

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

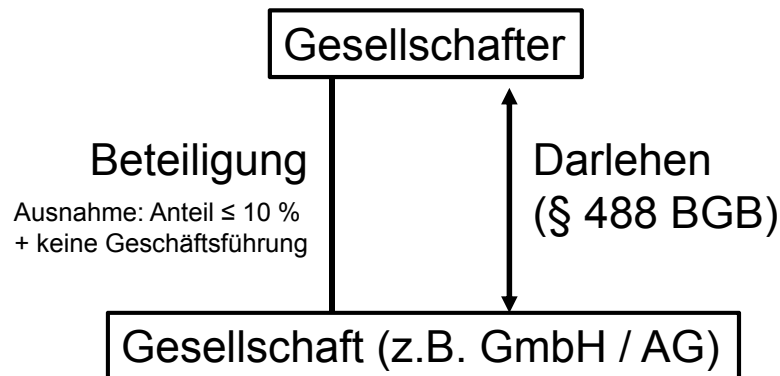
Gesellschafterdarlehensrecht – Ein Thema auch für Banken –

WM-Tagung zum Kreditrecht
am 7. Mai 2013 in Frankfurt-Eschborn

www.georg-bitter.de

Gliederung

1. Grundzüge + Telos des neuen Rechts der
Gesellschafterdarlehen
2. Staffelpfand – Kontokorrentpfand
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen
4. Banken als dem Gesellschafter gleichgestellte Dritte
5. Sanierungsprivileg
6. Anhang: Weitere Rechtsprechung zum neuen
Gesellschafterdarlehensrecht



- 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
 - ❖ *Altmeyen, 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 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = WM 2011, 563**
- *Rdn. 16:* „Die ... umstrittene Frage, welcher Grundgedanke der gesetzlichen Neuregelung der Gesellschafterdarlehen zugrunde liegt, braucht aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden zu werden. ...“
- *Rdn. 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.“

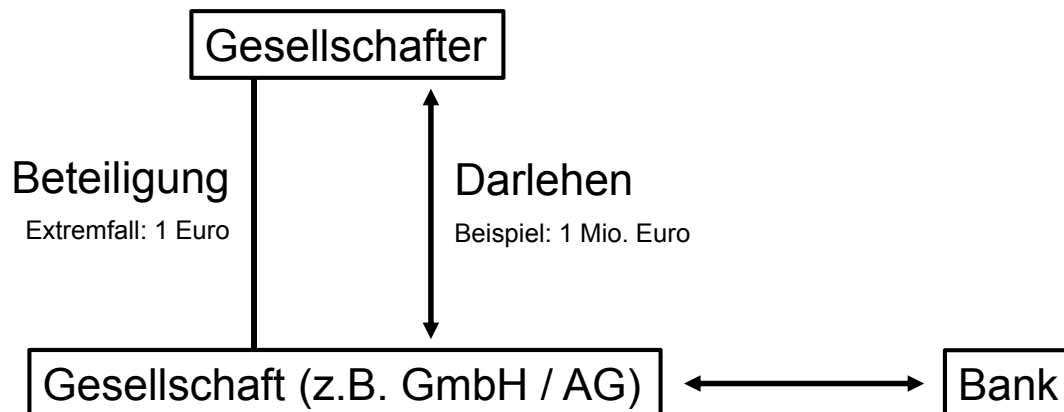
3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568**
- *Rdn. 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 Gläubigersamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

- Sonderrecht für Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung
- „Missbrauch“ der Haftungsbeschränkung ⇒ Präzisierung 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.

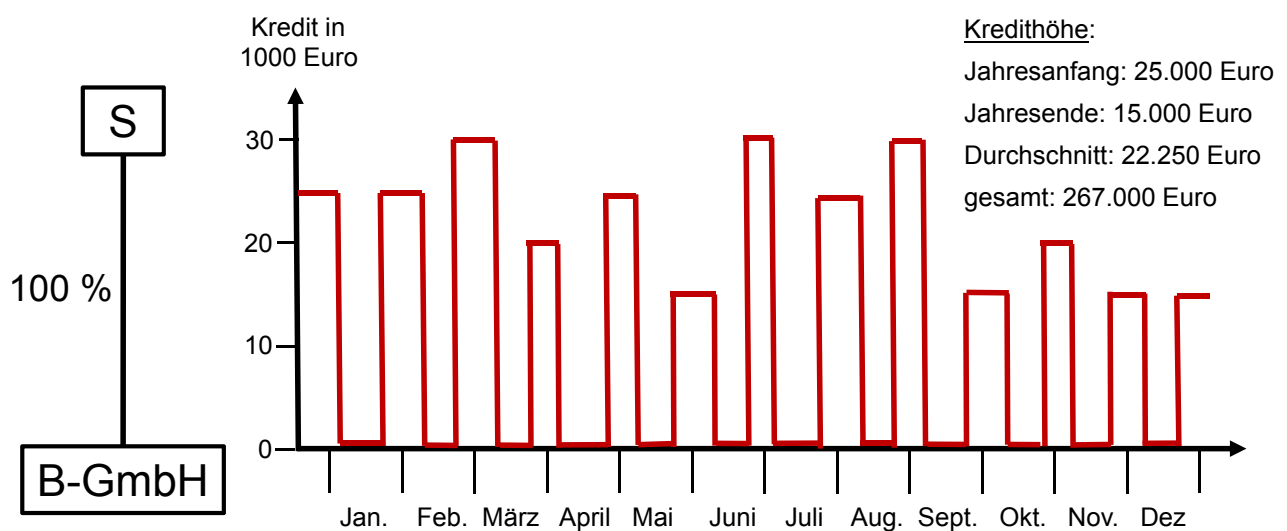


- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen.

- **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.

Staffelkredit – Kontokorrentkredit

Staffelkredit – Kontokorrentkredit



- Frage: Anfechtbarkeit aller einzelnen Kreditrückführungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag?

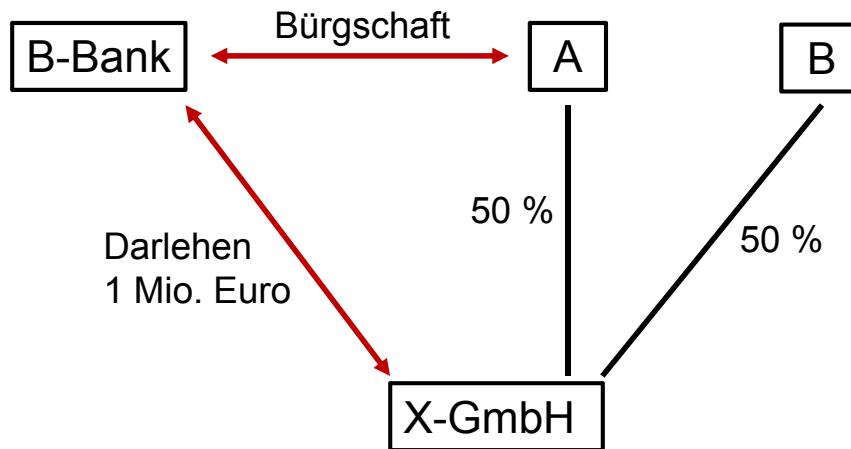
- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**
- Leitsatz 1: „Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.“
- Rdn. 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** (...). ...“
- Rdn. 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**
- Rdn. 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 Forderung, 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.“

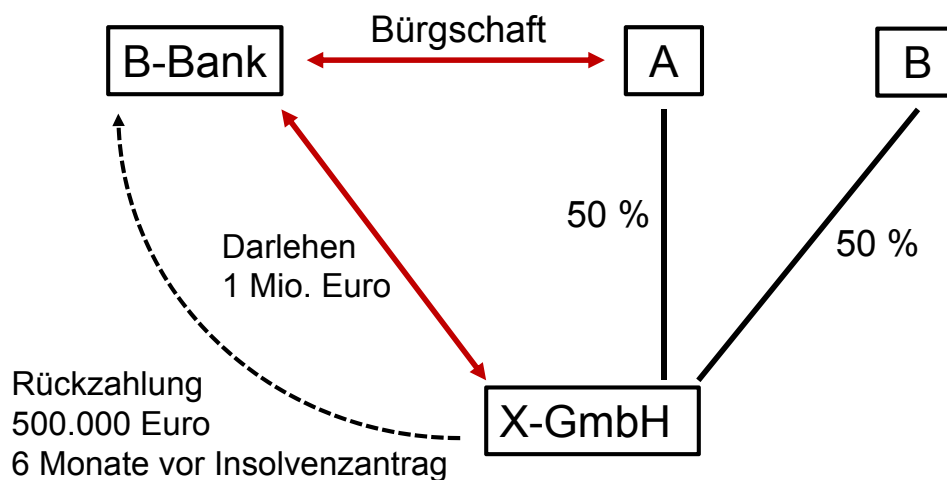
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

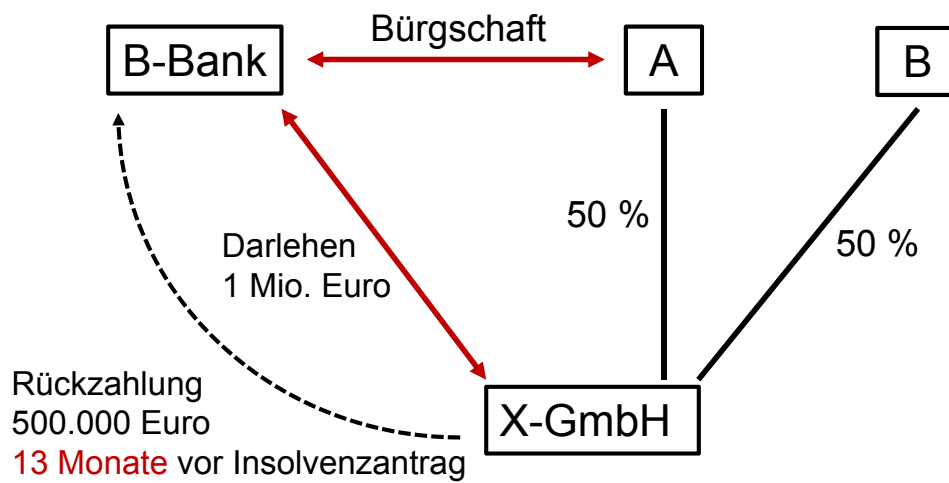
- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse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



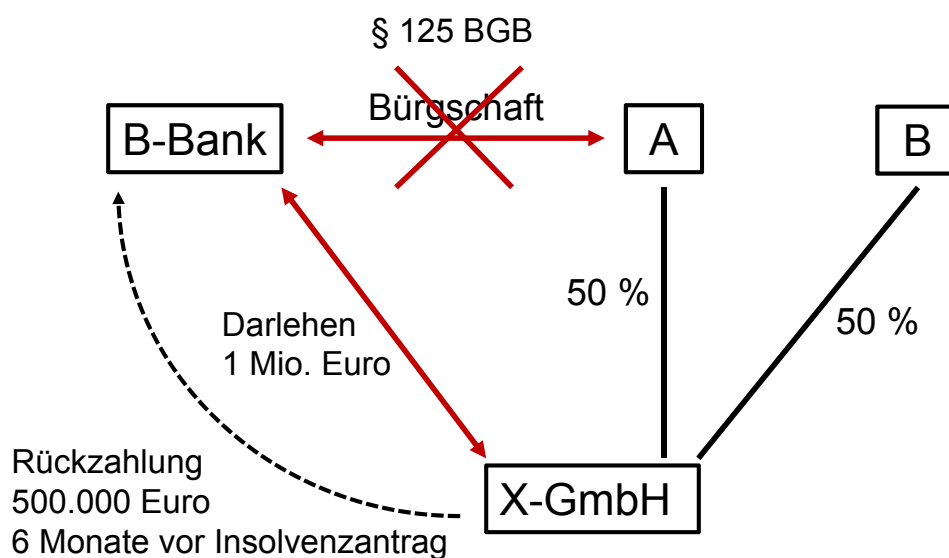
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?



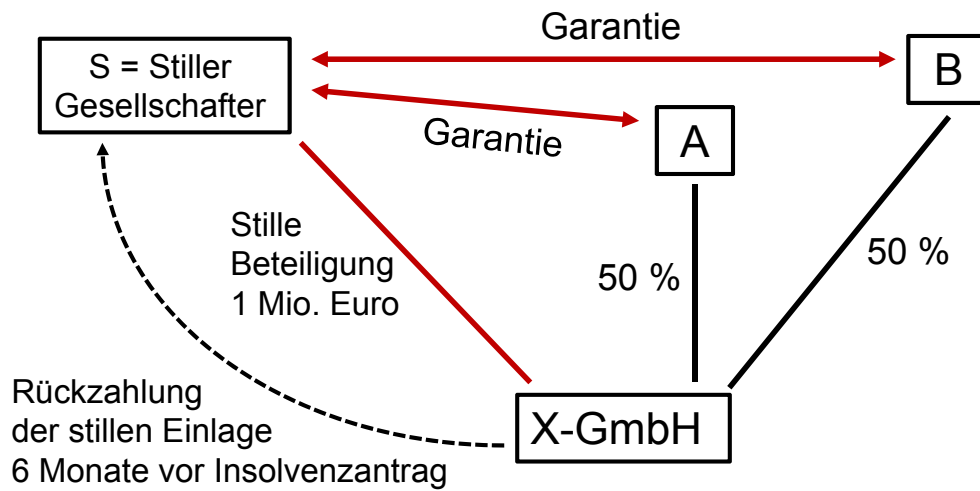
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



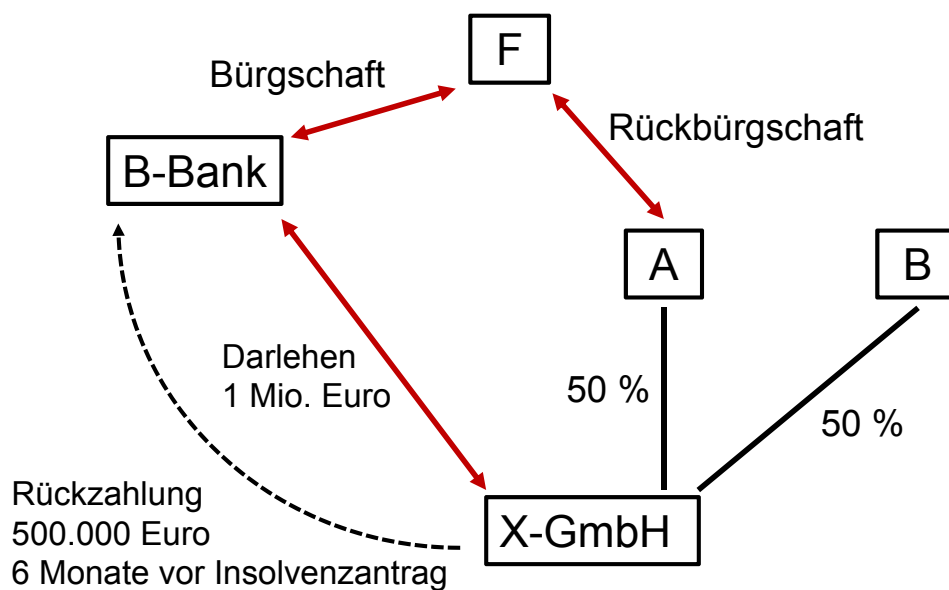
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



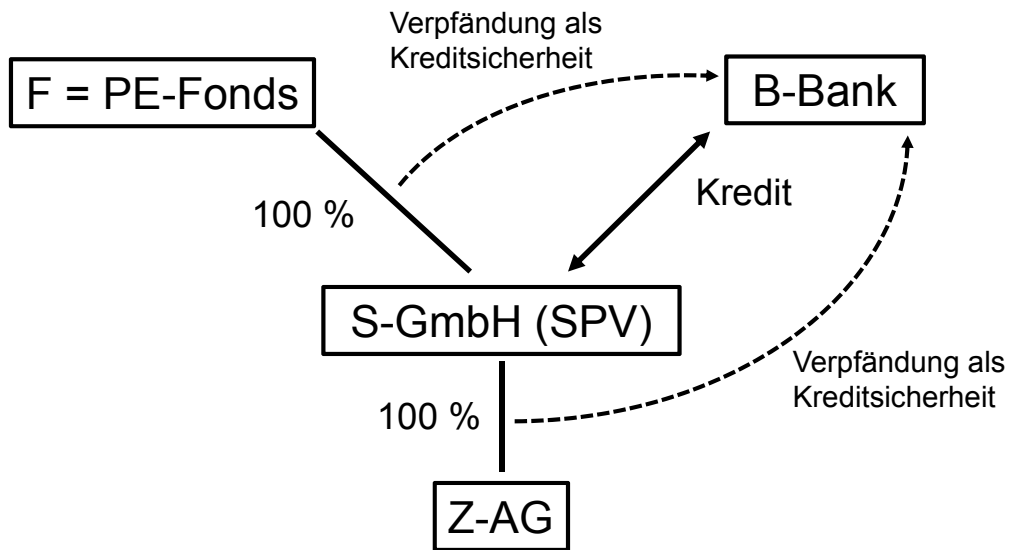
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter trotz Nichtigkeit der Bürgschaft von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



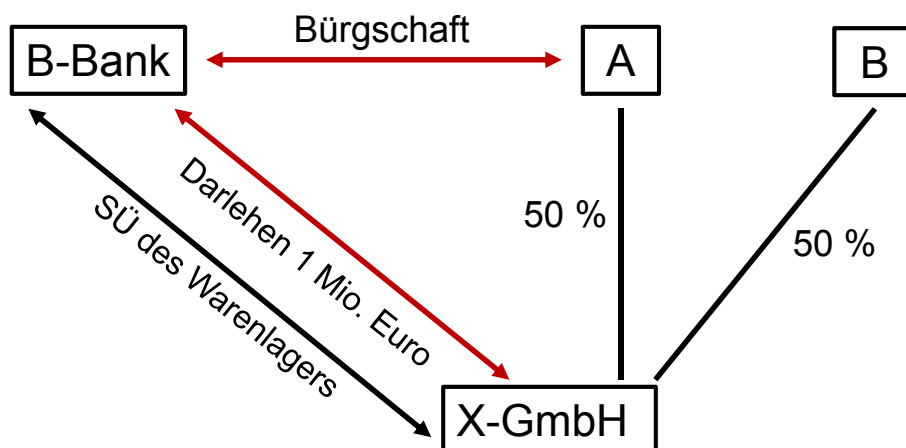
- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A und B Erstattung der 1 Mio. Euro verlangen?



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

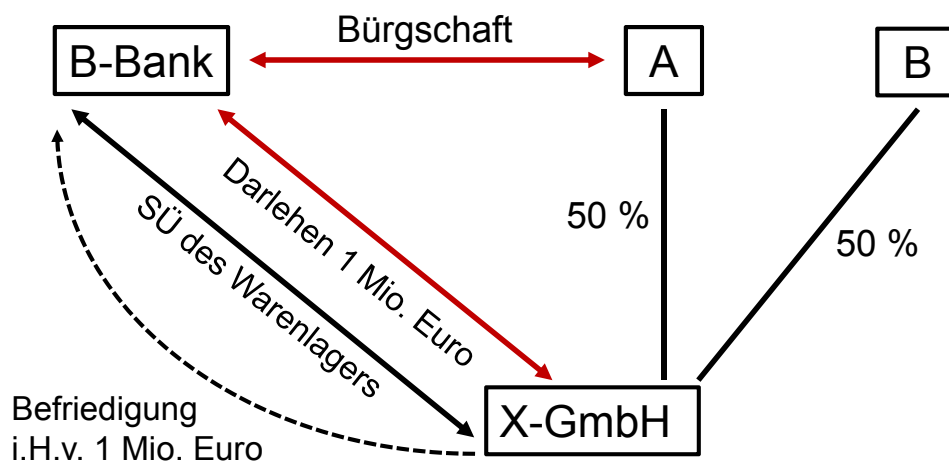


- Frage: Haftet F bei Insolvenz der S-GmbH für Kreditrückzahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO?

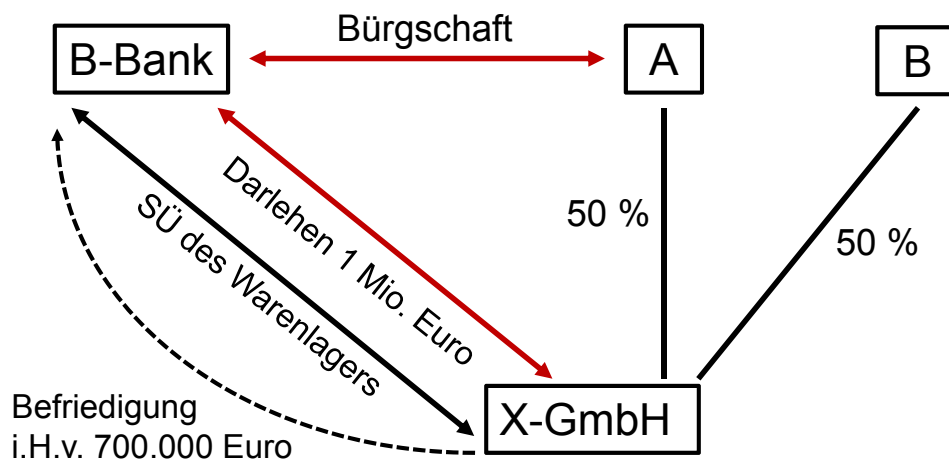


- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

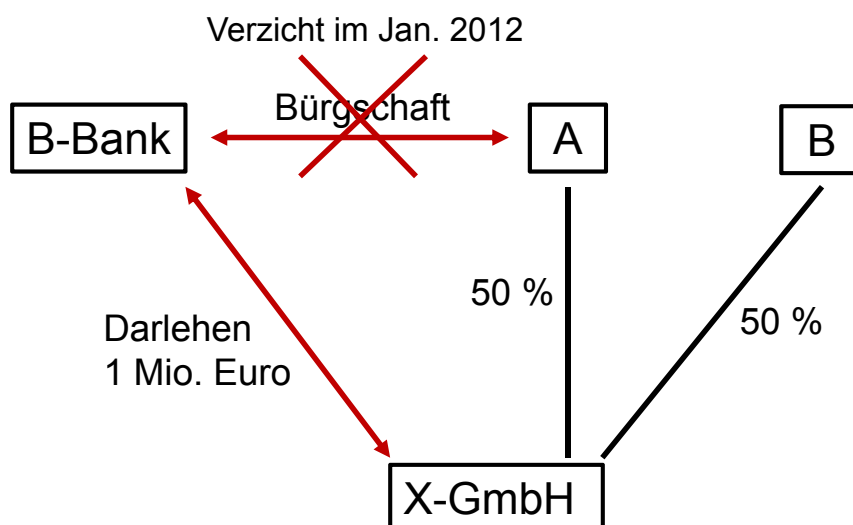
- **BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 = WM 2011, 2376**
- Leitsatz: „Wird die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt, ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet.“
- Rdn. 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, ...“
- Rdn. 12: „Die aufgezeigte Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO zu füllen.“
- Rdn. 13: „Eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO kommt nach geltendem Recht nicht in Betracht.“



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



- 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?



- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH (voll) berücksichtigt?

Banken als dem Gesellschafter gleichgestellte Dritte (Quasigesellschafter)

1. Einbeziehung Dritter im alten und neuen Recht

- altes Recht: § 32a III 1 GmbHG
 - „Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.“
- neues Recht: § 39 I Nr. 5 InsO
 - „Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden ... berichtet: ... nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“
 - Bezugnahme darauf für die Anfechtung in § 135 I InsO
- keine Änderung des personellen Anwendungsbereichs gewollt

2. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 81, 311: Gesellschafter-Gesellschafter
 - Übernahme der Geschäftsanteile durch eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Bank
- BGHZ 106, 7 = WM 1989, 14: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter, der ähnlich wie ein Gesellschafter die Geschicke der GmbH bestimmt sowie an Vermögen und Ertrag beteiligt ist
- BGH WM 2006, 691: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter mit vermögensmäßiger Beteiligung und Einfluss auf die Geschicke der GmbH
- *Florstedt*, Der „stille Verband“, 2007

2. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 119, 191: atypischer Pfandgläubiger (WestLB)
 - Pfandgläubiger am Gesellschaftsanteil mit Einräumung zusätzlicher Befugnisse, die es ihm ermöglichen, die Geschicke der Gesellschaft ähnlich einem Gesellschafter mitzubestimmen
 - ⇒ Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussansprüche
 - ⇒ Zustimmungsrecht bei Gewinnverwendungsbeschlüssen + Fusionen
 - ⇒ Übernahme der Geschäftsleitung durch Unternehmensberatungsgesellschaft als „gleichsam faktischer Geschäftsführer“
- *Fleischer*, ZIP 1998, 313: Covenants in Kreditverträgen
 - Frage: Kompensation fehlender Vermögensbeteiligung durch weit reichende Mitspracherechte?

3. Rechtsprechung zum neuen Recht

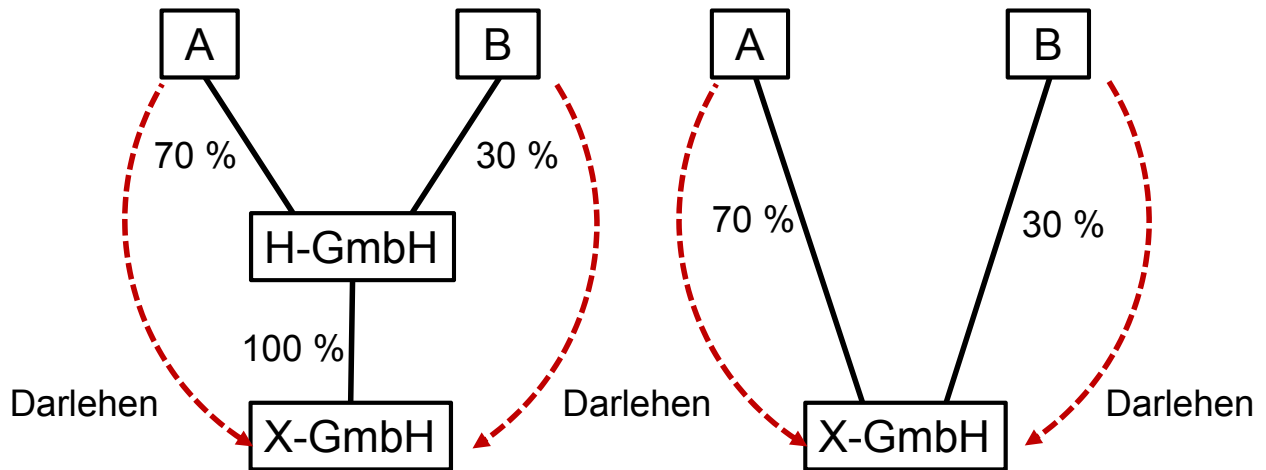
- BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568 (Gesellschafter-Gesellschafter)
 - Leitsatz 2: „Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.“
 - Rdn. 21: „Der mittelbar 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 (...).“

3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568 (Gesellschafter-Gesellschafter)
 - Rdn. 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 (...).“

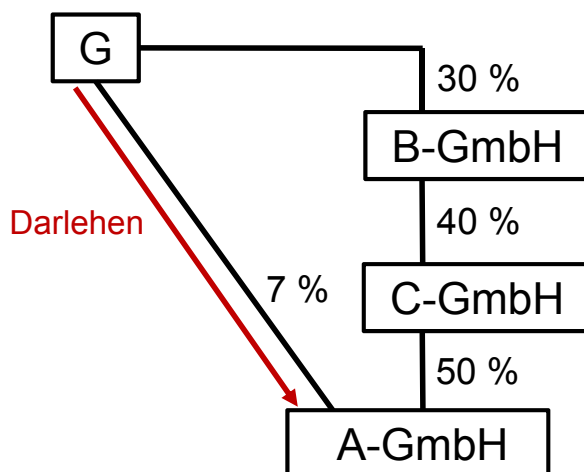
3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- Gesellschafter-Gesellschafter



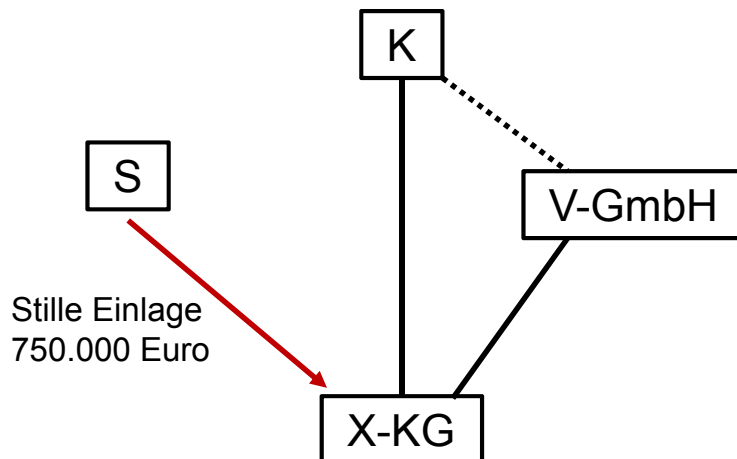
3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- Gesellschafter-Gesellschafter



3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)



3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)
 - 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.“

3. Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)
 - 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.“

4. Konsequenzen für Banken im neuen Recht?

- Erfassung bei mittelbarer Beteiligung (Gesellschafter-Gesellschafter) von mehr als 10 %
 - mehrere (mittelbare) Beteiligungen werden zusammengerechnet
 - entscheidend ist im Ergebnis eine wirtschaftliche Beteiligung > 10 %
 - bei Geschäftsführungsrecht bzw. Einfluss auf die Geschäftsführung reicht eine kleinere (mittelbare) Beteiligung
- ansonsten Erfassung bei Zusammentreffen von Vermögens-/Gewinnbeteiligung und Einfluss (*Engert*, ZGR 2012, 835, 858 ff.)
 - (weitgehendes) Informationsrecht ohne Einfluss reicht nicht
 - alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung ohne Vermögens-/Gewinnbeteiligung reicht nicht
 - ⇒ Problem in der Krise: variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung

4. Konsequenzen für Banken im neuen Recht?

- 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.
 - demnächst ausführlich *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013

Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO)

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. 2 – Sanierungskredit ohne Sanierungsbeteiligung**
(Abwandlung zu Fall Nr. 1)

- 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. 3 – Aufstockung der Beteiligung**
(Abwandlung zu Fall Nr. 1)

- 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. 4 – Zusatzkredit**
(Abwandlung zu Fall Nr. 1)

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

❖ **Fall Nr. 5 – Debt-Equity-Swap**
(Abwandlung zu Fall Nr. 1)

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

Anhang:

Weitere Rechtsprechung zum neuen Gesellschafterdarlehensrecht

Insolvenzantrag durch Gesellschafter

- **BGH v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZIP 2010, 2055 = WM 2010, 2088**
- Leitsatz: „Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.“
- Rdn. 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. ...**“

- **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-Rdn. 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.“

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568**
- 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.“
- Rdn. 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.“

- Rdn. 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 (...).“

- **BGH v. 15.11.2011 – II ZR 6/11, ZIP 2012, 86 = WM 2012, 78**
- 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.“
- Rdn. 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.“

- **BGH 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = WM 2011, 563**
- Leitsatz 1: Die Forderung aus der Rechtshandlung eines Dritten entspricht einem Gesellschafterdarlehen nicht schon deshalb, weil es sich bei dem Dritten um eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO handelt.
- Leitsatz 2: Gewährt eine nahestehende Person (§ 138 InsO) dem Schuldner ein ungesichertes Darlehen, begründet dies keinen ersten Anschein für eine wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Gesellschafterdarlehen.

- **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = „Innen-KG“)**
- Rdn. 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 EGIInsO anwendbar ist und dem Absonderungsrecht nach der gesetzlichen Neuregelung unabhängig von der Insolvenzanfechtung die Anerkennung zu versagen wäre.“

Rechtliche Fragen:

- Hindert der Nachrang einer Forderung die Durchsetzung eines für die Forderung bestellten Sicherungsrechts?
 - Dafür: BGH, 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 = WM 2009, 457 (Rdnr. 17): Der Sicherungszweck entfällt.
 - Dagegen: BGH, 17.7.2008 – IX ZR 132/07, ZIP 2008, 1539 = NJW 2008, 3064 = WM 2008, 1660 m.w.N. für Zinsforderungen und Kosten gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO
 - beide Fälle (ohne Begründung) differenzierend *Splietz*, ZIP 2009, 149, 153
- Sind die Regeln der §§ 768, 1137, 1211 BGB auf den Nachrang anwendbar?
- Gibt es eine (verfassungsrechtliche) Legitimation dafür, dass Sicherheiten, die Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt werden, gegenüber dem Gesellschafter anfechtbar sind?
- Ist die Sicherheitenbestellung gemäß § 142 InsO privilegiert?

© 2013

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