

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

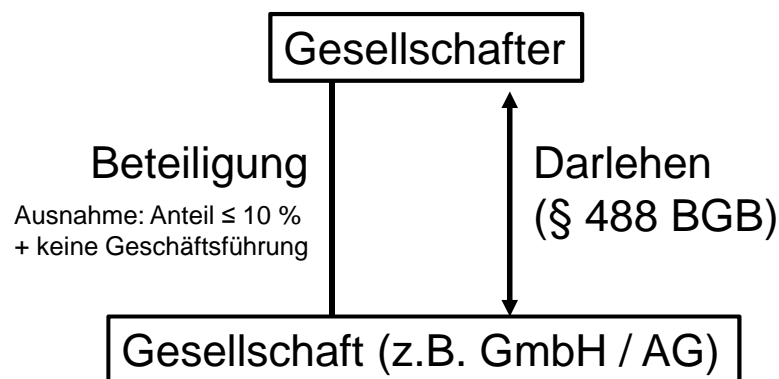
Gliederung

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

Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

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

Grundzüge des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen



- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 I Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 1 InsO bei der Gewährung von Sicherheiten in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag

1. Problem: Keine Lösung von Einzelfragen ohne Kenntnis der teleologischen Grundlagen

- *Eidenmüller*: Der Reformgesetzgeber verzichtet scheinbar gänzlich auf ein tragfähiges Wertungskriterium
- *Karsten Schmidt*: „Suche nach dem verlorenen Normzweck“

2. Grundfrage

- Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftern und Dritten als Darlehensgeber?

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 1: Normzweck unverändert (Finanzierungsfolgenverantwortung), aber jetzt unwiderlegliche Vermutung der Krise
 - ❖ *Altmeyden, Bork, Marotzke, Hölzle, Haas*
- These 2: Einordnung von Gesellschafterdarlehen als Risikokapital als Korrelat der Haftungsbeschränkung, um Missbrauch zu verhindern
 - ❖ *Huber, Habersack, Gehrlein*, präzisierend *Grigoleit/Rieder*
- These 3: Erhöhte Verantwortung der Insider
 - ❖ *Karollus, Haas, Servatius, Grigoleit/Rieder, Eidenmüller* (für Anfechtung)

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- These 4: Risikoübernahmeverantwortung aus der Beteiligung an unternehmerischen Chancen und Risiken bei gleichzeitigem Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens (Kombination von „Mitunternehmerrisiko“ und „Mitunternehmerverantwortung“)
 - ❖ *Krolop*; ähnlich *Tillmann*
- These 5: Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisikos
 - ❖ *Fastrich*
- These 6: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = ZIP 2011, 575**
- *Rn. 16*: „Die ... umstrittene Frage, welcher Grundgedanke der gesetzlichen Neuregelung der Gesellschafterdarlehen zugrunde liegt, braucht aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden zu werden. ...“
- *Rn. 17*: „Jedenfalls ist nicht **der typischerweise gegebene Informationsvorsprung des Gesellschafters** der maßgebliche Grund für den Nachrang des von ihm gewährten Darlehens (...). Ein solcher **vermag zwar die Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 InsO), nicht aber den gesetzlichen Nachrang noch offener Forderungen zu rechtfertigen** (...). Ein Informationsvorsprung kann zur Folge haben, dass ein gewährtes Darlehen vor der offenbar werdenden Insolvenz abgezogen wird; er führt aber gerade nicht dazu, dass ein mit den Verhältnissen der Schuldnerin besonders vertrauter "Insider" der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und er dieses vor der Insolvenz nicht mehr zurückfordert (...). Der Insidergedanke kann daher nicht herangezogen werden, um den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO über eine Anwendung des § 138 InsO zu erweitern.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- *Rn. 18:* „Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass **das durch das MoMiG umgestaltete Recht** und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmonisiert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare anfechtungsrechtliche **Regelungszweck**, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen (...)**, gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

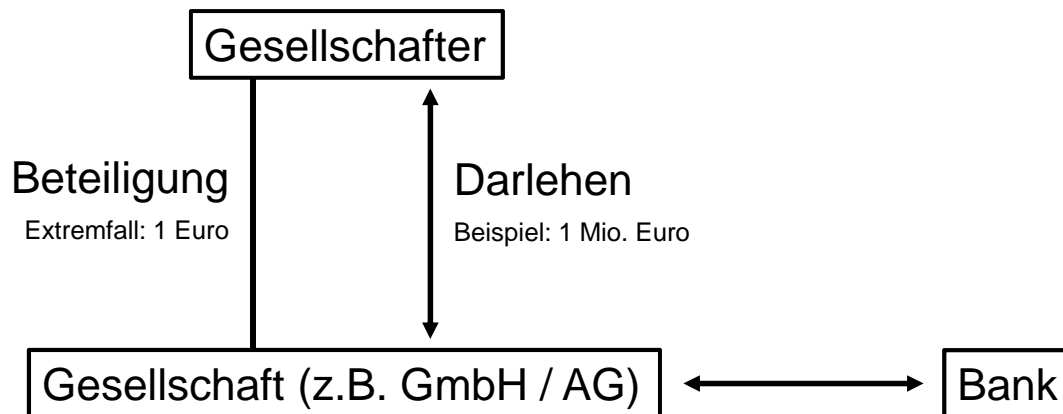
- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130**
- *Leitsatz:* Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags setzt keine Krise der Gesellschaft voraus. Entsprechendes gilt für die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits.
- *Rn. 5:* „Nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 und 2 InsO kommt es auf die Krise der Gesellschaft nicht mehr an. Der Gesetzgeber hat ... bewusst auf das Merkmal der Kapitalersetzung verzichtet (...). Die Neuregelung verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (...).“
- *Rn.: 7:* „Weder für eine teleologische Reduktion des § 135 InsO in dem Sinne, dass dem Gesellschafter der Entlastungsbeweis ermöglicht wird, zum Zeitpunkt der Rückführung des Darlehens habe noch kein Insolvenzgrund vorgelegen, noch für eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 InsO bleibt im Hinblick auf das Gesamtkonzept der neuen Regelungen Raum. ...“

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 25 ff.;
Bitter, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2013, § 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.

Tatbestand der Gesellschafterdarlehen

1. Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung

2. Darlehen

3. Gesellschafter

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 41 ff.

Begriff des Darlehens: nicht bei bargeschäftsähnlicher Befriedigung

- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491**
- 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: „... 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.“

- **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. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, WM 2013, 708 = ZIP 2013, 734**
- Rn. 14: „Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **anfechtbar ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite**, die ein Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin gewährt hat. Der Gesetzgeber hat mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung von Art. 9 Nr. 5 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl I S. 2026) bewusst auf das Merkmal kapitalersetzend verzichtet und verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 16/6140 S. 56). Dasselbe gilt nach Maßgabe von Art. 9 Nr. 8 MoMiG für die Neufassung von § 135 InsO. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen sind innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. stets anfechtbar (BT-Drucks. 16/6140 S. 57). Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückgezahlte Gesellschafterdarlehen eigenkapitalersetzend waren und die Befriedigung der Gesellschafter ihrer Finanzierungsfolgenverantwortung widersprach.“

- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Rn. 29: „Nach dieser Bestimmung [scl.: § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO] ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite, die ein Gesellschafter der Insolvenzsuldnerin gewährt, anfechtbar. Der Gesetzgeber hat in dem in § 135 InsO in Bezug genommenen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung von Art. 9 Nr. 5 MoMiG bewusst auf das Merkmal kapitalersetzend verzichtet und verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (BT-Drucks. 16/6140 S. 56). Dasselbe gilt für § 135 InsO. Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen sind innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO stets anfechtbar (BT-Drucks. 16/6140 S. 57). Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückbezahlte Gesellschaftsdarlehen eigenkapitalersetzend waren. Deshalb werden nach der Neuregelung auch kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite erfaßt (BGH, Urteil vom 7. März 2013 – IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 14).“

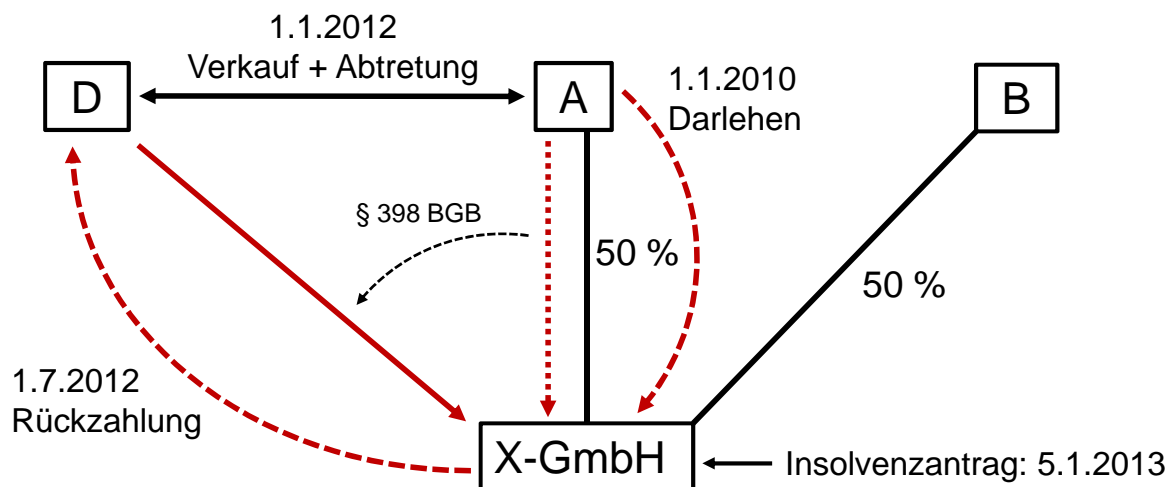
- **Kritik bei Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 42 ff.; Bitter/Laspeyres, ZInsO 2013, 2289 ff.**
 - keine Kurskorrektur durch den Gesetzgeber des MoMiG
 - ⇒ Erfassung „jedes“ Darlehens = zukünftig fehlende Relevanz des Krisenmerkmals
 - ⇒ über die Erfassung kurzfristiger Darlehen ist damit nichts gesagt
 - Widersprüche in der Behandlung von Geld und Warenkrediten
 - ⇒ Warenkredite sind bei Zahlungsfristen bis ca. 4 Wochen nach h.M. nicht erfasst
 - ⇒ Geldkredite sollen nach h.M. generell erfasst sein
 - Auflösung der Widersprüche durch eine Normzweckbetrachtung
 - ⇒ Finanzierungsfunktion = Ermöglichung spekulativer Projekte zulasten der Gläubiger

Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

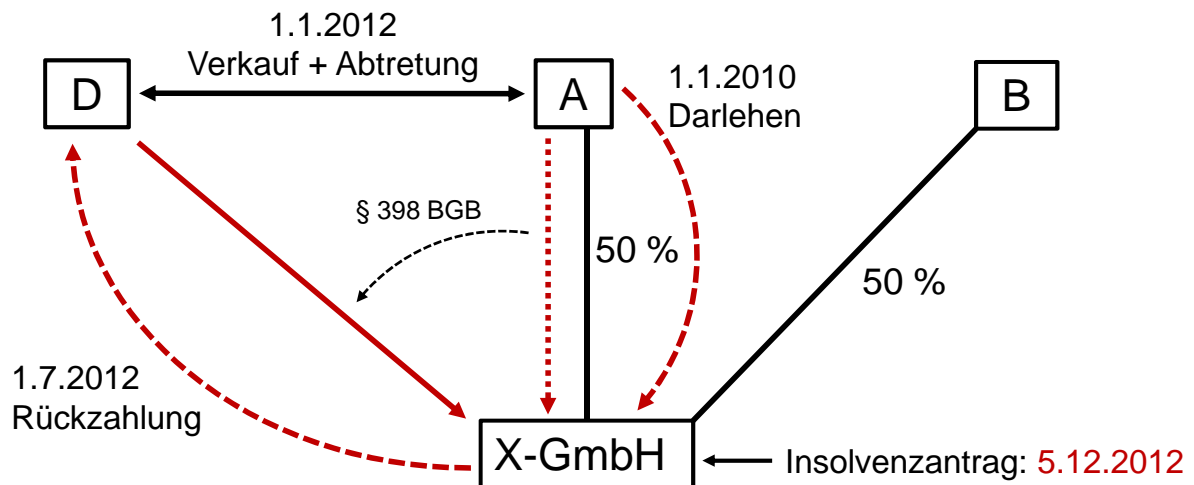
Teil 1 – Nachträgliche Aufhebung der Doppelrolle

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

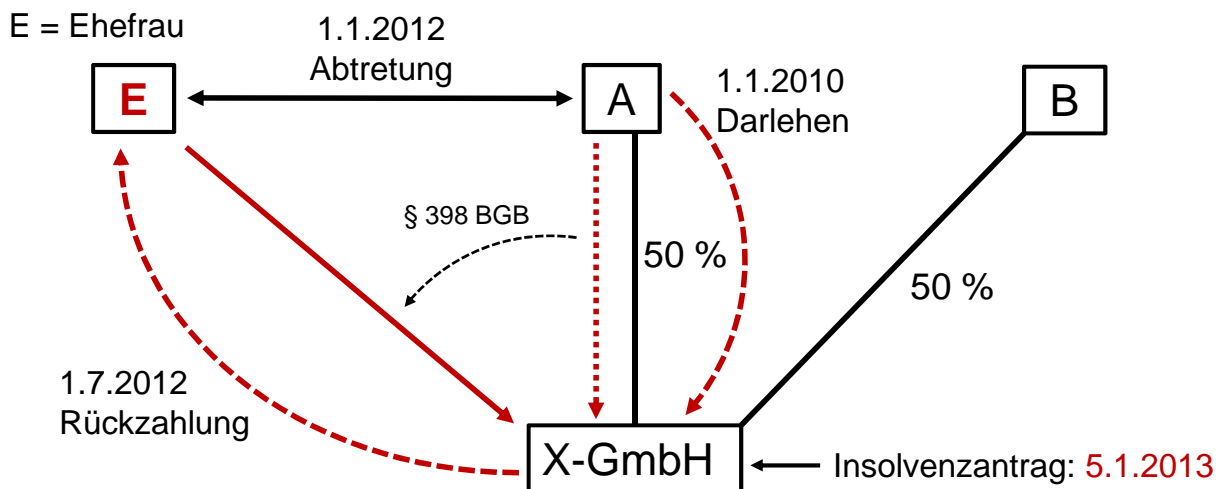


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

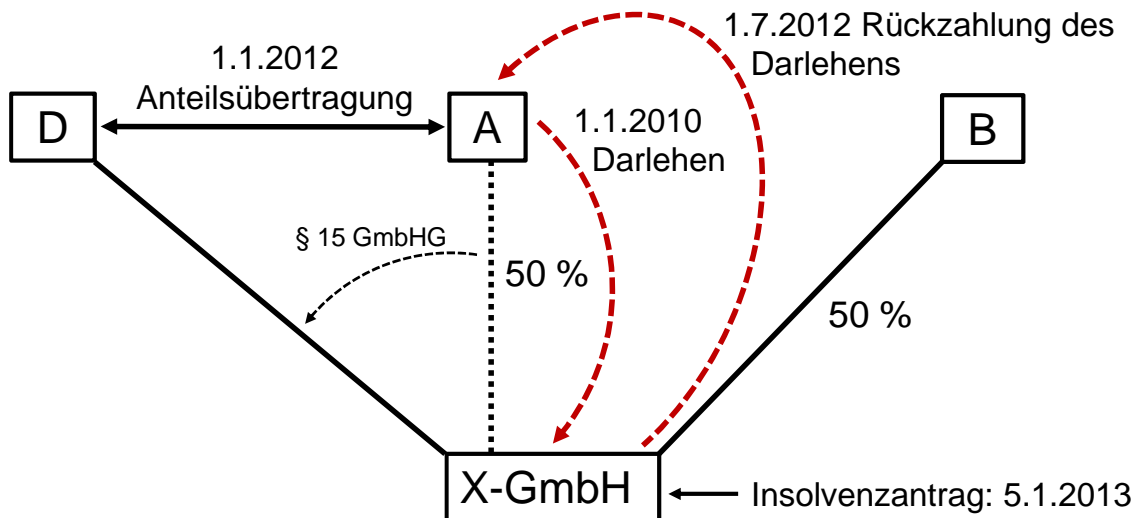
- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 1: „Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt 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 (...).“

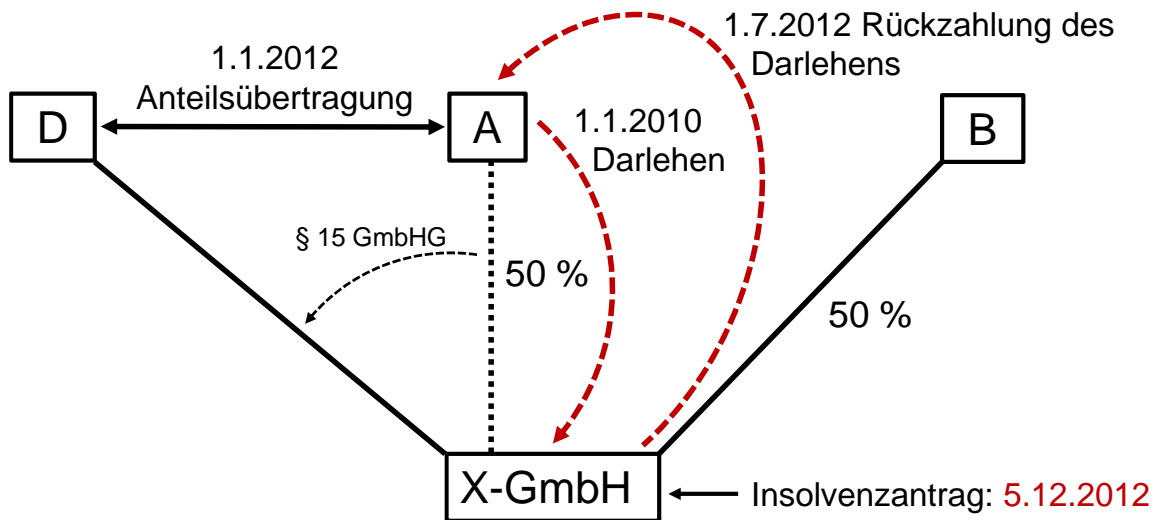


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder E?



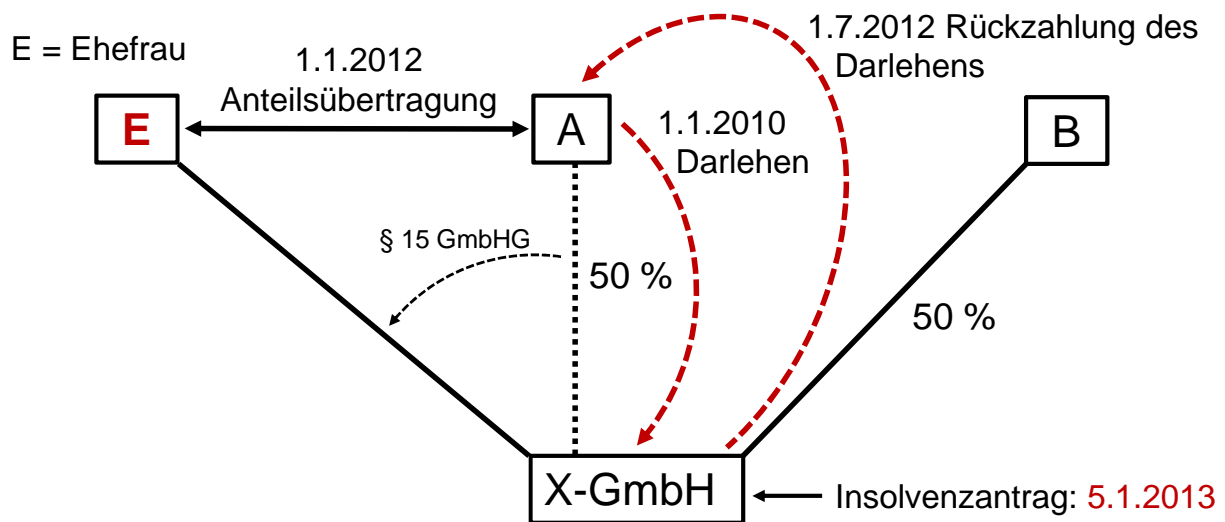
- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?
- Abwandlung: Anteilsübertragung am 1.1.2011

- **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.“

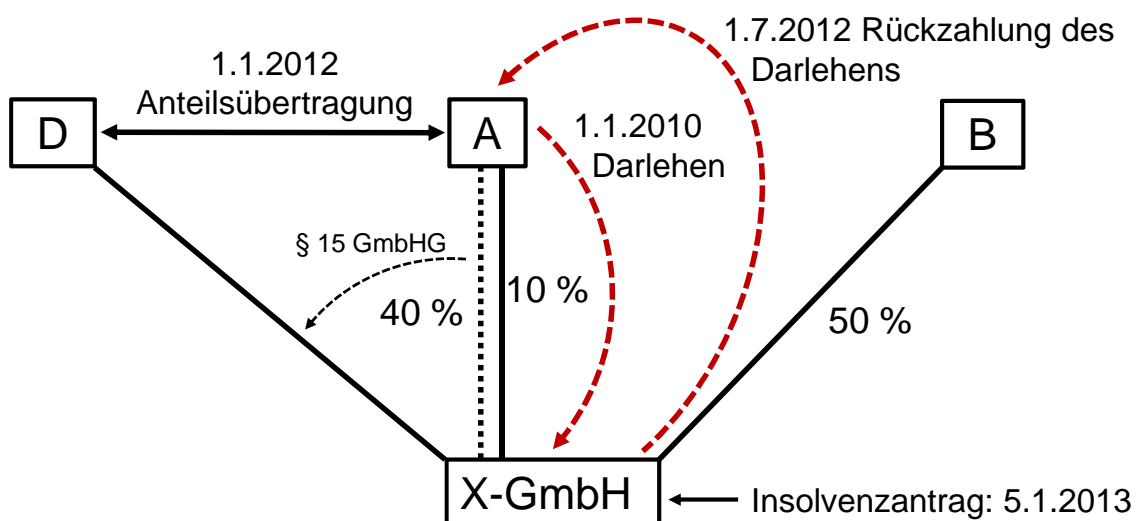


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

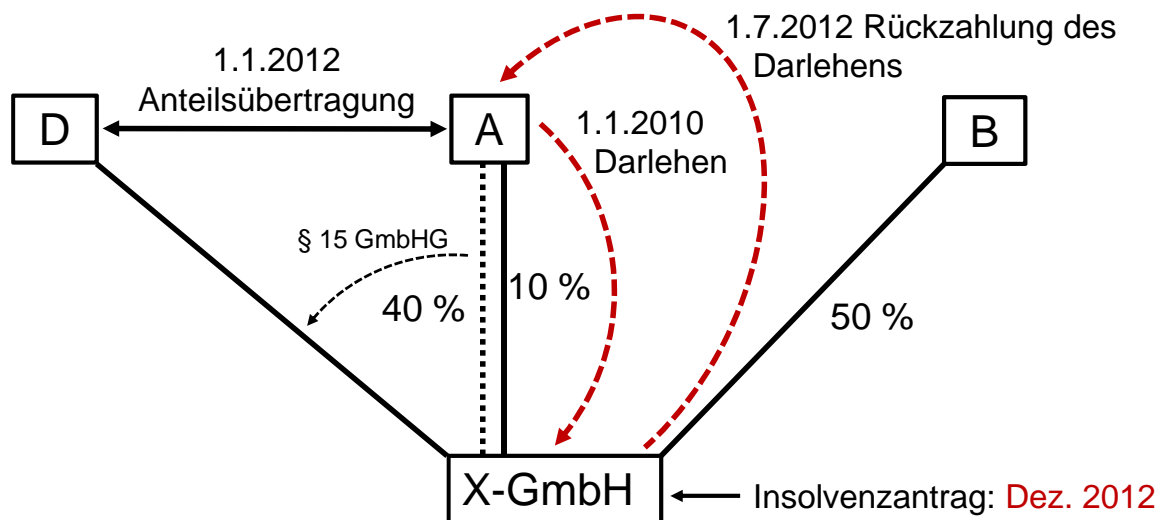
- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130**
- Rn. 3: „Das Berufungsgericht hat es im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als für unerheblich angesehen, dass der Beklagte vor der letzten Zahlung der Schuldnerin an ihn am 3. Februar 2011 in Höhe von 2.000 € zur Rückführung 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?

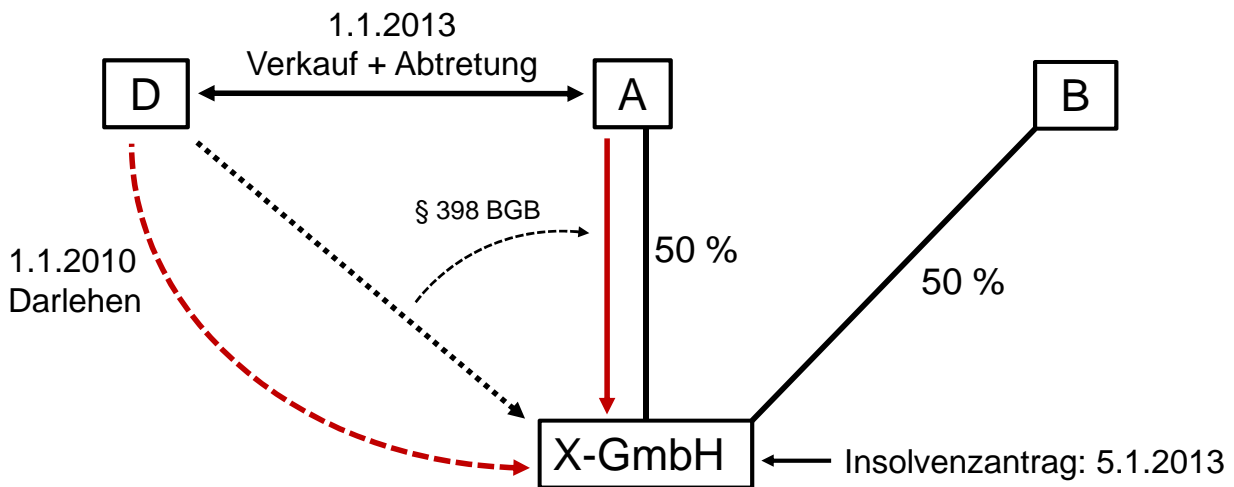


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

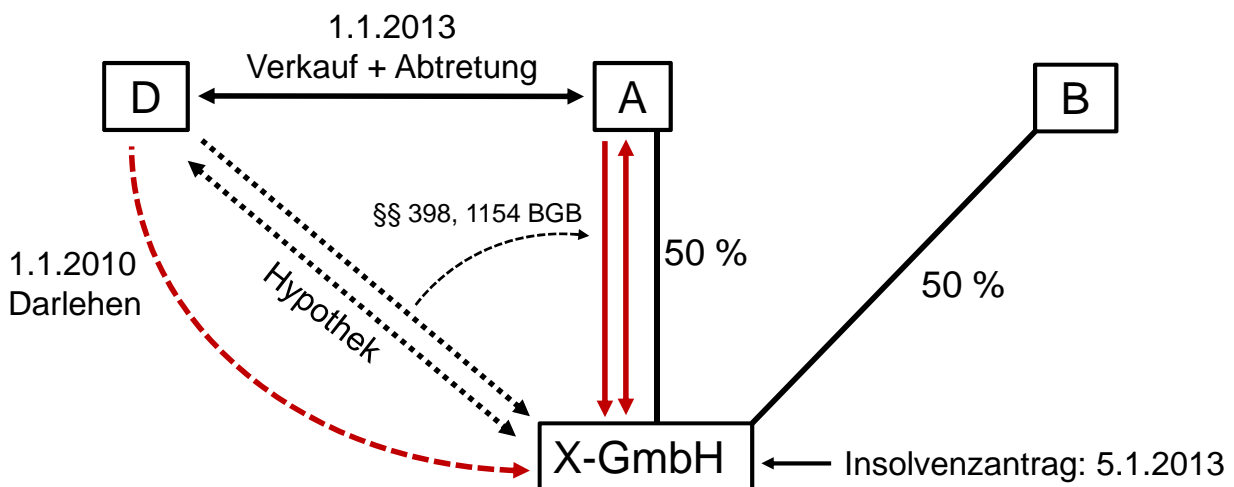
Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

Teil 2 – Nachträgliche Begründung der Doppelrolle

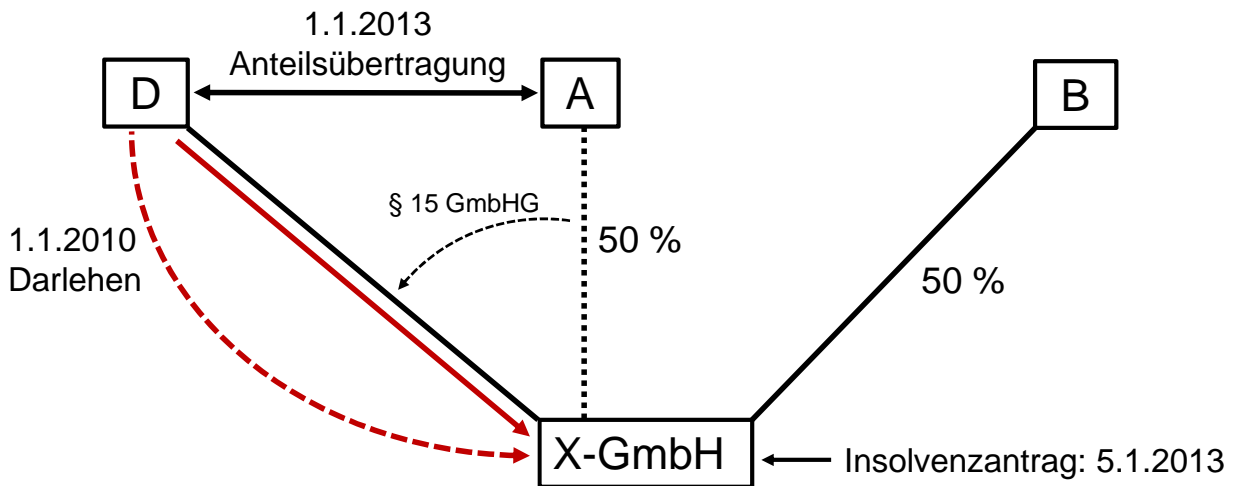
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 66 ff.



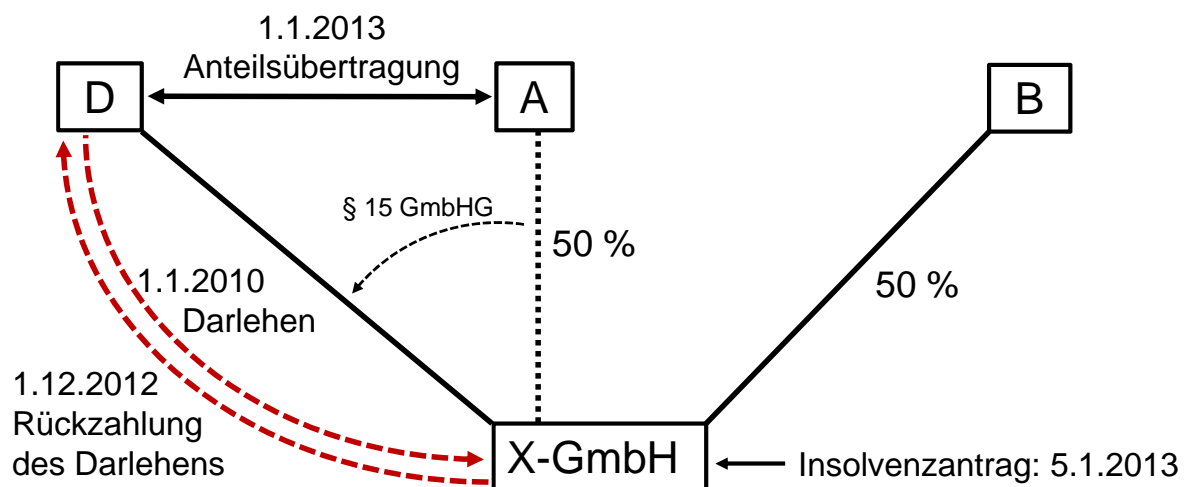
- Frage: Unterliegt die Darlehensrückzahlungsforderung dem Nachrang?



- 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?

Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO)

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

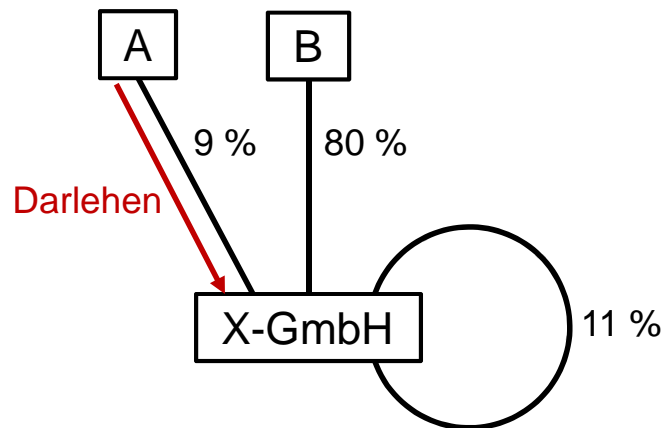
Kleinbeteiligtenprivileg Grundlagen

1. Tatbestand

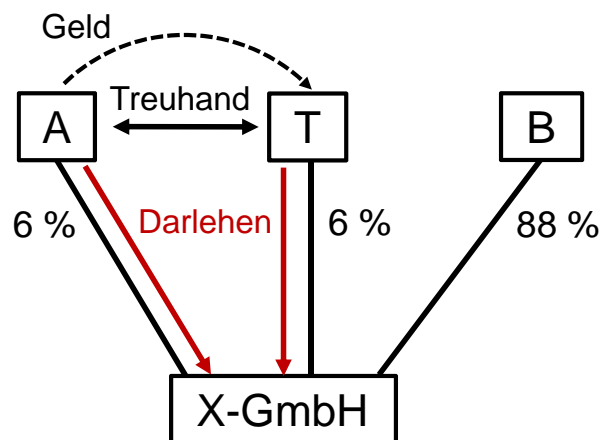
- **Beteiligung \leq 10 % des Haftkapitals**
 - Haftkapital \neq Stimmrechtsmacht / Gewinnbeteiligung
 - wirtschaftliche Betrachtung \Rightarrow Zurechnung bei Treuhand
 - Problem 1: Koordinierte Kreditvergabe mehrerer Kleinbeteiligter
 - Problem 2: Mittelbare Beteiligung
- **keine Geschäftsführung** (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

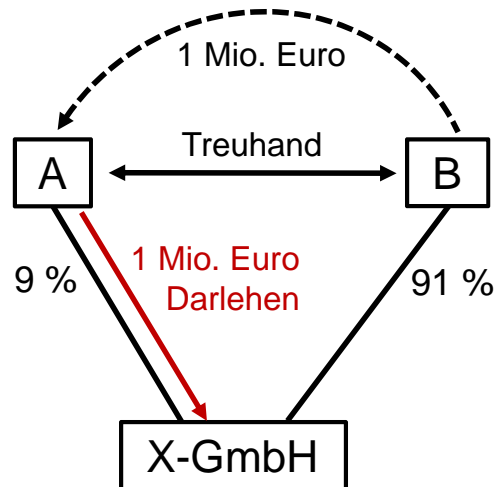
- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts
- Problem: maßgeblicher Zeitpunkt



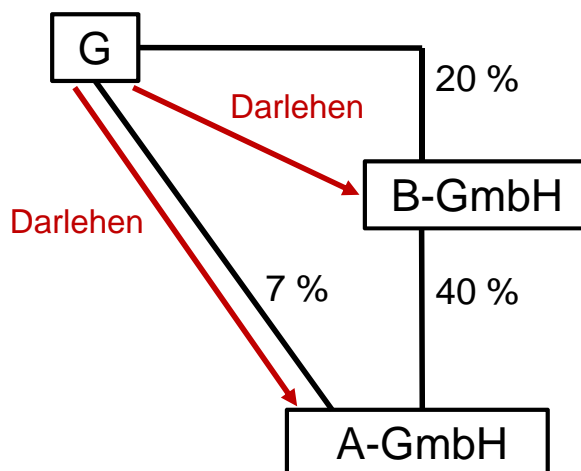
- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?



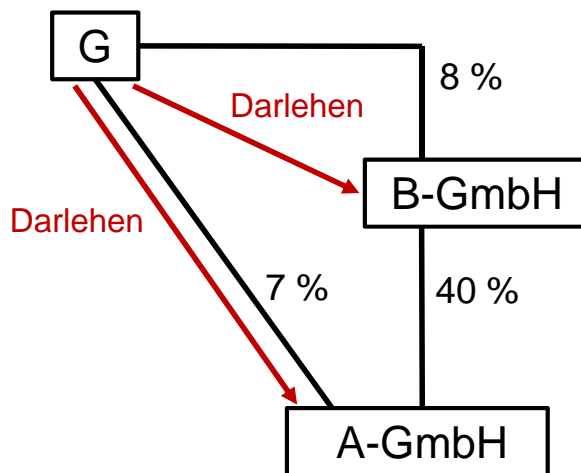
- Frage: Unterliegen die Darlehen des A und/oder des T dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

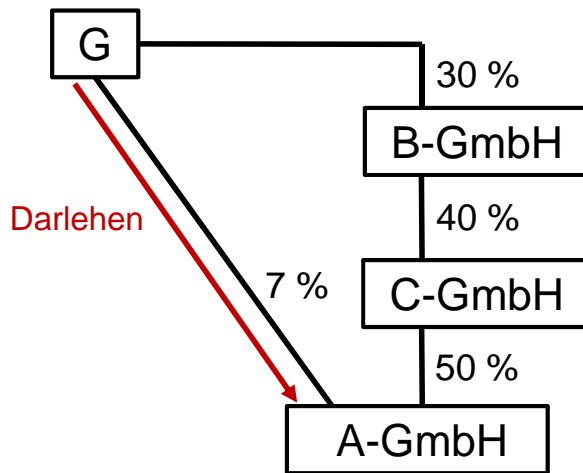


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

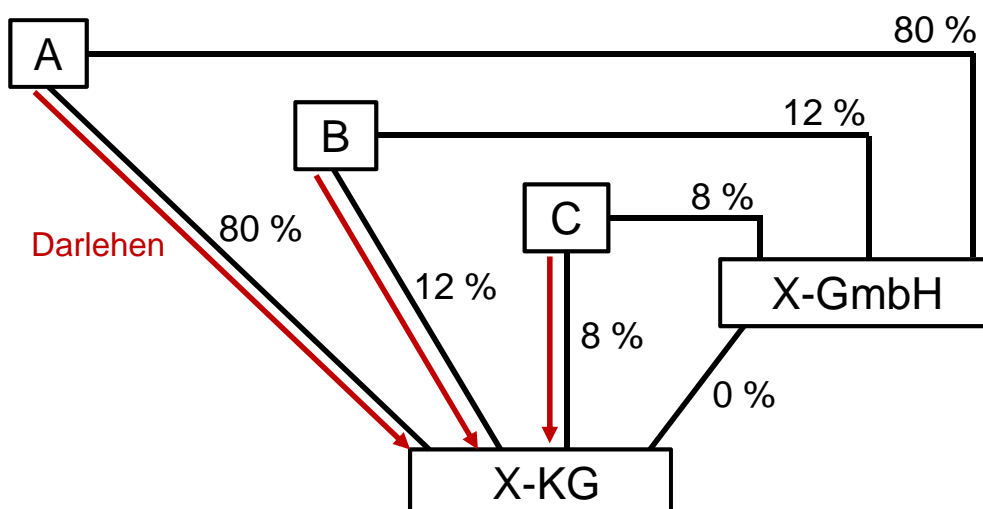


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **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?

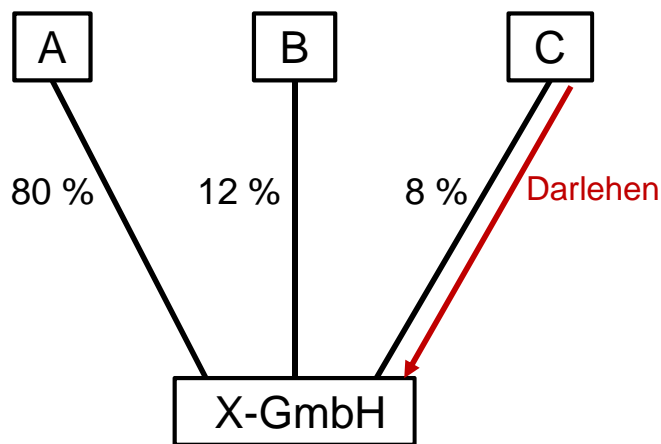


- Frage: Unterliegen die drei Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: Fall Nr. 29 – Koordinierte Kreditvergabe

- 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

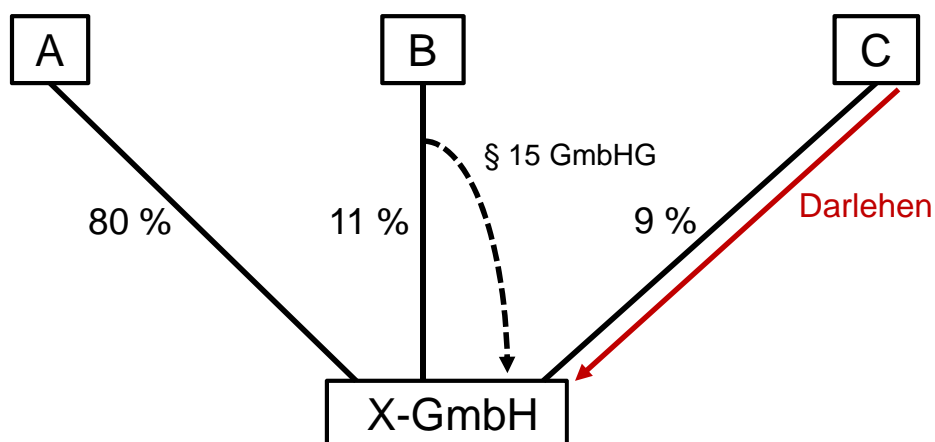
- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **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.

Sanierungsprivileg

(§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 87 ff.

Sanierungsprivileg Grundlagen

1. Tatbestand

- Vorliegen eines Insolvenzgrundes: Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO)
- Anteilserwerb durch einen Gläubiger der Gesellschaft
- Sanierungszweck
BGHZ 165, 106 (Leitsatz 2): „Der Sanierungszweck i.S. von § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG erfordert, dass – neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen – nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.“
- Problem 1: Sanierungskonzept ⇒ pos. Prognose ⇒ Insolvenzgrund entfällt
- Problem 2: Beweislastumkehr im Rahmen des § 19 Abs. 2 InsO

2. Rechtsfolge

- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts

- Fall: A = Alleingesellschafter der X-GmbH; Stammkapital 150.000 Euro
 - 2011 Wirtschaftliche Probleme ⇒ Sanierungsgutachten
 - 1.1.2012 Beitritt des B; Stammeinlage: 200.000 Euro; Darlehen: 5 Mio. Euro
 - 2012 Erholung der wirtschaftlichen Situation
 - 4. Q. 2012 Darlehensrückzahlung i.H.v. 500.000 Euro an B im 4. Quartal 2012
 - 2013 Veränderung des Marktumfeldes ⇒ Auftragseinbruch
 - März 2013 Insolvenzantrag

- Frage 1 : Anfechtbarkeit der 500.000 Euro gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?
- Frage 2: Nachrang der restlichen Darlehensforderung i.H.v. 4,5 Mio. Euro?

- ❖ **Fall Nr. 34 – Sanierungskredit ohne Sanierungsbeteiligung**
(Abwandlung zu Fall Nr. 33)
 - Beteiligung des B i.H.v. 200.000 Euro schon vor der Krise 2011
 - Kreditgewährung i.H.v. 5 Mio. Euro in der Krise

- ❖ **Fall Nr. 35 – Aufstockung der Beteiligung**
(Abwandlung zu Fall Nr. 33)
 - Beteiligung des B i.H.v. 10.000 Euro vor der Krise 2011
 - Aufstockung der Beteiligung auf 200.000 Euro + Kreditgewährung i.H.v. 5 Mio. Euro in der Krise

❖ **Fall Nr. 36 – Zusatzkredit**

(Abwandlung zu Fall Nr. 33)

- Mai 2012: weitere Kreditgewährung des B i.H.v. 500.000 Euro in der Krise wegen nachträglich aufgetretener Finanzierungslücke im Sanierungskonzept

❖ **Fall Nr. 37 – Debt-Equity-Swap**

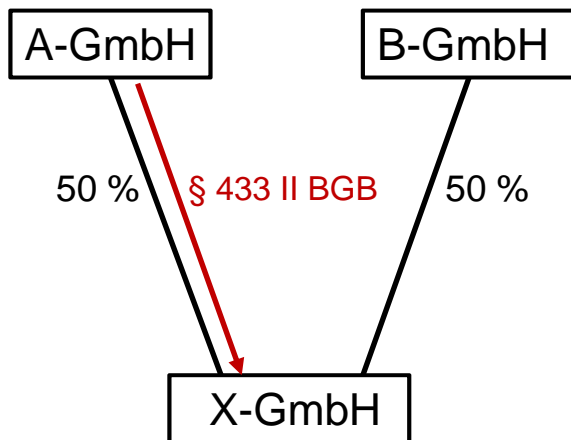
(Abwandlung zu Fall Nr. 33)

- Beteiligung der B-Bank an der Sanierung durch Einbringung der halben Kreditforderung als Sacheinlage
- Frage: Nachrang der anderen Hälfte des Kredits in späterer Insolvenz?

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

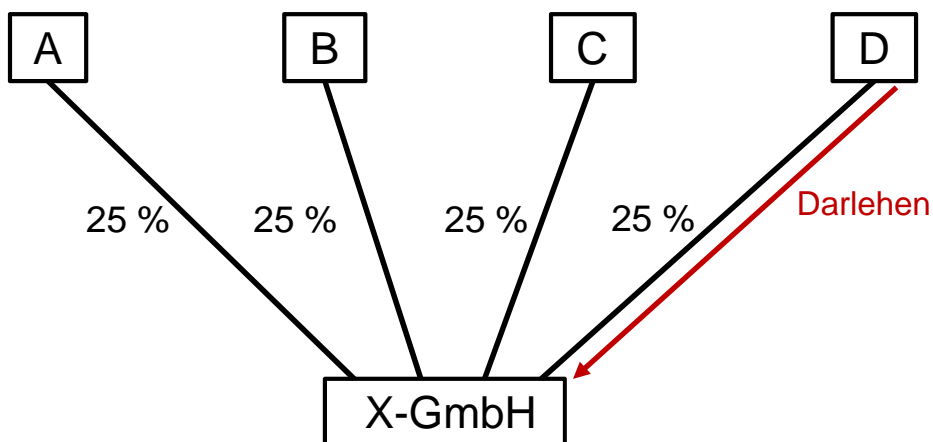
Teil 1 – Nachrang der Gesellschafterforderung

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



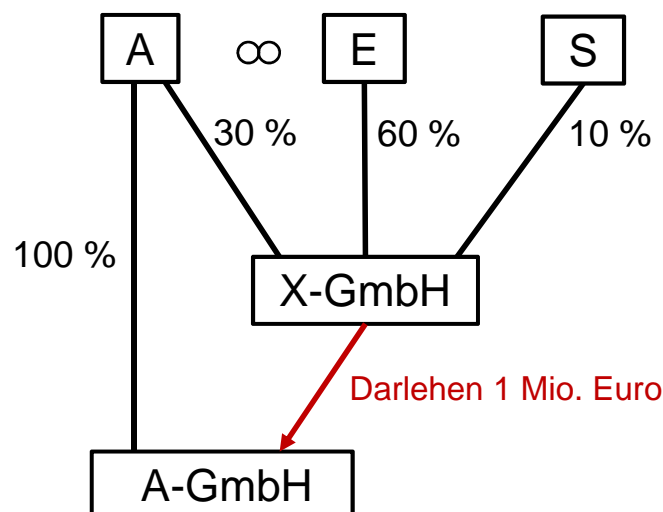
1.7.2012 Warenlieferung mit
4 Wochen Zahlungsziel
sodann Stundung durch A-GmbH
5.1.2013 Insolvenzantrag X-GmbH
1.3.2013 Verfahrenseröffnung X-GmbH
parallel Verfahrenseröffnung A-GmbH

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



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

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



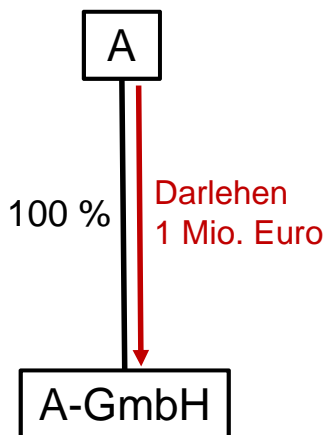
- Frage: Wirkt der Vergleich zwischen dem Insolvenzverwalter der A-GmbH und der X-GmbH gegenüber außenstehenden Gläubigern?

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

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 2 – Anfechtbarkeit von Befriedigungen

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

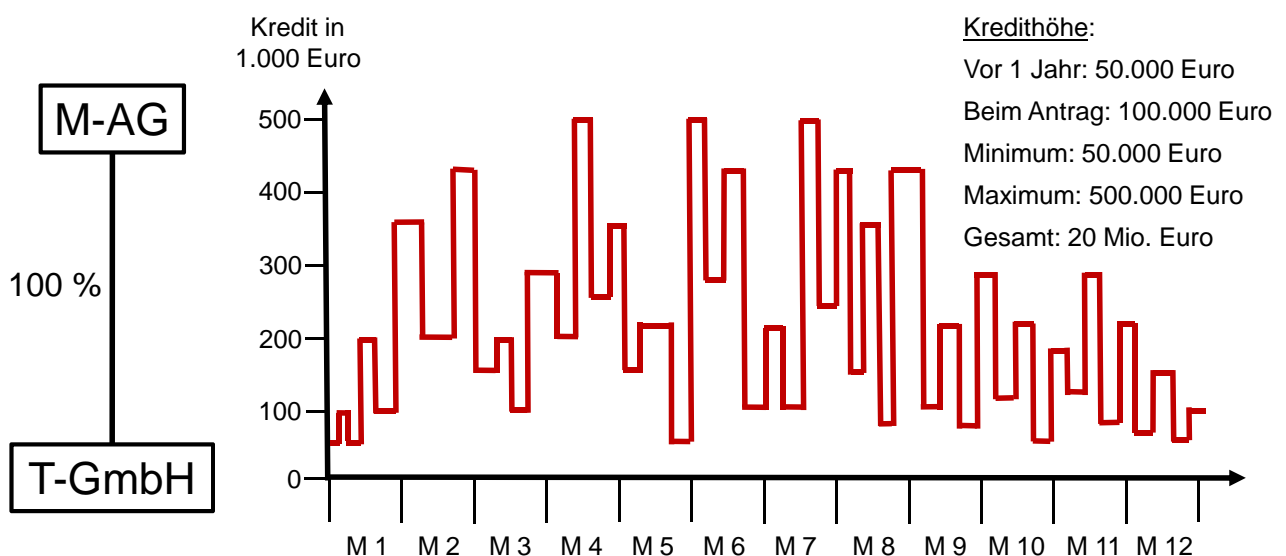


langfristig Darlehen zu 5 % Zins
Zinszahlung zum Monatsende

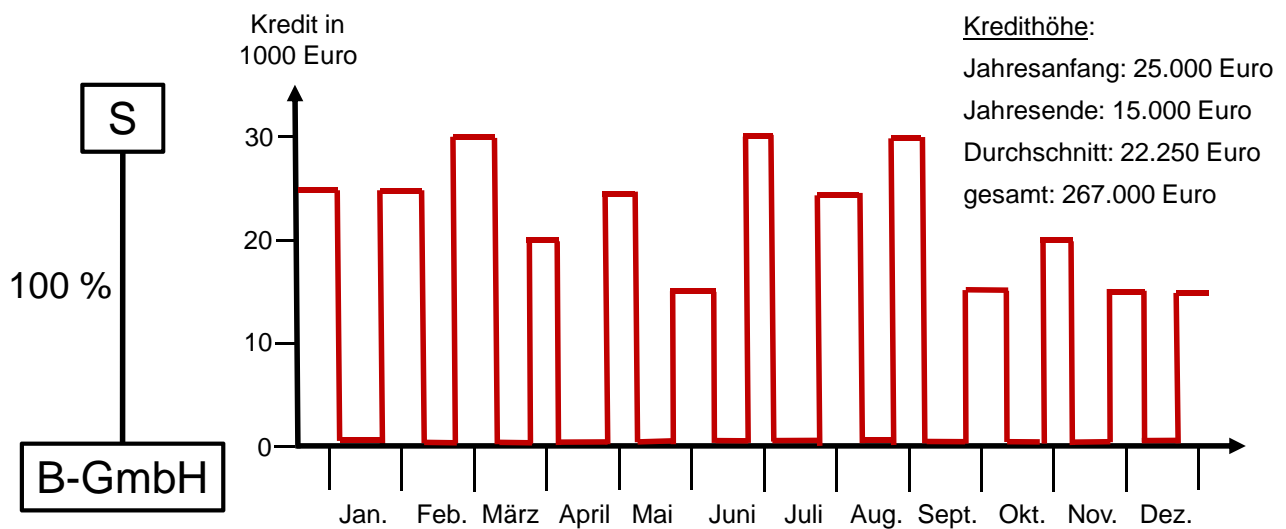
5.1.2013 Insolvenzantrag

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.“

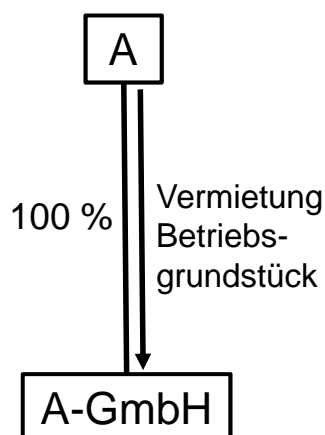
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage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

- 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.



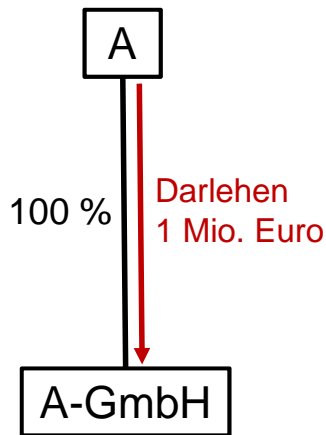
Miete: 2.000 Euro pro Monat

Zahlung: zunächst pünktlich

Krise: ⇒ Mietzahlungen 6-8 Wochen verspätet

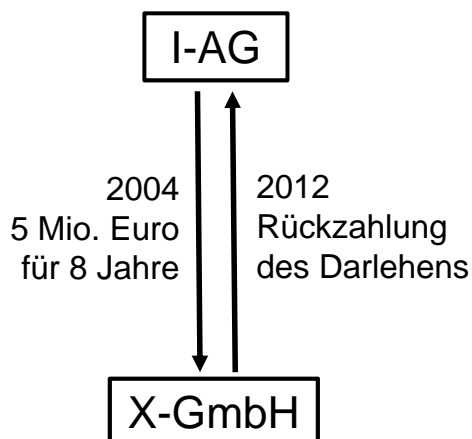
nach 1 Jahr: Insolvenzantrag + Verfahrenseröffnung

- 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 2012, 2277 gegen *Bork*, ZIP 2013, 2

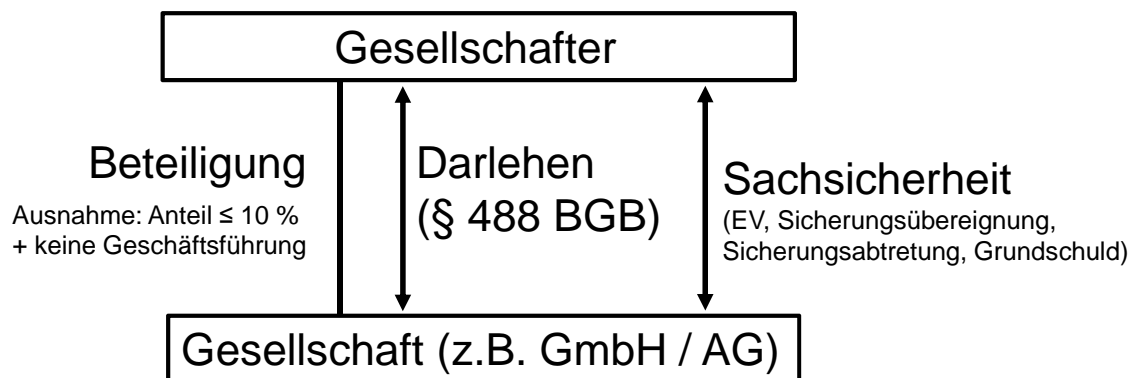
Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

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 Gesellschafters); Verwertung durch den Dritten mehr als ein Jahr nach der Abtretung
 - Achtung: Es ist nicht gesichert, dass der BGH die Enthaftung nach einem Jahr auch für die Sicherheit eintreten lässt.

➤ Problem: Kontokorrent- /Cashpoolfälle

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

1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **BGH v. 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 (Rn. 17):**
„Steht wie hier ... fest, dass der – in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte – Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.), dem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hat, **wegen der Höhe der Gläubigerforderungen** seine Rückzahlungsforderung dauerhaft nicht mehr durchsetzen und **keinerlei Zahlung erwarten kann**, ist er auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, die Sicherheit freizugeben (...). In einem solchen Fall **wird der Sicherheit die vertragliche Rechtsgrundlage entzogen, weil sich der Sicherungszweck erledigt hat**. Der Beklagte ist deshalb verpflichtet, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen und die Grundschuldbriefe herauszugeben.“

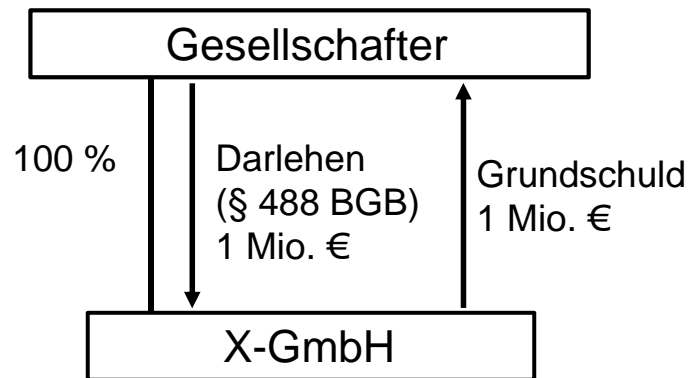
1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **BGH v. 17.7.2008 – IX ZR 132/07, ZIP 2008, 1539 = NJW 2008, 3064** für Zinsforderungen und Kosten gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO:

„In Abkehr von § 63 Nr. 1 und 2 KO **sieht § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ausdrücklich vor, dass nach Insolvenzeröffnung bis zur Verwertung entstandene Zins- und Kostenforderungen am Insolvenzverfahren teilnehmen.** Trotz der Einstufung dieser Ansprüche als nachrangige Insolvenzforderungen sind sie – was die Revision verkennt – im Vergleich zur gänzlichen Nichtberücksichtigung unter dem früheren Rechtszustand günstiger gestellt worden. Im Lichte der Entscheidung BGHZ 134, 195, 197, die das Absonderungsrecht bereits auf diese nicht am Konkursverfahren teilnehmenden Forderungen ausgedehnt hatte, spricht die gewandelte Rechtslage nachdrücklich dafür, die **nunmehr ausdrücklich in das Insolvenzverfahren einbezogenen Zins- und Kostenforderungen weiterhin im Rahmen der abgesonderten Befriedigung zu beachten ...**“

2. Rechtsqualität des Nachrangs

- reine Verteilungsregel (≠ materielle Einrede)
 - ⇒ §§ 768, 1137, 1211 BGB sind nicht anwendbar
- Sicherungszweck entfällt nicht mit dem Nachrang
 - ⇒ Sicherheiten werden für den Ausfall in der Insolvenz bestellt
 - ⇒ Ausfallwahrscheinlichkeit bei nachrangiger Forderung noch höher
 - ⇒ Vergleich zum Ausfall der regulären Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) bei Masseunzulänglichkeit i.S.v. § 208 InsO ⇒ auch dort kein Wegfall des Absonderungsrechts wegen fehlender Erwartbarkeit einer Zahlung
- keine Aushöhlung der klaren gesetzgeberischen Begrenzung der Anfechtbarkeit/Undurchsetzbarkeit auf 10 Jahre vor dem Antrag



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

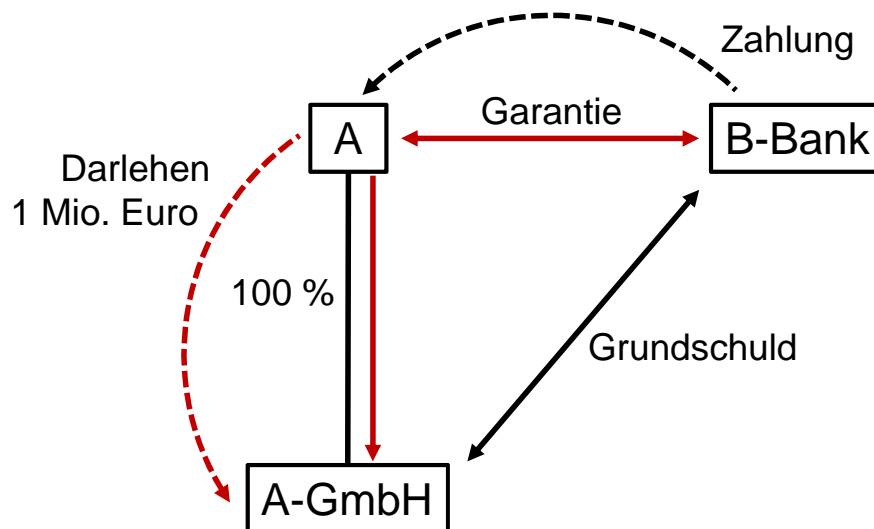
- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe gegen Sicherheit
 - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rn. 13): „§ 32a GmbHG setzt voraus, daß der Gesellschafter das Darlehen gewährt oder die diesem wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vollzogen hat. Die Vorschrift begründet ein Rückzahlungsverbot,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

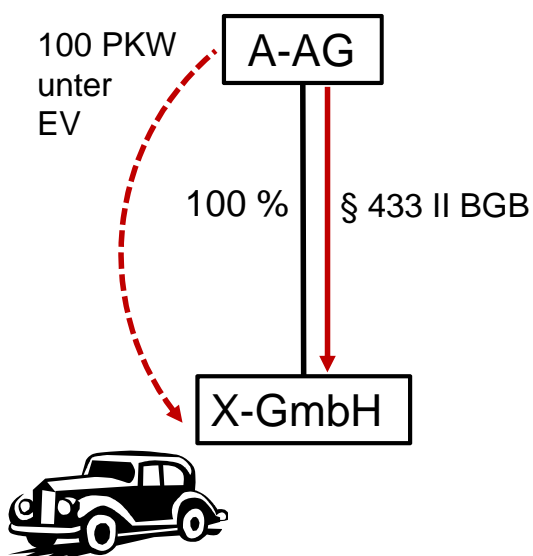
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ⇒ so in der Sache BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffelpfand
 - ⇒ Lösung für Fälle der Gläubigeranfechtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG

- 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*

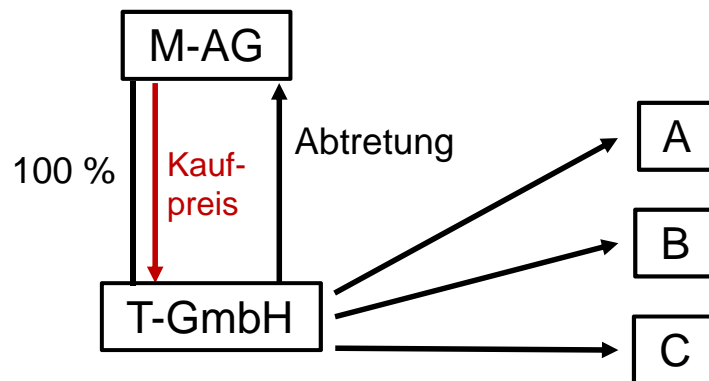


- Frage 1: Anfechtung der Grundschildbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?
- Frage 2: Rückgriff bei A nach Verwertung der Grundschild?

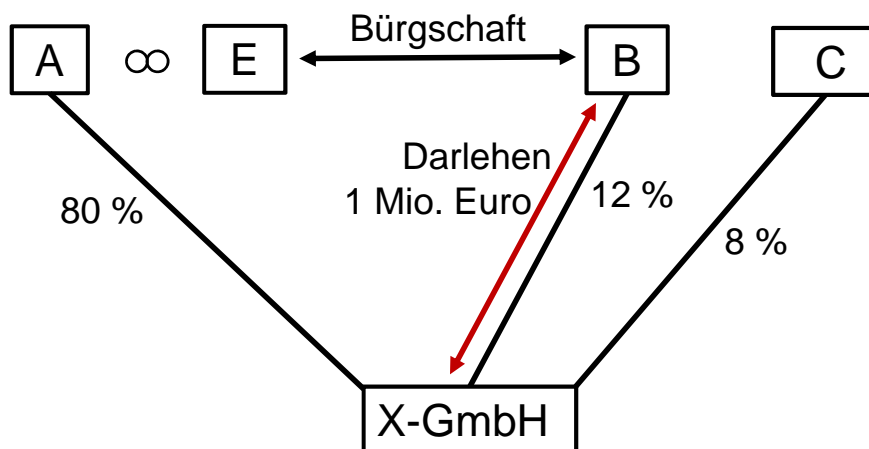


- 1.1.2012 Lieferung der PKW unter Eigentumsvorbehalt
Kaufpreis: 4 Mio. Euro
(40 Raten je 100.000 Euro)
- sodann: Zahlung von 10 Raten
Rest: 3 Mio. Euro
- sodann: Insolvenz der X-GmbH

- 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?

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 159 ff., 180 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

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

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

...

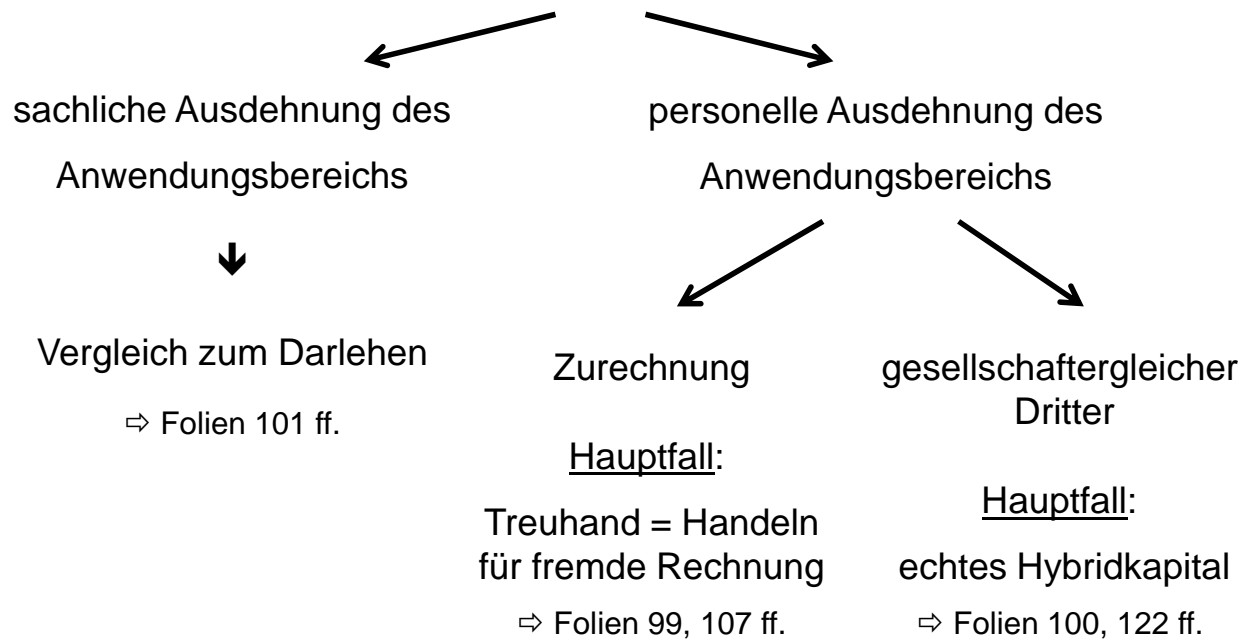
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

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

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

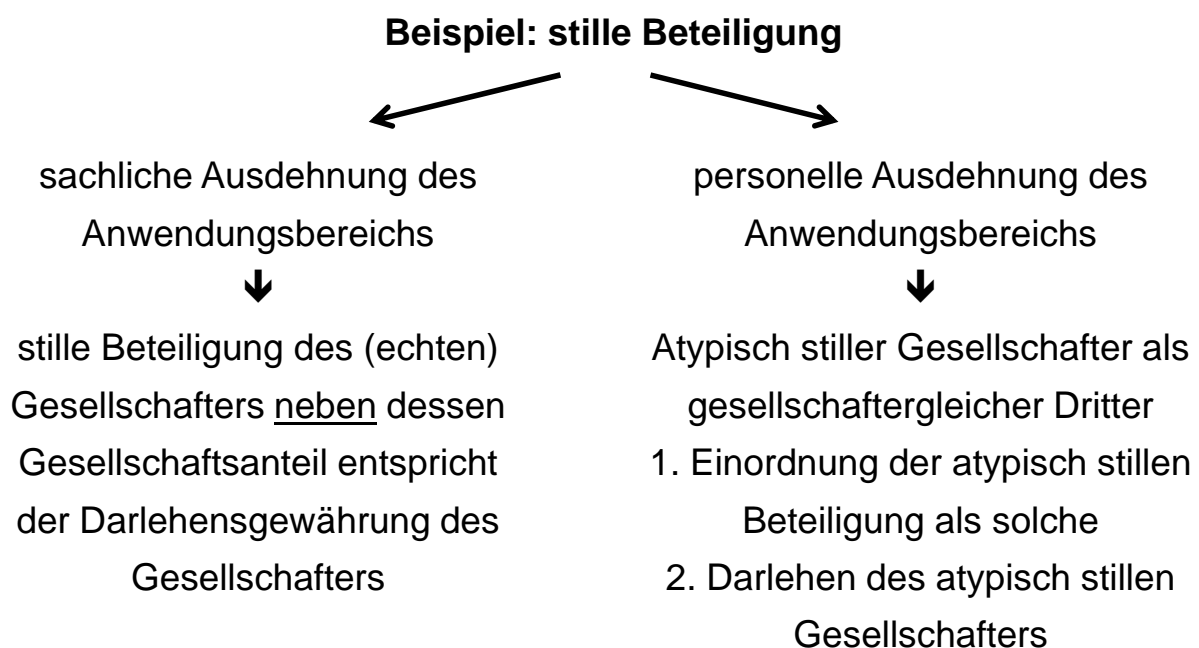
3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff., 180 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen



Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 176, 221 ff., 240 f.

1. Zurechnungsfälle

- zwei Richtungen der Zurechnung
 - Mittelüberlassung durch Dritten wird dem Verbandsmitglied zugerechnet
 - Gesellschafterposition eines Dritten wird dem Kreditgeber zugerechnet
- Hauptfall: Treuhand = Handeln für fremde Rechnung ⇒ Folien 107 ff.
 - Doppelrolle als Gesellschafter + Kreditgeber ist formal auf zwei Personen aufgespalten, liegt aber wirtschaftlich bei einer Person
 - Unterfall: nahestehende Personen i.S.v. § 138 InsO als „Stroh Männer“
- **Wichtig:** keine Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat

2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck ⇒ Folien 5 ff.
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 181 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff.

Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs: Vergleich zum Darlehen

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936, 937
- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 76
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
 - ❖ LAG Hannover v. 27.01.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925 (Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist) ⇒ Folie 104
 - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators) ⇒ Folie 105
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491 (Rn.50) ⇒ Folie 105
- Aber ggf. (unanfechtbare) Sicherheit, z.B. beim Eigentumsvorbehalt

- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen (unanfechtbare) Sicherheit (a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO)
- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil ⇒ Folie 98 (linke Seite)
- Kapital- und Gewinnrücklage
 - ❖ OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 106
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 165 ff.

- **LAG Hannover, 27.01.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925**
- Leitsatz 1: „Macht ein Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist, über mehrere Jahre offene Nettolohnansprüche nicht geltend, ist das als Stundung der Forderung zu qualifizieren, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Auf die früher relevanten Merkmale der "Krise der Gesellschaft" oder der "fehlenden Kreditwürdigkeit" zum Zeitpunkt der Rechtshandlung kommt es nach Inkrafttreten des MoMiG für Insolvenzverfahren, die nach dem 01.11.2008 eröffnet worden sind, nicht mehr an.“
- Leitsatz 2: „Diese Forderung kann als nachrangige Insolvenzforderung nur auf besondere Aufforderung des Insolvenzgerichts nach Maßgabe von § 174 Abs. 3 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet werden.“

- **OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936**
- Leitsatz: „Stellt ein Liquidator seine erbrachten Leistungen regelmäßig monatlich in Rechnung, so gilt die Forderung als gestundet und insoweit dem Insolvenzschuldner als Darlehen gewährt, wenn er sie nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit abrechnet.“
- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491**
- Leitsatz 1: „Ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig, genießen Lohnzahlungen seines insolventen Arbeitgebers, die binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, das Bargeschäftsprivileg.“
- Leitsatz 3: „Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.“
- Rn. 50 + 51: s.o. Folie 16
- best. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (Rn. 70 f.) ⇒ Folie 17

- **OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325**
- Leitsatz: „Durch die Ausschüttung von Gewinnvorträgen durch einen Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird eine Forderung aus einer Rechtshandlung zurückgewährt, die einem Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wirtschaftlich entspricht. Sie ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.“
- Aus den Entscheidungsgründen: „Das Stehenlassen des Gewinns durch Gewinnvortrag durch den Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist anfechtungsrechtlich als Gesellschafterdarlehen zu behandeln. ... Bei dem Gewinnvortrag bleiben die Erträge, anders als bei der Gewinnausschüttung, noch in der Gesellschaft. Die Gesellschafter belassen der Gesellschaft vorübergehend bereits vorhandene Mittel (...). In diesem Sinne kann ein Gewinnvortrag auch als vorübergehende Rücklage – bis zum nächsten Ergebnisverwendungsbeschluss – bezeichnet werden (...).“
- Anschluss an *Mylich*, ZGR 2009, 474, 492 ff. (dort Differenzierung zwischen „Finanzierungsertrag“ [Gewinn] und „Finanzierungsquelle“ [Rücklage])
- Revision beim BGH unter IX ZR 252/13

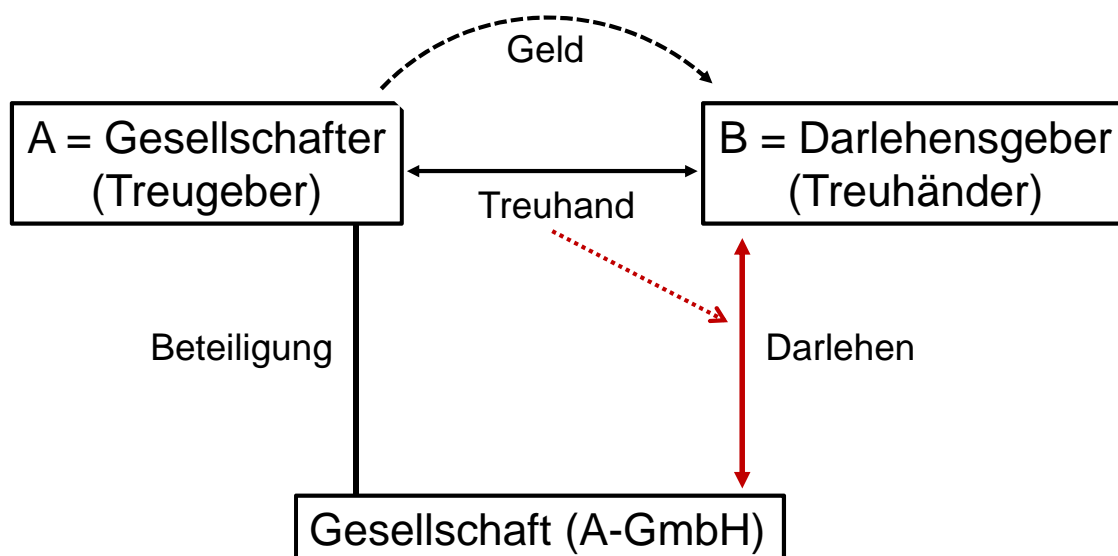
Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

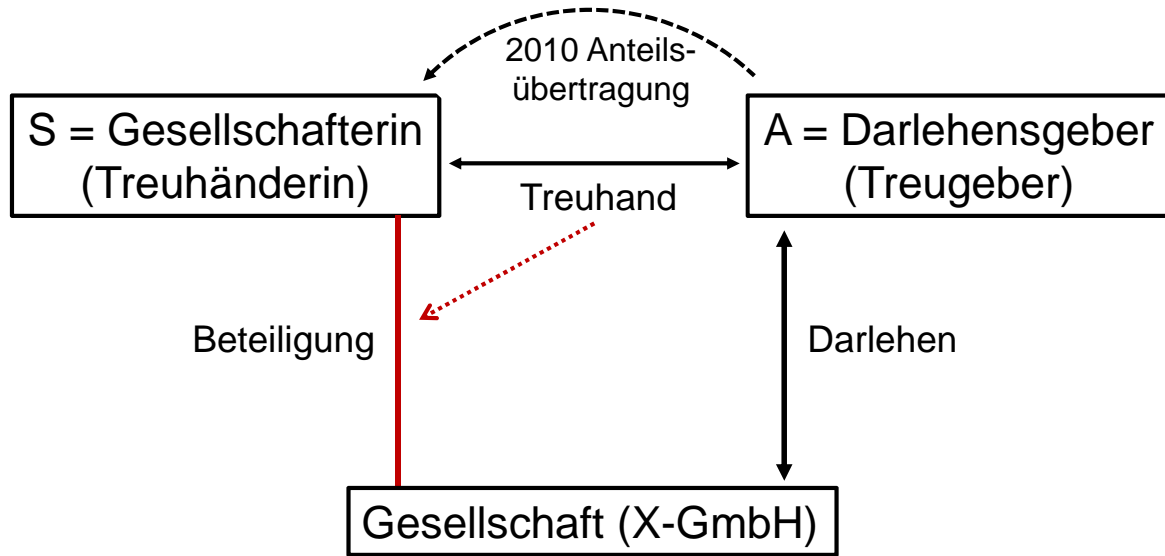
Teil 1 – Treuhandfälle

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

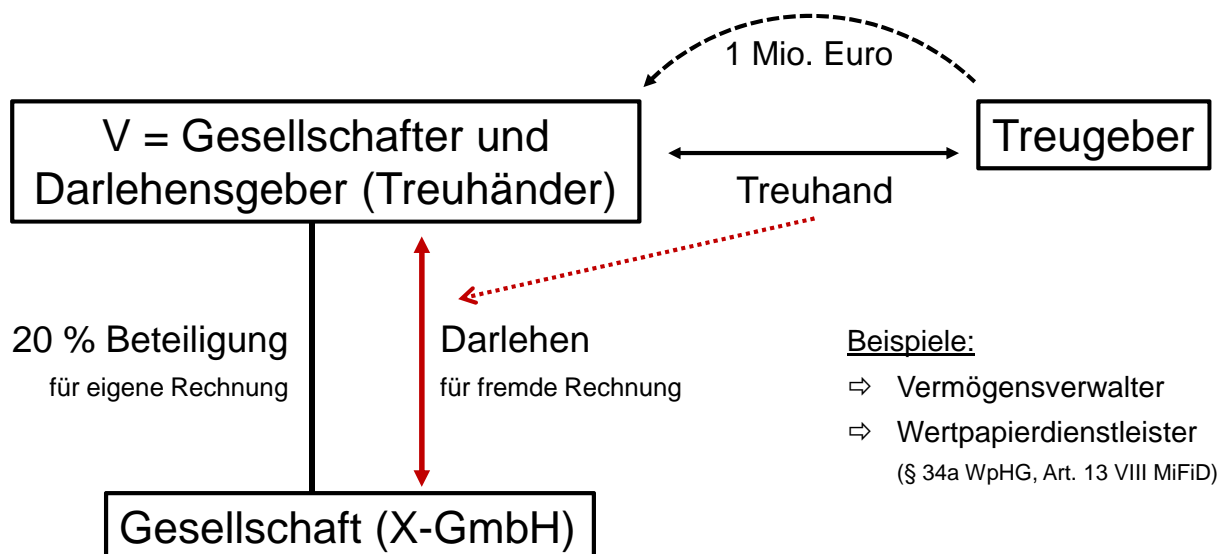
Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung Fall Nr. 6 - Darlehen für Rechnung des Gesellschafters



- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Wer ist Anfechtungsgegner bei Rückzahlungen vor Insolvenz?



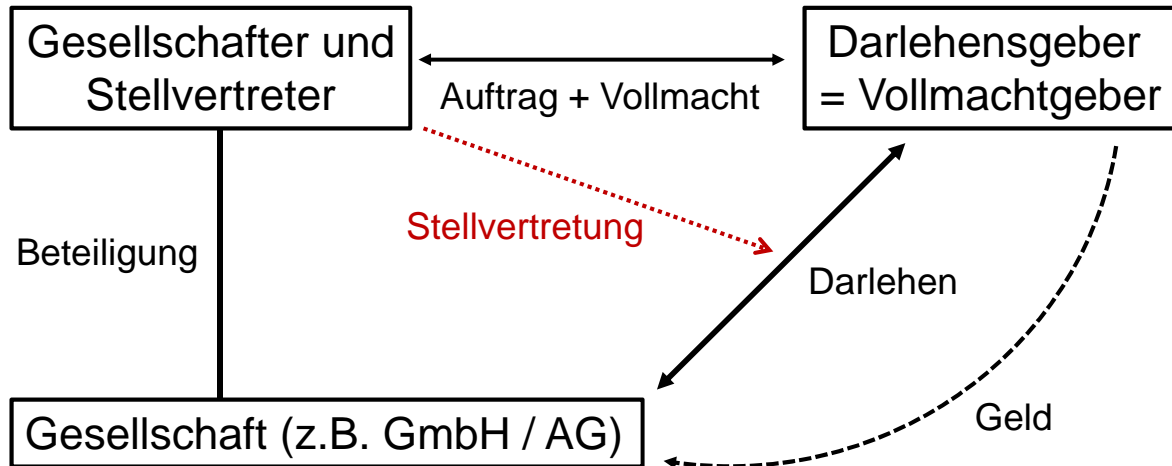
- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Sind Rückzahlungen aus dem Jahr 2012 anfechtbar und ggü. wem?



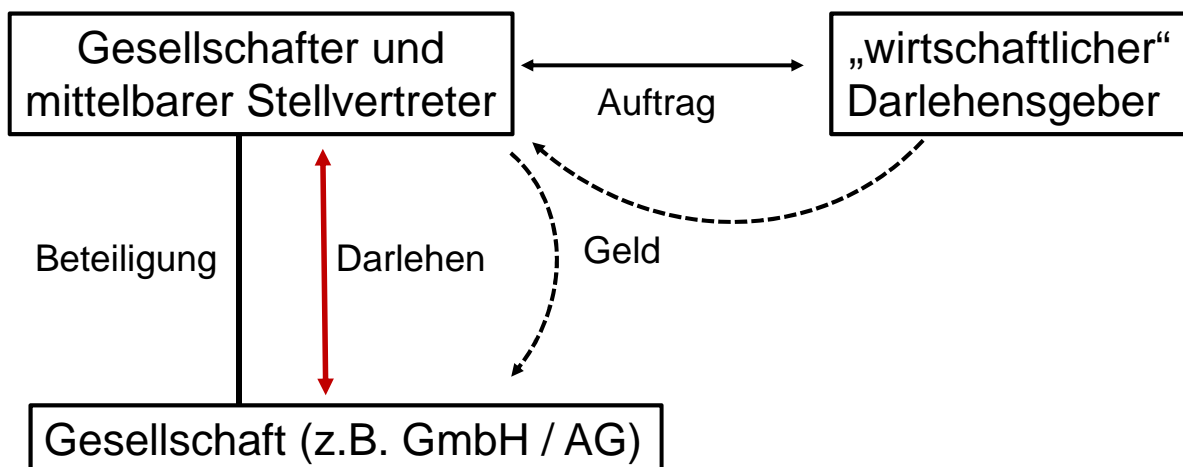
Beispiele:

- ⇒ Vermögensverwalter
- ⇒ Wertpapierdienstleister (§ 34a WpHG, Art. 13 VIII MiFiD)

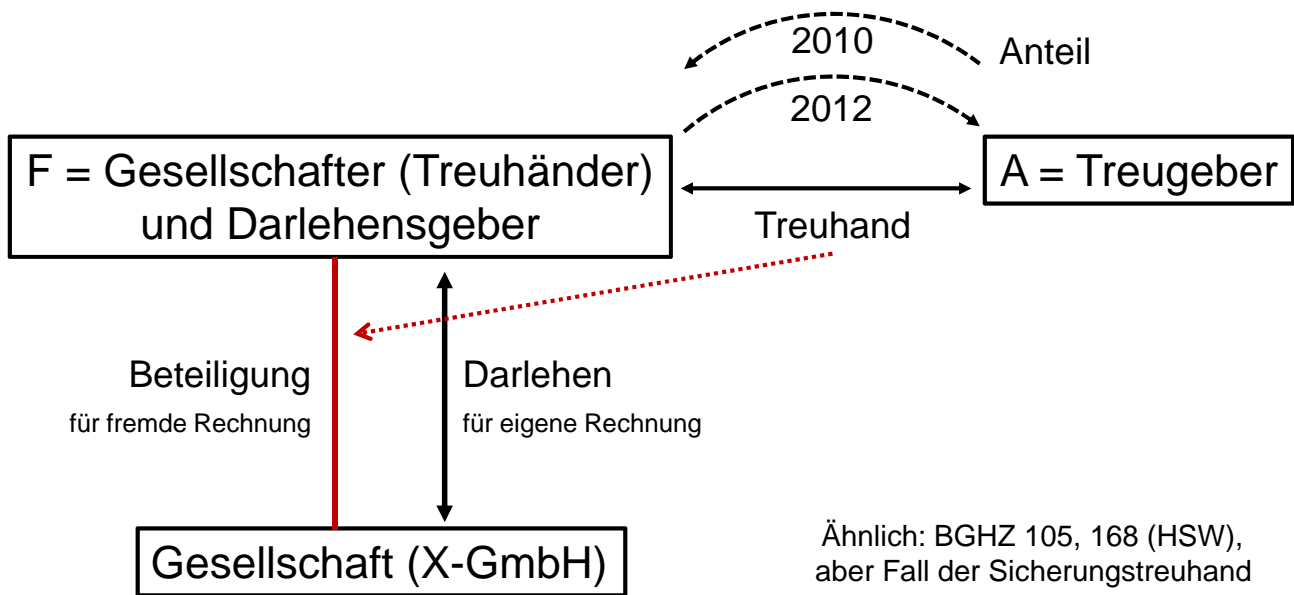
- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?



- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber



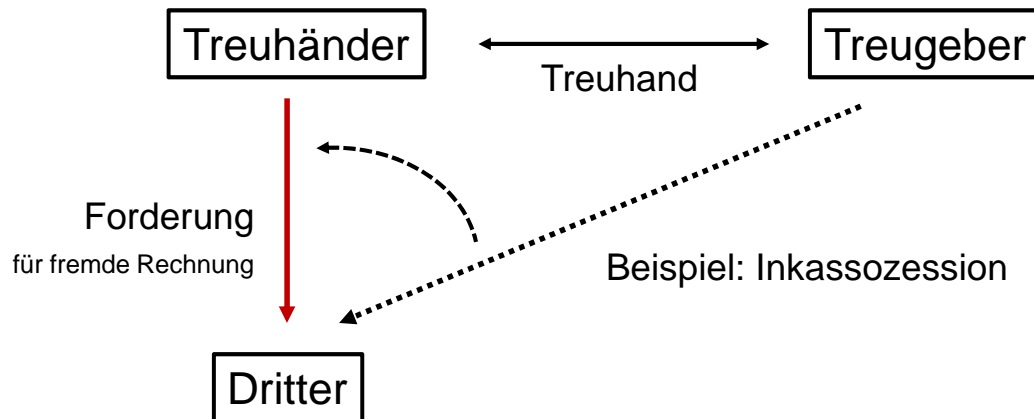
- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine „wirtschaftliche“ Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber



- Frage: Unterliegt das Darlehen bei einem am 1.12.2012 gestellten Insolvenzantrag dem Nachrang?

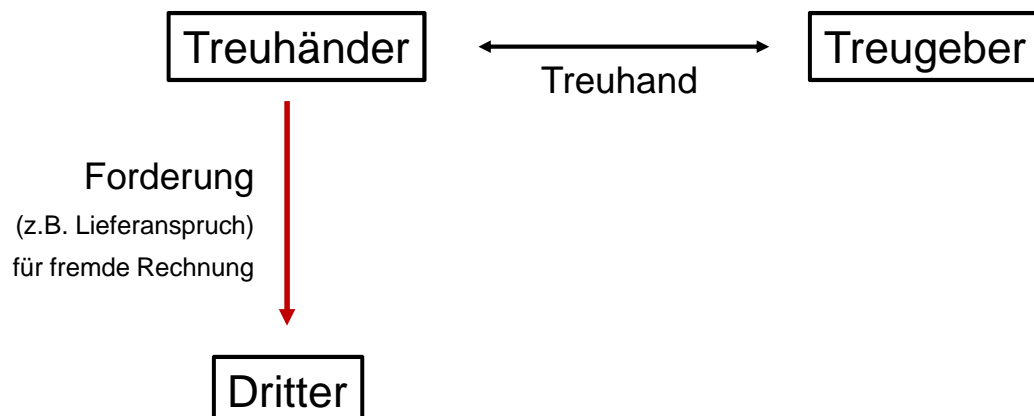
1. **These:** Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.
2. **These:** Jedenfalls nach neuem Recht ist auch bei der Treuhand am Gesellschaftsanteil nur die „wirtschaftliche“ Lage relevant.

1. Außenwirkung bei treuhänderischer Forderungseinziehung



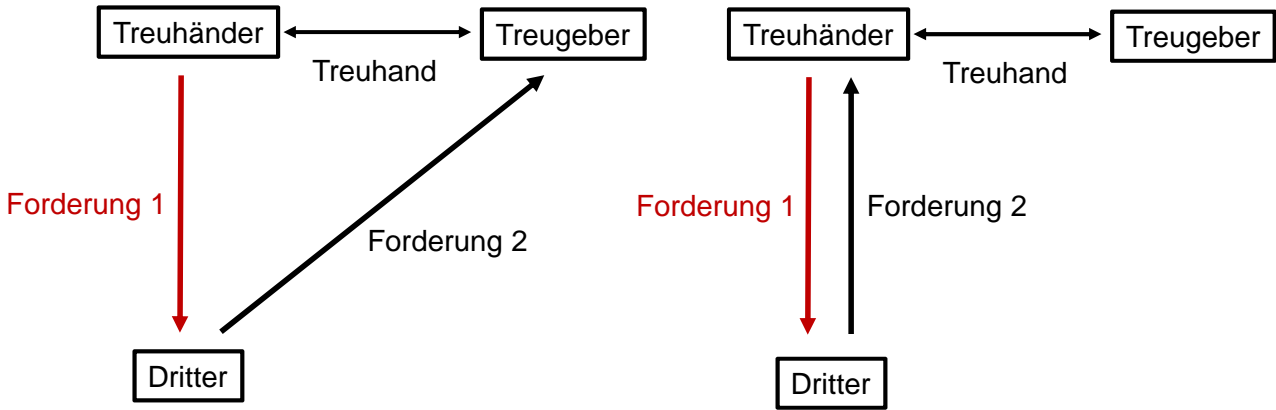
- Dritter kann über §§ 404 ff. BGB hinaus alle Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treugeber erheben (RGZ 11, 5, 9 zur Inkassozeession; RGZ 11, 123 und BGH BB 2002, 1826 zum Forderungserwerb in mittelbarer Stellvertretung)

2. Außenwirkung der Treuhand im Schadensrecht



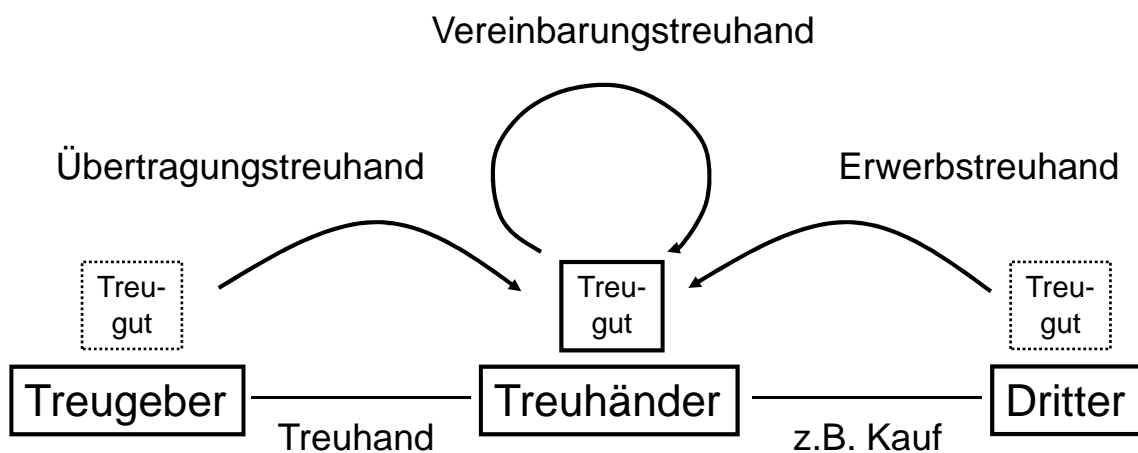
- Drittschadensliquidation (ganz h.M.): Schadensberechnung erfolgt aus der Person des Hintermanns (Treugebers)

3. Außenwirkung bei der Aufrechnung treuhänderisch gehaltener Forderungen



- Für die Frage der Gegenseitigkeit i.S.v. § 387 BGB entscheidet die „materielle“ Forderungsinhaberschaft des Treugebers
- Offenkundigkeit bei Erwerb in mittelbarer Stellvertretung erforderlich (analog § 406 BGB)

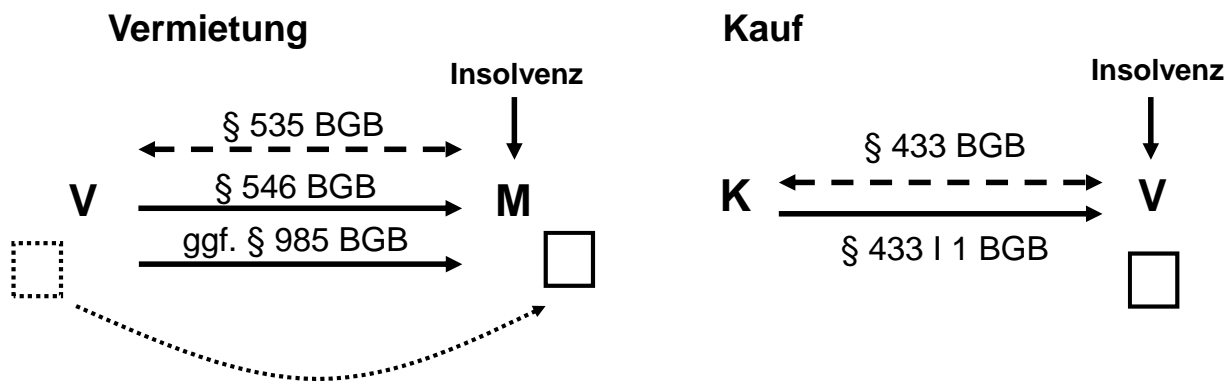
4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht



4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht

- Aussonderung fremder Gegenstände aus der Insolvenzmasse (§ 47 InsO)
- dingliches Recht
 - insbes. Eigentum ⇒ Herausgabe an Eigentümer nach § 985 BGB
- persönliches Recht
 - nur Herausgabeansprüche (z.B. aus § 546 BGB)
 - nicht schuldrechtliche Verschaffungsansprüche (z.B. aus § 433 I 1 BGB) ⇒ Insolvenzforderung ⇒ quotale Befriedigung
 - Problemfall: (Verwaltungs-)Treuhand

4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht



Aussonderungsrecht (§ 47 InsO)
des Vermieters (V) in der Insolvenz
des Mieters (M) + des Eigentümers
in der Insolvenz des Besitzers

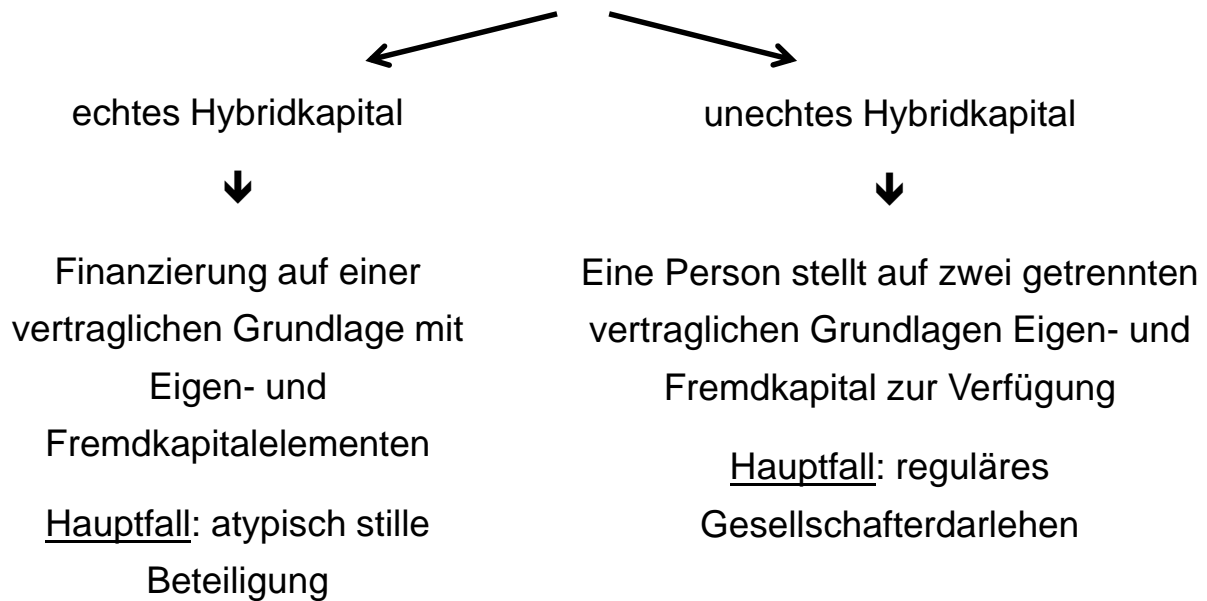
Insolvenzforderung (§§ 38, 45 InsO)
des Käufers (K) in der Insolvenz des
Verkäufers (V)

3. **These:** Treuhand ist Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Sie ist maßgeblich durch zwei Elemente gekennzeichnet: Erstens durch den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Rechts und zweitens durch eine Trennung von Rechtsträgerschaft und Gefahrtragung.
4. **These:** Der schuldrechtliche Anspruch des Treugebers auf Übertragung des Treuguts führt in Verbindung mit der Gefahrtragung des Treugebers zu einer vermögensmäßigen Zuordnung des Treuguts zu seiner Person: Die durch die Gefahrtragung gekennzeichnete „wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft des Treugebers rechtfertigt es, ihn im Rahmen einer funktionell-teleologischen Interpretation diverser Vorschriften einem tatsächlichen Rechtsinhaber gleichzustellen.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen
vergleichbare Rechtshandlungen
– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Teil 2 – Hybridkapital

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



Literatur: *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2013, S. 51 ff.
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 218 ff.

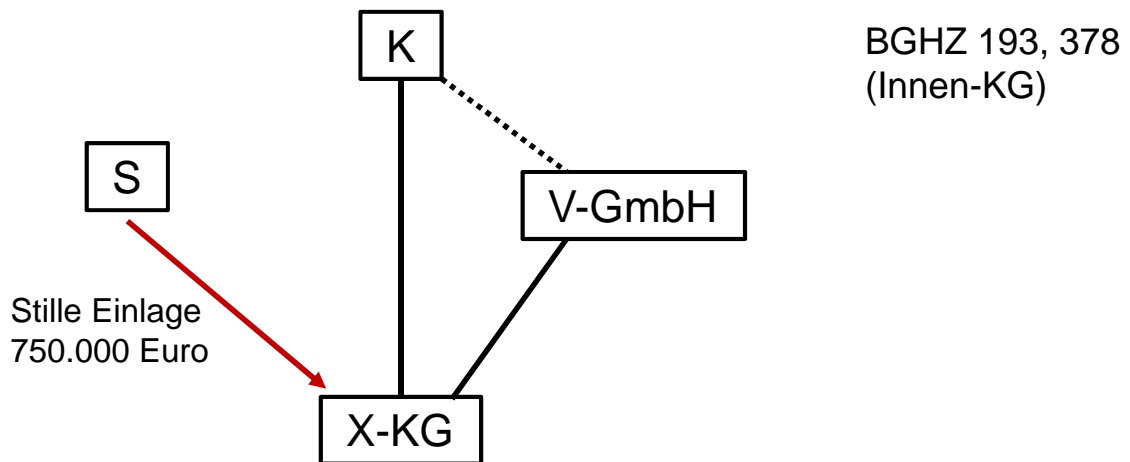
1. Erscheinungsformen echten Hybridkapitals

- atypisch stille Beteiligung
- mezzanine Finanzierungsinstrumente = Nachbildung von Vermögens- und Teilhaberechten eines Gesellschafters auf schuldrechtlicher Basis
- Kreditgeber mit Covenants (Informations- und Einflussrechte)

2. Erscheinungsformen unechten Hybridkapitals

- reguläres Gesellschafterdarlehen
- sog. atypischer Pfandgläubiger
- Darlehen eines Nießbrauchers/Unterbeteiligten
- Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



- 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?

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- vor dem MoMiG: Einordnung als Eigenkapital = „doppelter Nachrang“
- seit dem MoMiG: Einordnung als dem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung = „einfacher Nachrang“ (§§ 39 I Nr. 5, 135 InsO)
 - Abweichung wird regelmäßig nicht begründet
 - neue Einordnung ist aber richtig (a.A. *Mylich*, WM 2013, 1010 ff.)
 - ⇒ Für (reguläre) Insolvenzgläubiger ist unerheblich, ob der atypisch Stille in den Rang des § 39 InsO tritt oder für ihn § 199 InsO gilt.
 - ⇒ Den Gesellschaftern und Fremdkapitalgebern bleibt die Regelung des Rangverhältnisses untereinander privatautonom überlassen.
- Bedeutung insbesondere bei Sicherheiten für stille Einlagen

- **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.“

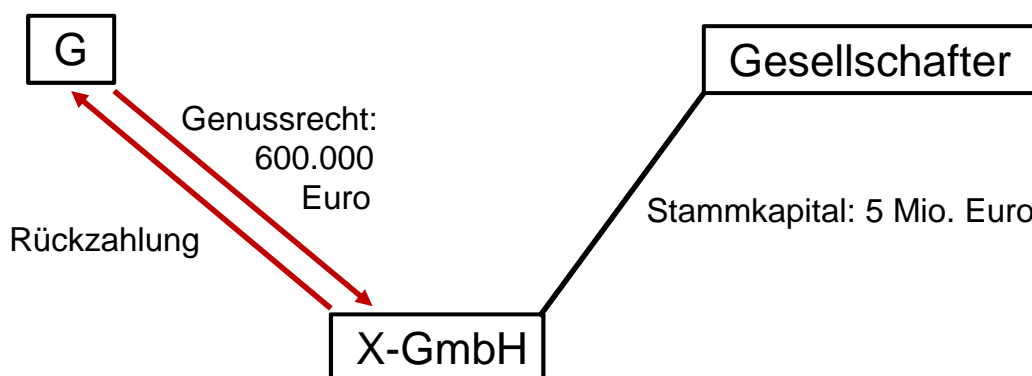
1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Abgrenzung zur stillen Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB
 - 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

1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 100
 - Problem: Variantenvielfalt der atypisch stillen Gesellschaft
 - Gesamtbetrachtung erforderlich
- 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

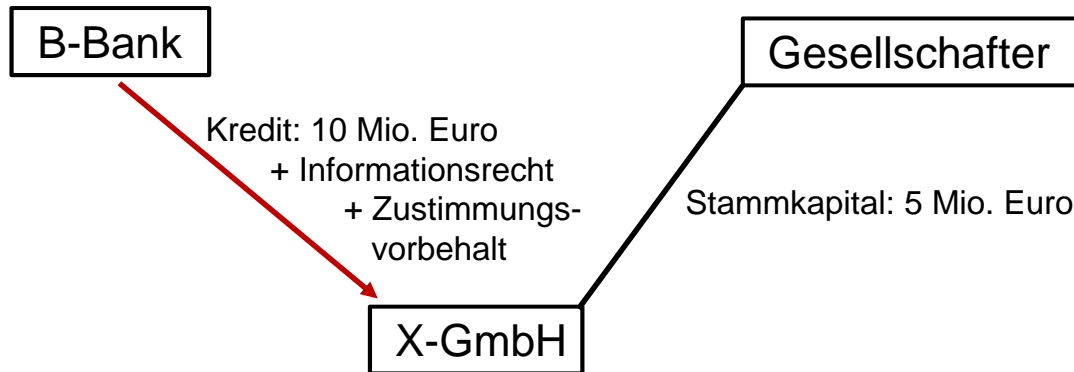
2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants



Sachverhalt: Genussrechtskapital insgesamt 15 Mio. Euro; Nachrang; Festzins + gewinnabhängiger Bonuszins; kein Informations-/Stimmrecht

Frage: Anfechtbarkeit der Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants



Fragen: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?
Sind Rückzahlungen und Sicherheiten anfechtbar gemäß § 135 Abs. 1 InsO?

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands in einer Gesamtbetrachtung
 - variable Erlösbeteiligung bedeutsamer als (typisierte) Einflussmacht
- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - reinen (auch weitgehenden) Informationsrechten ⇔ Insiderthese
 - variabler Erlösbeteiligung ohne Einflussmacht

Beispiel: Genussrechtsinhaber ohne Stimmrecht

 - ⇔ Abgrenzung vom freiwilligen vertraglichen Nachrang
 - ⇒ § 135 InsO dort unanwendbar
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung ⇒ b.w.

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung
 - Beispiel: Bank (mit Festbetragsanspruch) und Zustimmungsvorbehalten
 - ⇒ alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung reicht nicht
 - ⇒ selbst ein Einfluss auf Grundlagenentscheidungen ist grundsätzlich unerheblich (sehr str.)
 - ⇒ Problem in der Krise: variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung (z.B. doppelnützige Sanierungstreuhand mit Einfluss des Kreditgebers)
 - ⇒ Achtung: Einbeziehung aber als mittelbare Gesellschafter möglich
 - ⇒ wirtschaftliche – ggf. zusammengerechnete – Beteiligung > 10 %

- **Literatur (Auswahl):**
 - *Breidenstein*, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273 ff.
 - *Hoffmann*, Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10 ff.
 - *Engert*, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber – Zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835 ff.
 - ausführlich *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013

3. Kleinbeteiligtenprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Bildung der Berechnungsgrundlage einschließlich oder ausschließlich des Hybridkapitals?
Beispiel: 950.000 Euro Stammkapital, 100.000 Euro atypisch stille Einlage
 - 100.000 Euro in Bezug auf 1.050.000 Euro < 10 %
 - 100.000 Euro in Bezug auf 950.000 Euro > 10 %
- bei Einbeziehung des Hybridkapitals in die Berechnungsgrundlage
Rückwirkung auf die (Klein-)Beteiligung der regulären Gesellschafter
- Lösung: Hybridkapital wird allgemein nicht in die Berechnungsgrundlage einbezogen; Höhe des Finanzierungsbeitrags wird beim Doppeltatbestand (Gesamtbetrachtung) berücksichtigt

4. Sanierungsprivileg beim echten Hybrid

- Problem: Sanierungsbeteiligung, nicht Sanierungskredit wird privilegiert und dabei auch nur der Kredit, nicht die Beteiligung selbst
- beim echtem Hybrid existiert aber kein Kredit neben der Beteiligung
- echtes Hybrid selbst kann nicht privilegiert werden; arg.: sonst Besserstellung des gesellschaftergleichen Dritten ggü. Gesellschafter (z.B. „Innen-Kommanditist“ im Vergleich zu regulärem Kommanditist)

5. Atypischer Pfandgläubiger (unechtes Hybrid)

- Ausgangspunkt der Diskussion: BGHZ 119, 191 (WestLB) zum alten Recht
 - Kreditvergabe + Pfandrecht am Gesellschaftsanteil
 - Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussanteile
 - weite Einflussmacht auf die Geschäftspolitik (faktische Geschäftsführung)
 - oft übersehen: Sicherheit diente auch der Rückführung des notleidenden Kreditengagements bei einer anderen Konzerngesellschaft
 - BGH: „gewinnabhängige Ausgestaltung der Vermögensbeteiligung“
 - zutreffende Prüfung des Doppeltatbestands
- Ergebnis: Kredit + Sicherheit + weitgehender Einfluss reichen nicht aus

6. Nießbraucher und Unterbeteiligte (unechtes Hybrid)

- BGH v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, ZIP 2011, 1411 (Rn. 4) zum alten Recht
- Gegenstand der Diskussion: Erfassung eines *neben* dem Nießbrauch/der Unterbeteiligung gewährten Darlehens
- Vergleich zw. Nießbraucher/Unterbeteiligtem + Gesellschafter erforderlich
- Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme ⇒ Folie 100

7. Darlehen des (atypisch) stillen Gesellschafters (unechtes Hybrid)

- Unterliegt die Einlage des atypisch Stillen (echtes Hybrid) dem Gesellschafterdarlehensrecht (Folien 125 ff.), gilt das Gleiche für ein daneben gewährtes Darlehen (unechtes Hybrid)

8. Kleinbeteiligtenprivileg beim unechten Hybrid

- Problem: Atypischer Pfandgläubiger, Nießbraucher + Unterbeteiligter gewähren nur Kredit, halten aber keine Einlage.
- Lösung: Maßgeblichkeit jener Beteiligung, von der sie ihr Recht ableiten
 - „Hintermann“ kann nicht schlechter stehen als „Vordermann“

9. Sanierungsprivileg beim unechten Hybrid

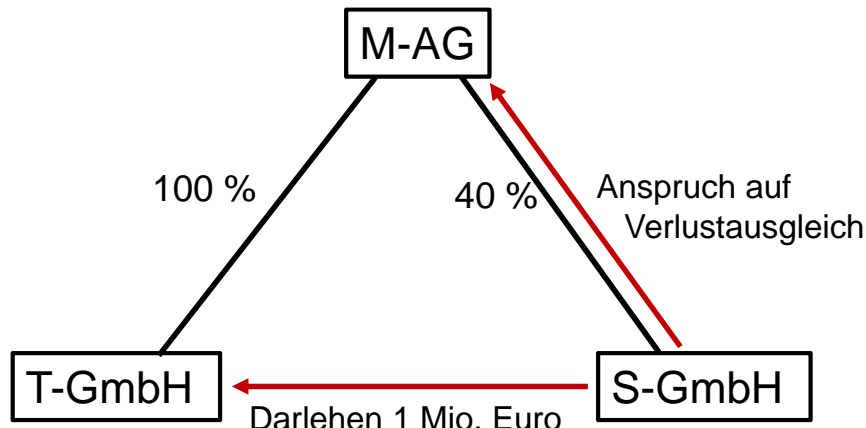
- Problem: Ohne Einlage des atypischen Pfandgläubigers, Nießbrauchers + Unterbeteiligten fehlt auch die Sanierungsbeteiligung.
- Lösung zum Kleinbeteiligtenprivileg kann nicht übernommen werden
 - ein Anteil kann nicht zwei Kreditgeber privilegieren (Hinter- + Vordermann)
 - Privileg nur bei Sanierungsbeteiligung für Rechnung des „Hintermanns“

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

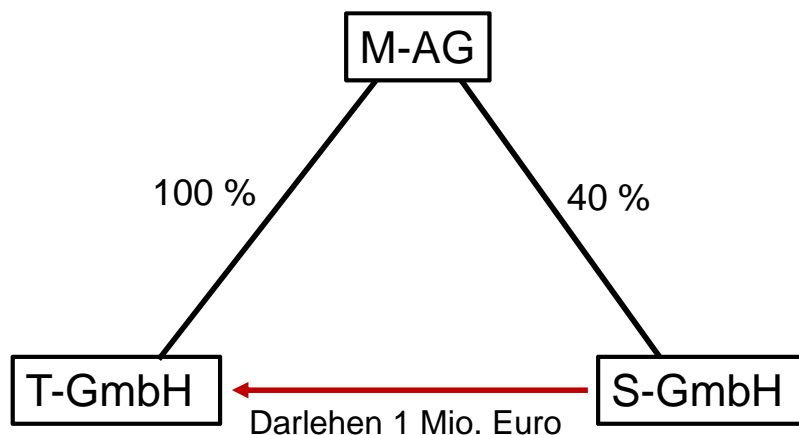
– Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

Teil 3 – Verbundene Unternehmen

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



- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zw. M-AG + S-GmbH
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH

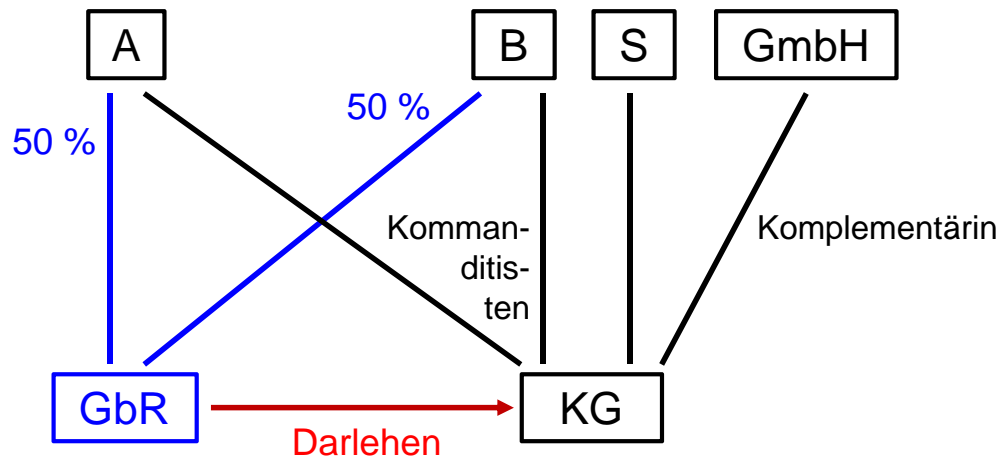


- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beteiligung der M-AG an der S-GmbH: 50 % bzw. 51 %
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH; Anteil der M-AG > 50 %
- Abw. 3: Veranlassung der Darlehensvergabe durch den Vorstand der M-AG

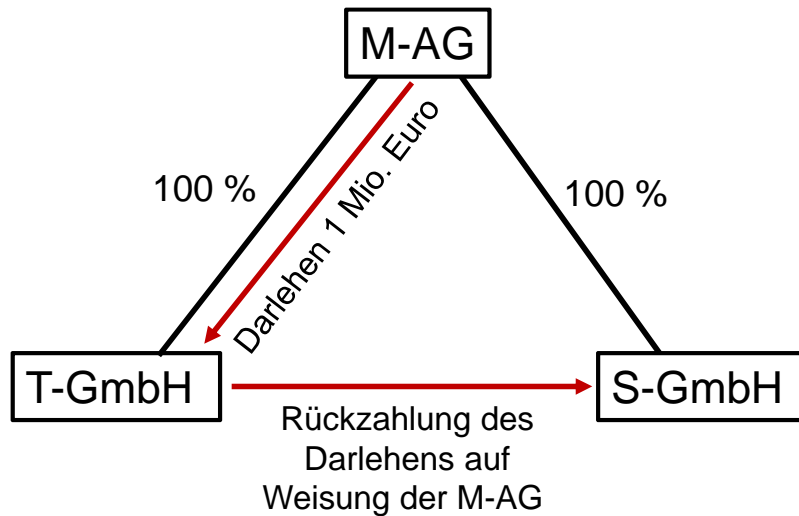
- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz 2: „Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.“
- Rn. 23: „Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen (...). Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (...). Mithin **können die hierzu im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts entwickelten Grundsätze** (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 – II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 ff; vom 28. Februar 2012 – II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff) auch bei Anwendung des § 135 Abs. 1 InsO **fruchtbar gemacht werden.**“

- Rn. 24: „Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten **maßgeblich beteiligt** ist. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine **Beteiligung von mehr als 50 v.H.** (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 10; Urteil vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 18). Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH zwar nur **zu genau 50 v.H. an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer** ist (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 – II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 20).“
- Urteilsanmerkung von *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1586 f.:
 - frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats wird 1:1 fortgesetzt
 - Kritik: Benachteiligung der Minderheitsgesellschafter der hilfeleistenden Schwestergesellschaft

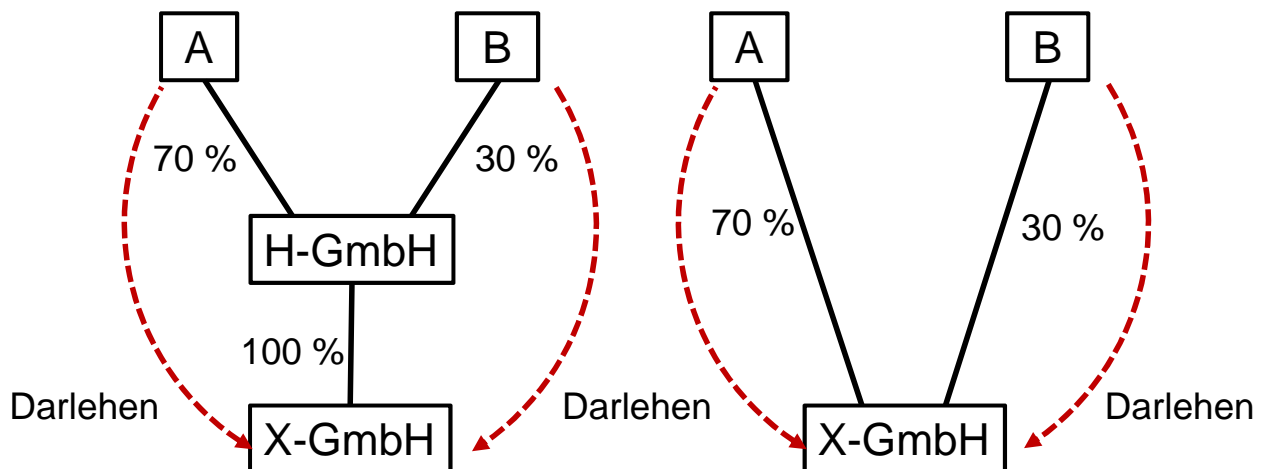
- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)



- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 50: „Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmenden und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist (BGHZ 198, 64 Rn. 24). Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende Weisungen erteilen kann (...). Dazu genügt bei einer GmbH & Co. KG eine Beteiligung von mehr als 50 vH (...).“
- Rn. 51: Beteiligung von genau 50 % kann genügen bei Betriebsaufspaltung in Besitz- und Betriebsgesellschaft wegen Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen bei koordiniertem Zusammenwirken der Gesellschafter



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



- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: H-AG statt H-GmbH

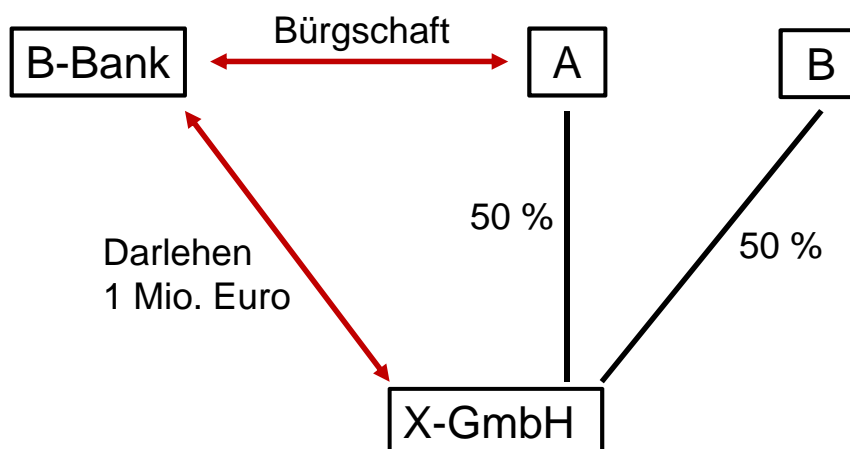
- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 2: „Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.“
- Rn. 21: „Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln. Dies gilt jedenfalls für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an der Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist und aufgrund einer qualifizierten Anteilmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann (...).“
- Rn. 22: ... „Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse [scl.: jeweils Alleingesellschafterin] kann dahinstehen, ob – was nahe liegt – auch bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterliegt (...).“

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

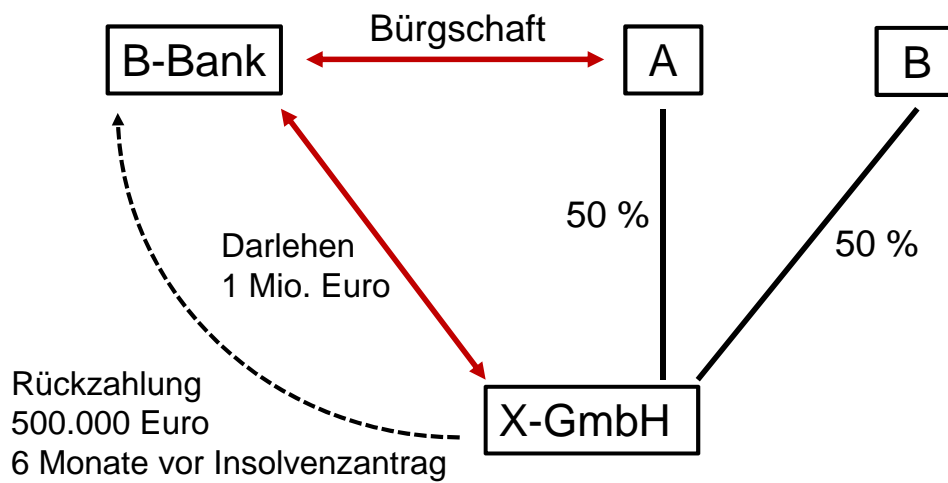
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 266 ff.

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

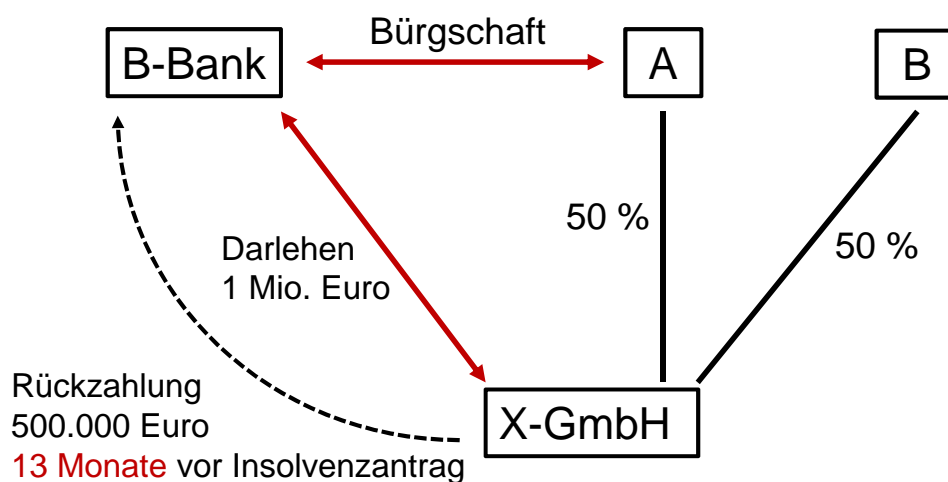
- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse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



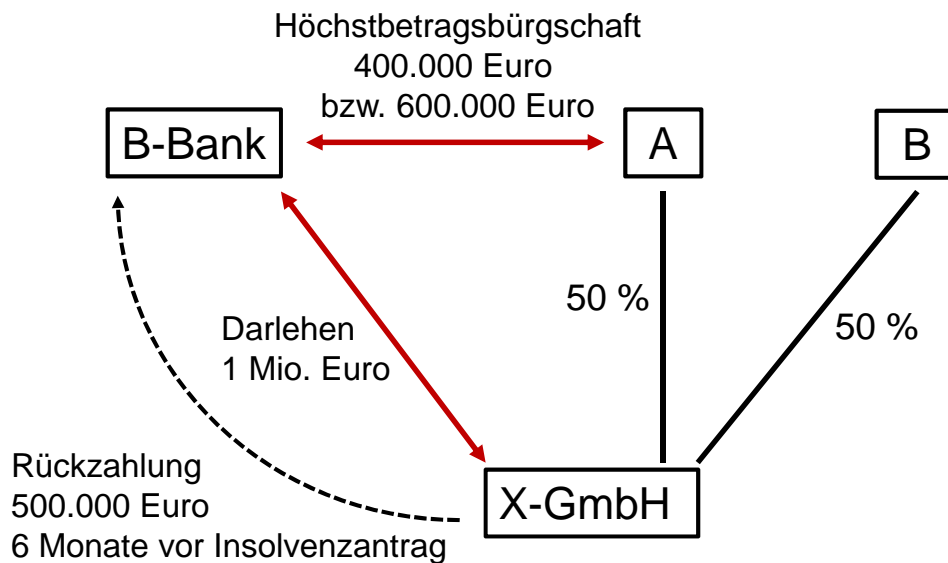
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?



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

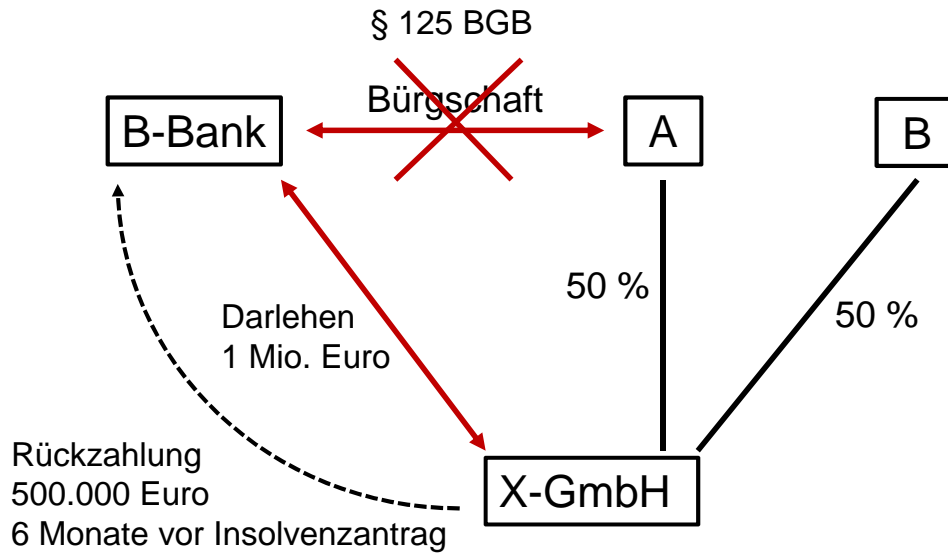


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

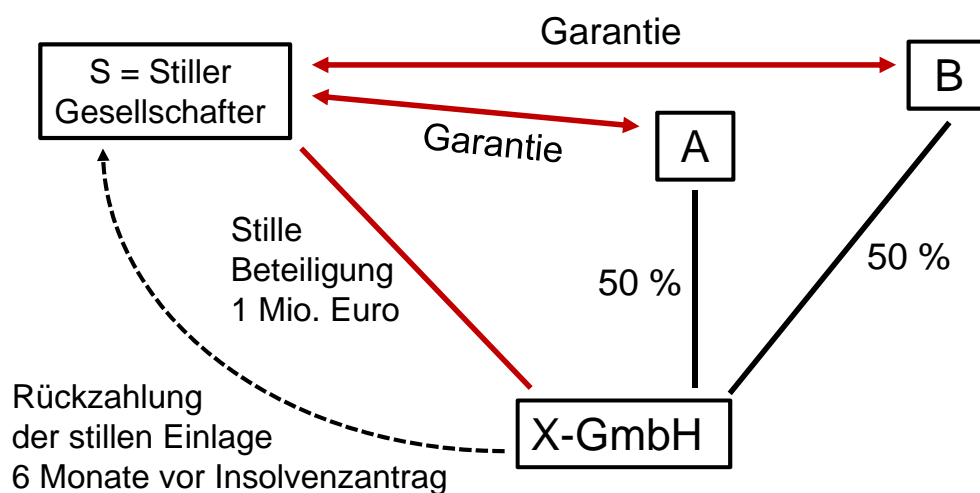


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

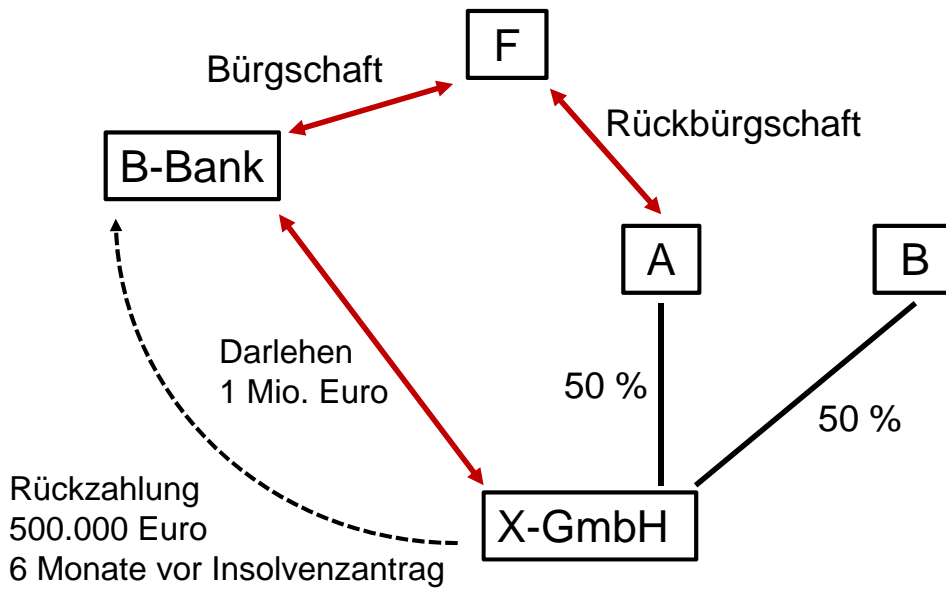
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Leitsatz 1a: „Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage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



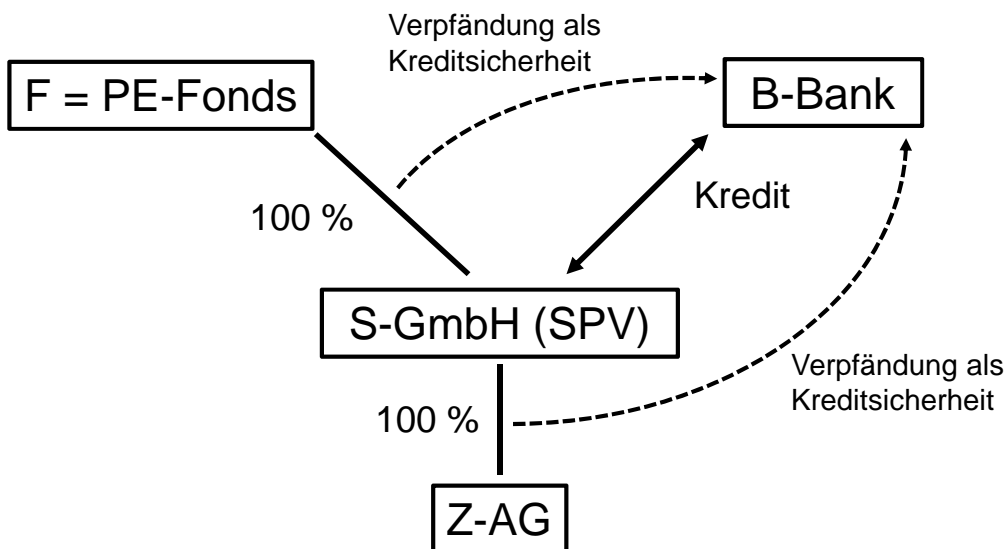
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter trotz Nichtigkeit der Bürgschaft von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



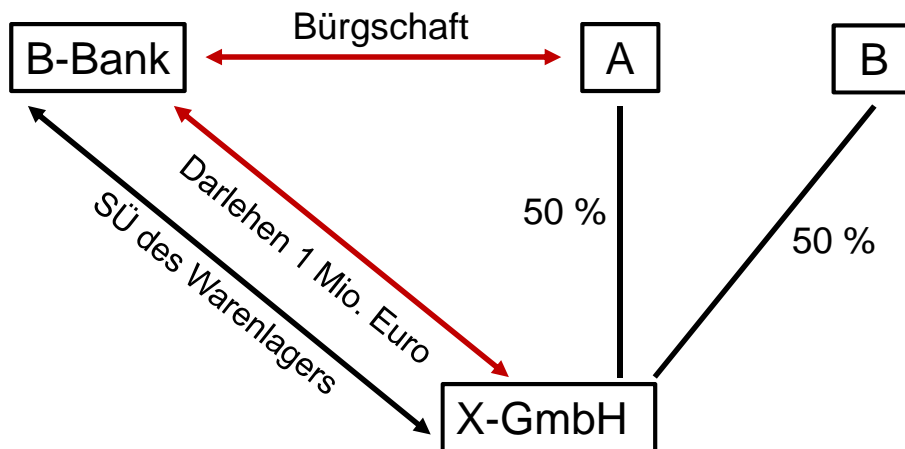
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A und B Erstattung der 1 Mio. Euro verlangen?



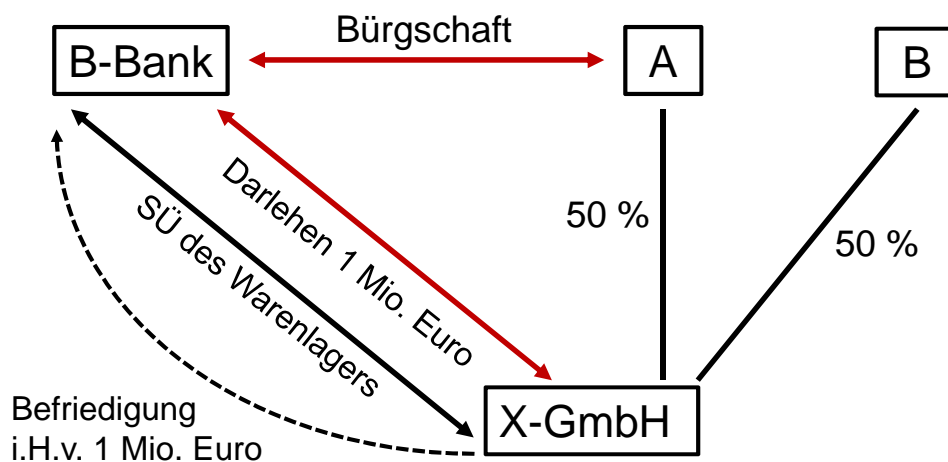
- Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?
- Muss die B-Bank primär F in Anspruch nehmen?



- 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?

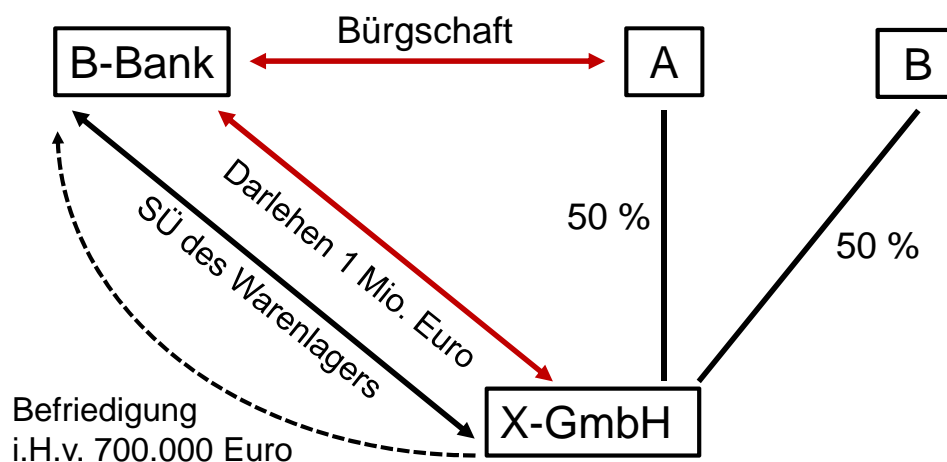


- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

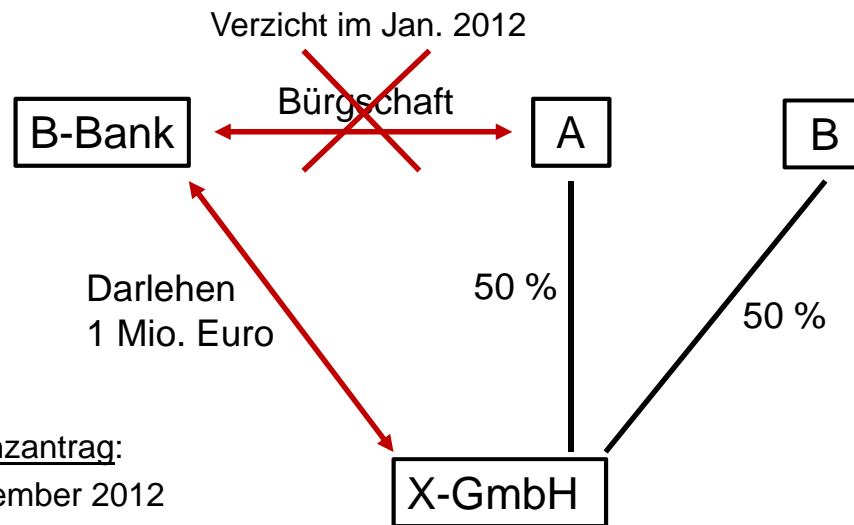


- Frage: Muss A nach Verwertung des Warenlagers 1 Mio. Euro erstatten?

- **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

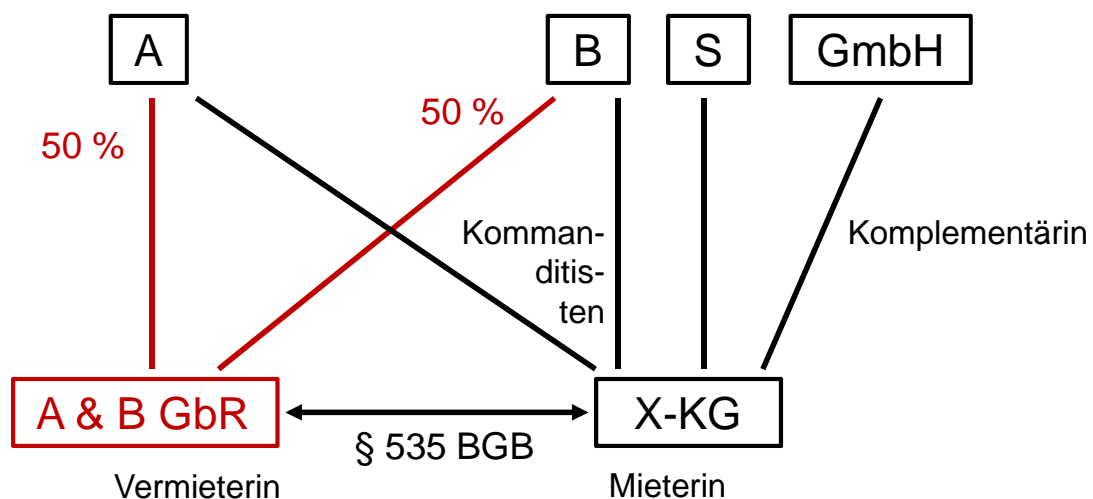
4. Nachschusspflicht als spezialgesetzliche Sanktion der materiellen Unterkapitalisierung

- 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

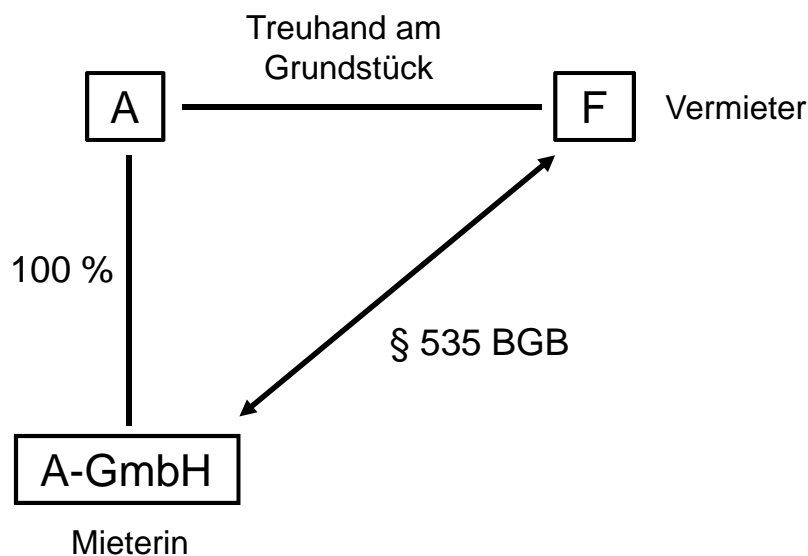
1. Gesellschafter einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung

- 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 Strohmann 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 – 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.

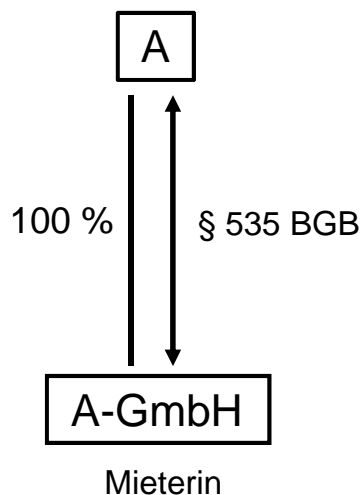
2. Nutzungsüberlassung – Vorzeitige Beendigung

- 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