

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz – Aktuelle Entwicklungen –

Leipziger Insolvenzrechtstag am 3.3.2014

www.georg-bitter.de

Gliederung

1. Grundzüge + Telos des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Tatbestand der Gesellschafterdarlehen
 - Begriff des Darlehens: kurzfristige Überbrückungsdarlehen
3. Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen
 - Mehrfache Ein- und Auszahlungen (Staffelkredit, Cash-Pool)
 - Anfechtbarkeit und Durchsetzbarkeit von Sicherheiten

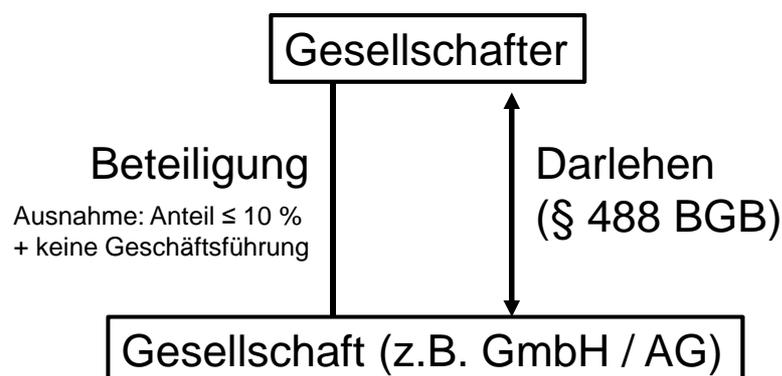
Workshop am Nachmittag

Diskussion mit RA Dr. habil. Gerrit Hölzle

Mögliche weitere Themen:

1. Übertragung der Forderung / Gesellschafterstellung
2. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
 - Verbundene Unternehmen (horizontaler / vertikaler Konzern)
 - atypisch stille Gesellschaft / Banken als Dritte
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, insbes. Doppelsicherung

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*; *Servatius*
- 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 = 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.“

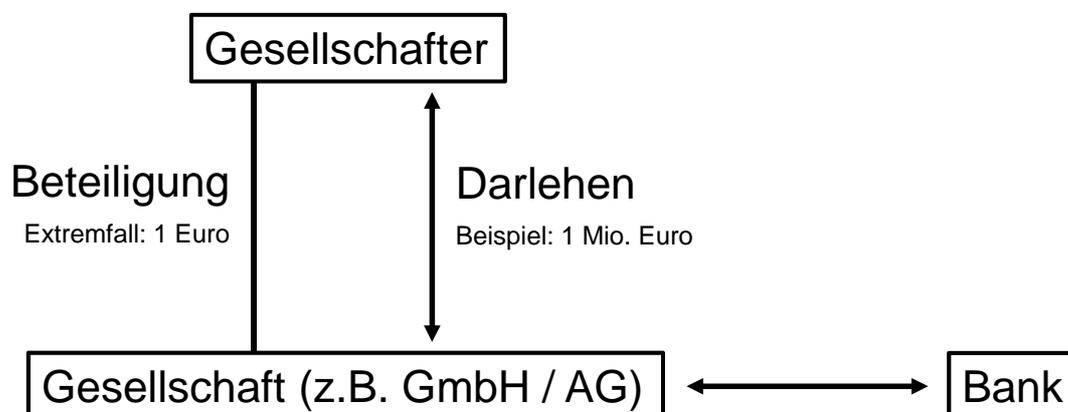
3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

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

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

- 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
- Gesellschafterdarlehensrecht = Problem der (nominellen) Unterkapitalisierung

- **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

- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, WM 2013, 708 = NZI 2013, 483**
- Rdn. 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.“

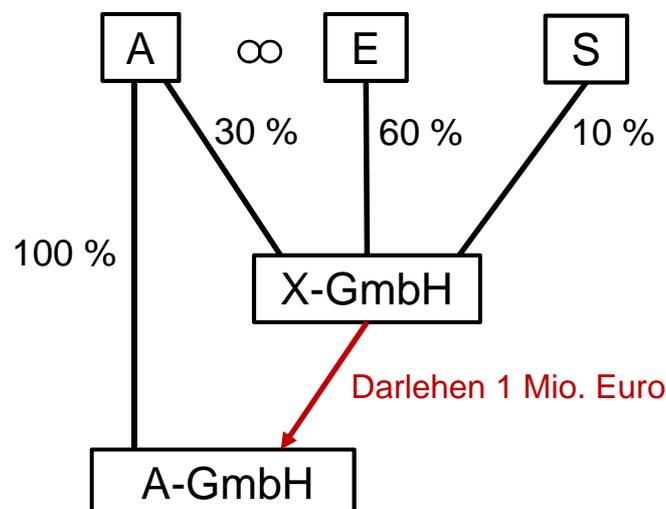
- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629**
- Rdn. 29: „Nach dieser Bestimmung [scl.: § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO] ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite, die ein Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin gewährt, anfechtbar. Der Gesetzgeber hat in dem in § 135 InsO 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 *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

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 1 – Nachrang der Gesellschafterforderung

- **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.“
- 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. ...**“

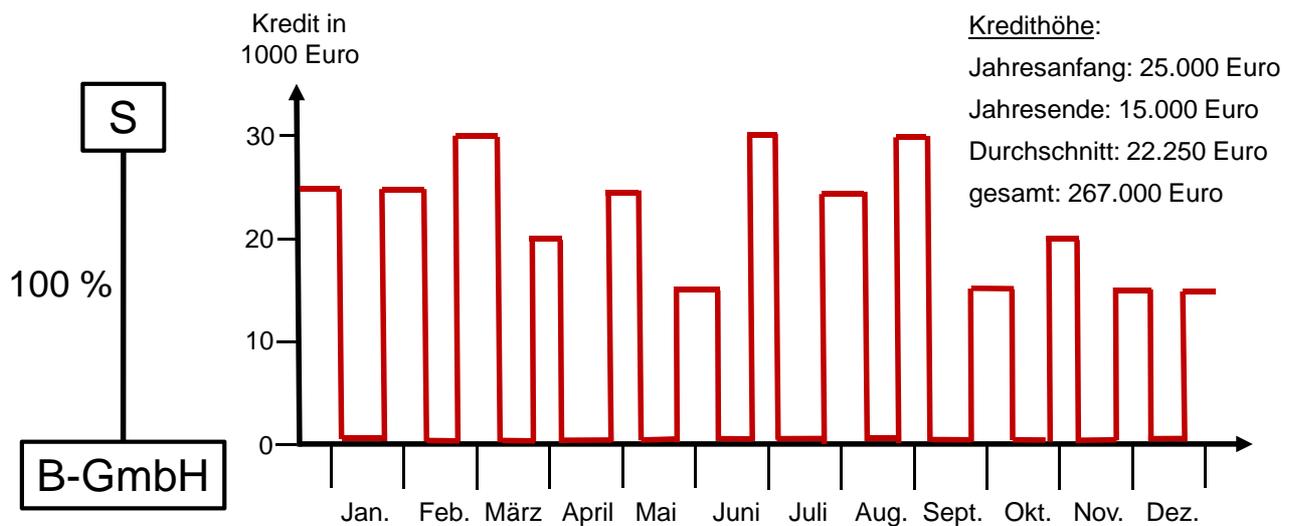


- **Frage:** Wirkt der Vergleich zwischen dem Insolvenzverwalter der A-GmbH und der X-GmbH gegenüber außenstehenden Gläubigern?

- **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-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.“

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 2 – Anfechtbarkeit von Befriedigungen



- 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 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, 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; ...“
- Rdn. 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. ...“

- Rdn. 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.“
- Rdn. 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 (...).“
- Rdn. 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.**“

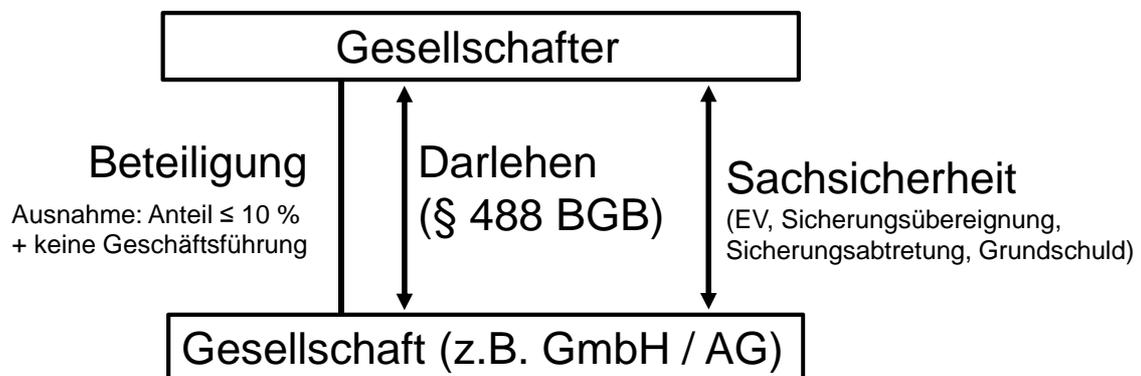
- **Eigene Position:**
 - Verallgemeinerung erforderlich: Gesamtbetrachtung statt Einzelbetrachtung
 - gleich bleibende Bedingungen, gleiche Dauer, gleicher mit der Ausreichung des Kredits verfolgter Zweck sind unerheblich
 - entscheidend ist das vom Gesellschafter übernommene Insolvenzrisiko: bei Neukreditierung 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

Rechtsfolgen bei Gesellschafterdarlehen

Teil 3 – Anfechtbarkeit von Sicherheiten

Anfechtbarkeit von Sicherheiten

Übersicht: Sicherheit für Gesellschafterdarlehen



➤ **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?

➤ **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?

➤ **Abwandlung**: Die Grundschuld wurde 11 Jahre vor der Insolvenz bestellt

➤ **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

- 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.“

- **BGH v. 18.7.2013 – XI ZR 219/11, 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.“
- Rdn. 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 auch hier: 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 (Rdn. 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

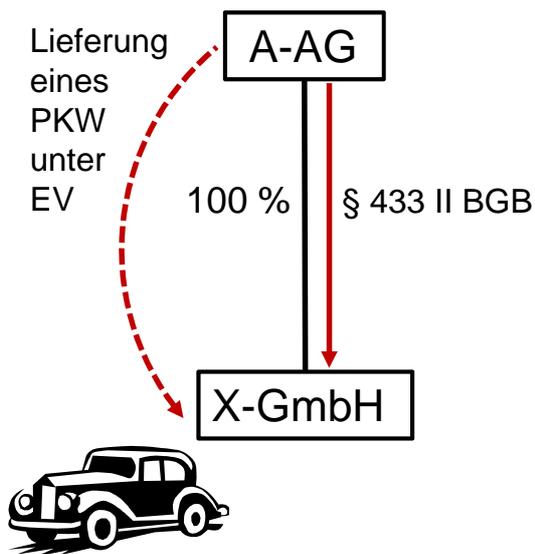
- **BGH v. 17.7.2008 – IX ZR 132/07, ZIP 2008, 1539 = NJW 2008, 3064** für Zinsforderungen und Kosten gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO:
„In Abkehr von § 63 Nr. 1 und 2 KO **sieht § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ausdrücklich vor, dass nach Insolvenzeröffnung bis zur Verwertung entstandene Zins- und Kostenforderungen 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

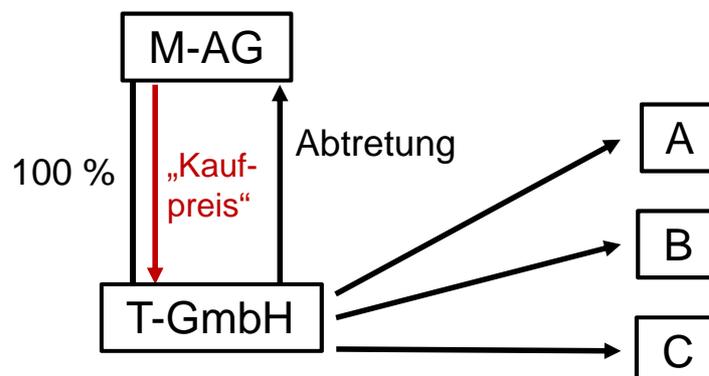
1. Frage: Gibt es eine (verfassungsrechtliche) **Legitimation** dafür, dass Sicherheiten, die Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt werden, gegenüber dem Gesellschafter anfechtbar sind?

- nachträgliche Besicherung = Vorwegnahme der Befriedigung
 - ⇒ Befreiung vom zuvor eingegangenen Insolvenzrisiko
- ursprüngliche Besicherung: Gesellschafter ist bewusst kein Insolvenzrisiko eingegangen, an dem er festgehalten werden könnte
 - ⇒ Problemfall 1: Lieferung von Waren durch den Gesellschafter unter Eigentumsvorbehalt
 - ⇒ Problemfall 2: Unechtes Factoring durch Gesellschafter für Gesellschaft
 - ⇒ Problemfall 3: Darlehensgewährung gegen Grundschuldbestellung weit vor der Krise

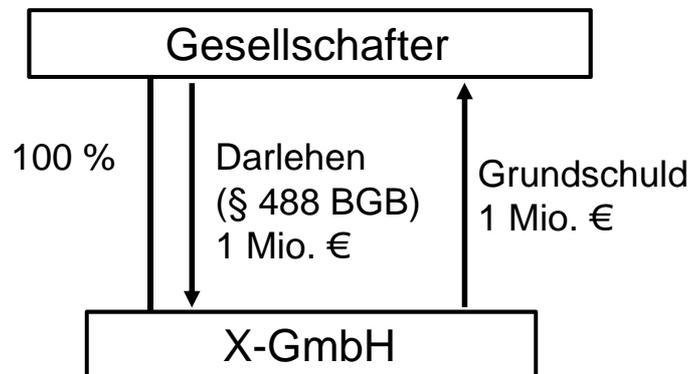


- 1.1.2013 Lieferung des PKW unter Eigentumsvorbehalt
Kaufpreis: 40.000 Euro
(10 Raten je 4.000 Euro)
- sodann: Zahlung von 5 Raten
Rest: 20.000 Euro
- sodann: Insolvenz der X-GmbH

- Frage 1: Nachrang der Restkaufpreisforderung?
- Frage 2: Kann die A-AG den 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?



- Sachverhalt: Sicherheit (z.B. Grundschuld) wird (1) neun Jahre bzw. (2) sechs Monate vor der Insolvenz Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt
- Frage: Anfechtung der Grundschuldbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

2. Begründung der Differenzierung

- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe gegen Sicherheit
 - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rdn. 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 (Rdn. 26) – Staffelp kredit: 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

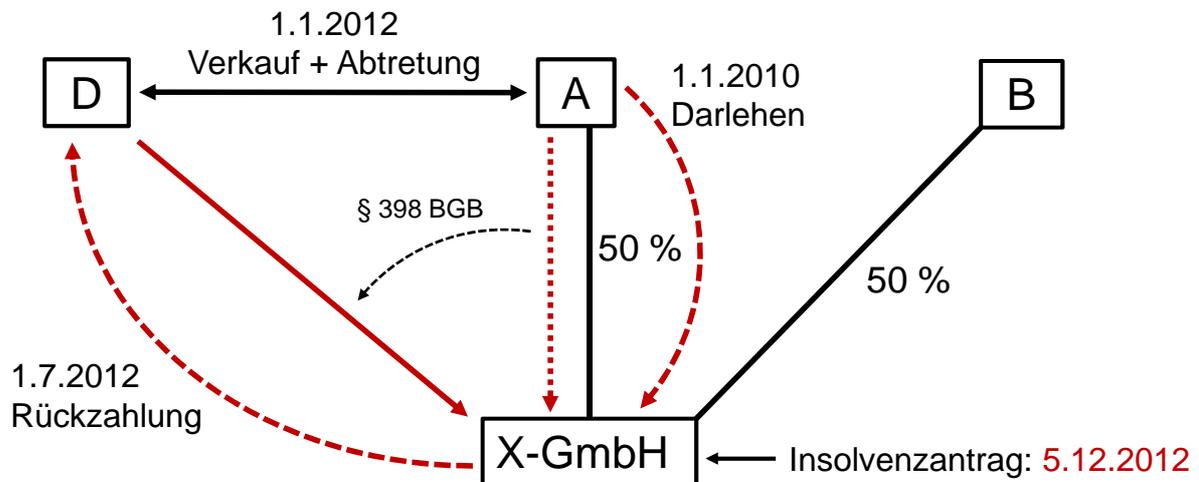
2. Begründung der Differenzierung

- 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 – Staffekredit
 - ⇒ 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 (Rdn. 14 und 21) m. Anm. *Bitter* ⇒ Folie 38

Herzliche Einladung zum Workshop am Nachmittag

Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Darlehensforderung

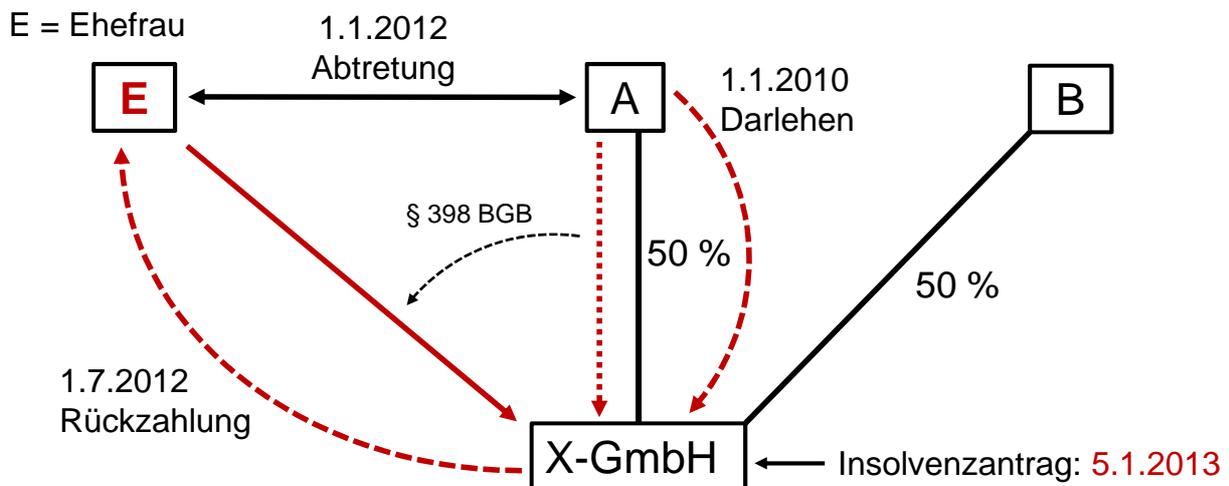


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder D?

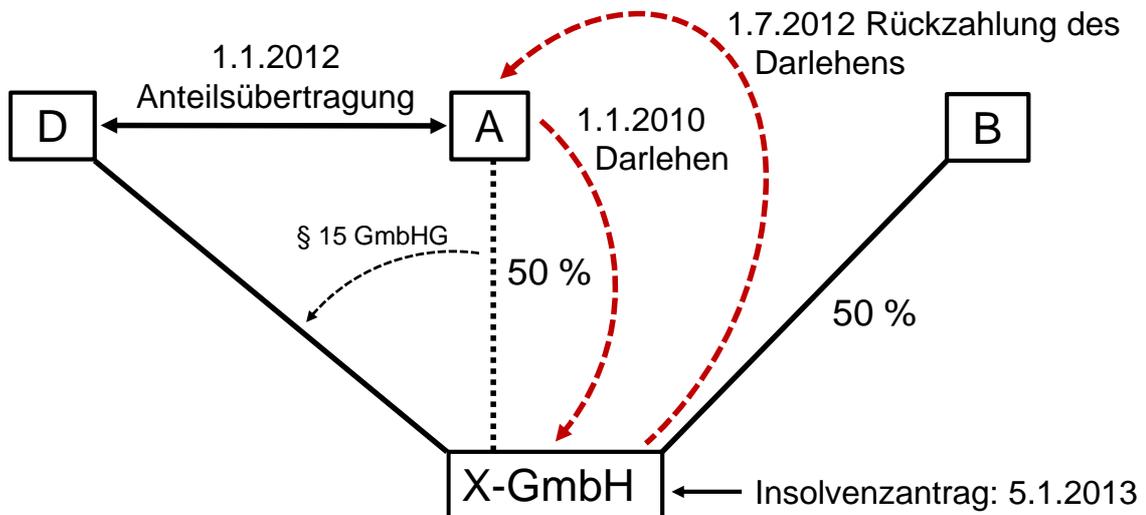
- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582**
- Leitsatz 1: „Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung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

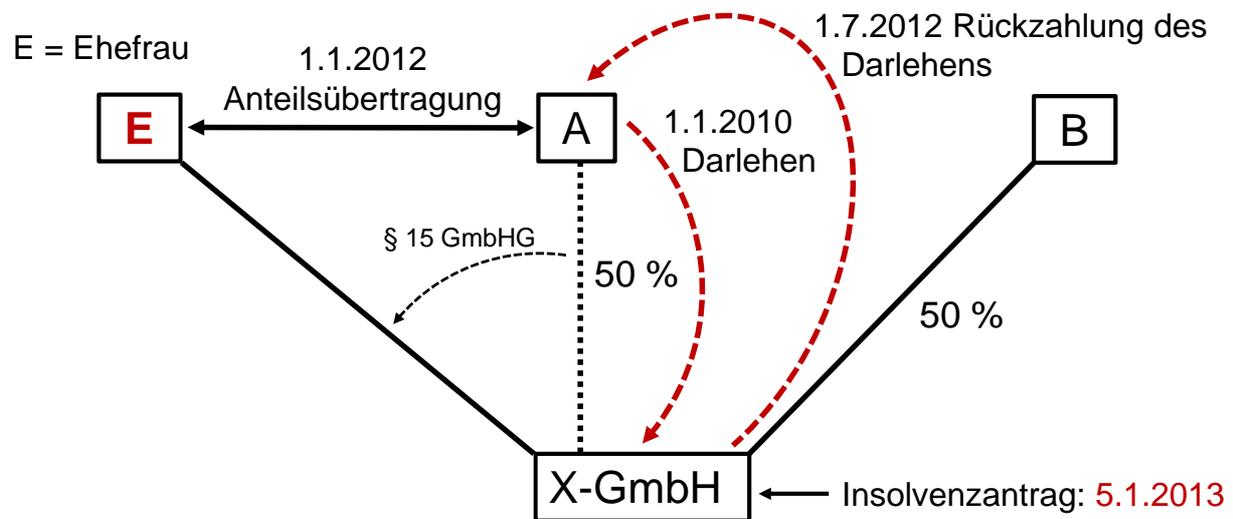


- Frage: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen A und/oder E?



- 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.“
- 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.“



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

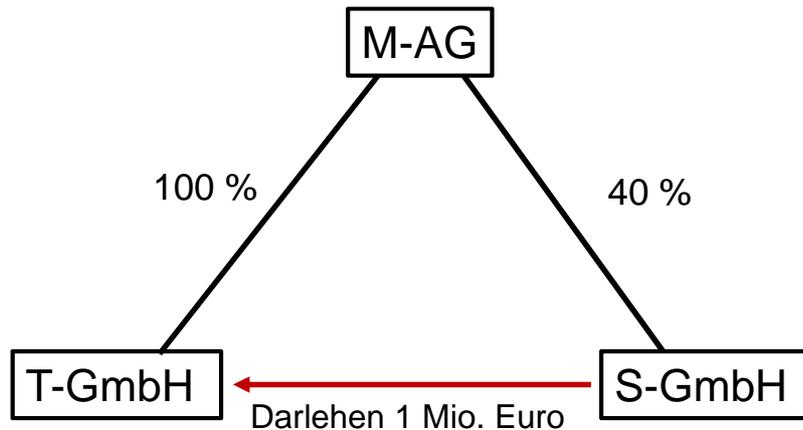
Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

Teil 1 – Nahe Angehörige

- **BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = WM 2011, 563 = ZIP 2011, 575**
- 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.“

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

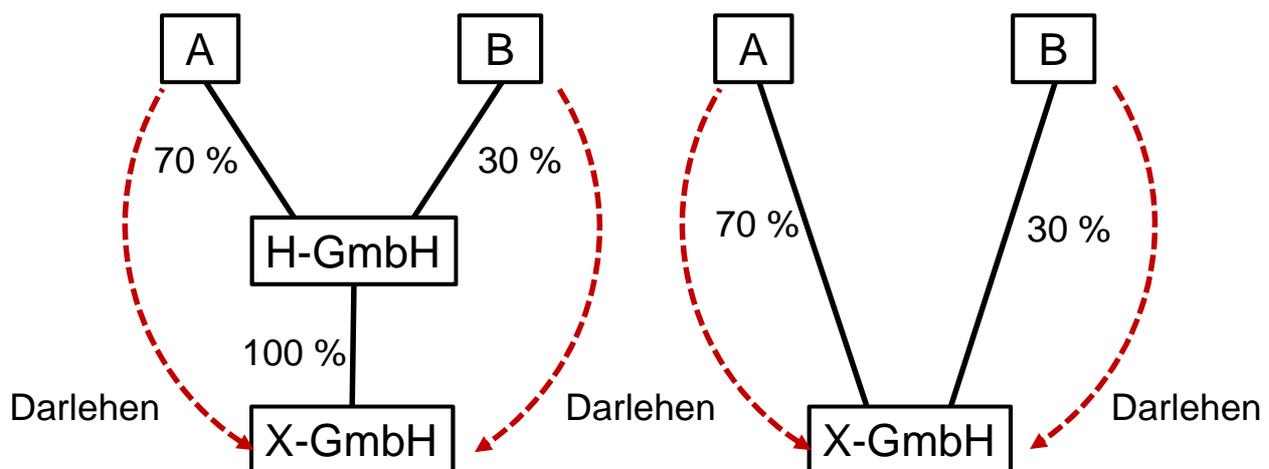
Teil 2 – Verbundene Unternehmen



- 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 – XI ZR 219/11, 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.“
- Rdn. 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.**“

- Rdn. 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

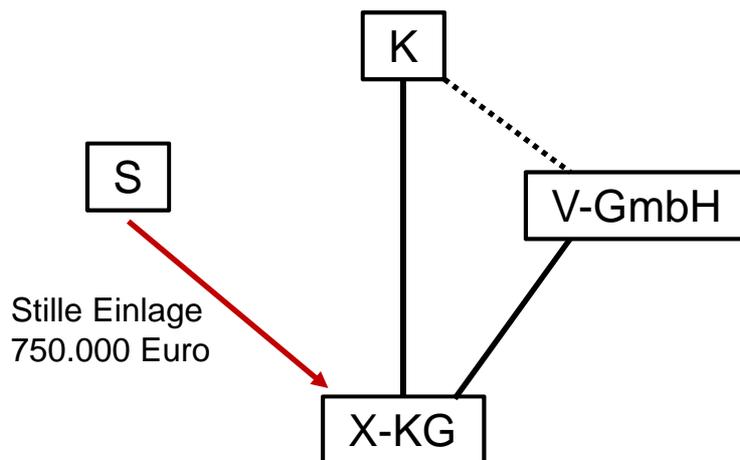


- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: H-AG statt H-GmbH

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582**
- 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 (...).“
- 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 (...).“

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

Teil 3 – Atypisch stille Gesellschaft



- Frage 1: Nachrang des (restlichen) Anspruchs auf Einlagenrückgewähr?
- Frage 2: Anfechtbarkeit der monatlichen Zahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

- **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869**
- Leitsatz 1: „Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG steht mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleich, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert ist.“
- Leitsatz 2: „Der Nachrang von Ansprüchen des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz einer GmbH & Co. KG als Geschäftsinhaberin kann jedenfalls dann eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als **gemeinschaftliches Vermögen** behandelt werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die **Mitwirkungsrechte** des Stillen in der Kommanditgesellschaft der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten zumindest in ihrer schuldrechtlichen Wirkung nahe kommen und die **Informations- und Kontrollrechte** des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet sind.“

❖ **Konsequenzen der jüngeren Rechtsprechung für Banken?**

- 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

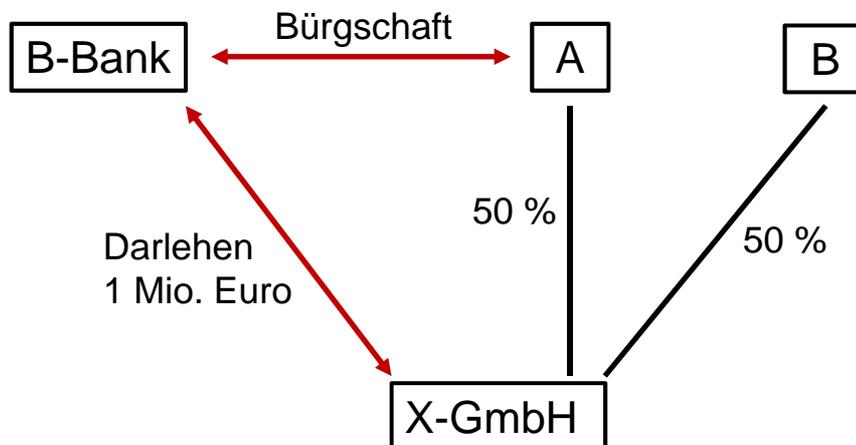
❖ **Konsequenzen der jüngeren Rechtsprechung für Banken?**

- 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

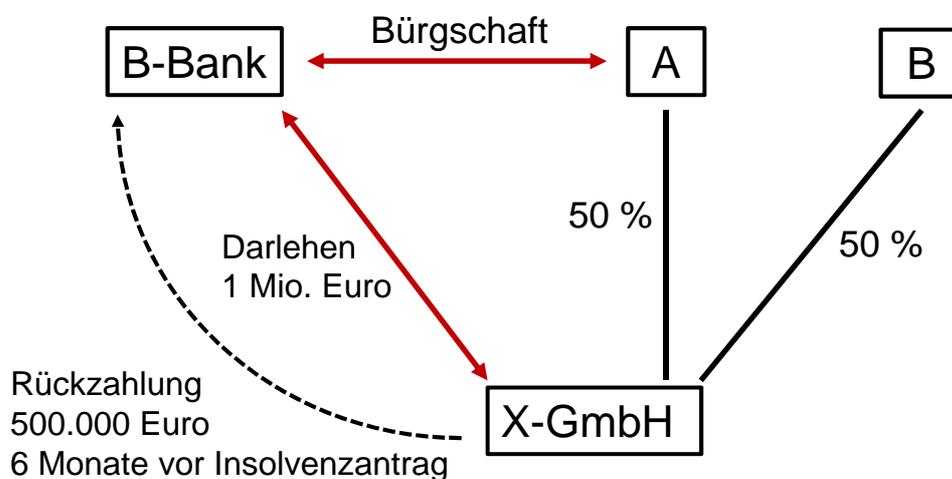
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

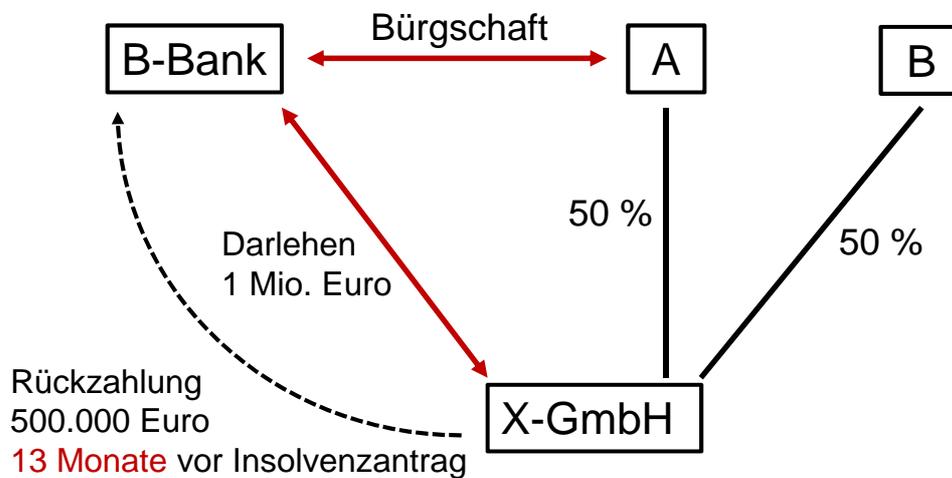
- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse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



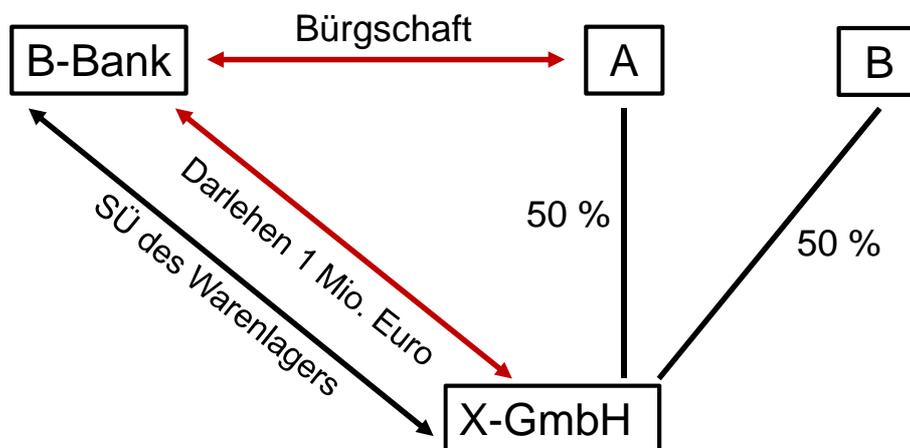
- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?



- 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 1: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?
- Frage 2: 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.“
- 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.“

- **BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, 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.“

© 2014

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de