

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

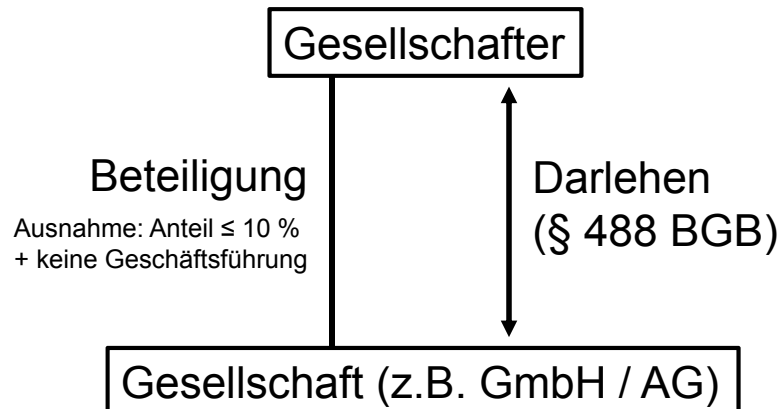
**§ 135 InsO – Zur Einbeziehung Dritter im
Recht der Gesellschafterdarlehen,
insbesondere bei Treuhandverhältnissen**

Vortrag beim Norddeutschen Insolvenzforum e.V.
am 16. Februar 2012 in Hamburg

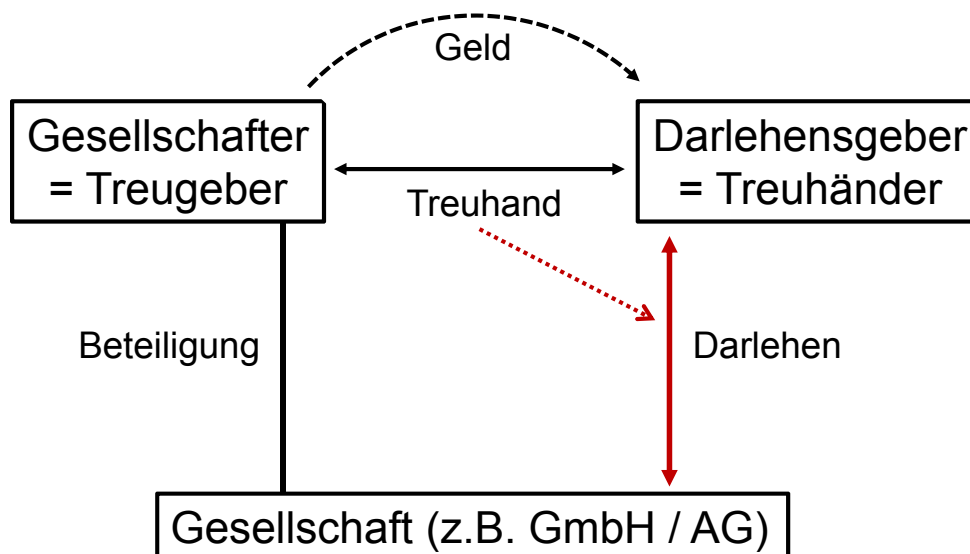
www.georg-bitter.de

Gliederung

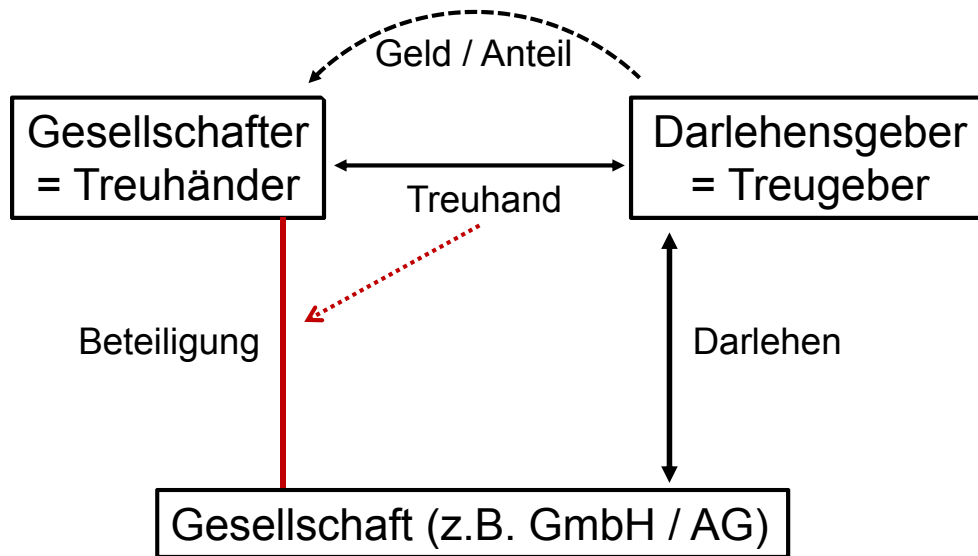
1. Grundzüge des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Treuhandkonstellationen im Recht der Gesellschafterdarlehen
3. Vergleich zwischen Darlehensgewährung in mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung für fremde Rechnung
4. Anwendung allgemeiner Grundsätze des Treuhandrechts
5. Bestätigung durch den Telos des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen
6. Einladung zur Diskussion



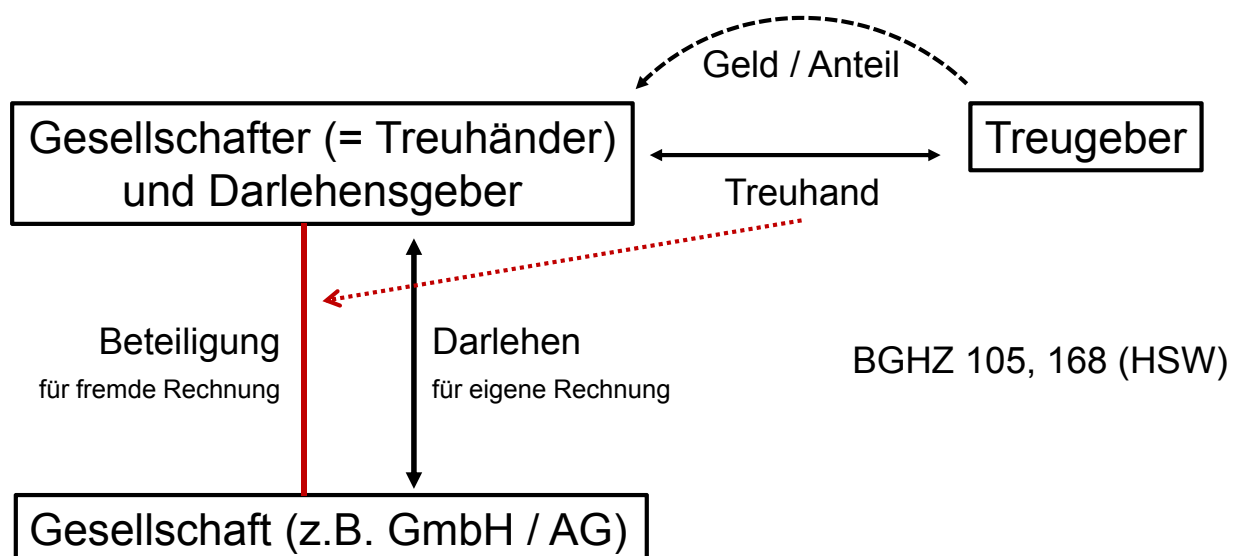
- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 I Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag



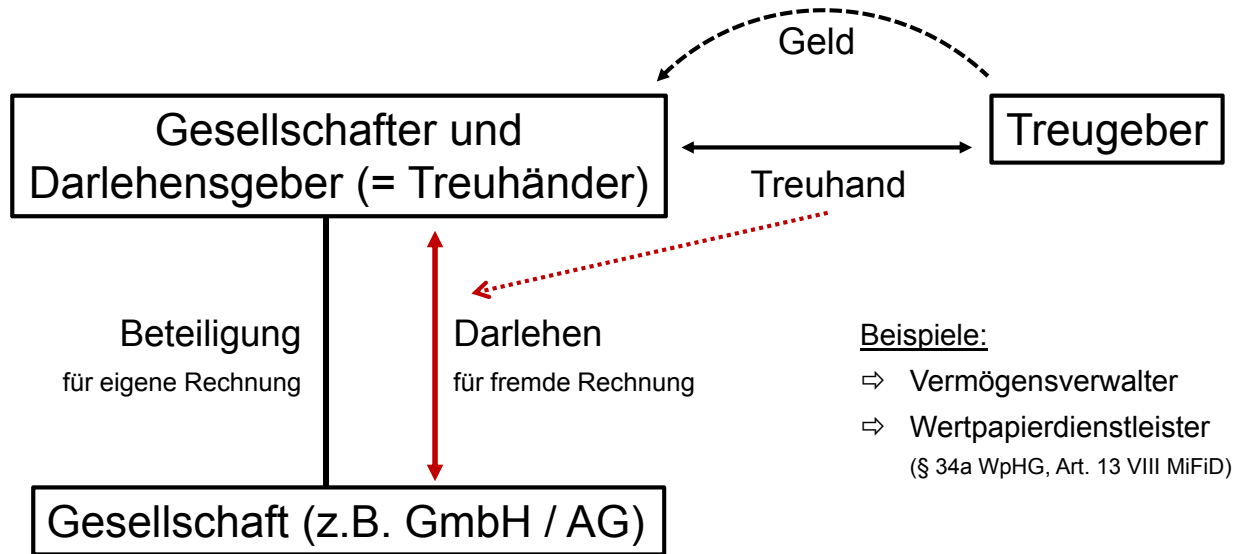
- Darlehensgewährung für Rechnung des Gesellschafters



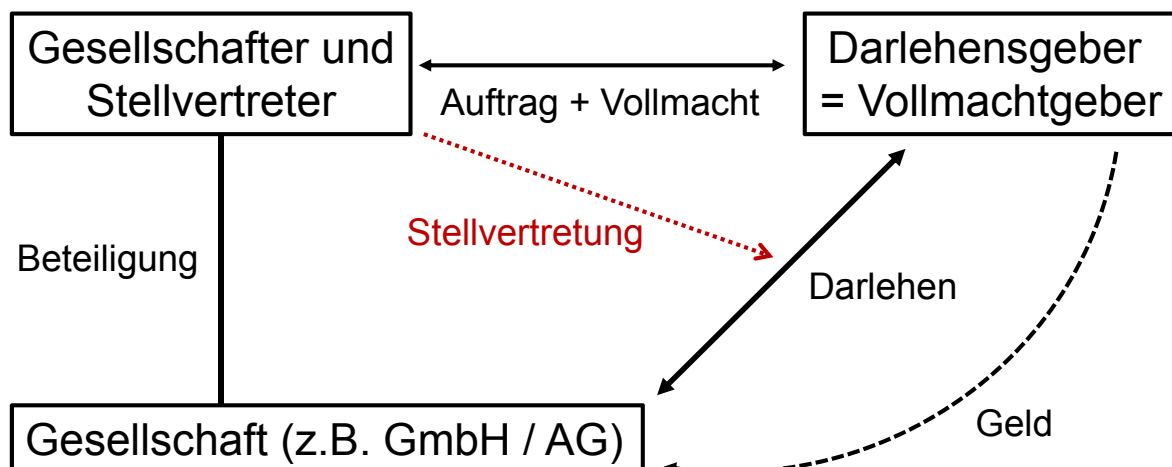
- Gesellschafterstellung für Rechnung des Darlehensgebers (= Treuhand am Gesellschaftsanteil)



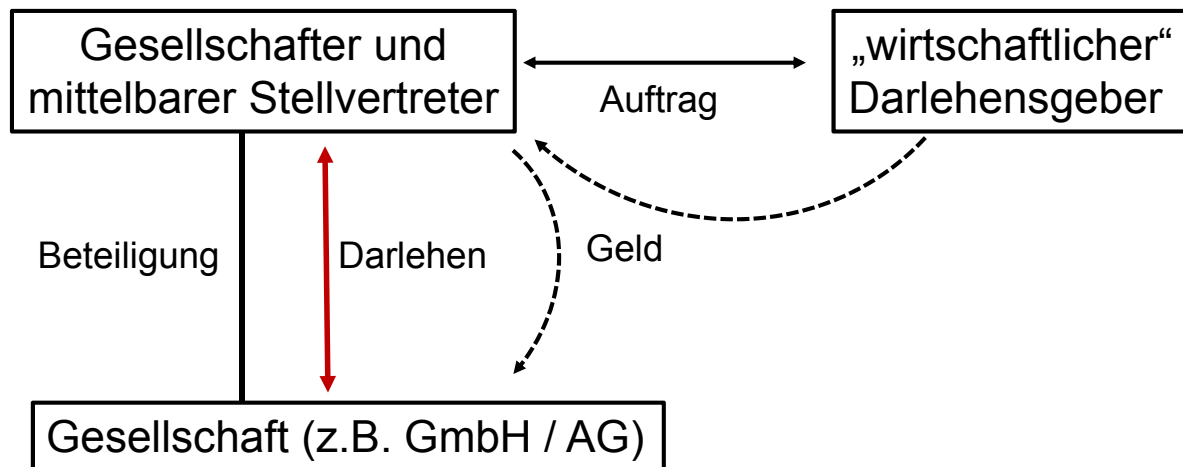
- Gesellschafterstellung für Rechnung eines Nichtdarlehensgebers (Treuhand am Gesellschaftsanteil)



- Darlehensgewährung für Rechnung eines Nichtgesellschafters



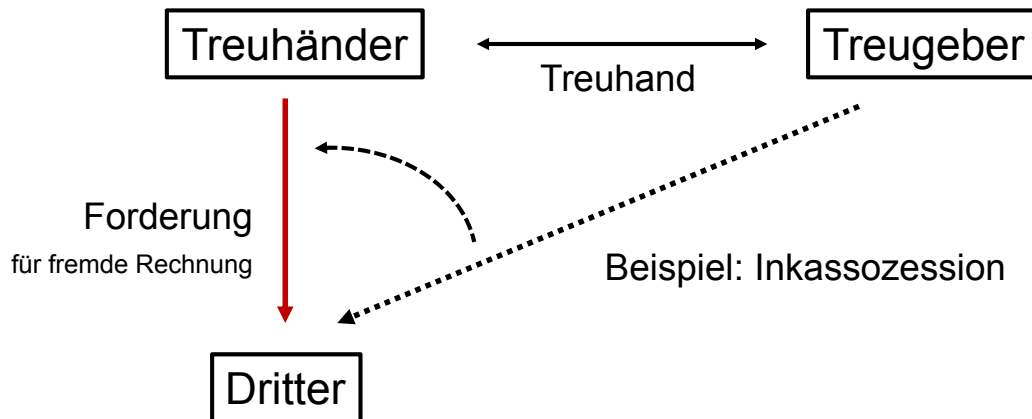
- Finanzierungsentscheidung über fremdes Geld: keine Identität von Gesellschafter und Darlehensgeber



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

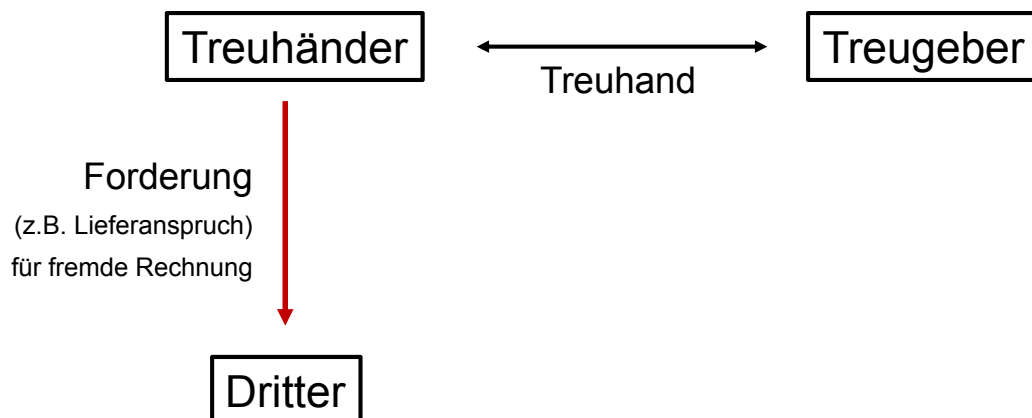
- 1. These:** Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
 - 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



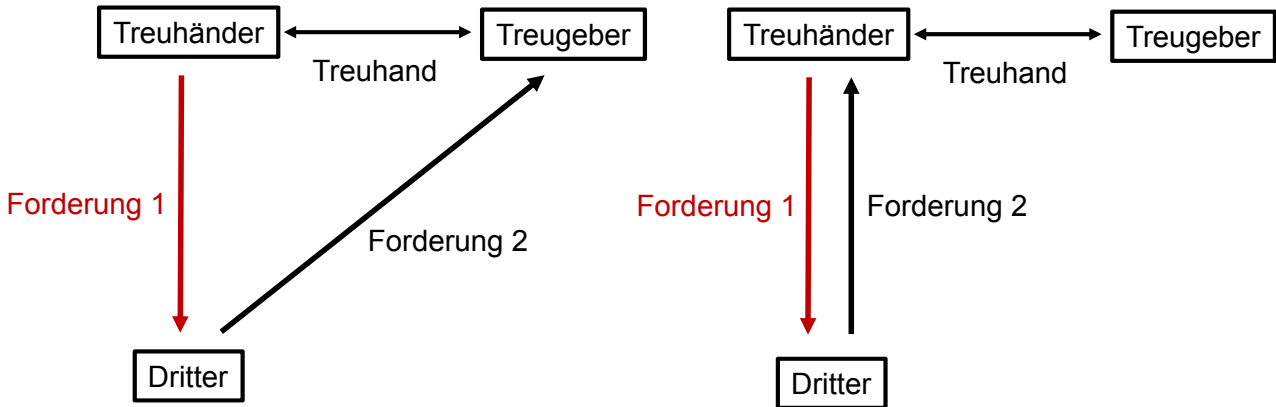
- Dritter kann über §§ 404 ff. BGB hinaus alle Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treugeber erheben (RGZ 11, 5, 9 zur Inkassozeession; RGZ 11, 123 und BGH BB 2002, 1826 zum Forderungserwerb in mittelbarer Stellvertretung)

2. Außenwirkung der Treuhand im Schadensrecht



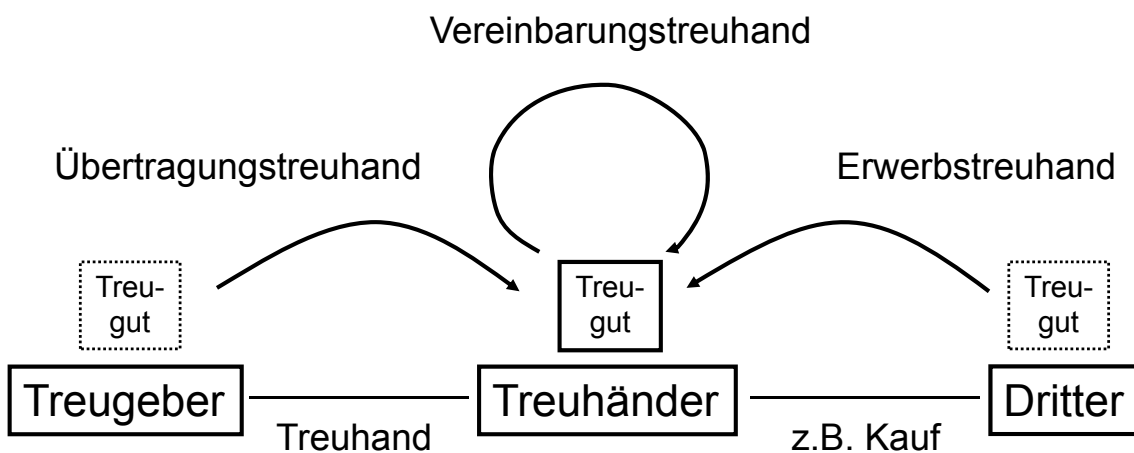
- Drittschadensliquidation (ganz h.M.): Schadensberechnung erfolgt aus der Person des Hintermanns (Treugebers)

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)

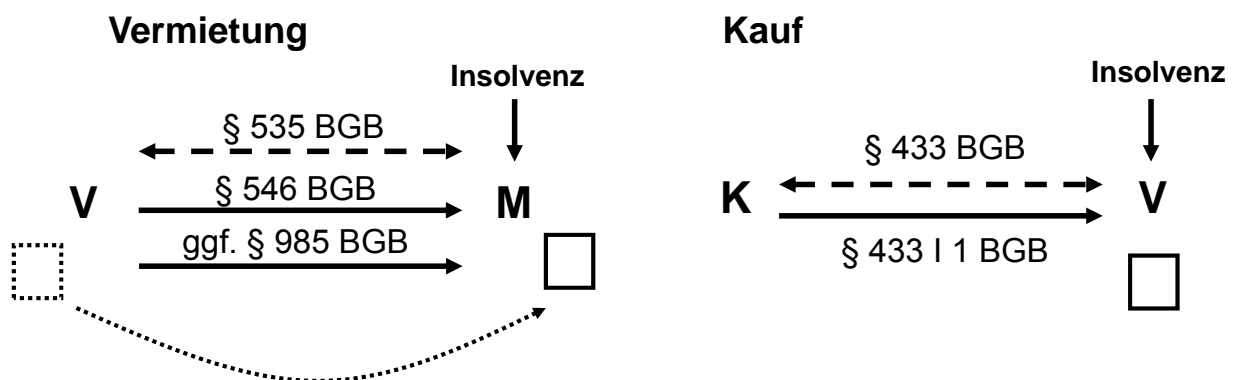
4. Außenwirkung der Treuhand im Vollstreckungsrecht



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.

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)*

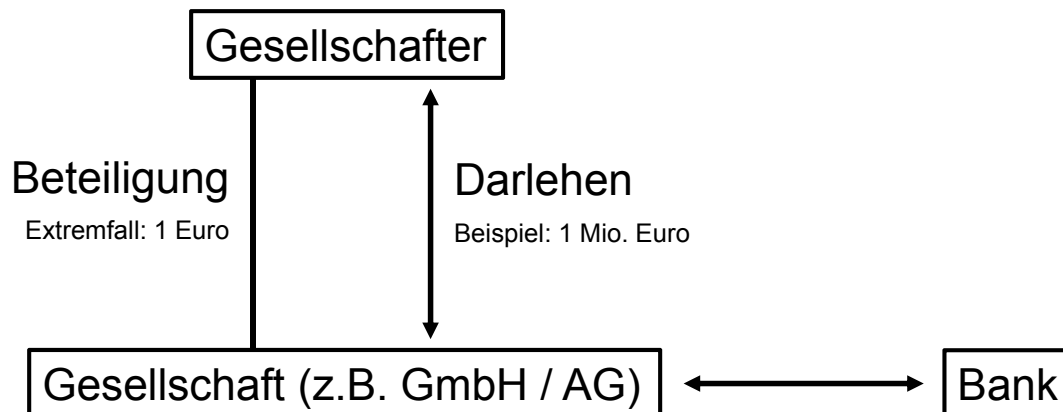
3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- 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: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

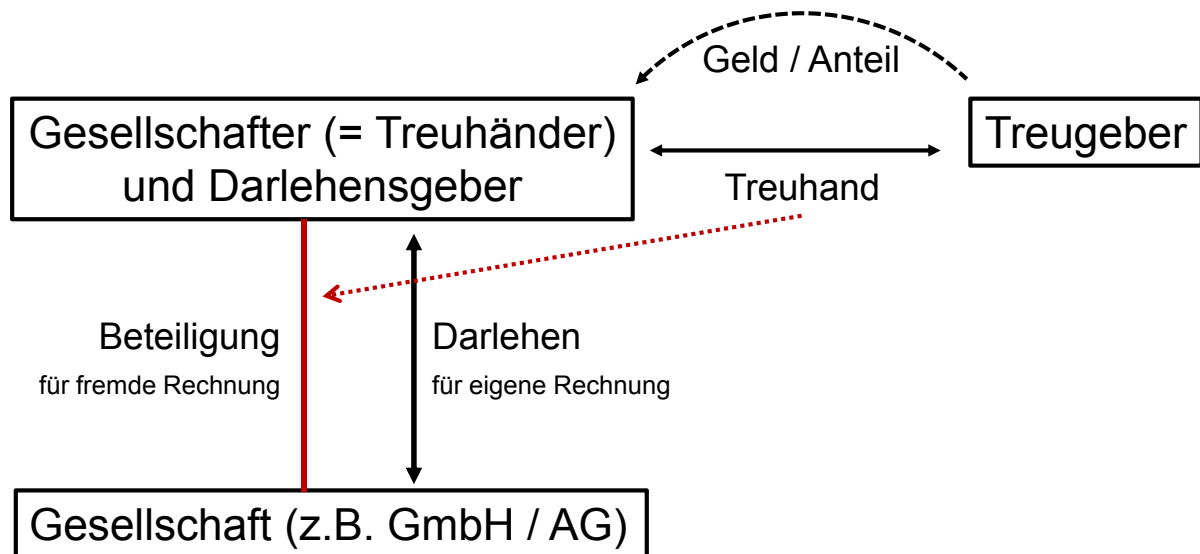
- Präzisierung des „Missbrauchs“ der Haftungsbeschränkung erforderlich
- Zweck der Haftungsbeschränkung: Ausschaltung der Risikoaversität der Gesellschafter
- Problem: Gefahr der Kostenexternalisierung
- Lösung: Angemessene Eigenkapitalbeteiligung als Ausgleich zwischen Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung
- siehe Grafiken im Anhang (Folien 28 ff.)

5. **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.

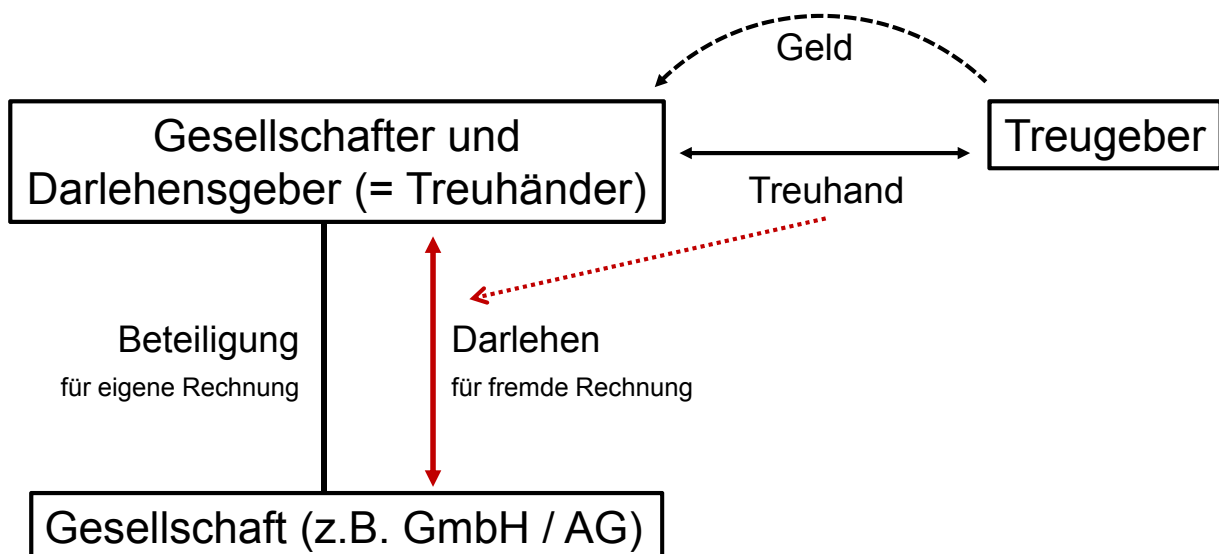


- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen.

- 6. 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.



- kein Anreiz zu Risikoerhöhungsstrategien, da Vorteil nicht beim Gesellschafter bleibt



- Zweck der Risikominderung kann über eine Sanktionierung des Treugebers nicht erreicht werden

© 2012

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

Anhang

Haftungsbeschränkung und Eigenkapitalbeteiligung in juristisch-ökonomischer Perspektive

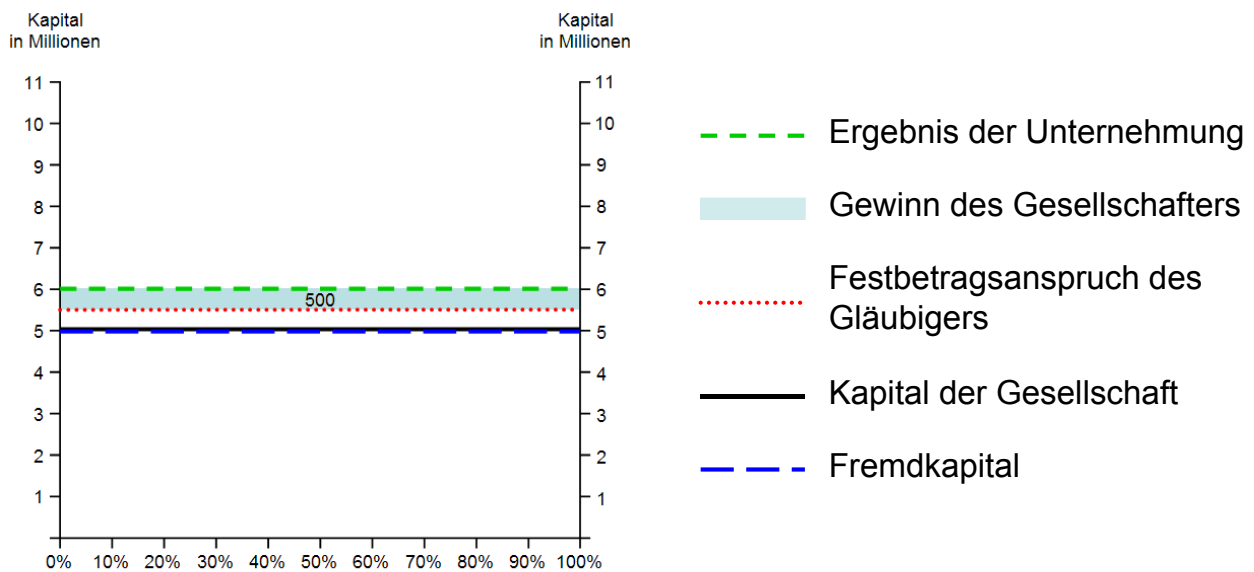
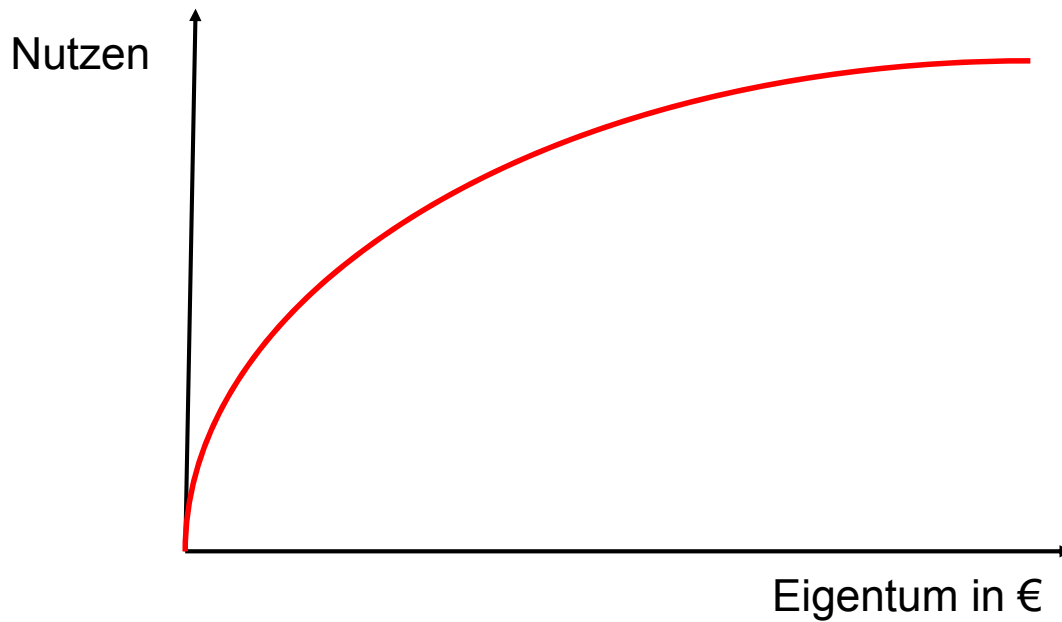


Schaubild Nr. 1

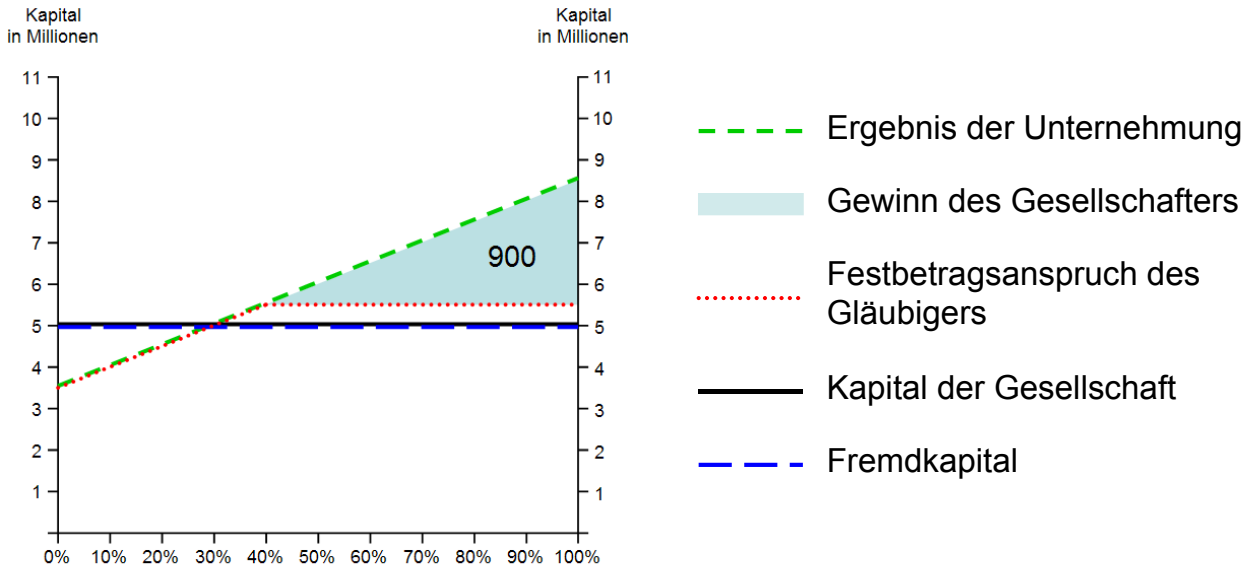


Schaubild Nr. 3

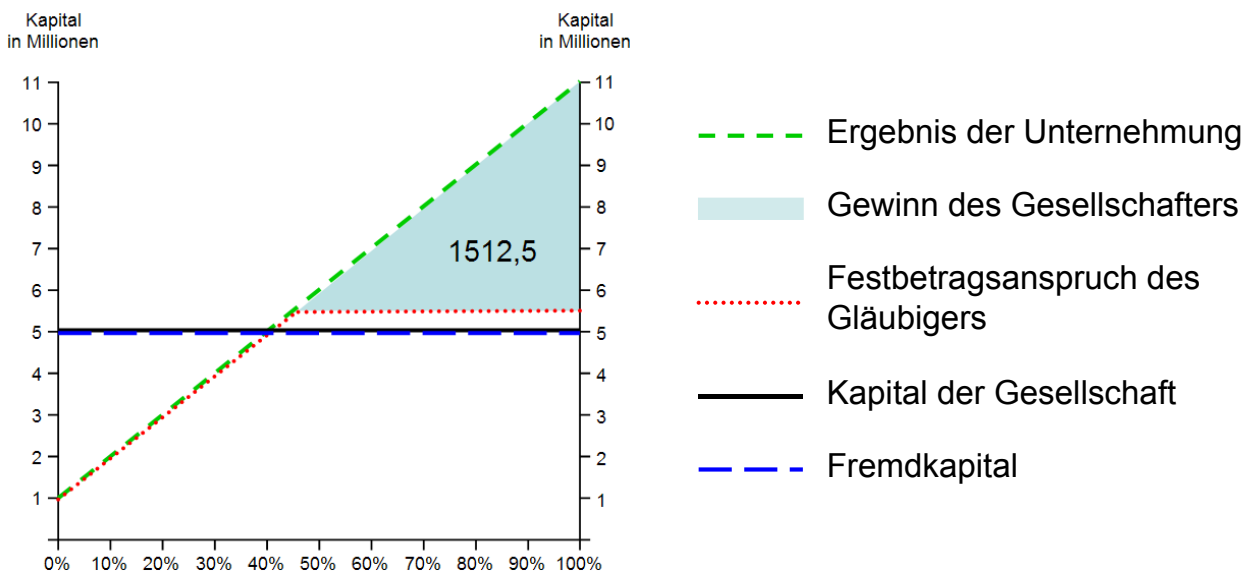


Schaubild Nr. 5

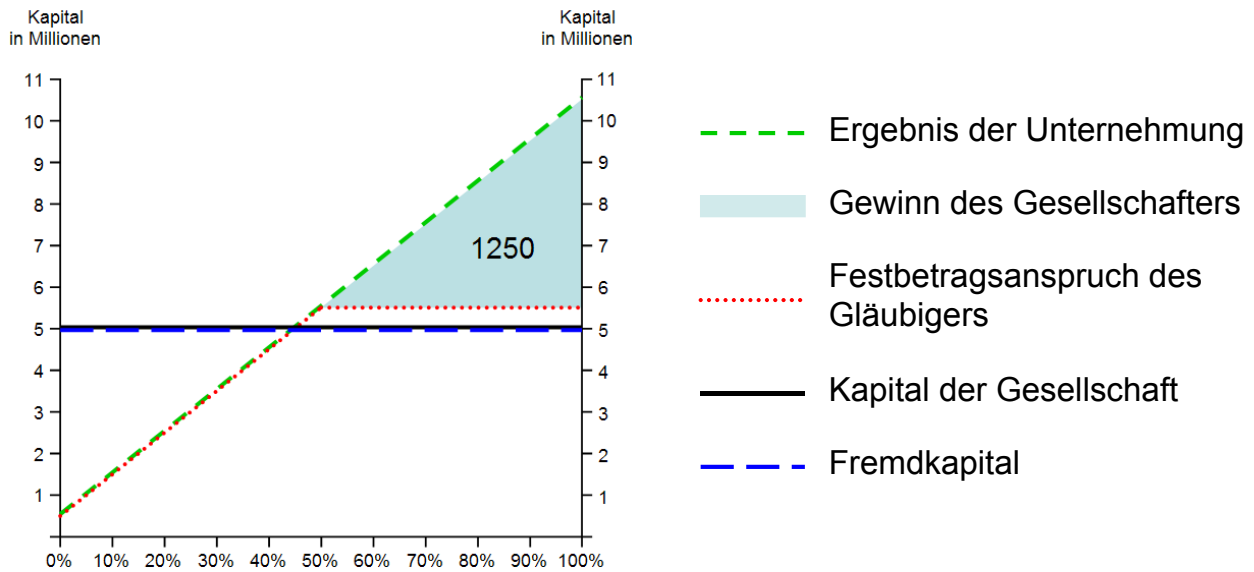


Schaubild Nr. 7

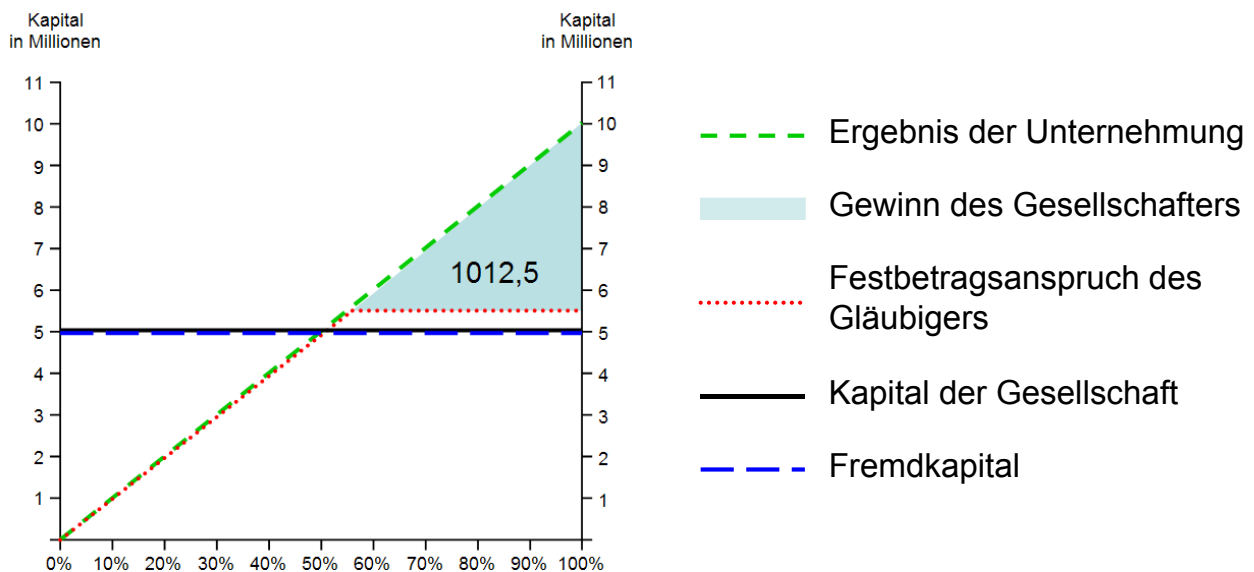


Schaubild Nr. 9

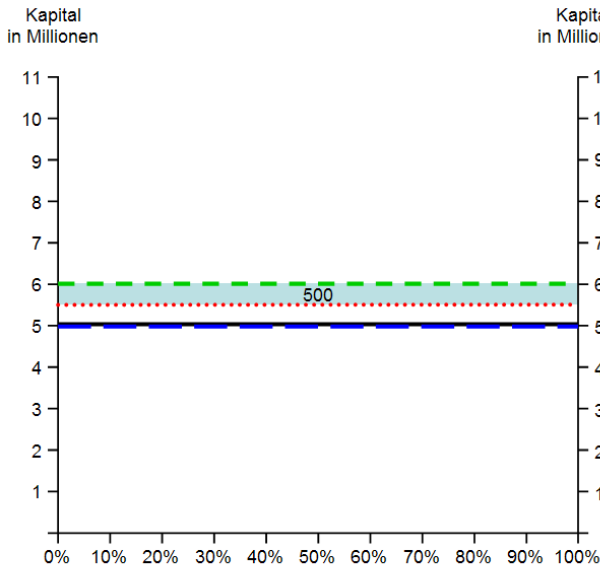


Schaubild Nr. 1

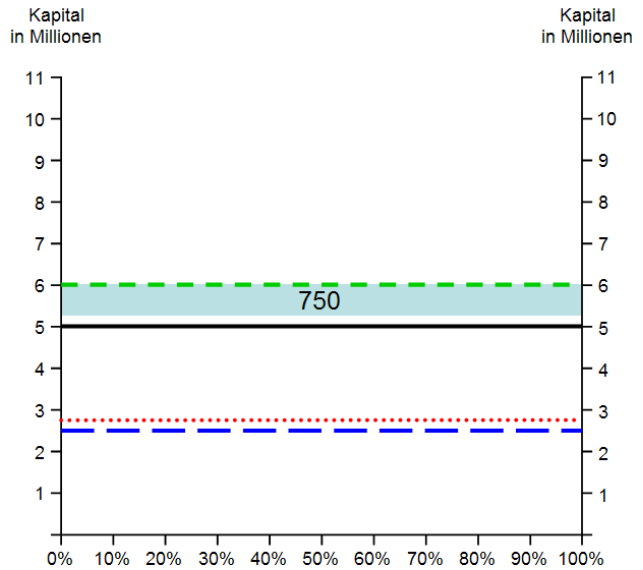


Schaubild Nr. 2

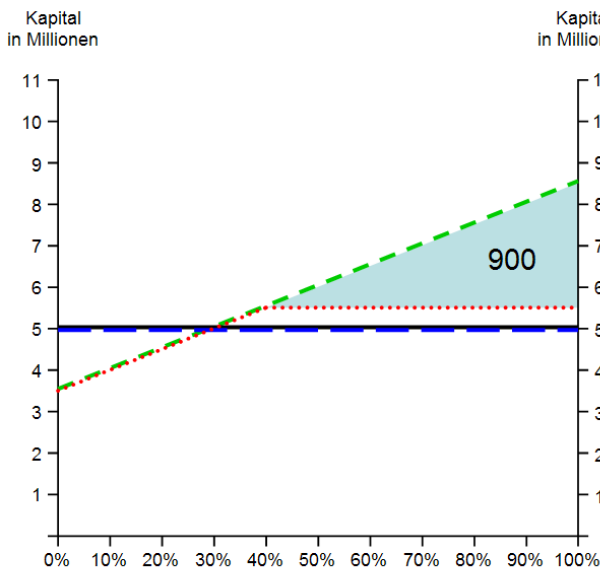


Schaubild Nr. 3

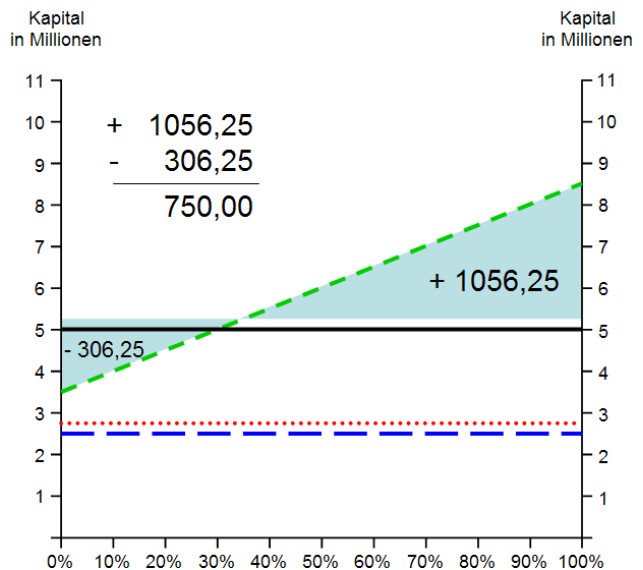


Schaubild Nr. 4

Reduzierte Gefahr der Kostenexternalisierung bei Eigenkapitalbeteiligung

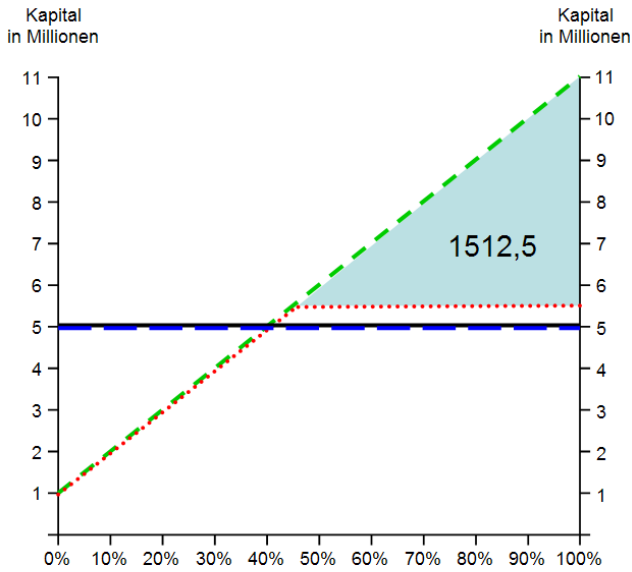


Schaubild Nr. 5

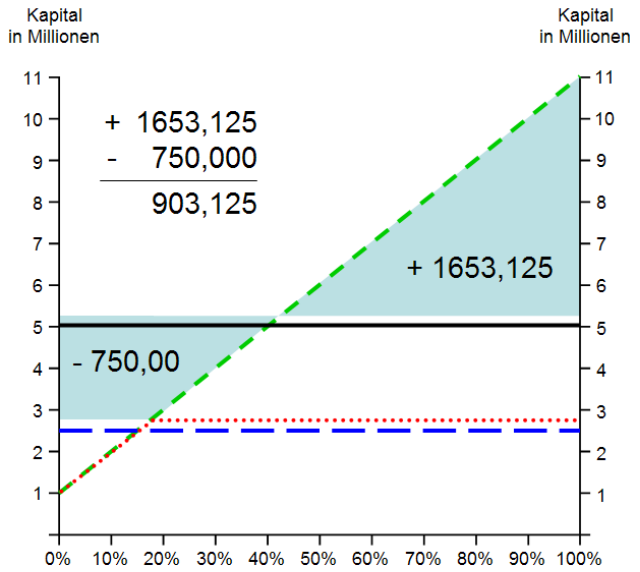


Schaubild Nr. 6

Reduzierte Gefahr der Kostenexternalisierung bei Eigenkapitalbeteiligung

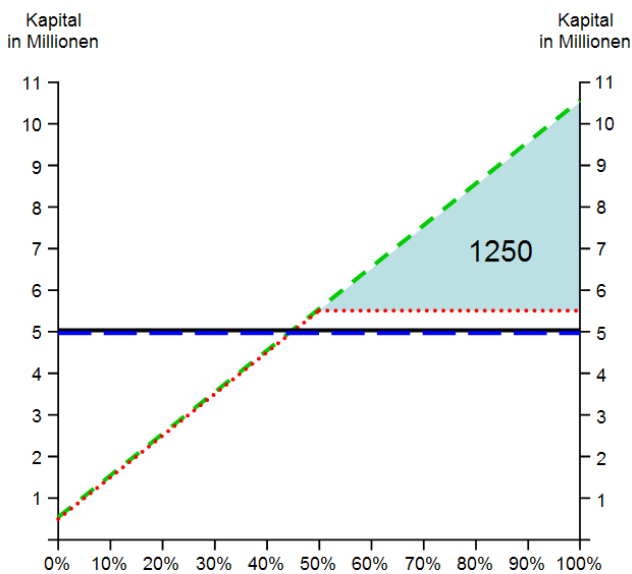


Schaubild Nr. 7

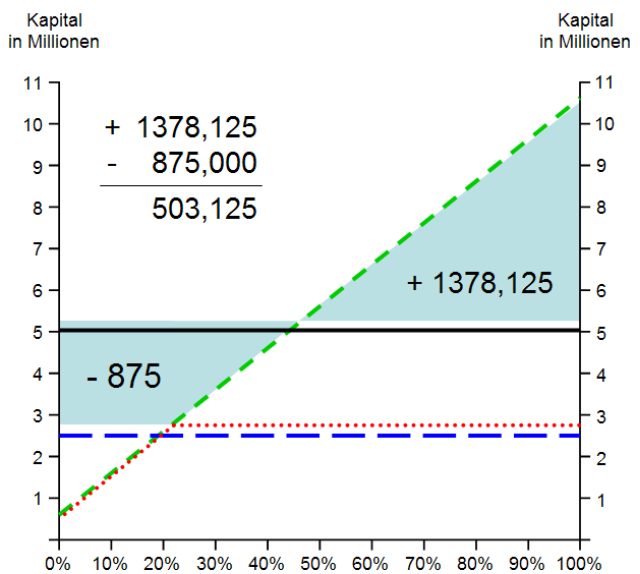


Schaubild Nr. 8

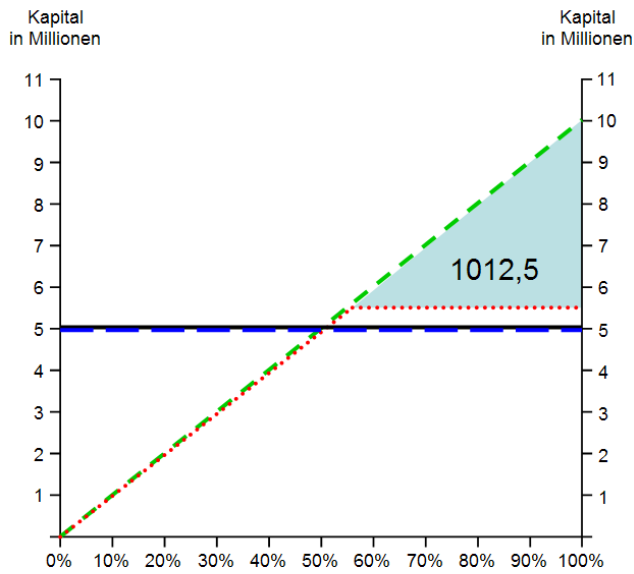


Schaubild Nr. 9

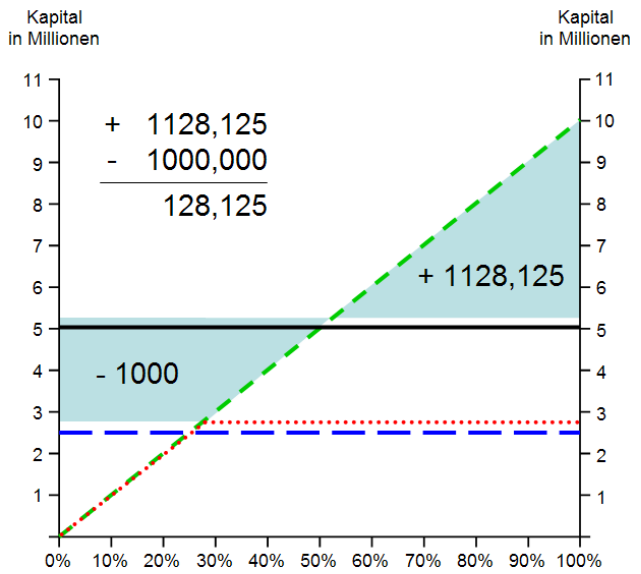


Schaubild Nr. 10