecht, wenn sogar ein Aussonderungsrecht gesperrt wird
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 325 ff.

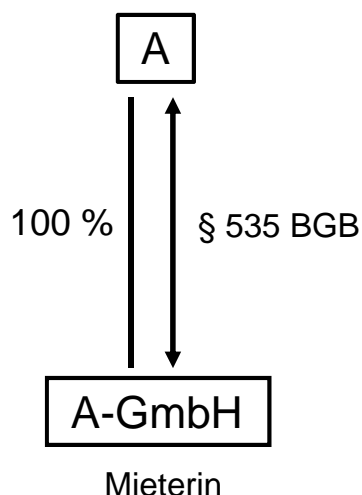
2. Nutzungsüberlassung – Vorzeitige Beendigung

- Anfechtbarkeit des Aufhebungsvertrags / der Kündigung
 - ⇒ Anwendung der §§ 133, 131 InsO, ggf. § 130 InsO
 - ⇒ Gläubigerbenachteiligung scheidet nicht am Aussonderungsrecht
- analoge Anwendung des § 135 Abs. 3 InsO bei Herausgabe vor Antragstellung bzw. Verfahrenseröffnung (a.A. die h.M.)
 - ⇒ Höchstdauer: ein Jahr nach Ende des Nutzungsverhältnisses
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 331 f.

3. Fortführungserheblichkeit des Gegenstandes

- BT-Drucks. 16/9737, S. 59: Anknüpfung an § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO
- (sehr) persönliche Ansicht: Differenzierung
 - ⇒ bei Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter ist auf die (oft fehlende) Beschaffbarkeit bei Dritten zu den reduzierten Konditionen abzustellen ⇒ *Fall Nr. 3 – Untermiete*
 - ⇒ bei Nutzungsüberlassung durch Dritte (Analogie zu § 135 Abs. 3 InsO) gilt der Maßstab des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO
 - ❖ Aber: Abwendung der Pflicht zur Nutzungsüberlassung durch Zahlung des Differenzbetrags
- Anwendung auch auf Erwerber bei übertragender Sanierung (str.)
- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 335 ff.

Alleingesellschafter
und Vermieter



- Mietvertrag über das Betriebsgrundstück
- Mietpreis: 5.000 Euro monatlich
- Fälligkeit des Mietzinses: 3. Tag des Folgemonats
- ab Mitte 2014 keine Mietzahlung mehr
- Ende 2014: Insolvenzantrag
- im Eröffnungsverfahren keine Mietzahlung
- Ende März 2015: Verfahrenseröffnung

Frage: Nutzungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters zu welchen Konditionen?

- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 339 ff.

1. Aussonderungssperre gegen Ausgleich

- Wahlrecht des Insolvenzverwalters
- zwingendes Recht

2. Keine Pflicht zu unentgeltlicher Nutzungsüberlassung

- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 32 ff.)
- Ausgleichsanspruch als Masseforderung
- Vermieterpfandrecht durchsetzbar
- Aussonderungssperre endet m.E. bei Masseunzulänglichkeit

3. Höhe des Ausgleichsanspruchs

- Jahreszeitraum: „vor Verfahrenseröffnung“ (Wortlaut der Norm) oder vor dem Insolvenzantrag?
 - ⇒ Problem: Nichtzahlung von Entgelten im Eröffnungsverfahren
 - ⇒ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 56): Wortlaut des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO als Redaktionsversehen = Zeitpunkt der Antragstellung als Stichtag der Jahresfrist
- m.E. marktübliches Entgelt als Höchstgrenze
 - ⇒ teleologische Reduktion des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO
 - ⇒ Bsp.: Betriebsaufspaltung ⇒ in der Praxis oft Orientierung am Refinanzierungsaufwand der Besitzgesellschaft
 - ⇒ *Fall Nr. 8 – Überhöhter Mietzins*

3. Höhe des Ausgleichsanspruchs

- bei Nutzungsdauer < 1 Jahr: Durchschnitt der Zahlungen im tatsächlichen Nutzungszeitraum
 - ⇒ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 55)
- anfechtbare Zahlungen bleiben außer Ansatz
 - ⇒ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 55)
 - ⇒ *Fall Nr. 6 – Ständig verspätete Mietzahlungen II*

4. Verhältnis des § 135 Abs. 3 InsO zu §§ 103 ff. InsO

- BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 57 ff.): Unanwendbarkeit des § 135 Abs. 3 InsO bei fortbestehendem Nutzungsverhältnis und somit fehlendem Aussonderungsrecht
- Rn. 61: „Ergänzend hat der Gesetzgeber erläutert, dass der Entgeltanspruch aus § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO grundsätzlich "auch dann" besteht, wenn der Insolvenzverwalter die weitere Nutzung des Vermögensgegenstandes beansprucht, an dem Vertragsverhältnis aber nicht festhalten will und von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch macht (BT-Drucks. 16/9737, aaO). Die von dem Gesetzgeber angesprochene Notwendigkeit einer Kündigung verdeutlicht, dass der geminderte Entgeltanspruch nur im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses maßgeblich und deshalb an die – gleich ob von dem Gesellschafter oder dem Insolvenzverwalter veranlasste – Beendigung des Nutzungsvertrages geknüpft ist.“

4. Verhältnis des § 135 Abs. 3 InsO zu §§ 103 ff. InsO

- a.A. Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 348; *Bitter*, WuB 2015, 350, 354 f. (Anmerkung zum BGH)
- BT-Drucks. 16/9737, S. 59: „War für die Überlassung der Gegenstände ein Entgelt vereinbart, so stellt dieses nach Verfahrenseröffnung eine Masseverbindlichkeit dar. Dies gilt auch dann, wenn der Insolvenzverwalter, der die Weiternutzung des Vermögensgegenstandes beansprucht, an dem Vertragsverhältnis nicht mehr festhalten will und von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch macht, beispielsweise wenn dessen Laufzeit über den Jahreszeitraum hinausgeht. Der Gesellschafter soll damit dieselbe Vergütung erhalten, die ihm bis zur Verfahrenseröffnung tatsächlich zugeflossen ist; ihm soll hingegen kein darüber hinausgehendes Sonderopfer abverlangt werden. War etwa für eine Gebrauchsüberlassung eine bestimmte Vergütung vereinbart, wurde diese jedoch nicht entrichtet, so bestimmt sich die Höhe des Ausgleichs nach dem im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung tatsächlich vom Schuldner Geleisteten.“

5. Nutzungsentgelte aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung

- BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 64 ff.)
- Rn. 70 f.: Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO + Anfechtbarkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur bei Stundung, nicht aber bei bargeschäftsähnlicher Abwicklung (30-Tage-Zeitraum)
- Rn. 74: gewisser Gestaltungsspielraum der Parteien für die Festlegung des Zahlungszeitpunktes; Zahlung zur Monatsmitte als angemessener Interessenausgleich

6. Zwangsverwaltung + Doppelinsolvenz

- BGH zum alten Recht: begrenzte Wirkung des Eigenkapitalersatzrechts ggü. dem Grundpfandgläubiger + in der Gesellschafterinsolvenz (analog zu Vorausverfügungen über den Mietzins); Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter
- wohl h.M.: Übertragbarkeit ins neue Recht
- *Bitter*, ZIP 2010, 1, 13 f.: Differenzierung zw. Zwangsverwaltung + Doppelinsolvenz
 - ⇒ Übertragung der alten Rspr. bei Zwangsverwaltung; Ausgleichsanspruch analog § 143 Abs. 3 InsO
 - ⇒ Geltung des reduzierten Entgelts gegenüber Privatgläubigern
 - ⇒ *Fälle Nr. 9 und 10 – Zwangsverwaltung/Doppelinsolvenz*

Gesellschafterdarlehen und Insolvenzzgründe

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 7, 9, 63 ff.
und Anh. § 64 Rn. 358 ff. (Rangrücktritt)

1. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- Gegenüberstellung: fällige Zahlungsverpflichtungen ⇔ verfügbare Finanzmittel (auch Kreditlinie)
 - Fälligkeit im insolvenzrechtlichen Sinn („ernsthaftes Einfordern“)
 - ❖ BGHZ 173, 386; BGH ZIP 2009, 1235 Rn. 22; ZIP 2014, 1289 Rn. 30 f. (Aussetzung der Vollziehung eines Steuerbescheides)
 - Nachrang i.S.v. § 39 InsO ist unerheblich ⇒ zum Rangrücktritt Folien 203 ff.
 - seit dem MoMiG auch Gesellschafterdarlehen (Wegfall der Durchsetzungssperre aus § 30 GmbHG)
 - Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 7 ff.

2. Überschuldung (§ 19 InsO)

- Passivierungspflicht von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus
- Ausnahme: Rangrücktritt i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO ⇒ Folien 196 ff.

1. Überschuldung

- a) Regelung seit dem MoMiG in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“
- Problem 1: Ist neben dem Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre erforderlich?
 - Problem 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

1. Überschuldung

b) Problem 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Vor dem MoMiG: BGHZ 146, 264, 271: „wird ... allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital (...). Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Drittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung (...) bedarf es nicht.“

1. Überschuldung

b) Problem 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Klärung der Rangtiefe durch das MoMiG: § 39 Abs. 2 InsO
- offen, ob Unterordnung für die Zeit vor Insolvenz erforderlich
 - Meinung 1: keine entsprechende Anforderung in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO; Rangrücktritt (für das eröffnete Verfahren) allein ist ausreichend
⇒ so auch IDW S 11, Rn. 86 f.
 - Meinung 2: Schuldendeckungsfähigkeit wird nur dann richtig angezeigt, wenn die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann ⇒ Vereinbarung vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre erforderlich
⇒ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 65 f.

1. Überschuldung

- c) Problem 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?
- § 19 Abs. 2 S. 2 InsO betrifft unmittelbar nur Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
 - analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem: bei vorzeitiger Rückzahlung kein § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, da unanwendbar bei freiwilligem Rangrücktritt (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff.; zust. OLG Düsseldorf, ZIP 2015, 187, 189 f.)
 - ⇒ Vorschlag von *Adolff*, FS Hellwig, 2010, S. 433, 442 f.:
freiwillige Unterwerfung unter das Regime des § 135 InsO
 - ⇔ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
 - ⇒ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 69

1. Überschuldung

- d) Lösung beider Probleme durch BGHZ 204, 231 = WM 2015, 623 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*
- Rn. 19: vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“)
 - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird
 - Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
 - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltl. § 814 BGB
 - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)

1. Überschuldung

d) Lösung beider Probleme durch BGHZ 204, 231 = WM 2015, 623 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*

- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
 - ⇒ Rn. 42: Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist
 - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird

1. Überschuldung

e) Verbleibendes Problem: Kann die erforderliche vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (oben Folien 198, 200) auch gegenüber gesellschaftsfremden Dritten wirksam vereinbart werden?

- Individualvertragliche Abrede (wie im BGH-Fall) meist unproblematisch (Grenze nur § 138 BGB)
- Aber: Vereinbarung in AGB problematisch
 - ⇒ Details bei *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.
 - ⇒ bei Unwirksamkeit der Abrede besteht die Passivierungspflicht fort

2. Zahlungsunfähigkeit

- a) Gesetzliche Ausgangslage: Es existiert keine dem § 19 Abs. 2 S. 2 InsO entsprechende Regelung in § 17 InsO.
- b) Probleme:
- Sind „nachrangige“ Forderungen in der Liquiditätsbilanz zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen?
 - Welche Anforderungen gelten ggf. für einen Nachrang?
 - Gilt § 19 Abs. 2 S. 2 InsO analog bei der Zahlungsunfähigkeit?
 - Ist (neben dem Nachrang) die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich?

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
 - Leitsatz 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Sachverhalt: Zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner war „vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm möglich war“. Die Gläubigerin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 Prozent verzinst.
 - Interpretation: Die Gläubigerin – die Steuerberaterin des Schuldners – wollte offenbar verhindern, dass aufgrund ihrer Honoraransprüche das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen ihres Mandanten eröffnet werden musste.
 - Folge: Die Gläubigerin unterlag einer liquiditätserhaltenden = die Zahlungsunfähigkeit vermeidenden Durchsetzungssperre

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055
- Leitsatz: Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.
 - Rn. 10: „Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind – wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) wurde (BGHZ 173, 286, 292 Rn. 18) – abweichend zu der für den früheren Rechtszustand überwiegend vertretenen Auffassung [...] nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist.“

2. Zahlungsunfähigkeit

d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055

- Interpretation (eigene Ansicht):
 - ❖ Die Vereinbarung eines (auf das Insolvenzverfahren) beschränkten Nachrangs i.S.v. § 39 Abs. 2 InsO reicht nicht, um die Forderung im Liquiditätsstatus außen vor zu lassen.
 - ❖ Erforderlich ist (ggf. neben dem Nachrang) eine liquiditätsbezogene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht notwendig in einer Nachrangvereinbarung enthalten ist.
 - ❖ keine Analogie zu § 19 Abs. 2 S. 2 InsO im Rahmen des § 17 InsO wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage
- Ergebnis: Parteiabrede im Einzelfall ist entscheidend.

2. Zahlungsunfähigkeit

e) Literatur (Auswahl)

- *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997
- *Mock*, Genussrechtinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 181
- *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, 1. Aufl. 2008 und 2. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 9; Anh. § 64 Rn. 363 ff.
- *Schultze*, in: Cranshaw/Paulus/Michel (Hrsg.), Bankenkomentar zum InsR, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 23 ff.

1. Überschuldung

- a) Relevanz für Fortführungsprognose i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO
- grundsätzlich (+), weil nach h.M. reine Zahlungsfähigkeitsprognose
 - Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
 - Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
 - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum erhalten bleibt
 - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit
 - Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie ⇒ Folie 211

1. Überschuldung

- b) Aktivierbarkeit im Überschuldungsstatus
- grundsätzlich auch Ansprüche gegen Gesellschafter aktivierbar
 - Mindestbedingung: verbindlicher Zahlungsanspruch (= harte interne Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons (IDW S 11, Rn. 80)
 - Problem: Kündbarkeit + Umfang der Verpflichtung ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - ⇒ m.E. auch Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung vereinbar (a.A. die h.L.)
 - (2) Aktivierbarkeit
 - ⇒ nicht bei Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung
 - ⇒ bei Begrenzung der Haftung nach Kündigung auf fällige Forderungen nur in dieser Höhe (vgl. *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 166)
 - Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie ⇒ Folie 211

1. Überschuldung

- c) Auswirkungen von BGHZ 204, 231 = WM 2015, 623 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim* (oben Folien 200 f.) ?
- Einschränkung der freien Aufhebbarkeit gemäß § 328 BGB?
 - auch hier 2-stufige Prüfung:
 - (1) Privatautonomie: Drittwirkung kann ausgeschlossen werden
 - (2) bei fehlender Drittwirkung wohl negative Wirkung für § 19 InsO
 - ⇒ Überschuldungsstatus + Fortführungsprognose können kaum unterschiedlich behandelt werden (zu Folie 209)
 - ⇒ Aktiv- und Passivseite des Überschuldungsstatus sind gleich zu behandeln (zu Folie 210)

1. Überschuldung

- d) Literatur (Auswahl)
- *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 161, 164-166
 - *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem. § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136
 - *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110
 - *Raeschke-Kessler/Christopeit*, Die harte Patronatserklärung als befristetes Sanierungsmittel, NZG 2010, 1361
 - *Ringstmeier*, Patronatserklärungen als Mittel zur Suspendierung der Insolvenzantragspflicht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.9.2010 – II ZR 296/08 – („Star 21“), in: FS Wellensiek, 2011, 133
 - *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 40 f., 52
 - *Tetzlaff*, Aufhebung von harten Patronatserklärungen, WM 2011, 1016

2. Zahlungsunfähigkeit

- Berücksichtigung in der Liquiditätsbilanz möglich, wenn verbindlicher Zahlungsanspruch besteht (harte interne Patronatserklärung) + ungehinderter Zugriff auf die Mittel oder tatsächliche Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung
 - ❖ BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 (Rn. 21)
 - ❖ BGH v. 19.9.2013 – IX ZR 232/12, WM 2013, 1999 (Rn. 7)
- bei externer Patronatserklärung ist tatsächliche Erfüllung erforderlich
 - ❖ BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 (Rn. 22)
- Kündbarkeit + Aufhebbarkeit weniger problematisch wegen kurzfristiger Betrachtung (max. 3-Wochen-Zeitraum)

© 2015

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