

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Aktuelle Probleme des Insolvenzrechts für die Kapitalgesellschaft

18. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung
des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. (DAI)
am 6.10.2020 in Hamburg

www.georg-bitter.de

Vorbemerkung

Aktuelle gesetzgeberische Entwicklungen

I. Änderung des COVInsAG am 17.9.2020

- Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit gilt wieder seit 1.10.2020
- Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung gilt wieder ab 1.1.2021

II. Entwurf eines Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetzes (SanInsFoG) v. 18.9.2020

- Umsetzung der EU-Richtlinie zur Restrukturierung
- ab drohender Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 18 InsO: Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsräte für die Verletzung der Gläubigerinteressen (§ 2 StaRUG)
- Verlängerung der 3-Wochen-Frist in § 15a InsO auf 6 Wochen bei § 19 InsO
- Festlegung des Prognosezeitraums bei § 19 InsO auf 12 Monate
- Korrektur der Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG bei Steuerzahlungen

I. Insolvenzgründe – aktuelle Entwicklungen

- Zahlungsunfähigkeit: BGH-Rechtsprechung zu den sog. Passiva II
- Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen

II. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

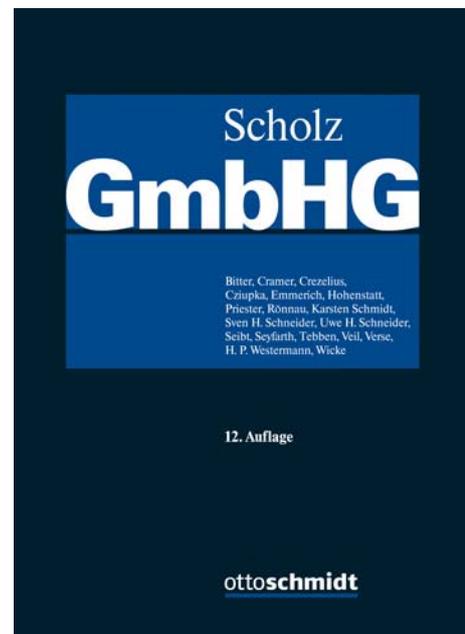
- Kritik der BGH-Rechtsprechung zum Aktivtausch

III. Haftung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

IV. Gesellschafterdarlehen

- Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
- Anfechtbarkeit von Befriedigungen (Zinszahlungen/Cash-Pool)
- Übertragung von Gesellschafterdarlehen (u.a. M&A-Transaktionen)
- Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 GmbHG (Insolvenzgründe und Insolvenzverfahren), § 64 und Anhang zu § 64 GmbHG (Gesellschafterdarlehen). Diese Kommentierung ist – mit Ausnahme des § 64 – bereits online verfügbar (über den Verlag Dr. Otto Schmidt, aber auch über juris oder owlit). Die Printversion erscheint im November 2020.



a) Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 6 ff.

Wortlaut des § 17 II 1 InsO: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - ⇒ Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - ⇒ Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
 - Beginn der Frist mit (erstmaliger) Unterdeckung (Details str.)

a) Grundlagen

BGHZ 163, 134 – Leitsätze

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.
3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

b) Der (beendete) Streit um die sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 – Leitsätze

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.

2. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz **sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.**

a) Grundlagen

⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.

⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 38 ff.

Wortlaut des § 19 II 1 InsO: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

Stufe 1 (Regeltatbestand): bilanzielle Betrachtung

⇒ Überschuldungsbilanz, nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

⇒ *Zahlungsfähigkeit*, nicht *Ertragsfähigkeit* (*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

aa) Gesetzliche Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO

- Klärung der Rangtiefe: § 39 Abs. 2 InsO
- Problem 1: Unterordnung auch für die Zeit vor Insolvenz erforderlich?
- Problem 2: Anwendbarkeit auf Dritte = Nichtgesellschafter?
 - ❖ keine Anwendbarkeit des § 135 I InsO auf freiwillige Rangrücktritte
 - ❖ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
- Problem 3: Sicherung gegen privatautonome Aufhebung erforderlich?

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 92 ff.

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

bb) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
 - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

bb) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzzreife
 - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB
 - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)
 - ⇒ Problem: Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO durch BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2018, 97: keine Schenkungsanfechtung bei bestehendem Bereicherungsanspruch
 - ⇒ § 134 InsO nur noch in den Fällen der §§ 814, 817 BGB (Kritik bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 100 ff.)

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

bb) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
 - ⇒ Rn. 42: Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist
 - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
- ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen; ferner *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335 ff.

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

cc) Ausblendung vorhandener Verbindlichkeiten auf der **Passivseite** der Überschuldungsbilanz

- Bezug des sog. qualifizierten Rangrücktritts auf Forderungen, deren Höhe der Differenz zwischen den Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva entspricht
- Rangrücktritt darf in diesem Umfang nicht kündbar, befristet oder auflösend bedingt sein
- zur Verhinderung nachträglicher Änderungen ist die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger erforderlich (a.A. *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.: automatische gläubigerschützende Bindungswirkung bei insolvenzantragsbezogenen Vereinbarungen)

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

dd) Einbuchung des Anspruchs aus einer internen „Patronatserklärung“ (Verlustdeckungszusage) auf der **Aktivseite** der Überschuldungsbilanz

- Werthaltigkeit des Anspruchs
- Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
- Wirksamkeit im Insolvenzfall
- keine Möglichkeit der Kündigung / Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
- Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
- Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 465 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 78

b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

ee) Erforderlichkeit eines „qualifizierten Rangrücktritts“ auch bei gewillkürtem Eigenkapital?

- dafür *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f. (atypisch stille Beteiligung); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 105 f. (Hybridkapital), Rn. 257 (Einlagen bei der GmbH & Co. KG)
- Trennung zwischen der Finanzierungsfunktion im Interesse der Gesellschafter(gesamtheit) und der Haftungsfunktion im Gläubigerinteresse
- allgemeine Unterscheidung zwischen regulärem (= im Handelsregister publiziertem) und sonstigem (Eigen-)Kapital; eine gesetzliche Bindung im Gläubigerinteresse über die Regeln der Kapitalherabsetzung gibt es nur bei regulärem Eigenkapital; im Übrigen ist sie vertraglich nachzubilden

c) Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose (Folie 8)
- Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
 - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (h.M.: das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr; anders jetzt RefE-SanInsFoG) erhalten bleibt
 - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit

c) Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- Schädlichkeit einer Befristung, wenn die Zahlungsfähigkeit nach Ablauf des Befristungszeitraums nicht anderweitig gesichert ist
- Liquiditätsgewinn nur bei Verzicht des Patrons auf Rückzahlung (verlorener Zuschuss) oder bei langfristiger Stundung des Rückzahlungsanspruchs
 - Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO irrelevant für die Fortführungsprognose
- Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB m.E. nicht erforderlich; eine fehlende Bereitschaft zur Bindung im Interesse der Gläubiger beeinflusst aber ggf. das Wahrscheinlichkeitsurteil negativ
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 470 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 62 ff.

d) Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

aa) Literatur (Auswahl):

Poelzig, WM 2014, 917 ff.; *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; *Gehrlein*, WM 2017, 1385 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 477 ff. m.w.N.

bb) Rechtsprechung (kleine Auswahl)

BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Nachrangdarlehen; eingeschränkte Inhaltskontrolle – § 307 III BGB; Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

BGH v. 1.10.2019 – VI ZR 156/18, ZIP 2019, 2345 m. Anm. *Bitter*, WuB 2020, 35 (Vermögensanlage mit Nachrangklausel; Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

BGH v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19, ZIP 2020, 310 (Nachrangdarlehen mit „qualifiziertem Nachrang“, vereinbart mit einer Arzthelferin)

⇒ Details beim Vortrag v. 31.1.2020 (www.georg-bitter.de ⇒ „Lehrstuhlinhaber“)

I. Insolvenzgründe – aktuelle Entwicklungen

- Zahlungsunfähigkeit: BGH-Rechtsprechung zu den sog. Passiva II
- Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen

II. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

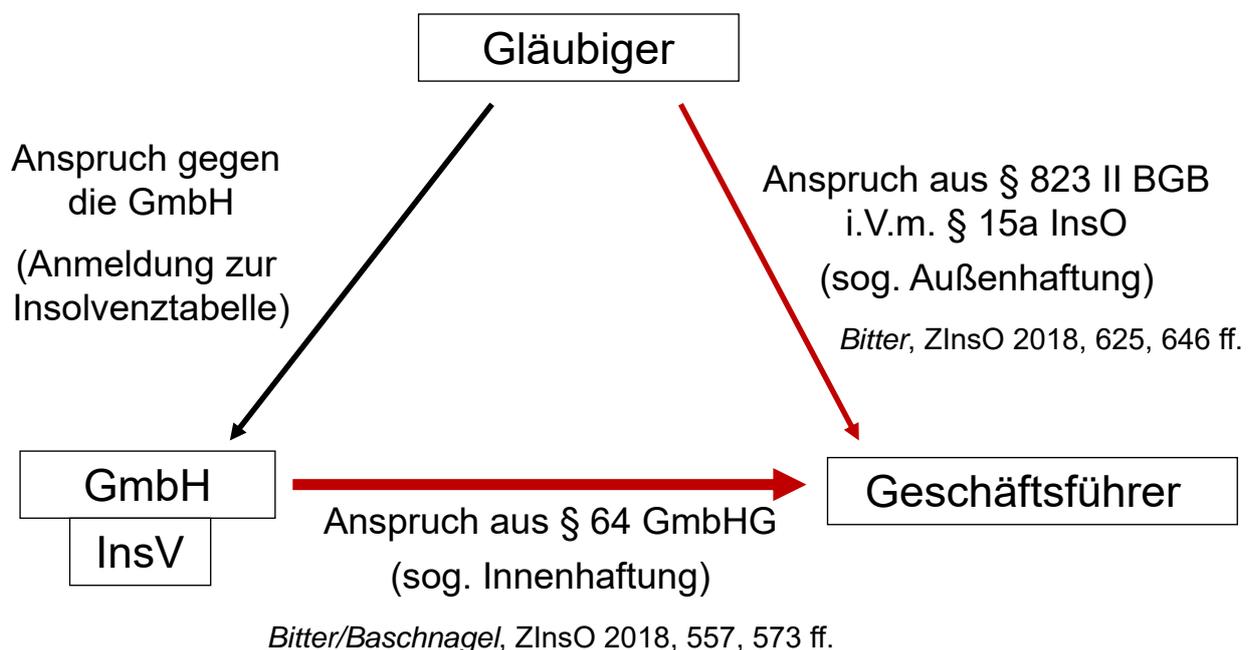
- Kritik der BGH-Rechtsprechung zum Aktivtausch

III. Haftung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

IV. Gesellschafterdarlehen

- Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
- Anfechtbarkeit von Befriedigungen (Zinszahlungen/Cash-Pool)
- Übertragung von Gesellschafterdarlehen (u.a. M&A-Transaktionen)
- Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen

II. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG



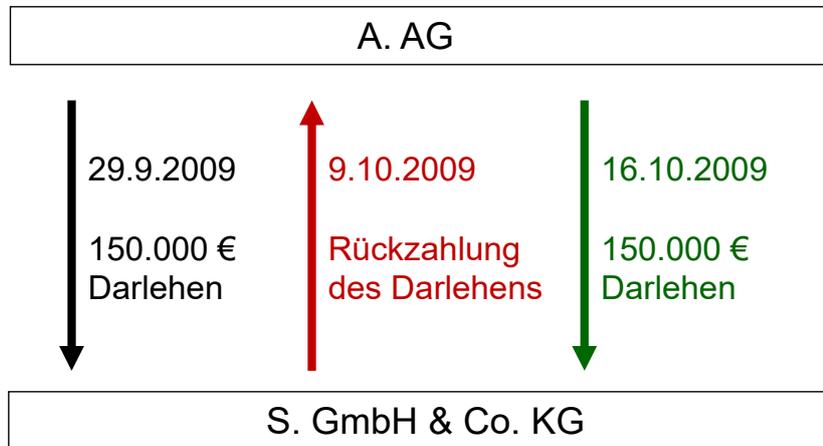
1. Hauptproblem: Haftungsumfang

- Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“ (**Einzelbetrachtung**) ⇒ „Ersatzanspruch eigener Art“ – kein Schadensersatz
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11);
Habersack/Foerster, ZGR 2016, 153 ff. m.w.N.
- Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung (**Gesamtbetrachtung**)
 - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26):
keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang

2. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*):
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...].“
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
 - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht)
 - **Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Insolvenzeröffnung vorhanden sein.**

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009

2. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.)

Auch in Fällen des Aktiventauschs liegt „zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. **Durch den Ausgleich entfällt vielmehr der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer.**“ (Rn. 10)

⇒ teleologische Begrenzung der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr **ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich**, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann.“ (Rn. 11)

3. Aktiventausch ↔ Bargeschäft

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.)

„Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar.“ (Rn. 12)

Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

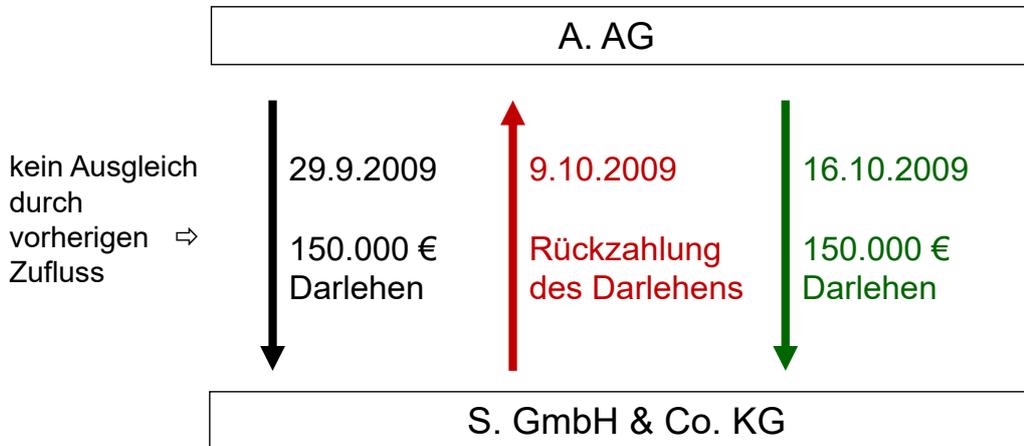
„Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG [...] nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzzreife darf der Geschäftsführer – abgesehen von der Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG – keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“ (Rn. 15)

3. Aktiventausch ↔ Bargeschäft

- Unterschiede zwischen Aktiventausch und Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO:

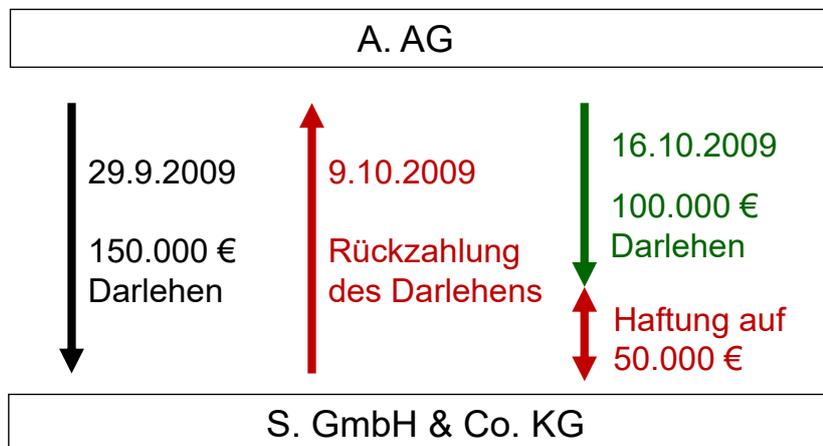
- Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.
- Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“).
- Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden, da nur „ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang“ gefordert wird (⇒ Folie 24).
- Ergebnis: richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 129 InsO (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.; zu § 129 InsO ausführlich *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.)

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



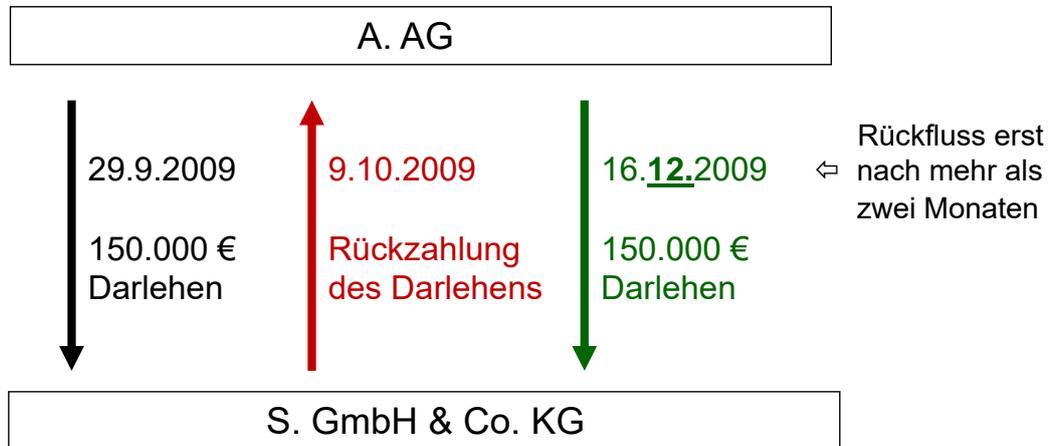
Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.

Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss.

Abwandlung 2 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden.

4. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.)

Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)

Bei der Wertbemessung sind Liquidationswerte anzusetzen. (Rn. 19)

Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genügt als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)

Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)

4. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktiventauschs:
 - Errichtung eines Hauses: Kompensation nur im Umfang des gelieferten Baumaterials, nicht auch im Wert der Pläne von Architekten und Baustatikern oder der Arbeitsleistung der Handwerker?
 - Anbieter von Fachseminaren: keine Kompensation bei Dienstleistung der Referenten oder der Lieferung des Essens durch den Caterer, obwohl das Seminar mit Gewinn abgeschlossen wird?
 - Beratungsleistungen: generell keine Kompensation für Rechtsberatung, die Erstellung von Jahresabschlüssen, Sanierungsgutachten etc.?
- eigene Ansicht: Einzelbetrachtung führt (auch hier) in die Irre (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 586 f.)

Die Fokussierung auf einzelne Vermögensabflüsse führt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der haftungsbegründenden „Zahlung“, sondern auch bei der haftungsausschließenden „Kompensation“ in die Irre, weil eine einheitliche – im Zustand der Insolvenzreife fortgesetzte – Unternehmenstätigkeit willkürlich in Einzelsequenzen aufgespalten wird und dadurch die tatsächliche Masseschmälerung aus dem Blick gerät.

Bitter, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für
„Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, 666 - 672

Bitter, § 64 GmbHG – Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich!,
in Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 - 11

Bitter/Baschnagel, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern
in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2018, 557 - 597

November 2020: Kommentierung des § 64 GmbHG von *Bitter* im
Scholz, GmbHG – Großkommentar, Band 3, 12. Aufl. 2020

I. Insolvenzgründe – aktuelle Entwicklungen

- Zahlungsunfähigkeit: BGH-Rechtsprechung zu den sog. Passiva II
- Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen

II. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

- Kritik der BGH-Rechtsprechung zum Aktivtausch

III. Haftung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

IV. Gesellschafterdarlehen

- Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
- Anfechtbarkeit von Befriedigungen (Zinszahlungen/Cash-Pool)
- Übertragung von Gesellschafterdarlehen (u.a. M&A-Transaktionen)
- Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen



1. BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe

- Planwidrige Regelungslücke – Historische Analyse
 - Gesetzgeber hat bei der Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen als Schuldner nicht bedacht (Rn. 23); bei juristischen Personen ist die Geschäftsleitung der eigentliche Adressat der Eigenverwaltung (Rn. 24)
 - ! Kommission für Insolvenzrecht hielt die Haftung der Geschäftsleiter für eine Verletzung ihrer insolvenzrechtlichen Pflichten für selbstverständlich (Rn. 50), ging aber von einer Bestellung der Geschäftsleiter zum eigenverwaltenden Insolvenzverwalter mit der unmittelbaren Folge ihrer Haftung aus (Rn. 51)

1. BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe

- Vergleichbare Interessenlage
 - Die Globalverweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO zeigt, dass eine Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nicht von einer ausdrücklichen Ernennung zum Insolvenzverwalter abhängt. ⇒ Der fehlende förmliche Beststellungsakt ist ohne Gewicht (Rn. 51)
 - **Die Stellung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung entspricht weitgehend dem Amt des Insolvenzverwalters** (Rn. 19 + 52)
 - ⇒ Wahrnehmung insolvenzrechtlicher Rechte + Pflichten: Verfügungsbefugnis; Abwicklung gegenseitiger Verträge, § 279 InsO; Verwertungsrecht, § 282 InsO; Widerspruch gegen Forderungsfeststellung, § 283 InsO (Rn. 28 + 53)

2. Literaturstimmen zu BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977

- weitgehende Zustimmung
 - ⇒ *Bitter*, ZIP 2018, 986 ff.
 - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 ff. (S. 1670: „Die Entscheidung des BGH ist ... nicht nur dogmatisch richtig, sondern auch in der Sache uneingeschränkt zu begrüßen.“)
 - ⇒ *Hofmann*, ZIP 2018, 1429 (S. 1430: „im Ergebnis äußerst begrüßenswert“)
 - ⇒ *Ludwig/Rühle*, GWR 2018, 221 („ausführliche und überzeugende Begründung“)
 - ⇒ *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C.)
 - ⇒ *Nassall*, jurisPR-BGHZivilR 13/2018 Anm. 2
 - ⇒ *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358
 - ⇒ *Thole*, EWIR 2018, 339, 340 (im Ergebnis)
 - ⇒ *Henne/Dittert*, DStR 2018, 1671, 1676
 - ⇒ wohl auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405; *Hoos/Forster*, GmbHR 2018, 641, 642; *Weber*, NZI 2018, 553
- partielle Kritik: Regelungslücke zweifelhaft, aber im Ergebnis sachgerecht
 - ⇒ *Baumert*, LMK 2018, 407918; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235; *Schwartz*, NZG 2018, 1013, 1014 ff.; *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 347

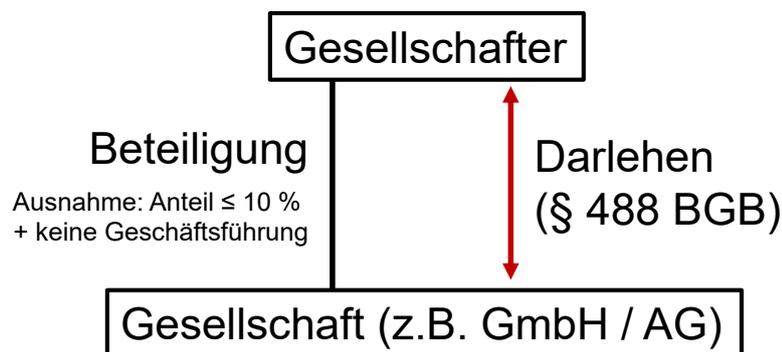
- Übertragbarkeit auf die „Geschäftsleiter“ (Vertretungsorgane) aller insolvenzfähigen Verbände einschließlich e.V., Stiftung, Auslandsgesellschaften?
 - Übertragbarkeit auf die vorläufige Eigenverwaltung (§§ 270a, 270b InsO)?
 - Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?
 - Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?
 - Privilegierung des Geschäftsleiters analog § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten des Schuldners?
 - Erfassung der Haftung durch die klassische D&O-Versicherung?
 - Allgemeine Organhaftung (§§ 43 GmbHG, 93 AktG und §§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG) neben §§ 60, 61 InsO?
- ⇒ Details beim Vortrag vom 4.2.2020 (www.georg-bitter.de ⇒ „Lehrstuhlinhaber“) und Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 453 ff. (Abschnitt F.)

- I. Insolvenzgründe – aktuelle Entwicklungen
 - Zahlungsunfähigkeit: BGH-Rechtsprechung zu den sog. Passiva II
 - Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen
- II. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG
 - Kritik der BGH-Rechtsprechung zum Aktivtausch
- III. Haftung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung
- IV. **Gesellschafterdarlehen**
 - Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
 - Anfechtbarkeit von Befriedigungen (Zinszahlungen/Cash-Pool)
 - Übertragung von Gesellschafterdarlehen (u.a. M&A-Transaktionen)
 - Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen

1. Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

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

Grundzüge des 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
 - ❖ BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100; dazu kritisch *Bitter*, ZIP 2019, 737 ff.

a) 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“

b) Grundfrage

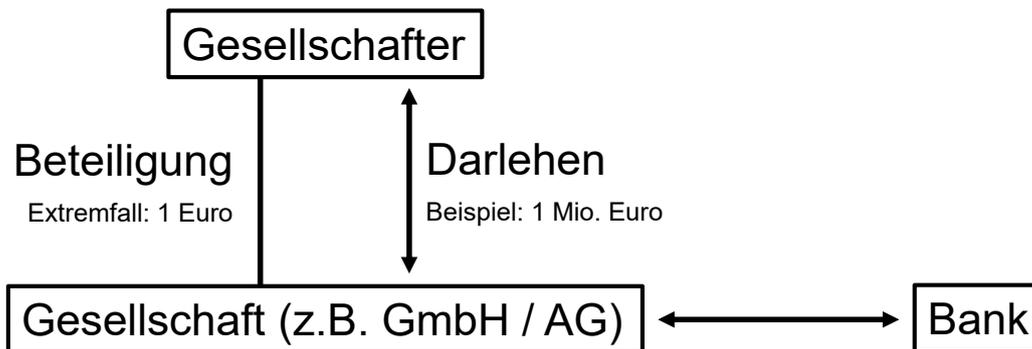
- Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftern und Dritten als Darlehensgeber?

c) 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.“

c) 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). ...“



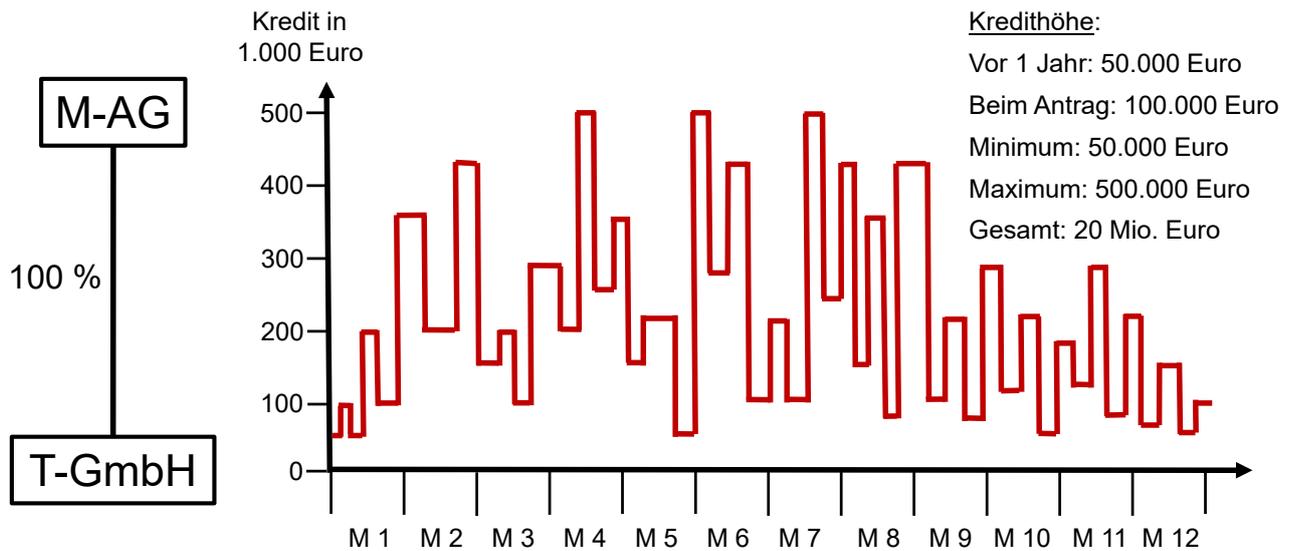
- Gesellschafter kann die Rendite von Risikoerhöhungsstrategien über die Eigenkapitalposition abschöpfen
- Konsequenz für die Einordnung als gesellschaftergleicher Dritter:
Doppeltatbestand erforderlich: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme

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

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

Anfechtbarkeit von Befriedigungen – Anfechtung von Zinszahlungen –

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (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 verkehrüblichen 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 (...).“

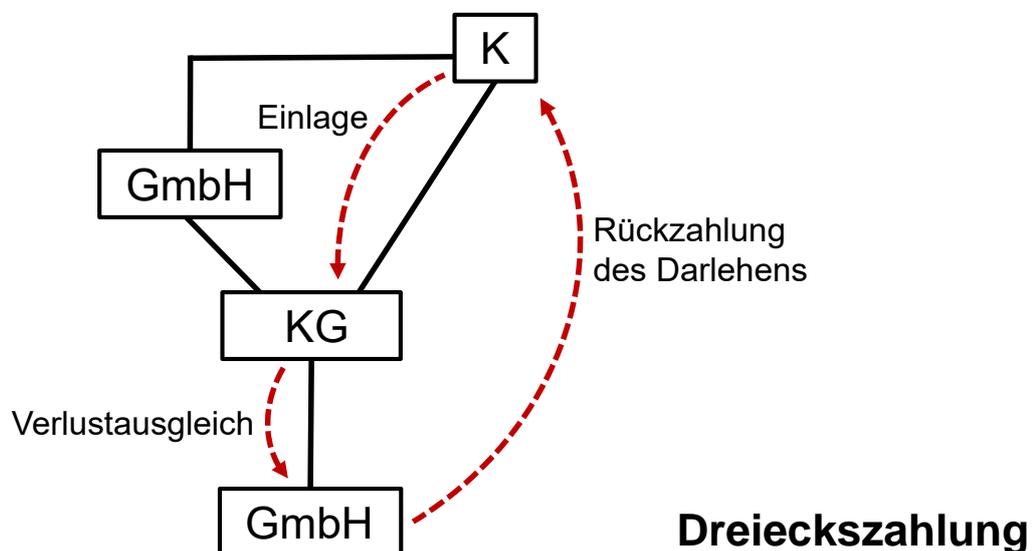


- Frage: Anfechtbarkeit aller einzelnen Kreditrückführungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag?

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = 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.

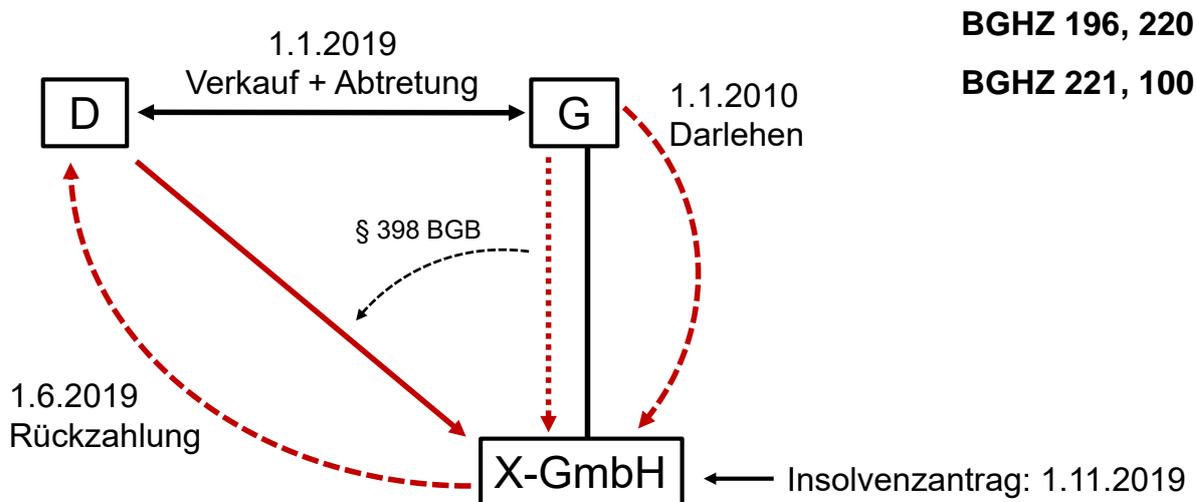
- **BGH v. 2.5.2019 – IX ZR 67/18, ZIP 2019, 1128 = DB 2019, 1317**



- **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.



- 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**
- 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., *Bauerl/Farian*, GmbHR 2015, 230, 233 f., *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780 ff. und *Primozic*, 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 70 ff.

4. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

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

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

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

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

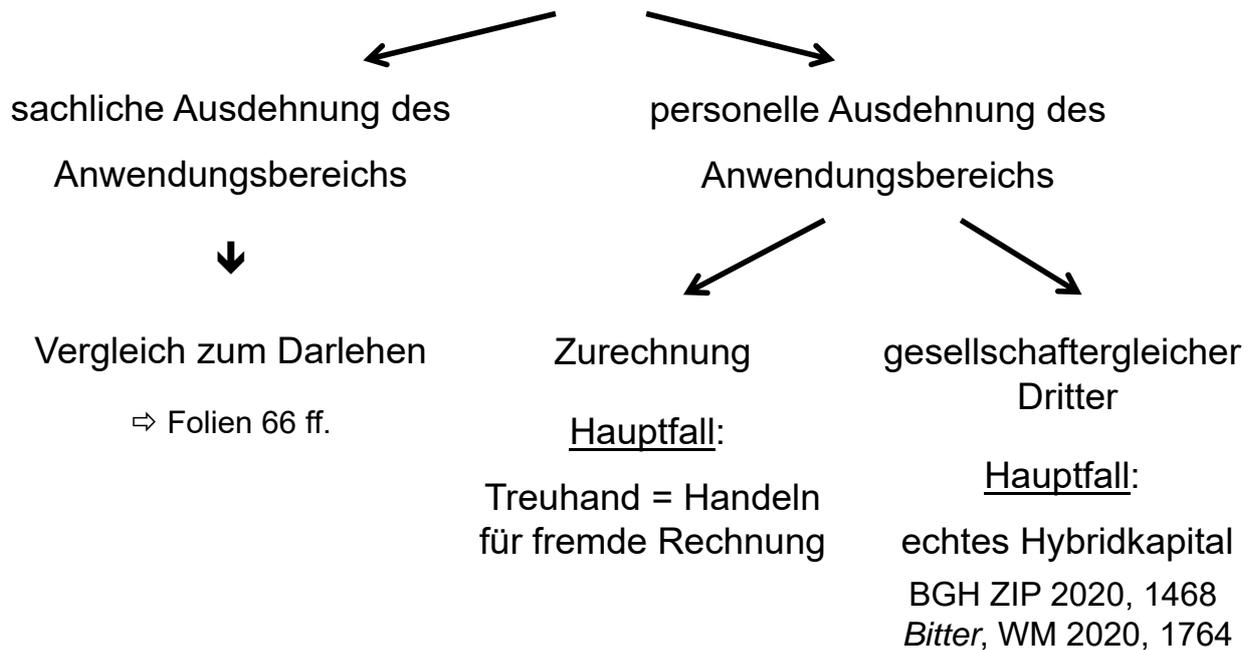
...

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

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

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

3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt



Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 207 ff., 243 ff.

Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs (Vergleich zum Darlehen)

u.a. 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 = DB 2014, 1072 (Gehaltsansprüche eines Gesellschafters)
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 = DB 2014, 1731 (Rn. 50: Gehaltsansprüche eines Gesellschafters)

- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ OLG Hamburg v. 27.7.2012 – 11 U 135/11, ZIP 2013, 74, 76
 - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350: keine Stundung bei bargeschäftlicher Abwicklung der Leistungen (innerhalb einer 30-Tages-Frist)
 - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, DB 2019, 2071 = ZIP 2019, 1675: darlehensgleiche Stundung erst ab einer Dauer von drei Monaten; dazu kritisch *Bitter*, WuB 2019, 617; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 209a
- Problem: Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung
 - ❖ OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162
 - ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 212 ff.: generelle Erfassung von Vorschüssen + Anzahlungen

- 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)

- Stille Beteiligung neben dem Gesellschaftsanteil
⇒ BGH v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, ZIP 2017, 2481 = DB 2017, 2990
- **Kapital- und Gewinnrücklage**
 - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 = DB 2014, 828 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen) ⇒ Folie 71
 - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622 (Gewinnrücklage) ⇒ Folie 72
- **Abfindungszahlungen an Gesellschafter?**
 - ❖ KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f. ⇒ Folie 74
 - ❖ BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511 ⇒ Folie 75
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung?
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 230 ff.

- **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. ...“
- Folge: Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts (insbes. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) auf Abfindungszahlungen *innerhalb* der Jahresfrist wohl inzident bejaht.
- dazu Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 237

- **BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511**
- Leitsatz 1: Die Abfindungsforderung eines vor der Insolvenz ausgeschiedenen Gesellschafters einer GmbH & Co. KG, deren Auszahlung gegen das Kapitalerhaltungsgebot der §§ 30, 31 GmbHG analog verstoßen würde, ist erst bei der Schlussverteilung nach § 199 InsO zu berücksichtigen.
- Leitsatz 2: § 30 Abs. 1 GmbHG steht einer Auszahlung der Abfindungsforderung auch dann entgegen, wenn die Abfindung zum Zeitpunkt des Ausscheidens und auch noch ein Jahr danach aus dem freien Vermögen der Gesellschaft hätte bedient werden können. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist insoweit nicht entsprechend anwendbar.

- **BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511**
- Rn. 62: „Ob ... die nach dem Ausscheiden des Gesellschafters vereinbarte Stundung oder Ratenzahlung der Abfindungsforderung deren Umwandlung in eine einem Gesellschafterdarlehen gleichzustellende Forderung bewirken kann (...), kann dahinstehen. Wenn die Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung ... bereits im Gesellschaftsvertrag getroffen wurde, tritt **mit dem Ausscheiden des Gesellschafters** und dem Entstehen seiner Forderung auf Zahlung seines Abfindungsguthabens **nicht automatisch eine Umwandlung von Eigen- in darlehensweise gewährtes Fremdkapital** ein. Vielmehr ist sein Abfindungsanspruch von vorneherein nie in anderer Form als gesellschaftsvertraglich vereinbart, d.h. mit entsprechender zeitlicher Streckung entstanden (...). Ihr Eigenkapitalcharakter und damit ihre **Eigenkapitalbindung besteht daher trotz der zeitlichen Streckung ihrer Auszahlung fort**. Hiermit hat sich der Gesellschafter mit seinem Beitritt zur Gesellschaft einverstanden erklärt.“
- dazu demnächst Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 237a

Was kommt aus dem Insolvenzrecht auf das Gesellschaftsrecht zu?

- I. Differenzierung zwischen echtem, im Handelsregister publiziertem Eigenkapital und wirtschaftlichem Eigenkapital
 - qualifizierte Rangrücktritte auch für wirtschaftliches Eigenkapital (Kapitalrücklagen; Hybridkapital, Einlagen einer GmbH & Co. KG)
 - Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts (jedenfalls) auf die Rückzahlung wirtschaftlichen Eigenkapitals

- II. Neuausrichtung der Geschäftsführerhaftung in Insolvenznähe
 - Pflichtenumschwung in der Insolvenz: Leitung im Interesse der Gläubiger
 - Ergänzung der gesellschaftsrechtlichen Haftung um §§ 60, 61 InsO
 - rechtspolitisch: Neuregelung des § 64 GmbHG

© 2020
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.
www.zis.uni-mannheim.de

Anhang I:

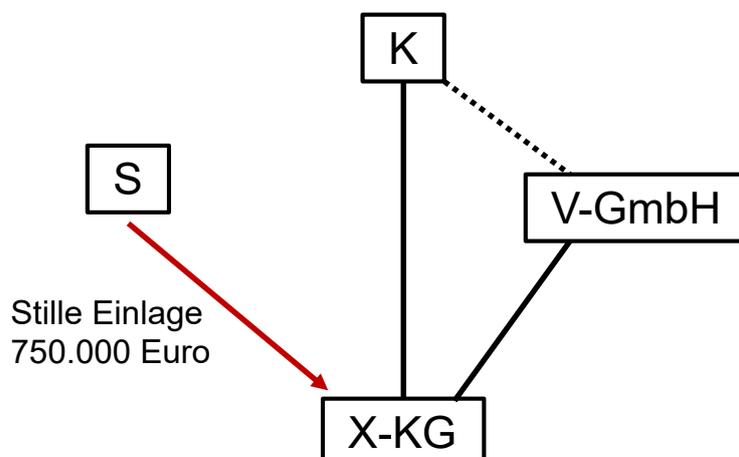
Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs – Hybridkapital –

Einbeziehung von Banken + Anleihegläubigern

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.

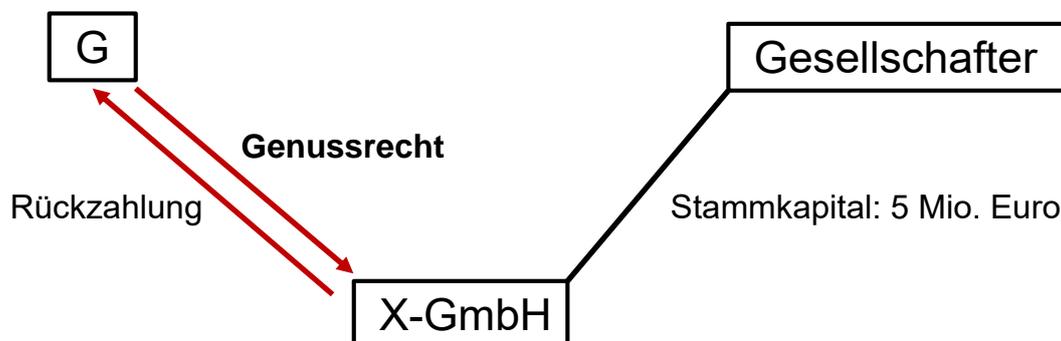
1. Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- 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**
 - 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

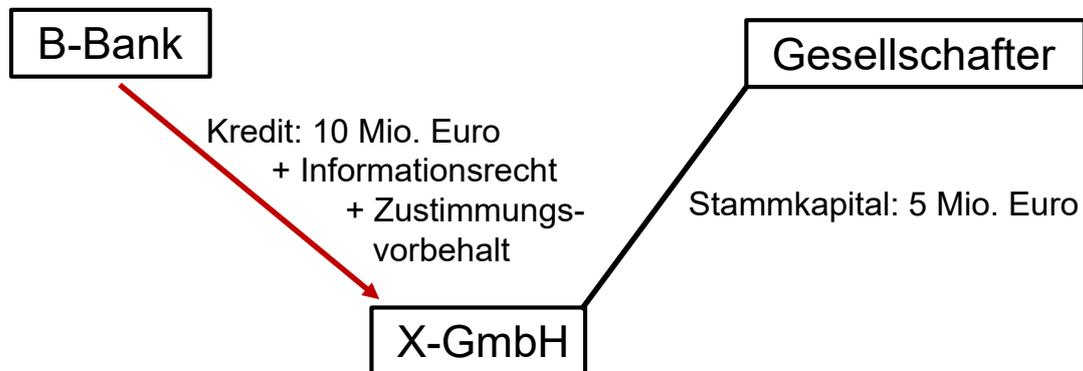


Sachverhalt: Genussrechtskapital insgesamt 15 Mio. Euro; Nachrang; Festzins + gewinnabhängiger Bonuszins; kein Informations-/Stimmrecht

Frage: Anfechtbarkeit der Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag?

Antwort: Nein, weil es am zweiten Element des Doppeltatbestands (Möglichkeit der Einflussnahme) fehlt ⇨ Folie 86

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 87 f.

2. Mezzanine Finanzierungsinstrumente / Kredite mit Covenants

- Übertragbarkeit der Grundsätze zur atypisch stillen Gesellschaft
- **Maßgeblichkeit des Doppeltatbestands** (Folie 83) in einer Gesamtbetrachtung
 - variable Erlösbeteiligung bedeutsamer als (typisierte) Einflussmacht
- Unanwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei
 - reinen (auch weitgehenden) Informationsrechten ⇔ Insiderthese
 - variabler Erlösbeteiligung ohne Einflussmacht ⇒ Folie 84

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 *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: doppelnutzige 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)

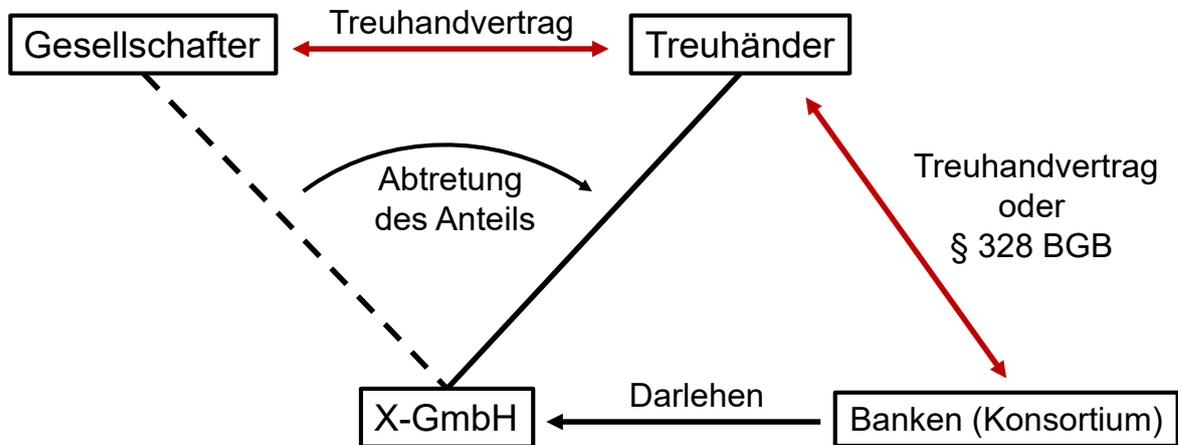
➤ Literatur (Auswahl):

- *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.
- *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013
- *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter in der Insolvenz der GmbH, 2018
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 298 ff.
- allgemeiner: *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2017

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 diene 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.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**



Doppeltreuhand zur Sanierung

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- **Leitsatz 2a:** Ansprüche eines Darlehensgebers stehen wirtschaftlich einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens gleich, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft für den Darlehensgeber in einer **Gesamtbetrachtung** aufgrund seiner **inem Gesellschafter vergleichbaren Rechtsstellung** als eine eigene unternehmerische Betätigung darstellt. Hierzu sind bei der jeweiligen Gesellschaftsform die bestehende Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seine gesellschaftergleichen Rechte und seine Teilhabe an der Geschäftsführung in einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines Gesellschafters zu betrachten.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz 2b: Ein doppelseitiges Treuhandverhältnis, bei dem der Gesellschafter als Treugeber seinen Gesellschaftsanteil auf einen Treuhänder überträgt, der ihn zugleich treuhänderisch zugunsten des Darlehensgebers hält, führt nicht dazu, dass der Darlehensgeber allein aufgrund der zu seinen Gunsten bestehenden treuhänderischen Berechtigung einem Gesellschafter gleichzustellen ist. Auch insoweit kommt es darauf an, wie die Rechtsstellung des Darlehensgebers im Vergleich zu einem Gesellschafter ausgestaltet ist.
- Leitsatz 2c: Eine bloß faktische Möglichkeit des Darlehensgebers, Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft zu nehmen, genügt nicht für eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, ZIP 2020, 1468 (für BGHZ vorgesehen)**
- unerheblich, dass der Kreditgeber die Rückzahlung seines Darlehens nebst Zinszahlung erstrebt; alle darauf abzielenden Maßnahmen (insbesondere die Abrede über eine Gewinnthesaurierung) dienen nur als Sicherheit (Rn. 40–42)
- unerheblich, dass die Banken ggf. im Vorfeld der Sanierung gedroht haben, die Kreditlinien aufzukündigen, falls die Doppelreuehand (mit einem bestimmten Treuhänder und einem bestimmten zusätzlichen Geschäftsführer der Insolvenzschildnerin) nicht zustande kommt, solange die Banken den Geschäftsführer nicht abberufen und ihm keine Weisungen erteilen können (Rn. 44, 46)
- unerheblich, dass der Treuhänder befugt war, Organe der Schuldnerin und anderer Gesellschafter der Unternehmensgruppe zu bestellen und abuberufen, solange der Treuhänder keinen Weisungen der Banken unterliegt (Rn. 45)
- Ergebnis: Doppelreuehand-Modell weitgehend abgesichert!

- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff. (Heft 38/2020 vom 19.9.2020)
 - Die Einordnung als gesellschaftergleicher Dritter ist nach dem bisher anerkannten Doppeltatbestand zu prüfen (Folie 83), nicht nach dem (angeblichen) Dreifachtatbestand
 - ❖ „gesellschaftergleiche Rechte“ als Oberbegriff für die beiden anderen, allein entscheidenden Elemente
 - Für die (Möglichkeit der) Einflussnahme ist im Grundsatz nicht die „Teilhabe an der Geschäftsführung“, sondern der Einfluss auf die Gesellschaft (Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung) relevant.
 - ❖ Gesellschafter unterliegen dem Gesellschafterdarlehensrecht auch ohne Teilhabe an der Geschäftsführung
 - ❖ Geschäftsführung ist nur im Ausnahmefall des Kleinbeteiligten relevant (§ 39 Abs. 5 InsO), nicht beim „Normalgesellschafter“

- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff. (Heft 38/2020 vom 19.9.2020)
 - keine Äußerung des BGH zu der Frage, ob die variable Erlösbeteiligung auch in der Aufwertung einer krisenbedingt entwerteten Forderung liegen kann ⇒ Folie 88
 - keine klare Stellungnahme zu der Frage, welcher Art die Einflussnahme sein muss: gesellschaftsrechtlich oder schuldvertraglich vermittelt? ausnahmsweise auch faktisch?
 - ❖ Details bei *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2017, S. 140–151
 - ❖ Überblick bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 254 ff.
- Eindeutig nur: Nicht ausreichend ist der wirtschaftliche Druck, etwa durch einen mächtigen Lieferanten oder die Möglichkeit des Geldgebers, das Kapital – beispielsweise als typisch stiller Gesellschafter oder als Hausbank – durch Kündigung abziehen zu können.

Anhang II:

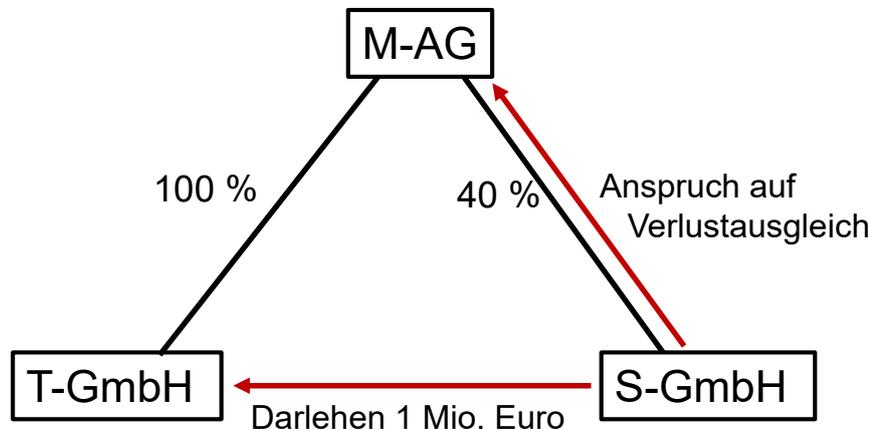
Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs – Verbundene Unternehmen –

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

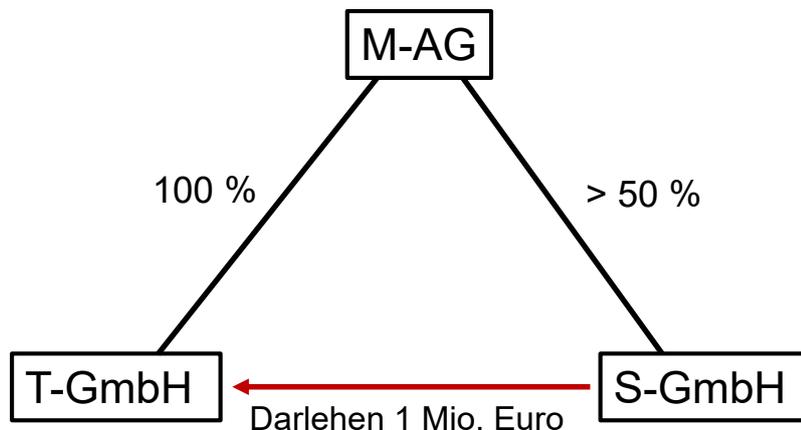
Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Verbundene Unternehmen –

Anwendungsfälle bei verbundenen Unternehmen

- Darlehen für fremde Rechnung/Vertragskonzern ⇒ Folie 99
- Horizontale Konzernverbindung = Finanzierung durch Schwestergesellschaft
⇒ Folien 100 ff.
- Vertikale Konzernverbindung = Finanzierung durch mittelbaren Gesellschafter
(Gesellschafter-Gesellschafter) ⇒ Folien 106 ff.
- Aufsteigende Darlehen (Up-stream-Loans)? ⇒ Folie 109



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



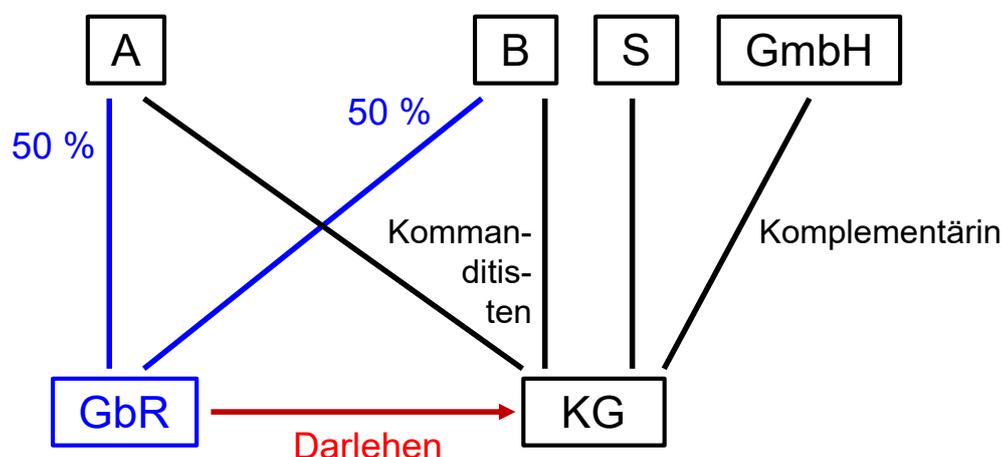
- h.M.: maßgebliche Beteiligung der Mutter an der finanzierenden Schwester erforderlich, da Einfluss auf die Kreditvergabe entscheidend; § 135 I InsO (auch) gegen die Schwester
- Gegenkonzept bei Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 322 ff., insbes. Rn. 332 ff.: anteilige Zurechnung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

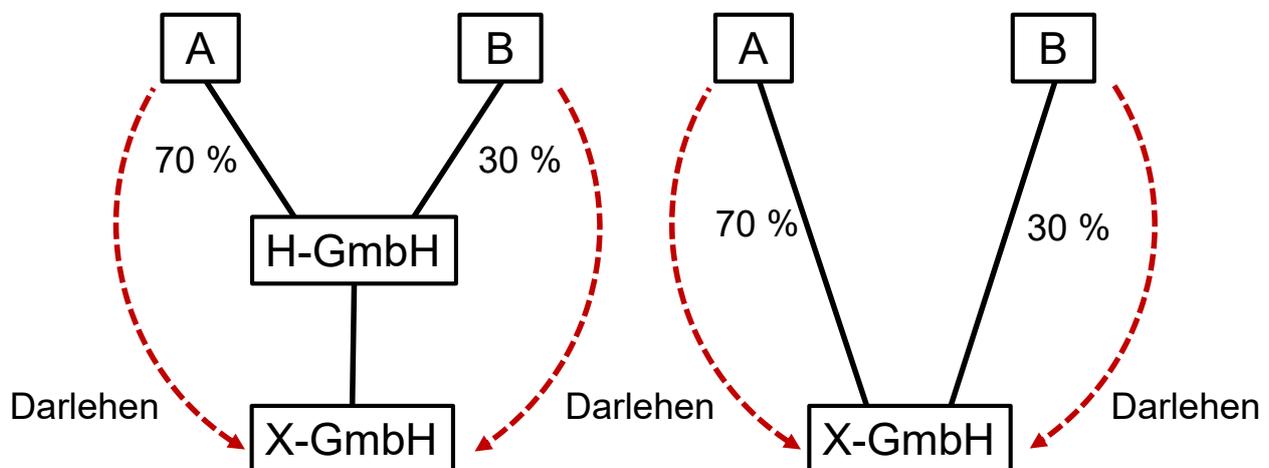
- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177**
- Leitsatz: Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter **Gesellschafter an der darlehensgewährenden 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

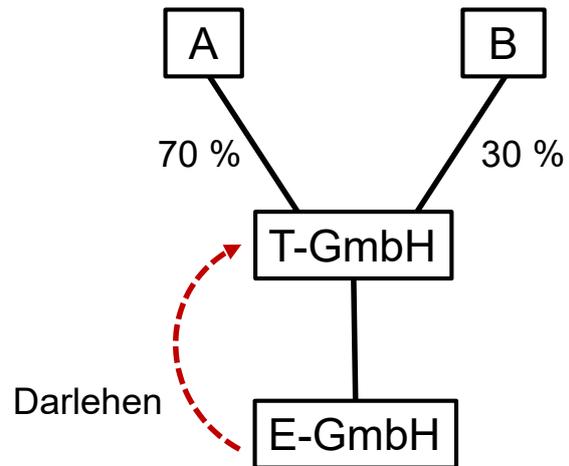
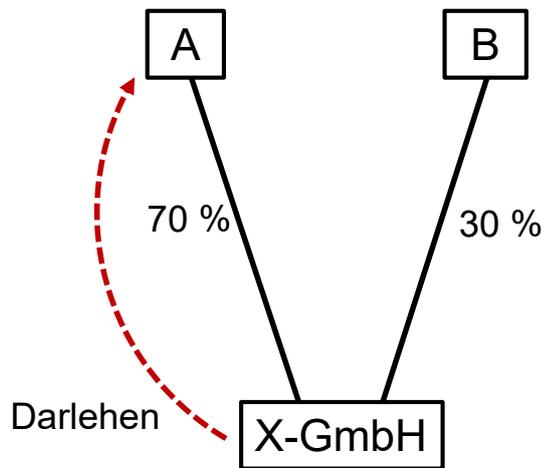
- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 = DB 2015, 796 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 50: „Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung 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 diesereteiligungsverhältnisse [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. ...**“



➤ kein Gesellschafterdarlehen

➤ Gesellschafterdarlehen konstruierbar, aber kein zusätzliches Insolvenzrisiko eingegangen

➤ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 346 f.