

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Gesellschafterdarlehen**

### **Analyse der neuesten BGH-Rechtsprechung und Auswirkungen des COVInsAG**

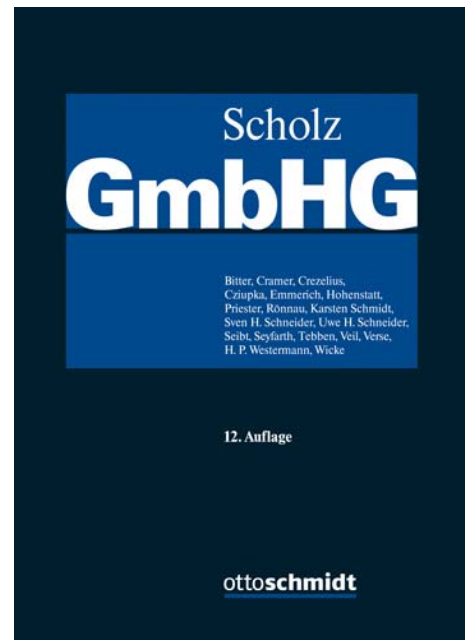
213. Bielefelder Fachlehrgang  
3. Sylter Insolvenzrechtslehrgang 2020  
am 19./20. Mai 2020 in Westerland/Sylt

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

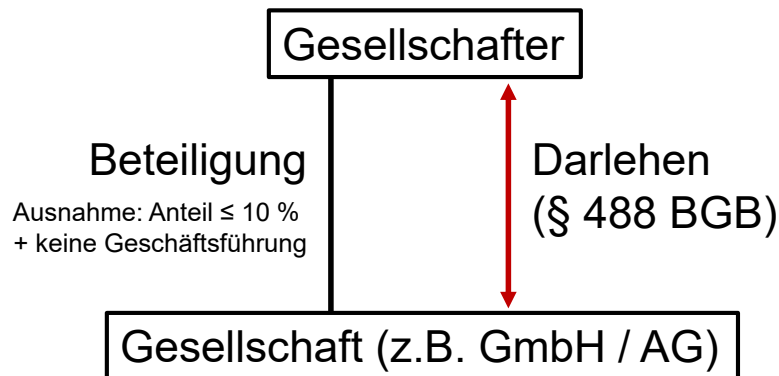
1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
2. Anfechtbarkeit von Befriedigungen (Zinszahlungen/Cash-Pool)
3. Übertragung von Gesellschafterdarlehen (u.a. M&A-Transaktionen)
4. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen
5. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Vergleich zum Darlehen, u.a. Warenkredit + sonstige Stundungen
  - Problemfall: Gewinnvorträge/-rücklagen
6. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs
  - Hybridkapital (u.a. einflussreiche Kreditgeber)
  - Darlehen im Unternehmensverbund
7. Auswirkungen des COVInsAG

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 GmbHG (Gesellschafterdarlehen). Diese Kommentierung ist bereits für alle digitalen Abonnenten online verfügbar (über den Verlag Dr. Otto Schmidt, aber auch über die Datenbanken juris und Owlit). Für alle Bezieher der Print-Ausgabe in 12. Auflage wird derzeit ein Online-Zugang vom Verlag kostenlos zur Verfügung gestellt. Bitte wenden Sie sich dazu an den Verlag oder an Ihren Buchhändler.



# 1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 14 ff.



- 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.

- Vielzahl an Begründungsversuchen in der Literatur
  - ❖ Überblick bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 20
- Zusammenfassend *Kleindiek*, in Lutter/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, Anh zu § 64 Rn. 134: „Im Ergebnis haben sich Legitimationserwägungen als fruchtbar erwiesen, die ... auf dem Gedanken der gebotenen **Korrektur des gestörten Risikogleichgewichts** [beruhen]. Der Nachrang (und in dessen Folge die Insolvenzanfechtung) korrigiert das gestörte Risikogleichgewicht, wenn der Fremdkapitalgeber zugleich Gesellschafter ist, also in einer **Doppelrolle** agiert. Der Gesellschafter soll nicht nur einseitig (im Erfolgsfall) am Gewinn partizipieren können, sondern zugleich (im Insolvenzfall) mit dem faktischen Verlust des eingesetzten Kapitals rechnen müssen.“

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

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

### 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Rn. 18: „Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass **das durch das MoMiG umgestaltete Recht** und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmoniert**. 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.“

### 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130 = DB 2015, 1345**
- Leitsatz: Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags **setzt keine Krise der Gesellschaft voraus**. Entsprechendes gilt für die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits.
- Rn. 5: „Nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 und 2 InsO kommt es auf die Krise der Gesellschaft nicht mehr an. Der Gesetzgeber hat ... bewusst auf das Merkmal der Kapitalersetzung verzichtet (...). Die Neuregelung verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (...).“
- Rn. 7: „Weder für eine teleologische Reduktion des § 135 InsO in dem Sinne, dass dem Gesellschafter der Entlastungsbeweis ermöglicht wird, zum Zeitpunkt der Rückführung des Darlehens habe noch kein Insolvenzgrund vorgelegen, noch für eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 InsO bleibt im Hinblick auf das Gesamtkonzept der neuen Regelungen Raum. ...“

### 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483 = DB 2016, 3030**
- Rn. 22: „Grundgedanke des neuen Rechts ist es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine **darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleichzustellen**. Deshalb knüpfen die Rechtsfolgen der Gewährung von Gesellschafterdarlehen tatbestandlich nicht mehr an eine Krise, sondern an die Insolvenz der Gesellschaft an. Damit wird die Behandlung von Gesellschafterdarlehen auf eine rein insolvenz- und anfechtungsrechtliche Basis gestellt (...).“
- Rn. 26: „Dem Anfechtungsrecht des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, das der Ergänzung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dient, lässt sich **keine gesetzliche Vermutung** dafür entnehmen, **dass sich die Gesellschaft im Jahr vor Antragstellung zumindest im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit befunden hätte (...).**“

### 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 = DB 2019, 1893**
- Rn. 25: „Ein Gesellschafter, der die Gesellschaft aus eigenen Mitteln mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mitteln ausstattet, finanziert damit eine Geschäftstätigkeit, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugute kommt. Hätte der Gesellschafter selbst diese Geschäfte betrieben, wären die eigenen Mittel in der Insolvenz des Gesellschafters verloren. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ordnet an, dass gleiches in der Insolvenz "seiner" Gesellschaft gilt, sofern und soweit der Gesellschafter mit seinen Rechtshandlungen die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft finanziert und das entsprechende Kapital im Insolvenzfall noch nicht abgezogen worden ist. Auf diese Weise **werden die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters eingefordert sowie das Risikogleichgewicht zwischen Gesellschaftern und sonstigen Gesellschaftsgläubigern gewahrt** (BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 – IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 51). ...“

## 3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen str.

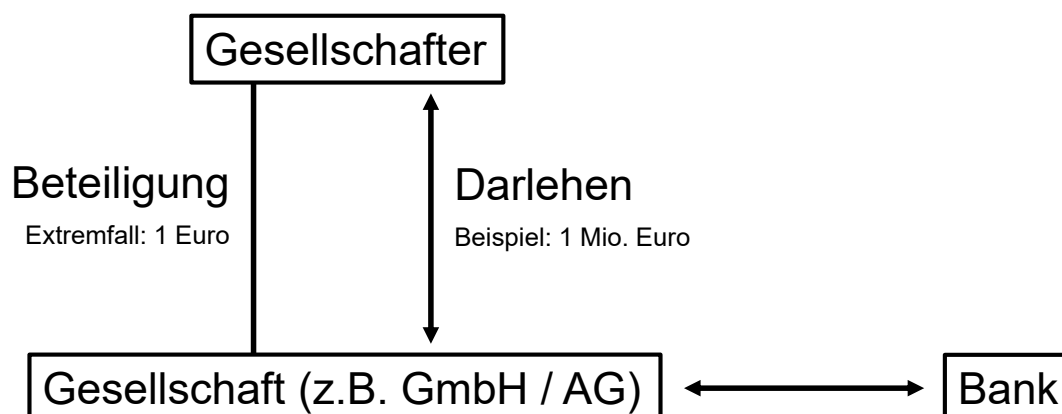
- Fortsetzung aus Rn. 25: „Dabei ist der Eintritt der Insolvenz aus Sicht des Gesetzgebers ausreichender Grund für die **Annahme, dass die vom Gesellschafter aus seinem eigenen Vermögen zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft überlassenen Gelder eine dem Eigenkapital vergleichbare finanzielle Ausstattung darstellten**. Dies ist **aufgrund des dem Gesellschafter regelmäßig eröffneten Einflusses auf die Geschäfte der Gesellschaft gerechtfertigt**. Dem Fremdkapitalgeber fehlen im allgemeinen vergleichbare Einflussmöglichkeiten.“
- Interpretation:
  - gesetzliche Vermutung nomineller Unterkapitalisierung
  - Die Gesellschaftereigenschaft ist jedenfalls durch die (Möglichkeit der) Einflussnahme gekennzeichnet.
  - klare Aussage des BGH, ob daneben auch eine variable Erlösbeteiligung kennzeichnend für die Gesellschaftereigenschaft ist

## 4. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 30 ff.;  
*Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 262 ff. (demnächst in 5. Aufl.)

- Präzisierung des „Missbrauchs“ der Haftungsbeschränkung erforderlich
- Zweck der Haftungsbeschränkung: Ausschaltung der Risikoaversität der Gesellschafter
- Problem: Gefahr der Kostenexternalisierung
- Lösung: Angemessene Eigenkapitalbeteiligung als Ausgleich zwischen Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung

- **These:** Die Haftungsbeschränkung soll die Risikoaversität der Gesellschafter mindern, damit riskante Projekte mit positivem Erwartungswert im Interesse der Gesamtwohlfahrt unternommen werden (Investitionsanreiz).  
Gesellschafter, deren Haftung beschränkt ist, können allerdings Kosten auf die Gläubiger externalisieren, wenn die Verlagerung ökonomischer Risiken von der Gesellschafter- auf die Gläubigerebene nicht kompensiert wird.  
Diese Gefahr der Risikoverlagerung sinkt, wenn die Gesellschafter angemessen mit Eigenkapital beteiligt sind.



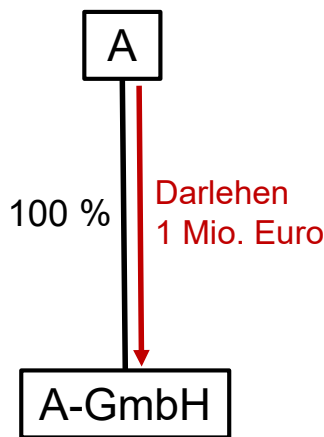
- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen



- **These:** Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Um das Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzustufen.
- **These:** Die Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 InsO soll diesen Nachrang absichern (vgl. BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 = ZIP 2016, 2483, Rn. 21, 26; BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = DB 2019, 1893 = ZIP 2019, 1577, 1579 (Rn. 27))

## 2. Anfechtbarkeit von Befriedigungen – Zinszahlungen/Cash-Pool –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 145 ff.

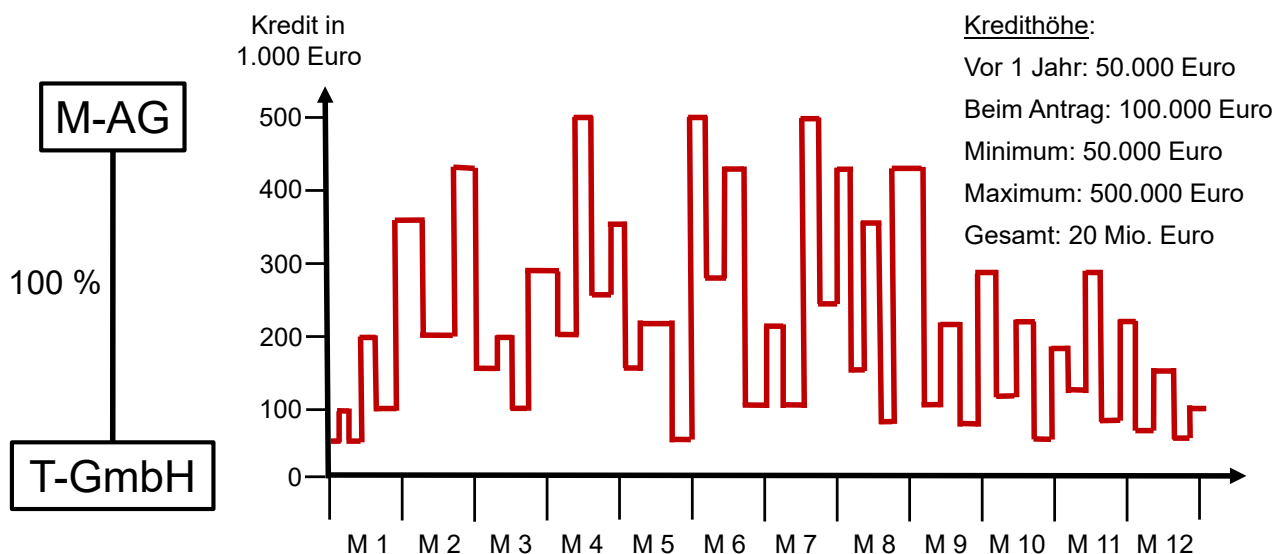


langfristig	Darlehen zu 5 % Zins
	Zinszahlung zum Monatsende
5.1.2020	Insolvenzantrag
1.3.2020	Verfahrenseröffnung

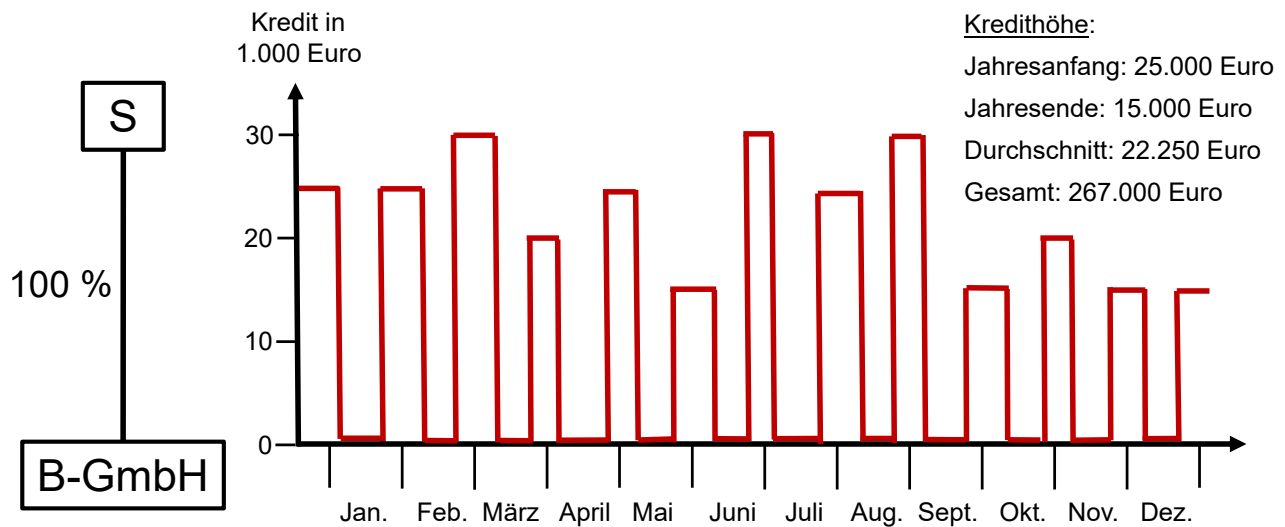
- Frage: Anfechtbarkeit der Zinszahlungen aus dem Jahr 2019 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?

- **OLG Düsseldorf v. 20.5.2014 – I-12 U 87/13, ZIP 2015, 187, 188**
- Leitsatz 1 der ZIP-Redaktion: Auch Zinszahlungen, die nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta sind, fallen in den sachlichen Anwendungsbereich von § 135 Nr. 2 InsO a.F.
- Aus den Gründen: „Nach § 135 Nr. 2 InsO a.F. ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. ... Die Zinszahlungen fallen auch in den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift. Allerdings ist mit ihnen nicht für eine Forderung auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt worden. Die geleisteten Zinszahlungen waren vielmehr nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta (...). Dies steht ... der Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO a.F. aber nicht entgegen, da **die Zinszahlung als Nebenleistung das Schicksal der Hauptleistung teilt, wofür der Gleichlauf zur Nachrangregelung in § 39 InsO spricht** (...).
- a.A. Scholz/Bitter, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 129; ausführlich Mylich, ZGR 2009, 474, 489 ff., der zwischen „Finanzierungsertrag“ (Zinsen) und „Finanzierungsquelle“ (Kredit) trennt

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = DB 2019, 1893 = ZIP 2019, 1577, 1581 f. (Rn. 43 ff.)**
- **Leitsatz 1c:** Vertragliche **Ansprüche eines Gesellschafters auf marktübliche Zinsen** für das von ihm gewährte Gesellschafterdarlehen **stellen keine einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellte Forderung dar**, sofern sie nicht erst zu außerhalb jeder verkehrsüblichen Handhabung liegenden Zinsterminen gezahlt werden.
- Rn. 43 f.: „Bezahlt der Schuldner vertraglich vereinbarte Darlehenszinsen, sind diese Leistungen grundsätzlich nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar (...). Anfechtbar gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist eine Rechtshandlung, die Befriedigung für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung gewährt hat. Vertraglich vereinbarte Darlehenszinsen oder vertraglich geschuldete Zinsen für eine gleichgestellte Forderung sind keine Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens. Eine Gleichbehandlung von Darlehen und Zins ist nicht gerechtfertigt. ... Sie stellen in erster Linie ein **Entgelt für die Nutzung** dar. Für die Überlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch oder zur Ausübung hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass keine Grundlage besteht, die Tilgung eines Nutzungsentgelts einer Darlehensrückzahlung gleichzustellen (...).“



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



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

- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 = DB 2013, 810**
- Leitsatz 1: Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.
- Rn. 16: „In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. ... **Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen** daher nicht in ihrer Summe, sondern **nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze** (...). ...“
- Rn. 17: „Dieser Grundsatz ist hier einschlägig, weil die der Schuldnerin von der Beklagten [scl.: Gesellschafterin] fortlaufend gewährten Kredite durch ihre gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis nach der Art eines Kontokorrentkredits miteinander verbunden sind.“

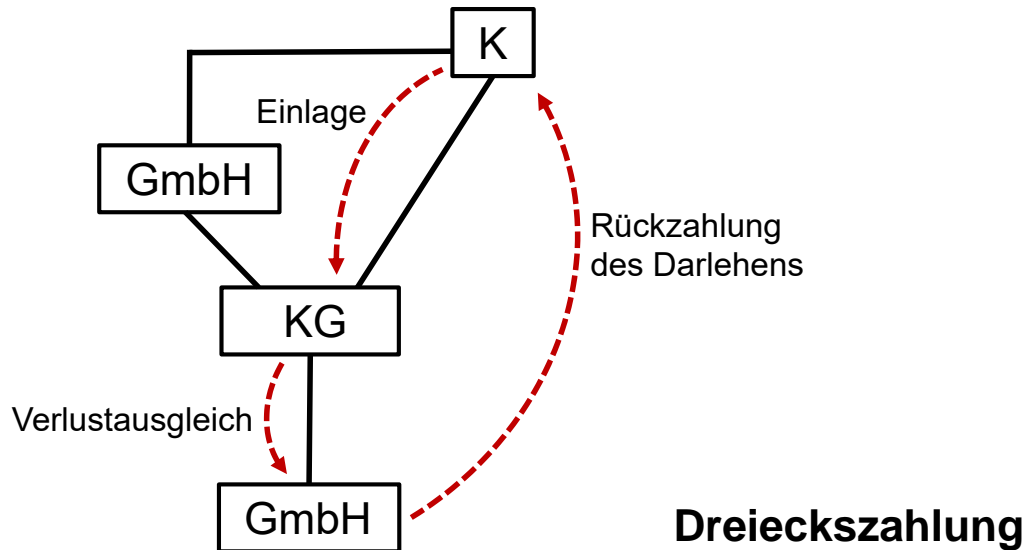
- **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 = DB 2013, 810**
- Rn. 26: „Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat noch unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, dass das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung gleichsteht (BGH, Urteil vom 28. November 1994 – II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24 f; vom 11. Oktober 2011 – II ZR 18/10, WM 2011, 2235 Rn. 10; vgl. auch OLG Hamburg, GmbHR 2006, 813, 814). Dieser Wertung kann in Anwendung des anfechtungsrechtlich ausgestalteten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht uneingeschränkt gefolgt werden (HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 33a; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 63a; aA Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a/b Rn. 43). Denn es kommt nicht mehr darauf an, in welcher Höhe die wiederkehrenden Darlehen der Beklagten an die Schuldnerin Eigenkapital ersetzend waren. Deshalb bestimmt sich der begründete Teil der Klageforderung auch nicht mehr nach dem durchschnittlich offenen Darlehensbetrag. **Bankguthaben oder Zahlungsmittel sind der Masse vielmehr im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden**, was dem von der Beklagten übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“

- **BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, WM 2014, 329 = ZIP 2014, 785**
- Leitsatz 1: In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern bis zu der eingeräumten Kreditobergrenze (Festhaltung BGH, 7. März 2013, IX ZR 7/12, WM 2013, 708 und BGH, 4. Juli 2013, IX ZR 229/12, WM 2013, 1615).
- Leitsatz 2: Handelt es sich nicht um eine Vielzahl einander ablösender Staffelpkredite, sondern **lediglich** um **zwei Darlehensverträge**, zwischen denen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht und die nicht auf einen bestimmten Zweck sondern lediglich auf den allgemeinen Liquiditätsbedarf des Schuldners bezogen waren, so **kann diese Kreditgewährung nicht einem Kontokorrent gleichgestellt werden**.

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = DB 2019, 1893 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 37 ff., 41 ff.)**
- **Leitsatz 1b:** Nehmen Gesellschafter und Gesellschaft **taggleiche Hin- und Herzahlungen** im Rahmen des gleichen darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund vor, kommt eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht.
- **Leitsatz 1d:** Im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Gesellschafterdarlehensverhältnisses ist eine Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber dem Gesellschafter nur anfechtbar, soweit der im Anfechtungszeitraum bestehende **höchste Saldo bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endgültig zurückgeführt** worden ist.
- **Fall:** 610 Zahlungsvorgänge zwischen zwei konzernverbundenen Unternehmen (wohl im Rahmen eines betrügerischen Anlagesystems)
- Übertragbarkeit auf den Cash-Pool (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 155)

- **Eigene Position (*Bitter*, in FS Lwowski, 2014, S. 223 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 151 ff.):**
  - 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
  - Erstreckung auf andere Anfechtungstatbestände: *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.

- **BGH v. 2.5.2019 – IX ZR 67/18, ZIP 2019, 1128 = DB 2019, 1317**

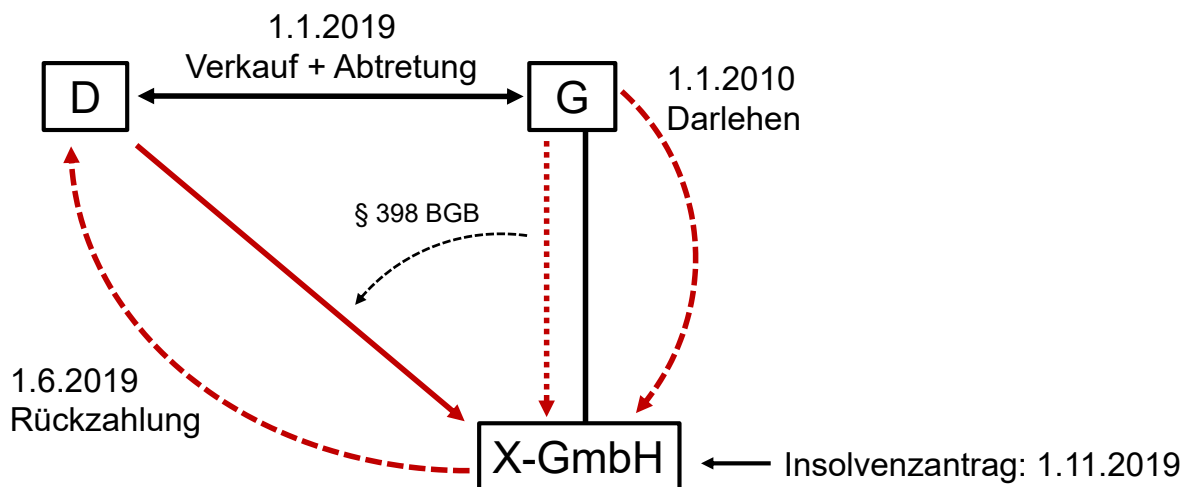


- **BGH v. 2.5.2019 – IX ZR 67/18, ZIP 2019, 1128 = DB 2019, 1317**
- Leitsatz: Die in der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens liegende Gläubigerbenachteiligung wird nicht beseitigt, indem der Gesellschafter die empfangenen Darlehensmittel zwecks Erfüllung einer von ihm übernommenen Kommanditeinlagepflicht an die Muttergesellschaft der Schuldnerin weiterleitet, welche der Schuldnerin anschließend Gelder in gleicher Höhe auf der Grundlage einer von ihr übernommenen Verlustdeckungspflicht zur Verfügung stellt.
- Konsequenz: **Dreieckszahlung grundsätzlich nicht ausreichend**; Ausnahme bei Rückzahlung durch einen Leistungsmittler des Empfängers (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 163)

### 3. Übertragung von Gesellschafterdarlehen insbesondere bei M&A-Transaktionen

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 72 ff.

### Übertragung von Gesellschafterdarlehen



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



- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- **Leitsatz 1:** Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.
- Rn. 31: „Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden (...). Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (...). Aus dieser Erwägung werden angesichts der schier unerschöpflichen **Gestaltungsfantasie der Gesellschafter** und ihrer Berater (...) im Rahmen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Umgehungstatbestände erfasst (...), denen bereits der allein an objektive Merkmale anknüpfende Tatbestand des § 135 InsO vorzubeugen sucht (...). Deshalb ist aufgrund der im Rahmen dieser Vorschrift anzustellenden **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (...) die im Wege einer Abtretung ebenso wie die durch eine Anweisung (...) bewirkte Drittzahlung als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend ist dabei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich

- an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf eine der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgeht und sich darum auch als solche an ihn darstellt.“
- Rn. 32: „Könnte sich der Gesellschafter durch eine mit dem Verkauf der Darlehensforderung verbundene Abtretung enthaften, wäre ihm die Möglichkeit eröffnet, zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil eine Forderung zu verwerten, die im Insolvenzverfahren zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Vermögen der GmbH zugeordnet bleiben muss (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dem Gesellschafter ist es jedoch versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens auf dem Rücken der Gläubiger zu spekulieren und das Anfechtungsrisiko auf sie abzuwälzen (...). Folglich ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte [scl.: die zedierende Gesellschafterin] infolge der Anfechtbarkeit der Zahlung der Schuldnerin im Verhältnis zu der C. [scl.: der Zessionarin] Rückgriffsansprüchen ausgesetzt war oder solche Ansprüche wegen eines Haftungsausschlusses nicht zu befürchten hatte (...). **Würde auf die Haftungslage abgestellt, wäre einer missbräuchlichen Umgehung der Anfechtung durch die Möglichkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung Tür und Tor geöffnet.** Vor allem in Gestaltungen der vorliegenden – auf ein kollusives Zusammenwirken hindeutenden (...) – Art bestünde die Gefahr, dass durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen **vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar** die Anfechtung ausgehöhlt wird. Auch zur Vermeidung eines solchen Nachteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft von den Folgen einer der insolvenzrechtlichen Verstrickung seiner Darlehensforderung widersprechenden Inanspruchnahme durch den Zessionar freizustellen (...).“

## Ansichten in der Literatur:

- Die herrschende Lehre stimmt dem BGH zu.
- Gegenansicht 1: Nur der Zessionar soll haften.
  - ⇒ Blick auf die Fälle des Unternehmenskaufs (M & A) ⇒ b.w.
- Gegenansicht 2: Nur der Zedent soll haften.
  - ⇒ Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Forderung
  - ⇒ Problem insbesondere bei besicherten Forderungen, wenn man – mit dem BGH – auch anfängliche Besicherungen für anfechtbar hält. Folge ist die fehlende Kapitalmarktfähigkeit besicherter Unternehmensanleihen.
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 77 ff.

## Probleme beim Unternehmenskauf mit Übertragung von Anteil + Forderung

- Für den Unternehmensverkäufer und Zedenten ist die Forthaftung bei späterer Darlehensrückzahlung an den Erwerber misslich, weil er dann – ohne jeglichen Einfluss auf das Unternehmen – für ein Jahr dessen Insolvenzrisiko tragen muss und sich dies auch schwer absichern lässt.
- Nach dem Urteil BGHZ 196, 220 war zunächst noch recht offen, ob die Gesamtschuldlösung des BGH auch auf Fälle des Unternehmensverkaufs mit gleichzeitiger Übertragung von Anteil und Forderung übertragbar ist.
  - ❖ *Bauerl/Farian*, GmbHR 2015, 230 ff. m.w.N.; ferner *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780 f.; knapp *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 749 f.
- Problem: Verallgemeinerung der Gesamtschuldlösung in BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = ZIP 2019, 666 = DB 2019, 835 (Rn. 85 ff.)
  - ⇒ b.w.

- **BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = ZIP 2019, 666 = DB 2019, 835**
- Rn. 85: „Wenn ein Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung abtritt und die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar tilgt, **unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung**. 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** (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 31 mwN).“

- Rn. 86: „Diese Grundsätze gelten auch bei der Anfechtung von Sicherheiten gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dabei **kann dahinstehen, ob auch mit Blick auf die Anfechtbarkeit von Sicherheiten der Nachrang für Gesellschafterdarlehen nur erhalten bleibt, wenn der Gesellschafter seine Doppelrolle innerhalb der Jahresfrist vor Antragstellung aufgibt** (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 25). Denn die Beklagte zu 1 befand sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Doppelrolle als Gesellschafterin und als Kreditgeberin und hat die Schuldverschreibungen gegebenenfalls erst im Laufe des Insolvenzverfahrens an Dritte übertragen.“

## Probleme beim Unternehmenskauf mit Übertragung von Anteil + Forderung

- Vorschlag in der Literatur: Einbringungslösung = Forderung wird vor dem Unternehmenskauf als Sacheinlage eingebracht und dann der (im Wert erhöhte) Anteil verkauft
  - ❖ *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898 ff.; zust. *Thiessen*, ZGR 2015, 396, 433; auf steuerliche Risiken der Einbringung hinweisend sowie andere Lösungen diskutierend *Greven*, BB 2014, 2309 ff., *Bauer/Farian*, GmbHR 2015, 230, 233 f., *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780 ff. und *Primožic*, NJW 2016, 679 ff.; ferner *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 355 ff., zur Einbringungslösung insbes. S. 357 m.w.N.
- Problem: Erfolgt die Einbringung nicht als echte, im Handelsregister publizierte Sacheinlage, sondern in die Kapitalrücklage i.S.v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, nützt dies im Ergebnis nichts, wenn man darauf das Gesellschafterdarlehensrecht analog anwendet. ⇒ Folien 57 ff.

## 4. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 201 ff., 243 ff.

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

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

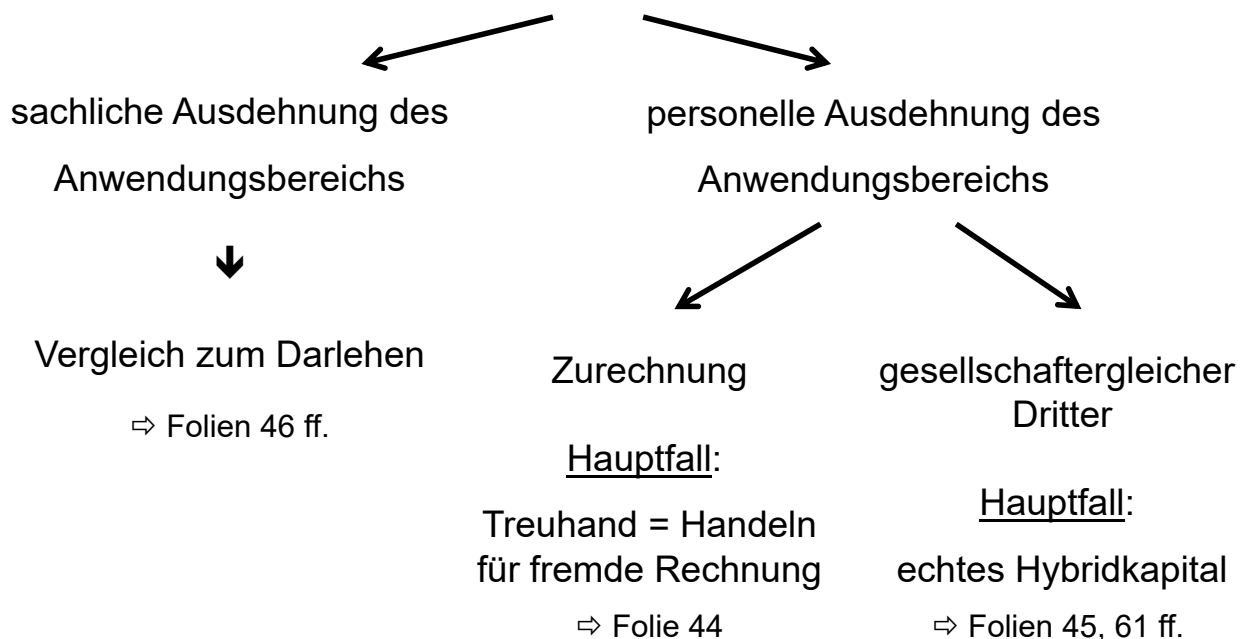
...

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

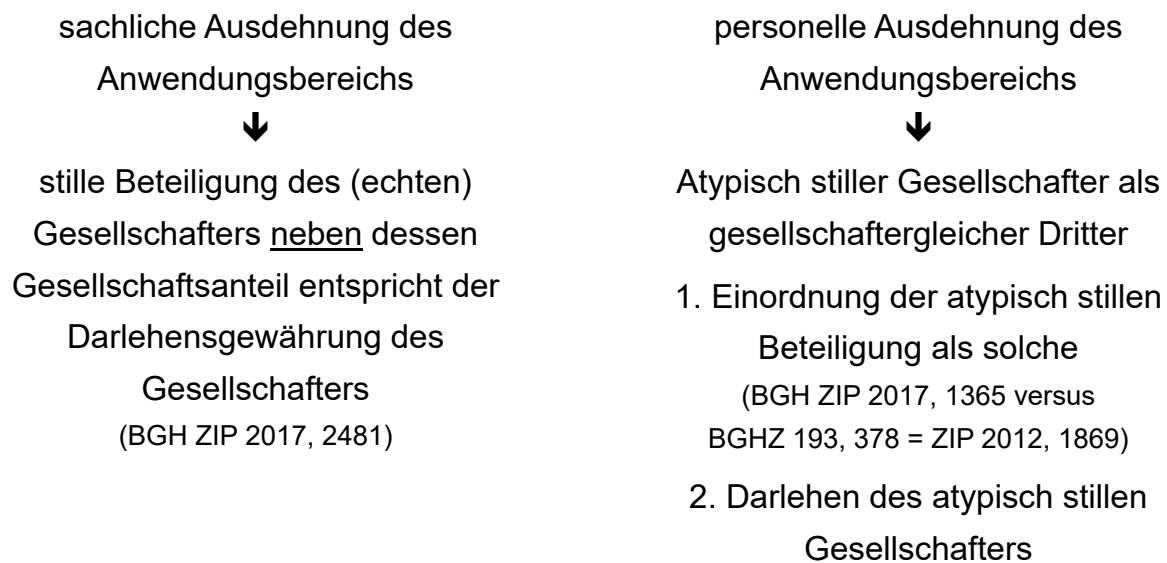
## 2. Frühere Regelung im Eigenkapitalersatzrecht: § 32a III 1 GmbHG

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

## 3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt



## Beispiel: stille Beteiligung



Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230, 290 ff., 312 f.

## 1. Zurechnungsfälle

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

## 2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
  - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
  - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
    - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck
    - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
    - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
    - Irrelevanz der Insiderstellung (vgl. aber den BGH oben Folie 9)
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 244 ff.

## 5. Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen)

u.a. Warenkredite/Stundungen  
+ Gewinnvorträge/-rücklagen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 207 ff.

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
  - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936, 937
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
  - ❖ LAG Hannover v. 27.1.2012 – 6 Sa 1145/11, ZIP 2012, 1925 (Arbeitnehmer einer GmbH, deren Mitgesellschafter er zu einem Drittel ist)
  - ❖ OLG Schleswig v. 29.5.2013 – 9 U 15/13, NZI 2013, 936 f. (Vergütungsanspruch eines Liquidators)
  - ❖ BAG v. 27.4.2014 – 6 AZR 204/12, BAGE 147, 373 = ZIP 2014, 927 (Gehaltsansprüche eines Gesellschafters)
  - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 (Rn. 50: Gehaltsansprüche eines Gesellschafters)

- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
  - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491  
⇒ Folie 49 f.
  - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350 ⇒ Folie 51
  - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, DB 2019, 2071 = ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617 ⇒ Folie 52
- Problem: Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung
  - ❖ OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162 ⇒ Folie 53
- Problem: Besicherung gestundeter Forderungen ⇒ Folie 54



- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491**
- Leitsatz 1: Ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig, genießen Lohnzahlungen seines insolventen Arbeitgebers, die binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, das Bargeschäftsprivileg.
- Leitsatz 3: Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.
- Rn. 50 + 51: b.w.
- **Achtung:** Drei-Monats-Frist bei Arbeitsentgelt eines Arbeitnehmers (§ 142 II 2 InsO n.F.)

- **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491**
- Rn. 50 + 51: „ ... Ungeachtet des Entstehungsgrundes sind einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührende Forderungen gleich zu achten, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil **jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt (...)**. Stehen gelassene Gehaltsansprüche eines Gesellschafters können darum wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen (...). Im Streitfall ist weder eine Stundung noch ein Stehenlassen einer Lohnforderung gegeben. Vielmehr **wurde die Lohnzahlung an den Beklagten bargeschäftlich (§ 142 InsO) abgewickelt. In diesem Fall kommt eine Stundungswirkung nicht in Betracht.**“
- best. BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (Rn. 70 f.)

- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589**
- Rn. 70: „Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt (BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, WM 2014, 1488 = ZIP 2014, 1491 Rn. 50). **Wird eine Leistung bargeschäftlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, aus** (BGH, aaO Rn. 51).“
- Rn. 71: „Ein Baraustausch liegt bei länger währenden Vertragsbeziehungen in Anlehnung an § 286 Abs. 3 BGB vor, wenn **Leistung und Gegenleistung binnen eines Zeitraums von 30 Tagen abgewickelt werden** (BGH, aaO Rn. 31 ff). Danach ist im Streitfall von einem Baraustausch auszugehen. Die Miete war nach § 6 des Mietvertrags zum jeweils 15. Werktag des laufenden Monats fällig und ist für Dezember 2009 statt dem 15. Dezember 2009 am 4. Januar 2010, für Januar 2010 statt dem 15. Januar 2010 am 4. Februar 2010, für Februar 2010 statt dem 15. Februar 2010 am 12. März 2010, für März 2010 statt dem 15. März 2010 am 8. April 2010 und für April 2010 statt dem 15. April am 20. April 2010 beglichen worden. Mithin wurde der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum von 30 Tagen nicht überschritten.“
- Kritik bei *Bitter*, WuB 2015, 350, 355 f.

- **BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617**
- Leitsatz: Wird die aus einem üblichen Austauschgeschäft herrührende Forderung eines Gesellschafters über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten rechtsgeschäftlich oder faktisch zugunsten seiner Gesellschaft gestundet, handelt es sich grundsätzlich um eine darlehensgleiche Forderung.
- Rn. 15: „Nicht jede Stundung über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum von 30 Tagen hinaus führt dazu, dass eine Forderung aus einem sonstigen Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Vielmehr **ist darauf abzustellen, ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn eine Forderung länger als drei Monate stehen gelassen wird.**“
- kritisch Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 209a

- **OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162**
- juris-Rn. 38: „Indem die Bekl. [= mittelbare Gesellschafterin] die Schuldnerin hier, um den Sanierungsbedarf des Pachtobjekts wissend, über Jahre hinweg nicht dazu angehalten hat, ihrer gegenüber der Bekl. seit 2001 und den Folgejahren bestehenden und fälligen Verpflichtung zur Instandhaltung des Pachtobjekts aus § 3 Abs. 1 – 3 des Pachtvertrags nachzukommen, ist es der Schuldnerin erspart geblieben, die hierfür grundsätzlich nötigen (finanziellen) Mittel aufzuwenden. Auf diese Weise hat die Bekl. der Schuldnerin – auch wenn sich ihr Anspruch zunächst nicht auf die Zahlung von Geld, sondern (nur) auf die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen durch und auf Kosten der Schuldnerin bezog – Finanzmittel belassen, die die Schuldnerin anderweitig verwenden konnte.“
- Folgefrage: generelle Finanzierungsfunktion bei Anzahlungen/Vorschüssen?
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 212 ff.

- Eigentumsvorbehalt bei gestundetem Kaufpreis = Warenkredit gegen Sicherheit
- Unechtes Factoring = Kreditgewährung gegen Sicherheit
- Finanzierungsleasing = Kreditgewährung gegen Sicherheit  
(a.A.: Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 III InsO);  
vgl. *Bitter*, ZIP 2019, 737, 742
- Allgemeines Problem: Anfechtbarkeit anfänglicher Sicherheiten gemäß § 135 I Nr. 1 InsO (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 47 ff., 168 ff., 217 ff. und *Bitter*, ZIP 2019, 737, 741 ff. gegen BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = ZIP 2019, 666 = DB 2019, 835)

- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil
  - ⇒ Folie 43 (linke Seite) und Folie 56
- **Kapital- und Gewinnrücklage**
  - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 = DB 2014, 828 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 57
  - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622 (Gewinnrücklage) ⇒ Folie 58
- Abfindungszahlungen an Gesellschafter?
  - ❖ KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f. ⇒ Folie 60
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung?
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230 ff.

- **BGH v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, ZIP 2017, 2481 = DB 2017, 2990**
- Leitsatz: Hat ein Gesellschafter zusätzlich zu seiner Beteiligung als Gesellschafter eine (typische) stille Beteiligung übernommen, stellt der Anspruch auf Rückgewähr der stillen Einlage eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung dar.
- Rn. 6: „Sofern der Anfechtungsgegner unmittelbar am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt ist, seine Beteiligung über das Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Abs. 5 InsO hinausgeht und kein Fall des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO vorliegt, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 135 Abs. 1 InsO in personeller Hinsicht erfüllt. **In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die Rechte des Anfechtungsgegners aus dem Darlehen oder der dem Darlehen gleichgestellten Forderung diesem für sich genommen eine Rechtsposition verschaffen, die der eines Gesellschafters entspricht. ...**“
- Rn. 7: „Es entspricht einhelliger Meinung, dass die von einem (mittelbaren) Alleingesellschafter zusätzlich übernommene stille Einlage als darlehensgleiche Leistung dieses Gesellschafters anzusehen ist (...). ...“
- Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146, 147 f.

- **OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 = DB 2014, 828**
- Leitsatz: Durch die Ausschüttung von Gewinnvorträgen durch einen Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird eine Forderung aus einer Rechtshandlung zurückgewährt, die einem Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wirtschaftlich entspricht. Sie ist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.
- Aus den Entscheidungsgründen: „Das Stehenlassen des Gewinns durch Gewinnvortrag durch den Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist anfechtungsrechtlich als Gesellschafterdarlehen zu behandeln. ... Bei dem Gewinnvortrag bleiben die Erträge, anders als bei der Gewinnausschüttung, noch in der Gesellschaft. Die Gesellschafter belassen der Gesellschaft vorübergehend bereits vorhandene Mittel (...). In diesem Sinne kann ein Gewinnvortrag auch als vorübergehende Rücklage – bis zum nächsten Ergebnisverwendungsbeschluss – bezeichnet werden (...).“
- Anschluss an *Mylich*, ZGR 2009, 474, 492 ff. (dort Differenzierung zwischen „Finanzierungsertrag“ [Gewinn] und „Finanzierungsquelle“ [Rücklage])
- Revision durch BGH v. 18.2.2014 – IX ZR 252/13 verworfen.

- **OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622**
- Leitsatz von RiOLG Dr. Schulz: Entnimmt ein Kommanditist Gelder aus dem Vermögen der Gesellschaft und sind die Entnahmen durch ein Guthaben auf einem Kapitalkonto gedeckt, scheidet eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus, wenn das Guthaben eine Beteiligung am Eigenkapital der Gesellschaft ausweist und damit keine Forderung des Gesellschafters darstellt.
- juris-Rn. 25: „Eine direkte Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO scheidet im Falle der Ausschüttung von Eigenkapital schon deshalb aus, weil **es nicht nur an einer einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellten Forderung fehlt, sondern überhaupt an einem Forderungsrecht des Gesellschafters.** ...“
- juris-Rn. 26: „Auch eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO kommt nicht in Betracht. Richtig ist allerdings, dass **der Nichtgebrauch eines Entnahmerechts durch einen Kommanditisten oder die Thesaurierung von Gewinnen einer GmbH dem Stehenlassen einer Forderung wertungsmäßig nahe stehen kann** ... Eine entsprechende Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf vorinsolvenzliche Ausschüttungen aus dem Eigenkapital der Gesellschaft scheidet jedoch aus, weil **es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.**“

- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 231 ff.:

Die Argumentation des OLG Schleswig überzeugt nicht:

- Analogie nicht erforderlich, weil das Gesellschafterdarlehensrecht bereits per Gesetz auf „Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“, erstreckt wird (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO)
- vergleichbare Interessenlage auch vom OLG Schleswig anerkannt
- Wer im Vergleich zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO freiwillig in einen noch tieferen Rang – hier den des § 199 Satz 2 InsO – zurücktritt, kann im Hinblick auf die Anfechtung nicht besser stehen, sondern muss im Gegenteil erst recht der Anfechtung bei Rückzahlungen im Jahr vor Verfahrenseröffnung unterliegen.
- sonst Gefahr einer Umgehung des Gesellschafterdarlehensrechts durch die Bildung von (jederzeit auflösbaren) Rücklagen

- **KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f.**
- juris-Rn. 38: „Der Senat hält den gedanklichen Ausgangspunkt, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter für etwaige, nach seinem Ausscheiden eintretende Kapitalverluste nicht haftet und er einem Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt gleichgestellt werden kann, für überzeugend. Wenn aber der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters im Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig zu behandeln ist, wenn der Gesellschafter im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag ausgeschieden ist, dann muss dies erst recht auch für seinen Abfindungsanspruch gelten. ...“
- dazu (im Ergebnis offen) Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 237

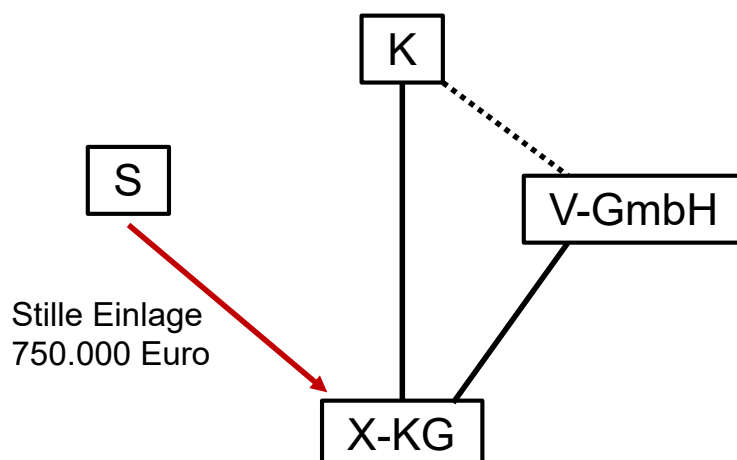
## 6. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs – Teil 1: Hybridkapital –

Einbeziehung von Banken + Anleihegläubigern  
u.a. bei Loan-to-own-Strategien

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 287 ff.

## Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Hybridkapital –

### 1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals



BGHZ 193, 378  
(Innen-KG)

Bitter, ZIP 2019, 146

- 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.

### 1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

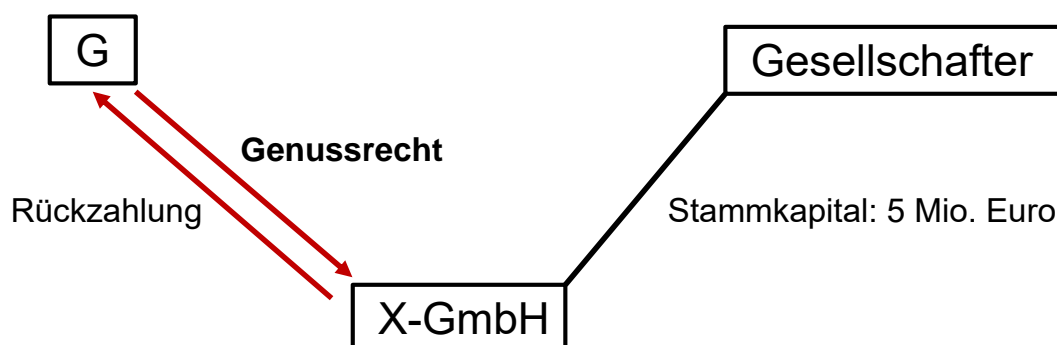
- Abgrenzung zur stillen Gesellschaft i.S.d. §§ 230 ff. HGB  
(*Bitter*, ZIP 2019, 146, 154 ff.)
  - Kreditverhältnis auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage
  - begrenzte Informations- und Kontrollrechte (§ 233 HGB)
  - kein Nachrang in der Insolvenz (§ 236 HGB)
  - begrenzter und rechtspolitisch umstrittener Anfechtungstatbestand (§ 136 InsO), der – anders als das Gesellschafterdarlehensrecht – auf dem Insidergedanken beruht



### 1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: **Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme** ⇒ Folie 45
  - Problem: Variantenvielfalt der atypisch stillen Gesellschaft
  - Gesamtbetrachtung erforderlich (*Bitter*, ZIP 2019, 146, 155)
- BGHZ 193, 378: **rechtsformspezifische Lösung**
  - stiller Gesellschafter unterfällt in einer KG (Vergleich zum Kommanditisten) oder AG (Vergleich zum Aktionär) leichter dem Gesellschafterdarlehensrecht als in einer GmbH (Vergleich zum GmbH-Gesellschafter)
  - Grund liegt im gesetzlichen System: Gesellschafterdarlehensrecht gilt für alle haftungsbeschränkten Gesellschaften und für alle Gesellschaftertypen
  - generelle Orientierung am einflusslosesten Gesellschaftertyp nicht sinnvoll

### 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

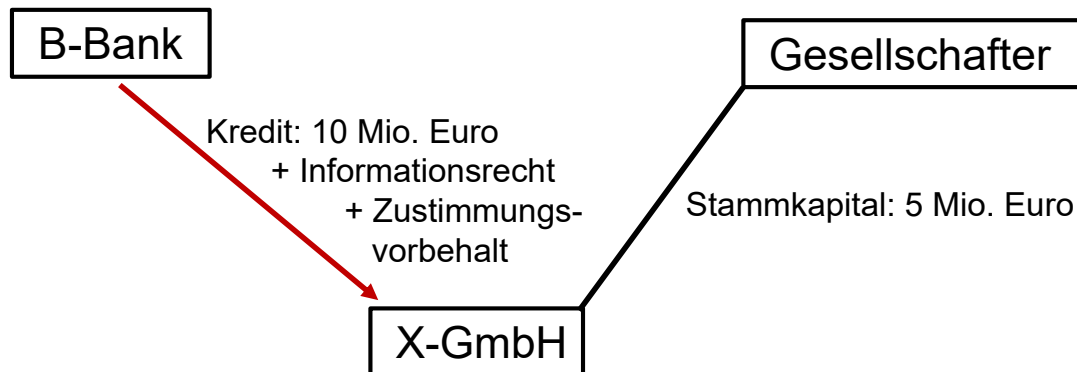


Sachverhalt: Genussrechtskapital insgesamt 15 Mio. Euro; Nachrang; Festzins + gewinnabhängiger Bonuszins; kein Informations-/Stimmrecht

Frage: Anfechtbarkeit der Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?

Antwort: Nein, weil es am zweiten Element des Doppeltatbestands (Möglichkeit der Einflussnahme) fehlt ⇒ Folie 68

### 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants



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

Antwort: Im Grundsatz nicht, weil es am ersten Element des Doppeltatbestands (variable Erlösbeteiligung) fehlt ⇒ Folien 69 f.

### 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- **Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands** (Folie 45) in einer Gesamtbetrachtung
  - variable Erlösbeteiligung bedeutsamer als (typisierte) Einflussmacht
- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
  - reinen (auch weitgehenden) Informationsrechten ⇔ Insiderthese
  - variabler Erlösbeteiligung ohne Einflussmacht

Beispiel: Genussrechtsinhaber ohne Stimmrecht

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

## 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
  - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung

Beispiel: Bank (mit Festbetragsanspruch) und Zustimmungsvorbehalten

    - ⇒ alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung reicht nicht
    - ⇒ selbst ein Einfluss auf Grundlagenentscheidungen ist grundsätzlich unerheblich (sehr str.)
      - ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 299
      - ❖ a.A. z.B. *Gehrlein*, in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, Vor § 64 Rn. 306 („Einflussrechte, die das Gesetz nur einem maßgeblich beteiligten Gesellschafter zubilligt“) und Rn. 311 („weitgehende Mitspracherechte“)
  - ⇒ Achtung: Einbeziehung aber als mittelbare Gesellschafter möglich
    - ❖ wirtschaftliche – ggf. zusammengerechnete – Beteiligung > 10 %

## 2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
  - Einflussmacht ohne variable Erlösbeteiligung

**Problem in der Krise:** variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung

    - ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 299; ähnlich *Kolmann*, in Saenger/Inhester, GmbHG, 3. Aufl. 2016, Anh. § 30 Rn. 68; *Bornemann*, in FK-InsO, 9. Aufl. 2018, § 39 Rn. 83; kritisch *Palenker*, Loan-to-own – Schuldenbasierte Übernahmen in Zeiten moderner Restrukturierungen und mangelnder Gläubigertransparenz, 2019, S. 362 f.

Fall 1: doppelstützige Sanierungstreuhand mit Einfluss des Kreditgebers

Fall 2: *Loan-to-own* mit Einflussnahme vor dem *Debt-Equity-Swap*

Achtung: keine Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs bei koordinierter Kreditvergabe (*Bitter*, ZIP 2019, 146, 157 zur Publikumsgesellschaft)

### ➤ 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
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 298 ff.

### 3. Atypischer Pfandgläubiger

- Ausgangspunkt der Diskussion: BGHZ 119, 191 (WestLB) zum alten Recht
  - Kreditvergabe + Pfandrecht am Gesellschaftsanteil
  - Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussanteile
  - weite Einflussmacht auf die Geschäftspolitik (faktische Geschäftsführung)
  - oft übersehen: Sicherheit diente auch der Rückführung des notleidenden Kreditengagements bei einer anderen Konzerngesellschaft
    - BGH: „gewinnabhängige Ausgestaltung der Vermögensbeteiligung“
    - zutreffende Prüfung des Doppeltatbestands
- Ergebnis: Kredit + Sicherheit + weitgehender Einfluss reichen nicht aus
  - ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 307 ff.

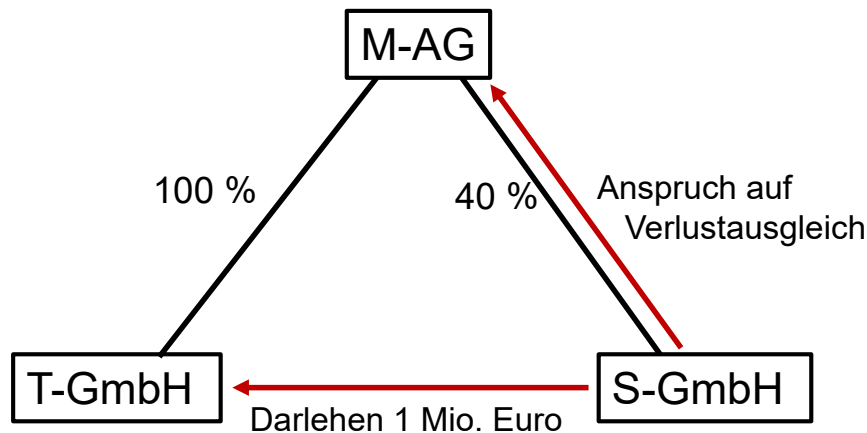
## 6. Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs – Teil 2: Verbundene Unternehmen –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 319 ff.

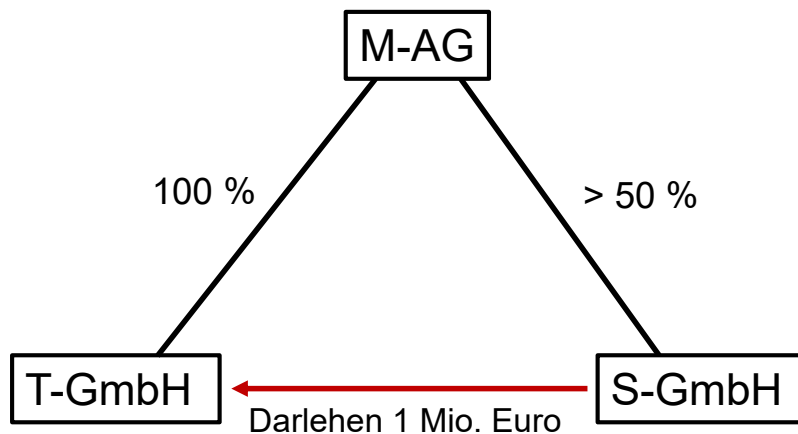
## Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Verbundene Unternehmen –

### Anwendungsfälle bei verbundenen Unternehmen

- Darlehen für fremde Rechnung/Vertragskonzern ⇒ Folie 75
- Horizontale Konzernverbindung = Finanzierung durch Schwestergesellschaft  
⇒ Folien 76 ff.
- Vertikale Konzernverbindung = Finanzierung durch mittelbaren Gesellschafter  
(Gesellschafter-Gesellschafter) ⇒ Folien 82 ff.
- Aufsteigende Darlehen (Up-stream-Loans)? ⇒ Folie 87



- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 320 f.: „Treuhand“



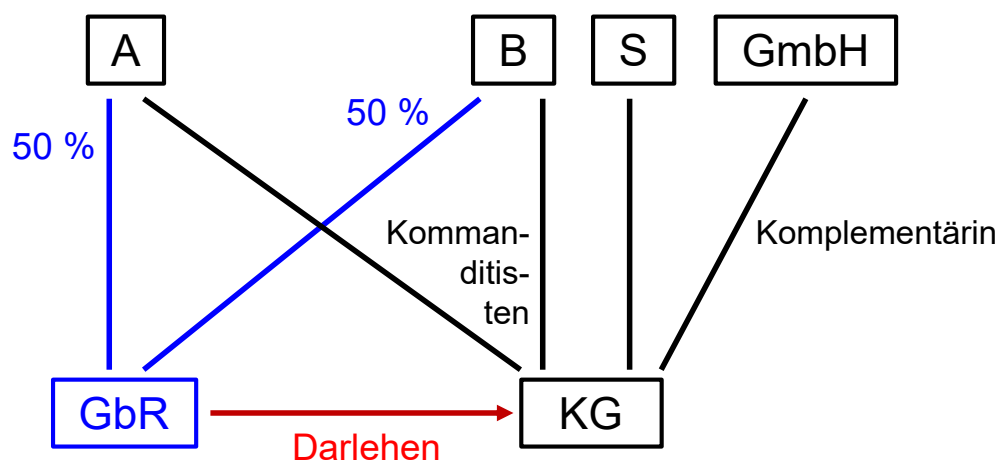
- h.M.: maßgebliche Beteiligung der Mutter an der finanzierenden Schwester erforderlich, da Einfluss auf die Kreditvergabe entscheidend; § 135 I InsO (auch) gegen die Schwester
- Gegenkonzept bei Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 322 ff., insbes. Rn. 332 ff.: anteilige Zurechnung des Darlehens zur Mutter

- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = DB 2013, 1894 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. *Bitter***
- Leitsatz 2: Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.
- Rn. 23: „Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen (...). Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (...). Mithin **können die hierzu im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts entwickelten Grundsätze** (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 – II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 ff; vom 28. Februar 2012 – II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff) auch bei Anwendung des § 135 Abs. 1 InsO **fruchtbar gemacht werden.**“

- Rn. 24: „Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten **maßgeblich beteiligt** ist. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine **Beteiligung von mehr als 50 v.H.** (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 10; Urteil vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 18). Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH zwar nur **zu genau 50 v.H. an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer** ist (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 – II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 20).“
- Urteilsanmerkung von *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1586 f.:
  - frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats wird 1:1 fortgesetzt
  - Kritik: Benachteiligung der Minderheitsgesellschafter der hilfeleistenden Schwes-tergesellschaft (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 332 ff.)

- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177**
- Leitsatz: Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter **Gesellschafter an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist**.
- Kombination aus **horizontaler** und vertikaler Unternehmensverbindung
- Rn. 10: Eine Rechtsmacht, die Handlungen der darlehensgebenden Gesellschaft zu bestimmen, folgt bei einer KG nicht aus der Kommanditistenstellung, weil die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 164 Satz 1 HGB).
- Rn. 10 + 11: Entscheidend für den bestimmenden Einfluss ist die **Mehrheit der Stimmanteile**, nicht die (fehlende) Kapitalbeteiligung, vorausgesetzt der Gesellschaftsvertrag der KG stellt auf Mehrheitsentscheidungen ab.
- Rn. 12: Maßgeblich sind „die Verhältnisse im Zeitraum der Anfechtungsfrist von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung.“
- Rn. 13: Die Relevanz einer *tatsächlichen* Einflussmöglichkeit bleibt offen.

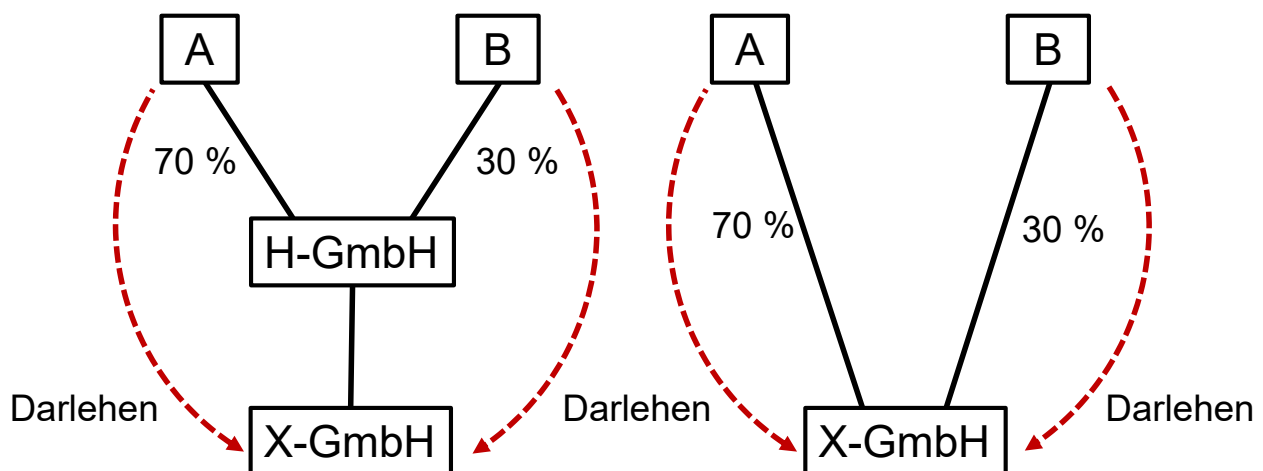
- ❖ **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 51)**



- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 338



- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 = DB 2015, 796 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 50: „Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmenden und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist (BGHZ 198, 64 Rn. 24). Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende Weisungen erteilen kann (...). Dazu genügt bei einer GmbH & Co. KG eine Beteiligung von mehr als 50 vH (...).“
- Rn. 51: Beteiligung von genau 50 % kann genügen bei Betriebsaufspaltung in Besitz- und Betriebsgesellschaft wegen **Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen bei koordiniertem Zusammenwirken der Gesellschafter**

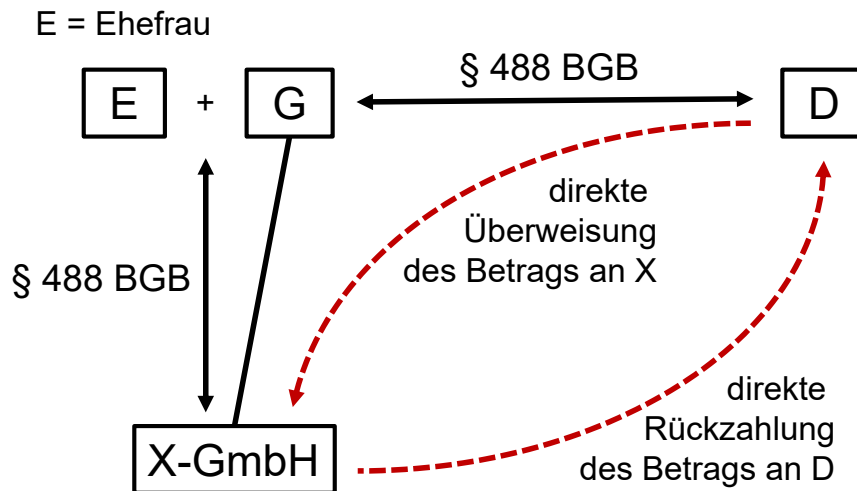


- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 343 ff.

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

- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177**
- Leitsatz: Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich **mittelbar beteiligter Gesellschafter** an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.
- Kombination aus horizontaler und **vertikaler** Unternehmensverbindung
- Rn. 15 zur vertikalen Verbindung: „... Die Bestimmungen über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der darlehensnehmenden Gesellschaft setzen, weil deren Gesellschafter keine Finanzierungsentscheidung zu treffen haben, abgesehen von dem Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO **keine Mindestbeteiligung** voraus. Entsprechendes hat auch im Falle einer mittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft zu gelten (...). **Der Gesellschafter kann sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet.** ...“

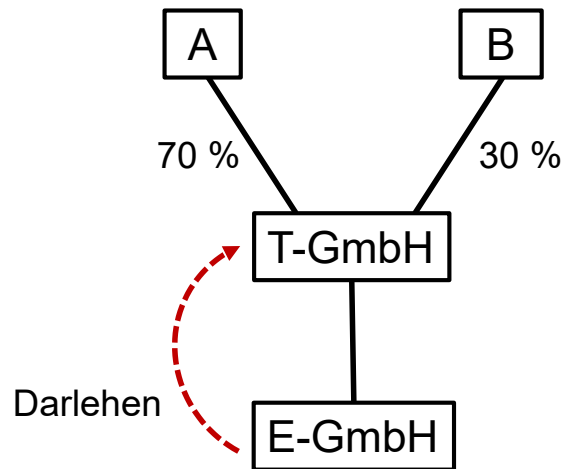
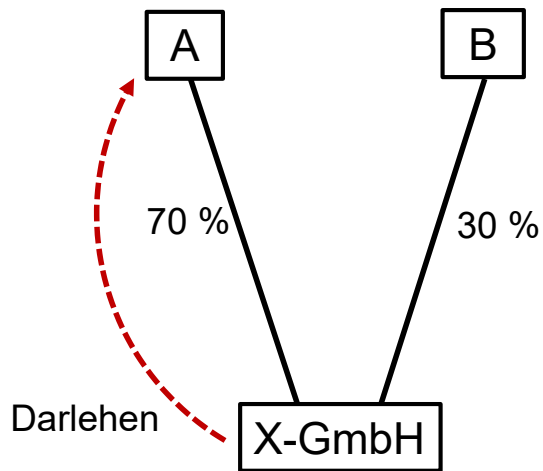
➤ **BGH v. 27.2.2020 – IX ZR 337/18, ZIP 2020, 723**



Frage: Anfechtung der Darlehensrückzahlung gegen D gemäß § 135 I Nr. 2 InsO?

➤ **BGH v. 27.2.2020 – IX ZR 337/18, ZIP 2020, 723**

- Leitsatz: Gewährt ein außenstehender Dritter einem Gesellschafter der späteren Insolvenzschuldnerin und dessen Ehefrau ein Darlehen, welches der Gesellschafter zur Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft verwendet, ist die Rückzahlung des Darlehens an den Dritten durch die Gesellschaft dem Dritten gegenüber nicht als Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar.
- Rn. 15: „Der Vorwurf einer Umgehung von Anfechtungstatbeständen eröffnet für sich genommen nicht den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Ein Anfechtungstatbestand ist grundsätzlich nur bei Vorliegen der im Gesetz genannten tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Anfechtungstatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist durch die vom Beklagten und den Eheleuten V. gewählte Konstruktion einer Darlehensgewährung an die Eheleute V. im Übrigen nicht umgangen worden. Selbst wenn der Beklagte den Darlehensvertrag unmittelbar mit der Schuldnerin geschlossen hätte, wäre die Rückzahlung des Darlehensbetrages im Jahr vor dem Eröffnungsantrag nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar gewesen.“



- kein Gesellschafterdarlehen
- Gesellschafterdarlehen konstruierbar, aber kein zusätzliches Insolvenzrisiko eingegangen
- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 346 f.

## 7. Auswirkungen des COVInsAG

Wortlaut des § 2 COVInsAG – Folgen der Aussetzung

(1) Soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist,

...

2. gilt die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend; dies gilt auch für die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht aber deren Besicherung; § 39 Absatz 1 Nummer 5 und § 44a der Insolvenzordnung finden insoweit in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners, die bis zum 30. September 2023 beantragt wurden, keine Anwendung;

3. sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen;

### **I. Keine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) bei im Aussetzungszeitraum bis 30.9.2020 gewährten Darlehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 COVInsAG)**

#### **1. Voraussetzungen**

- Antragspflicht (§ 15a InsO) muss nach § 1 COVInsAG ausgesetzt sein
- Gewährung eines neuen Kredits im Aussetzungszeitraum bis 30.9.2020
- Sicherung eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits bis 30.9.2020 (nur bei Nichtgeschafter, s.u. Folien 96 f.)

## 2. Gewährung eines neuen Darlehens

### a) Weite Auslegung des Kreditbegriffs

- jegliche Geld- und Warenkredite sind erfasst + andere Formen der Leistungserbringung auf Ziel
- auch Vorschüsse und Anzahlungen auf von der Gesellschaft zu erbringende Leistungen
- Frage: Mindestdauer der Kreditierung?
  - bei Warenkredit Orientierung an BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 (drei Monate) m. krit. Anm. Bitter, WuB 2019, 617?
  - Mindestdauer (auch) bei Geldkredit, Vorschüssen + Anzahlungen?

## 2. Gewährung eines neuen Darlehens

### b) Die Neuheit des Kredits

- Es müssen effektiv neue Mittel zufließen: Novation, Prolongation, Umschuldung *auch unter Einschluss Dritter* genügen nicht.
- Der Kreditgeber muss „unterm Strich“ ein zusätzliches Insolvenzrisiko im Verhältnis zur Gesellschaft eingegangen sein (beim Nichtgesellschafter abgesehen von der Besicherung).
- Beispiel: Erweiterung eines Kontokorrentkredits
- Problemfall: Erstmalige Stundung einer Forderung aus einem Austauschgeschäft (vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 696)

### c) Rechtsfolge

- unwiderlegliche Vermutung fehlender Gläubigerbenachteiligung

### d) Einschränkung der Rechtsfolge streitig

- *Thole*, ZIP 2020, 650, 656: zur Vermeidung von Missbräuchen sind die Einschränkungen des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG hinsichtlich der erforderlichen Kongruenz (einschließlich der dortigen Erweiterungen) auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG zu übertragen
- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 691 ff.: teleologische Reduktion des § 2 Abs. 2 Nr. 2 COVInsAG in Anlehnung an § 2 Abs. 2 Nr. 3 COVInsAG
  - Telos der Sonderregel: Schaffung von Rechtssicherheit für Kreditgewährungen angesichts der derzeit unsicheren Lage
  - Gleichbehandlung der Kreditrückführung mit der Besicherung, die notwendig im Aussetzungszeitraum erfolgen muss
  - Gleichbehandlung der Kredite in Nr. 2 und Nr. 3; dort wird notwendig an die Kreditgewährung angeknüpft

### d) Einschränkung der Rechtsfolge streitig

- *Bornemann*, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1 unter Ziff. III. 5. c) aa): Der Schutzzweck des COVInsAG erfordert keine Privilegierung von Rechtshandlungen, die aus Gründen als gläubigerbenachteiligend anzusehen sind, die mit den jetzt zu bewältigenden Unsicherheiten nichts zu tun haben.
- *Gehrlein*, DB 2020, 713, 721: Unanfechtbarkeit nach allen Tatbeständen
  - fehlende Gläubigerbenachteiligung wird fingiert: Rechtsgedanke des § 28e SGB IV
    - Erstattung des Darlehens bis 30.9.2023 nicht benachteiligend
    - Besicherung des Darlehens ist dauerhaft nicht benachteiligend (nur bei Nichtgesellschafter, s.u. Folien 96 f.)

- keine einschränkende Auslegung
  - nicht nur Kredite im ordnungsgemäßen Geschäftsgang
  - Anfechtungsfreiheit nicht auf kongruente Erstattungen und Sicherungen beschränkt
- Argument: Gesetz behandelt Kongruenz und Inkongruenz im Unterschied zu § 2 Nr. 4 COVInsAG gleich
- Anfechtungsfreiheit auch bei einer nicht coronabedingten Insolvenz  
infolge Aussetzung der Antragspflicht bis 30.9.2020 muss Krise zunächst überwunden und später Insolvenz eingetreten sein  
spätere Insolvenz wird unwiderlegbar mit Corona-Pandemie verknüpft

### II. Gesellschafterdarlehen

#### 1. Ausschluss der Anfechtbarkeit einer Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Gleichstellung mit Drittkrediten in § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG

„neuer“ Kredit bis 30.9.2020 ausgegeben und bis 30.9.2023 erstattet

#### 2. Ausschluss auch der §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO

Argumente:

Gesellschaftersicherheit für Drittdarlehen ist eine wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung

Privilegierung auch bei § 44a InsO (unten Ziff. 4.)



### 3. Keine Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Nachrang) bei Gesellschafterdarlehen

Kredit muss „neu“ und bis zum 30.9.2020 gegeben sein

### 4. Unanwendbarkeit des § 44a InsO bei Gesellschaftersicherheit für Drittdarlehen

Folge: Darlehensgeber ist nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme des Gesellschafters verwiesen, sondern kann die Forderung sofort voll anmelden

### 5. Besicherung eines Gesellschafterdarlehens bleibt anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO)

### 6. Problem: Ausschluss auch aller nicht zum Gesellschafterdar- lehensrecht gehörenden Anfechtungstatbestände bei der Rückführung von Gesellschafterdarlehen?

Beispiel: Rückführung im Aussetzungszeitraum trotz eines sog. qualifizierten Rangrücktritts i.S.v. BGHZ 204, 231?

- dazu allgemein Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 92 ff.
- speziell zum COVInsAG *Mock*, NZI 2020, 405 (m.E. nur partiell überzeugend)

Frage: Ausschluss auch der Anfechtung nach § 134 InsO?

- allgemeines Problem der Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 COVInsAG (= gesetzlicher Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung)  
⇒ Folien 93 ff.
- Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB bleibt jedenfalls erhalten, aber nur vorbehaltlich des § 814 BGB

## III. Klarstellung zur fehlenden Sittenwidrigkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG)

- Die Gefahr einer Haftung *des Kreditgebers* aus § 826 BGB wegen drittschädigender Kreditgewährung soll reduziert werden (a.A. *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1111: Die Norm betreffe die Haftung der *Geschäftsführer* wegen Insolvenzverschleppung).
- Klarstellung, dass die Kreditgewährung in der aktuell unsicheren Lage (= unklare Zukunftsaussichten der Unternehmen) kein Beitrag (des Kreditgebers) zur sittenwidrigen Insolvenzverschleppung ist

- *Bitter*, Corona und die Folgen nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG), ZIP 2020, 685
- *Bornemann*, Insolvenzrechtliche Aspekte des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung der Wirtschaft, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1
- *Gehrlein*, Rechtliche Stabilisierung von Unternehmen durch Anpassung insolvenzrechtlicher Vorschriften in Zeiten der Corona-Pandemie, DB 2020, 713
- *Hölzle/Schulenberg*, Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG – Kommentar, ZIP 2020, 633
- *Mock*, Gesellschafterdarlehen in Zeiten von Corona, NZG 2020, 505
- *Mock*, Schrankenlose Rückgewähr von Corona-Gesellschafterdarlehen bei Insolvenzreife?, NZI 2020, 405
- *Morgen/Schinkel*, Überbrückungskredite in Zeiten der COVID-19-Pandemie, ZIP 2020, 660
- *Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, 1108
- *Thole*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, 650

© 2020

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



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