

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

# **Gesellschafterfinanzierungen in Krise und Insolvenz – Gestaltungen, Folgen, Haftung –**

4. Bremer Insolvenzrechtstag  
am 1. September 2023

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

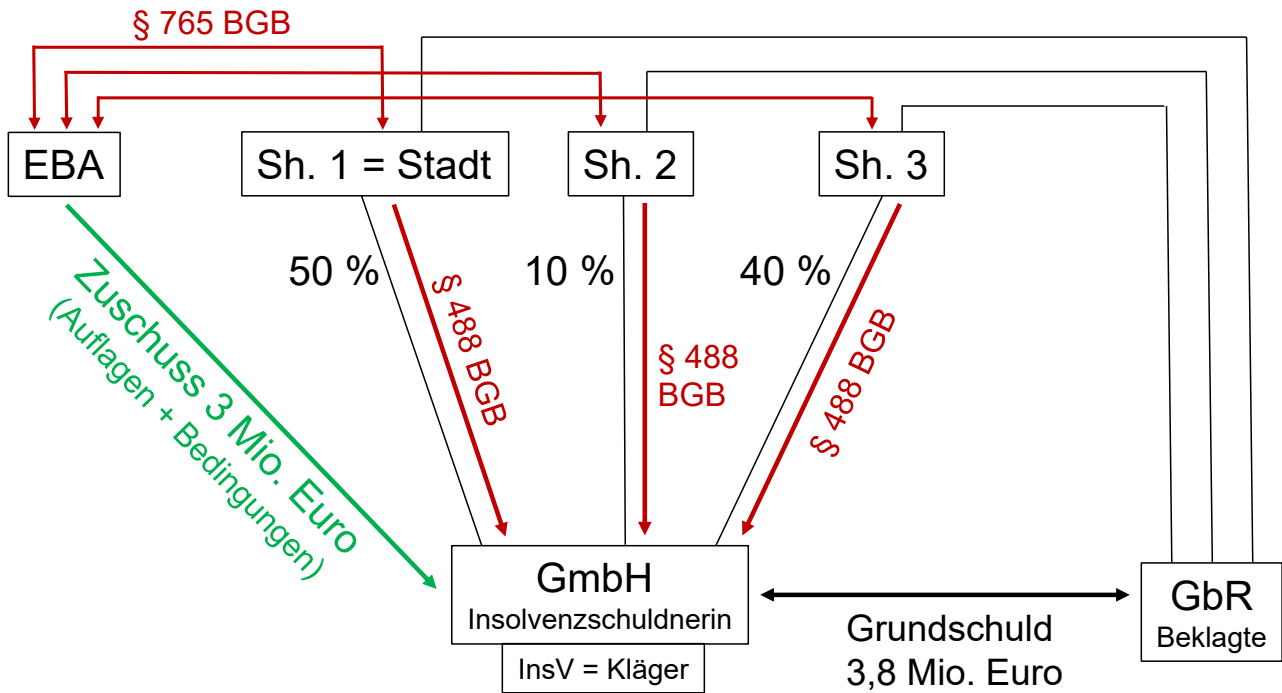
## **Gliederung**

### **I. Gesellschafterdarlehen**

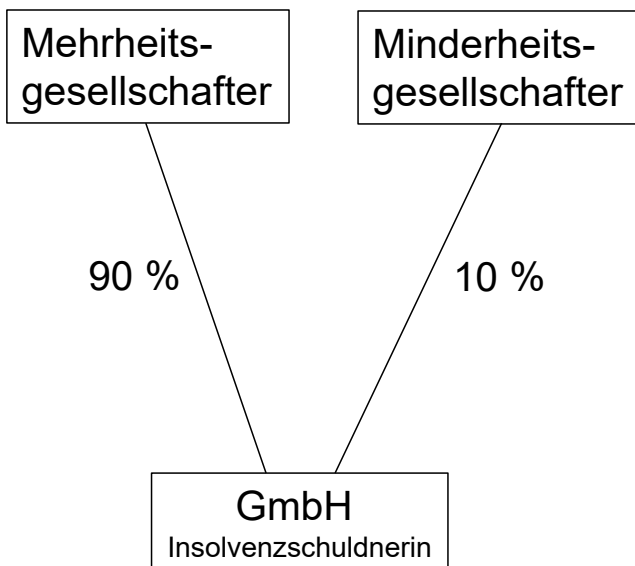
- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche und ihre Besicherung
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

### **II. Insolvenzgründe**

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung



Projekt: Umschlaganlage für den kombinierten Schienen-/Straßenverkehr (KV-Terminal)



ab 1.1.2015	Gesellschafterstellung
3.11.2014 – 29.12.2017	Geschäftsführerstellung
26.6.2017	Beschluss Gewinnvortrag
8.6.2018	Beschluss Ausschüttung
29.6.2018	Auszahlung
4.4.2019	Insolvenzantrag
1.7.2019	Insolvenzeröffnung

### ➤ Gesetzestext des § 39 InsO

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

1. .... 4. ....

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

...

(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 4 Satz 1, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.

### 1. Tatbestand

#### ➤ **Beteiligung ≤ 10 % des Haftkapitals**

- Haftkapital ≠ Stimmrechtsmacht / Gewinnbeteiligung
- wirtschaftliche Betrachtung ⇒ Zurechnung bei Treuhand
- Problem 1: Exakt mit 10 % beteiligter Gesellschafter
- Problem 2: Mittelbare Beteiligung
- Problem 3: Koordinierte Kreditvergabe mehrerer Kleinbeteiligter

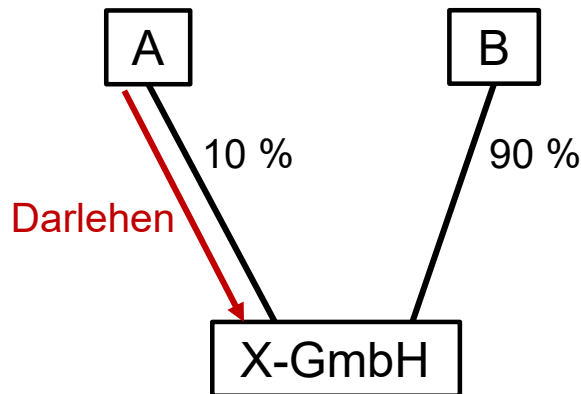
#### ➤ **keine Geschäftsführung** (allein oder neben anderen)

- mittelbare Geschäftsführung schadet auch (z.B. bei GmbH & Co. KG)

### 2. Rechtsfolge

- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts
- Problem 4: maßgeblicher Zeitpunkt ⇒ „Flucht in die Kleinbeteiligung“

Literaturhinweis: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 90 ff.



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

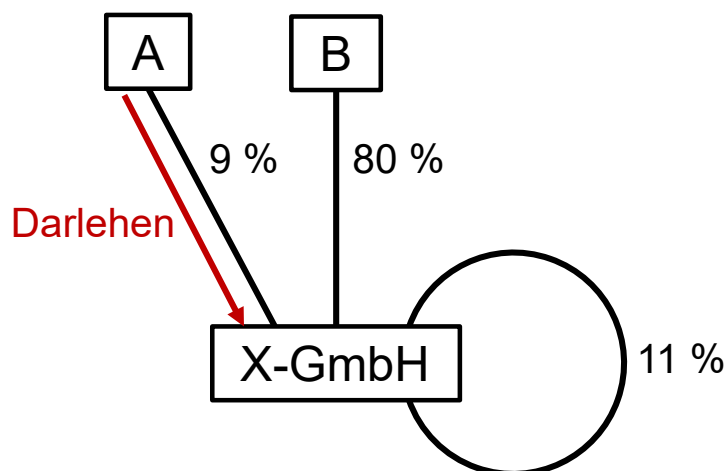
Leitsatz 1: Eine Beteiligung am Haftkapital in Höhe von 10% (und nicht von weniger als 10%) steht der Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nicht entgegen; eine einschränkende Auslegung der Vorschriften über das Kleinbeteiligtenprivileg scheidet aus.

Rn. 21: „Die Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs scheitert nicht schon daran, dass die Streithelferin zu 2 mit 10 % und nicht mit weniger als 10 % am Haftkapital der Schuldnerin beteiligt war und ist. **Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann auch eine Beteiligung von 10 % das Kleinbeteiligtenprivileg rechtfertigen. Das beruht nicht auf einem Irrtum des Gesetzgebers.** Eine einschränkende Auslegung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Beteiligungen unterhalb von 10 % scheidet aus (aA Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl., Anhang § 64 Rn. 91; ders., ZIP 2019, 146, 147; Laspeyres, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 217 ff).“

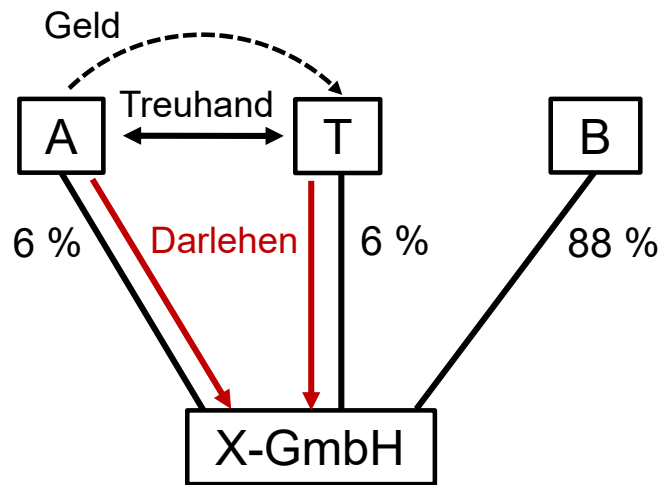
➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Begründung in Rn. 22:

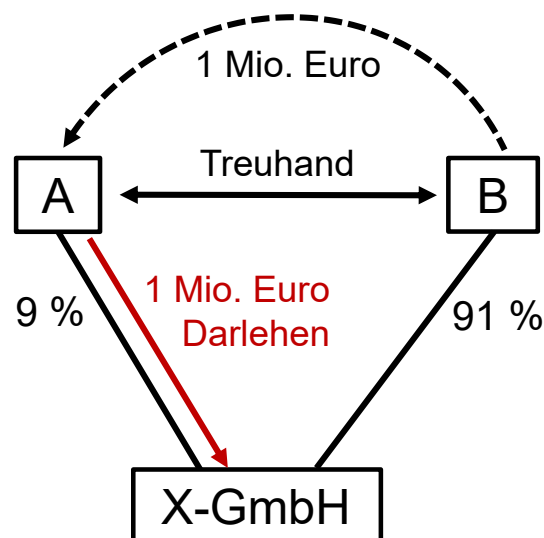
- Einführung des Kleinbeteiligtenprivilegs durch das Kapitalaufnahme-erleichterungsgesetz (KapAEG) v. 20.4.1998
  - Die Privilegierung (auch) einer Beteiligung von 10 % war damals Gegenstand umfänglicher Kritik.
  - Diese Kritik kann dem MoMiG-Gesetzgeber nicht entgangen sein.
- ⇒ bewusste Entscheidung des Gesetzgebers bei Übernahme in § 39 V InsO
- ⇒ keine einschränkende Auslegung möglich



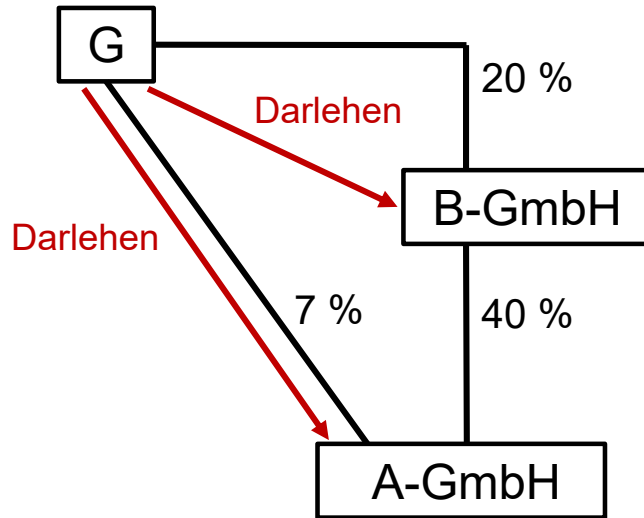
- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Antwort: Ja (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 94; OLG Naumburg v. 6.10.2010 – 5 U 73/10, ZIP 2011, 677, 679 = ZInsO 2010, 2325 [juris-Rn. 37]; a.A. Haas in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 64 Rn. 50)



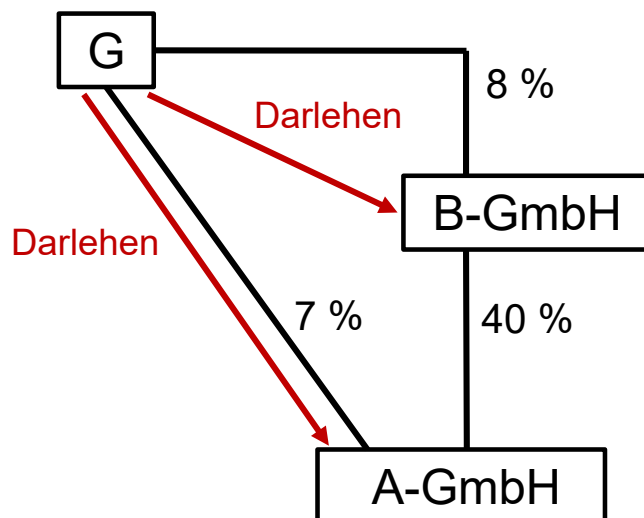
- Frage: Unterliegen die Darlehen des A und/oder des T dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

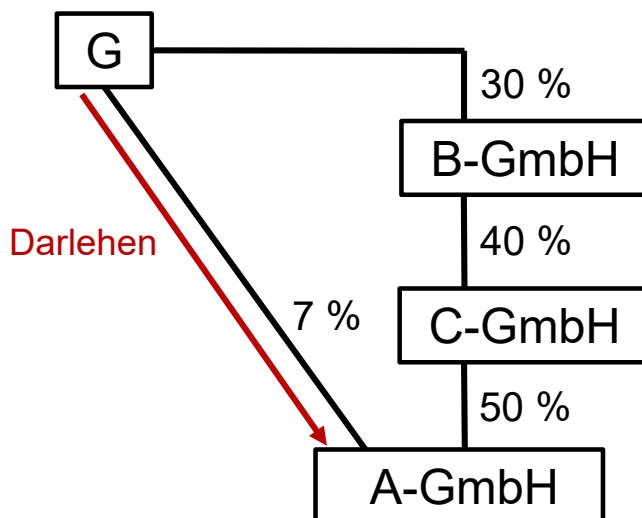


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

➤ **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182**

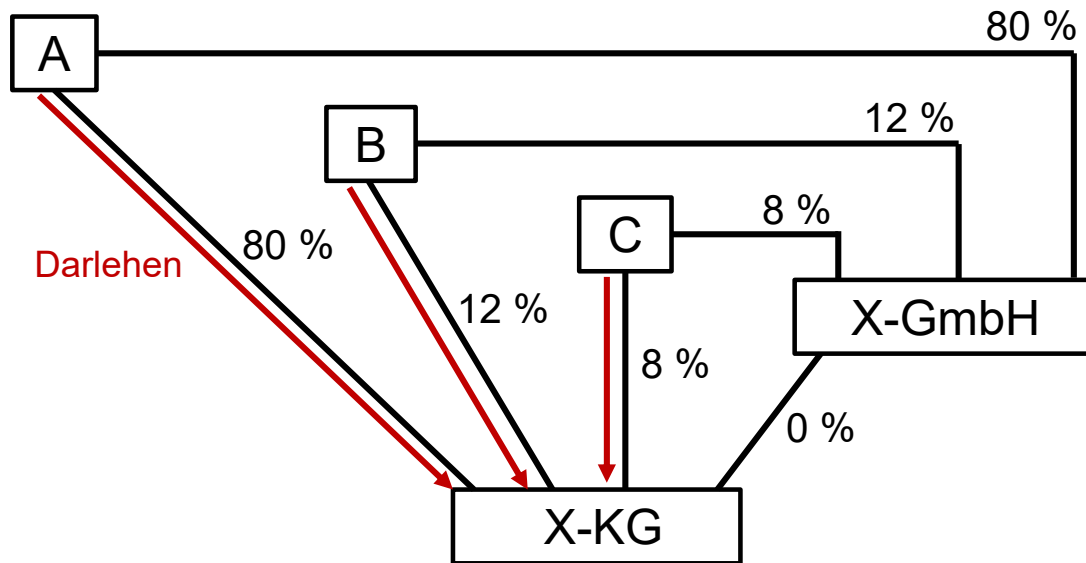
Rn. 15: „Die Bestimmungen über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der darlehensnehmenden Gesellschaft setzen, weil deren Gesellschafter keine Finanzierungsentscheidung zu treffen haben, **abgesehen von dem Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO keine Mindestbeteiligung** voraus. Entsprechendes hat auch im Falle einer mittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft zu gelten (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 22; ....; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 263; ...). **Der Gesellschafter kann sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet.** Es widerspräche Sinn und Zweck der vom Gesetz angeordneten Gleichstellung bestimmter Forderungen mit den Gesellschafterdarlehen, einen etwa unmittelbar mit 15 vom Hundert beteiligten Gesellschafter schlechter als einen mittelbar in gleicher Höhe oder gar stärker beteiligten Gesellschafter zu stellen.“

- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 95 f.
- a.A. Haas in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 64 Rn. 53a: „Pseudo-Rechenoperationen“



- Frage: Unterliegt das Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?





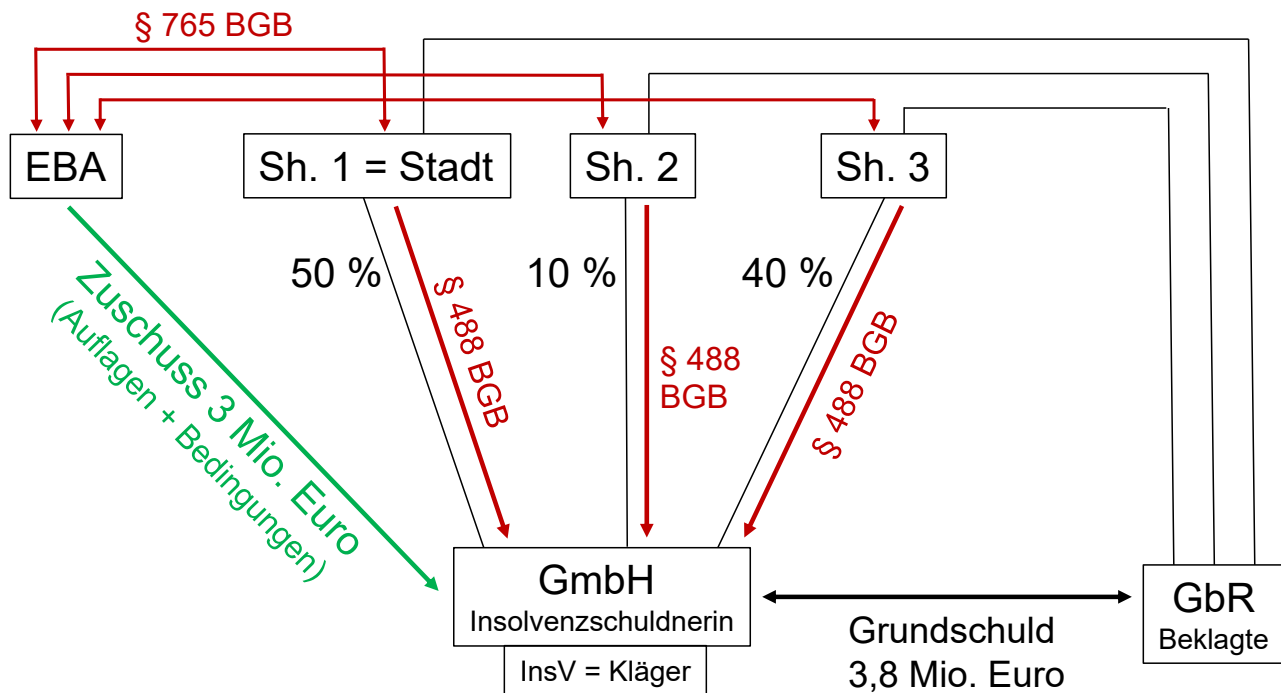
- Frage: Unterliegen die drei Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?

## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - **Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe**
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche und ihre Besicherung
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

## II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung



Projekt: Umschlaganlage für den kombinierten Schienen-/Straßenverkehr (KV-Terminal)

## Koordinierte Kreditvergabe – Bisherige Rechtsprechung –

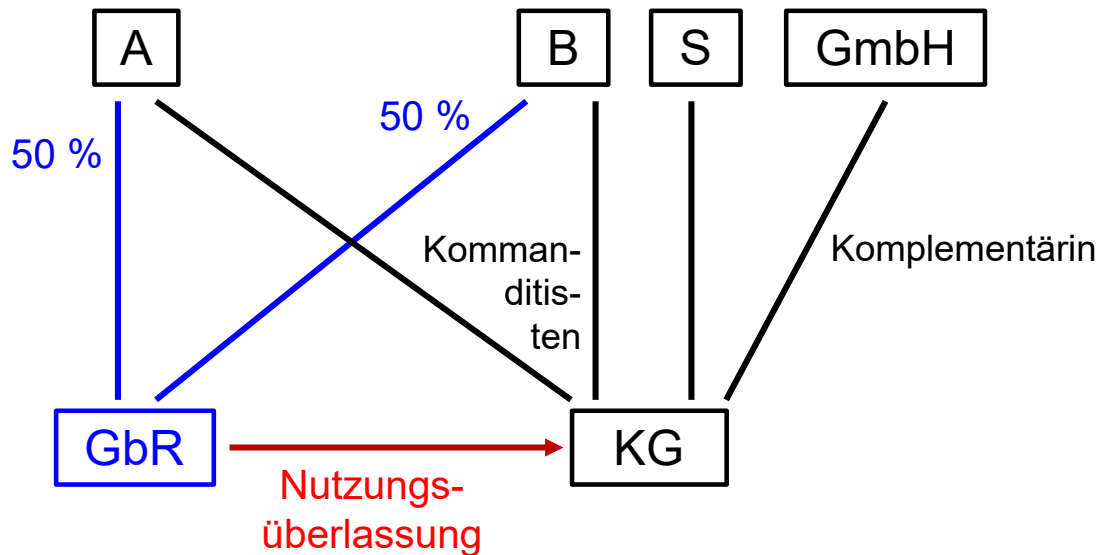
➤ **BGH v. 19.3.2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407**

Leitsatz: Eine im Einzelfall **koordinierte Kreditvergabe** steht wie ein entsprechendes **koordiniertes Stehenlassen in der Krise** einer Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG entgegen (Festhaltung BGH, 9. Mai 2005, II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1318).

➤ **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung)**

Rn. 51: „... Das koordinierte Zusammenwirken der Gesellschafter ermöglicht die gemeinsame Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407; vom 26. April 2010 – II ZR 60/09, WM 2010, 1415 Rn. 5). In dem hier gegebenen Fall einer Betriebsaufspaltung bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Mehrheitsgesellschafter beider Unternehmen der Verantwortung des § 135 Abs. 3 InsO zu unterwerfen (...).“

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



- **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Leitsatz 2: Eine koordinierte Finanzierung durch mehrere Gesellschafter kann unabhängig von einer Krise der Gesellschaft und auch außerhalb des Anfechtungszeitraums des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dazu führen, dass die Beteiligungen der an der Finanzierung beteiligten Gesellschafter am Haftkapital der Gesellschaft zusammenzurechnen sind; maßgeblich ist, ob eine **überschießende unternehmerische Verantwortung** übernommen wird.

Begründung in Rn. 28:

- Merkmal der Krisenfinanzierung mit MoMiG aufgegeben ⇒ unerheblich, ob koordinierte Kreditfinanzierung vor oder nach Eintritt der Krise vorgenommen
- Übernahme einer über den nominellen Gesellschaftsanteil hinausgehenden unternehmerischen Verantwortung als Grund der Zusammenrechnung

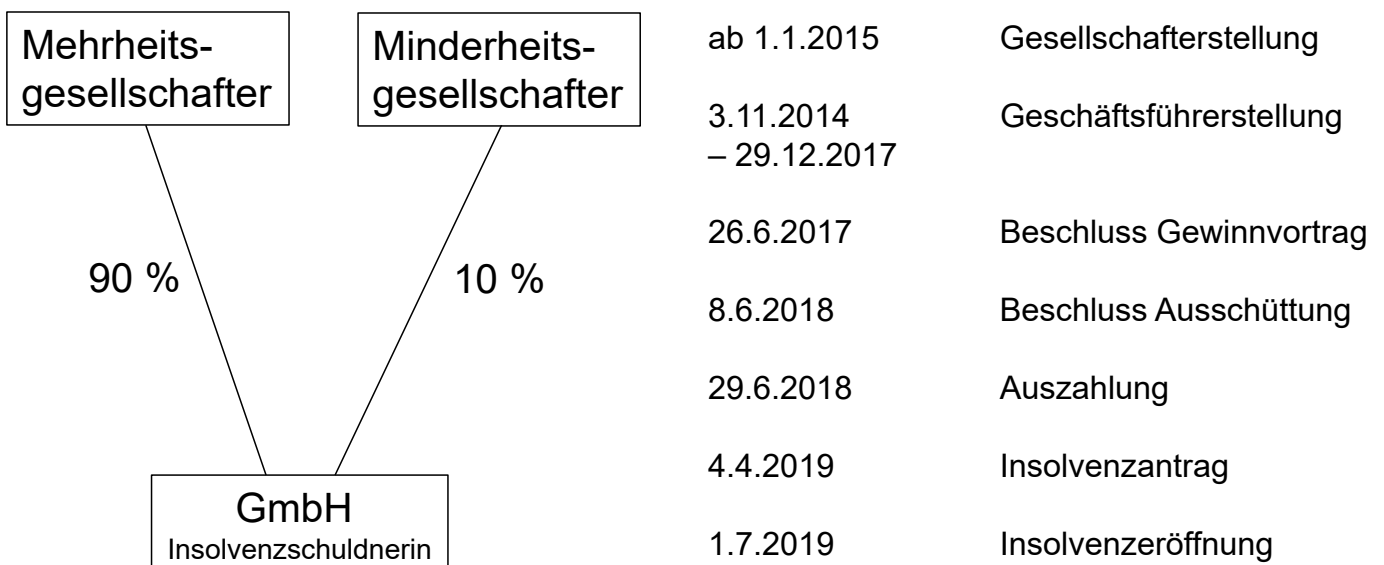
## ➤ BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705

Anwendung auf den Sachverhalt in Rn. 30:

- Planung des KV-Terminals mit Finanzierungsbedarf i.H.v. 3,8 Mio. Euro
  - gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter über Finanzierungsbeiträge (Darlehen + Bürgschaften) im Verhältnis ihrer Beteiligungen
  - Konsortialvereinbarung: Verpflichtung zur wechselseitigen Stellung und Aufrechterhaltung der Finanzierungsbeiträge / Verpflichtung zum Innenausgleich bei Inanspruchnahme bzw. bevorzugter Befriedigung
  - gemeinsame Sicherheit (Grundschild)
- ⇒ unternehmerische Verantwortung bezieht sich auch auf die Beiträge der jeweils anderen Gesellschafter

# Koordinierte Kreditvergabe

## BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378



➤ **BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378**

Leitsatz 2: Für die Annahme einer der Anwendbarkeit des Kleinbeteiligtenprivilegs entgegenstehenden koordinierten Finanzierung genügt es nicht, dass der geringfügig beteiligte Gesellschafter einer darlehensgleichen Finanzierungsleistung an den Schuldner in der Gesellschafterversammlung nur zustimmt, ohne damit zugleich eine über seine Rolle hinausgehende unternehmerische Verantwortung zu übernehmen.

Begründung in Rn. 20:

- Stellung als Geschäftsführer für Koordinierung unerheblich
- bloßes Einvernehmen in der Gesellschafterversammlung begründet keine Übernahme einer überschießenden unternehmerischen Verantwortung

Kommentar: m.E. richtig, weil nicht vorgetragen wurde, dass der Gewinnvortrag der (gemeinsamen) Finanzierung irgendeines Projektes diene

➤ Fall:

- Zweck der X GmbH & Co. KG: Betrieb eines Einkaufszentrums
- Gesamtkosten des Projektes: 50 Mio. Euro
- Zahl der Kommanditisten: 1000 = Beteiligung je 0,1 %
- Einlage jeweils 10.000 Euro
- Darlehen jeweils 40.000 Euro
- keine Beteiligung der Komplementär-GmbH am Vermögen der KG

➤ Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?

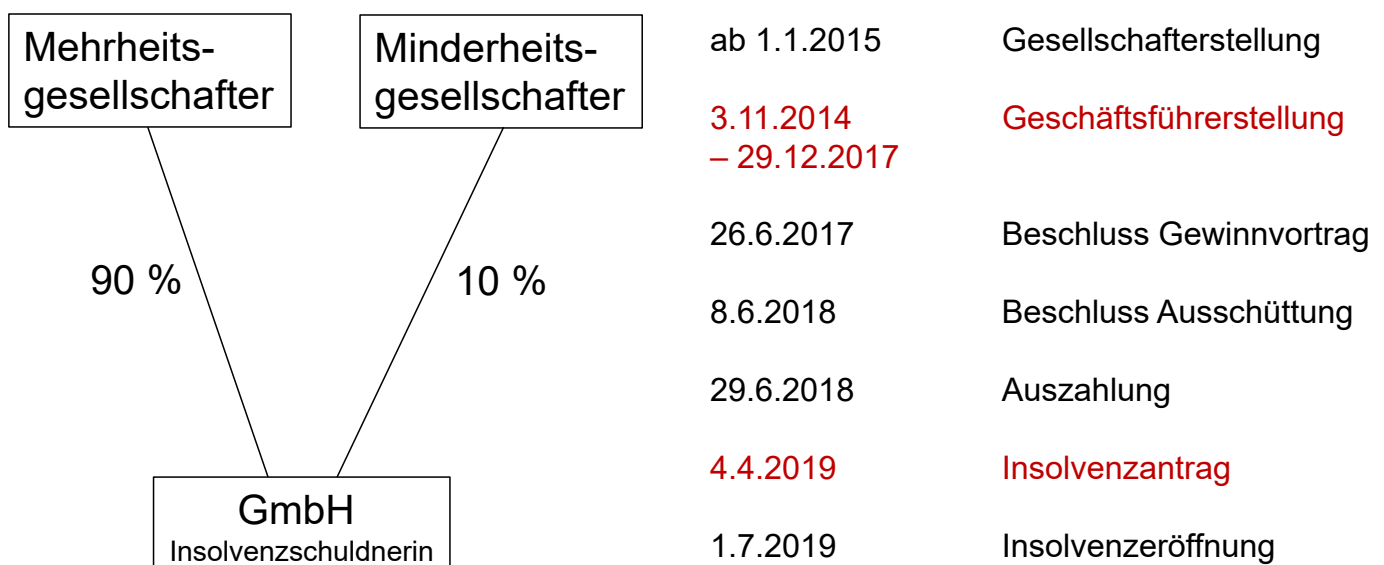
- bejahend Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 99

## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - **Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung**
- Zinsansprüche und ihre Besicherung
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

## II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung



## ➤ **BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378**

Leitsatz 1: Für das Kleinbeteiligtenprivileg im Fall der Anfechtung der Rückzahlung eines Darlehens oder einer darlehensgleichen Finanzierungsleistung des Gesellschafters genügt es, dass seine Voraussetzungen in dem Zeitraum von einem Jahr vor Beantragung des Insolvenzverfahrens vorliegen. Auf die Verhältnisse in der Zeit davor, insbesondere zum Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters, kommt es grundsätzlich nicht an.

Begründung in Rn. 12 ff.:

- Vergleich einer Aufgabe der Geschäftsführerstellung (und einer Reduktion der Anteilsgröße unter die Schwelle des § 39 V InsO) mit dem vollständigen Ausscheiden aus der Gesellschaft: Kleinbeteiligter wird vom Gesetz wie ein Nichtgesellschafter behandelt

## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- **Zinsansprüche und ihre Besicherung**
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

## II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

➤ **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 kapitalersetzenden 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 kapitalersetzenden 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*, Anh. § 64 Rn. 164; 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, 299 ff. = ZIP 2019, 1577, 1581 f. (Rn. 43 ff.)**

Leitsatz 3: 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 (...).“



➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Leitsatz 5: Die Besicherung von Forderungen – hier Zinsen und Avalprovisionen –, die neben die Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder eine gleichgestellte Forderung treten, unterliegt der Anfechtung, wenn die Nebenforderungen im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch offen sind oder erst nach diesem Zeitpunkt anfallen.

Begründung in Rn. 43 ff.:

- Differenzierung zwischen § 135 I Nr. 1 und Nr. 2 InsO
- abweichende Betrachtung gegenüber BGHZ 222, 283, wenn Zinsen bei Insolvenzeröffnung noch offen oder erst danach anfallend – unabhängig von darlehensgleicher Stundung oder Vereinbarung der Zinsen zur Verdeckung einer Darlehensrückzahlung
- Zinsen nachrangiger Forderungen sind nachrangig (§ 39 III InsO).
- Absicherung des Nachrangs durch die Anfechtung der Sicherheit

➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Kommentar:

- Der Hinweis auf § 39 III InsO überzeugt nicht, weil die Vorschrift (jedenfalls in direkter Anwendung) nur für Verzugszinsen gilt, nicht für Vertragszinsen (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 135, 164).

Wortlaut des § 39 III InsO: „Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger.“

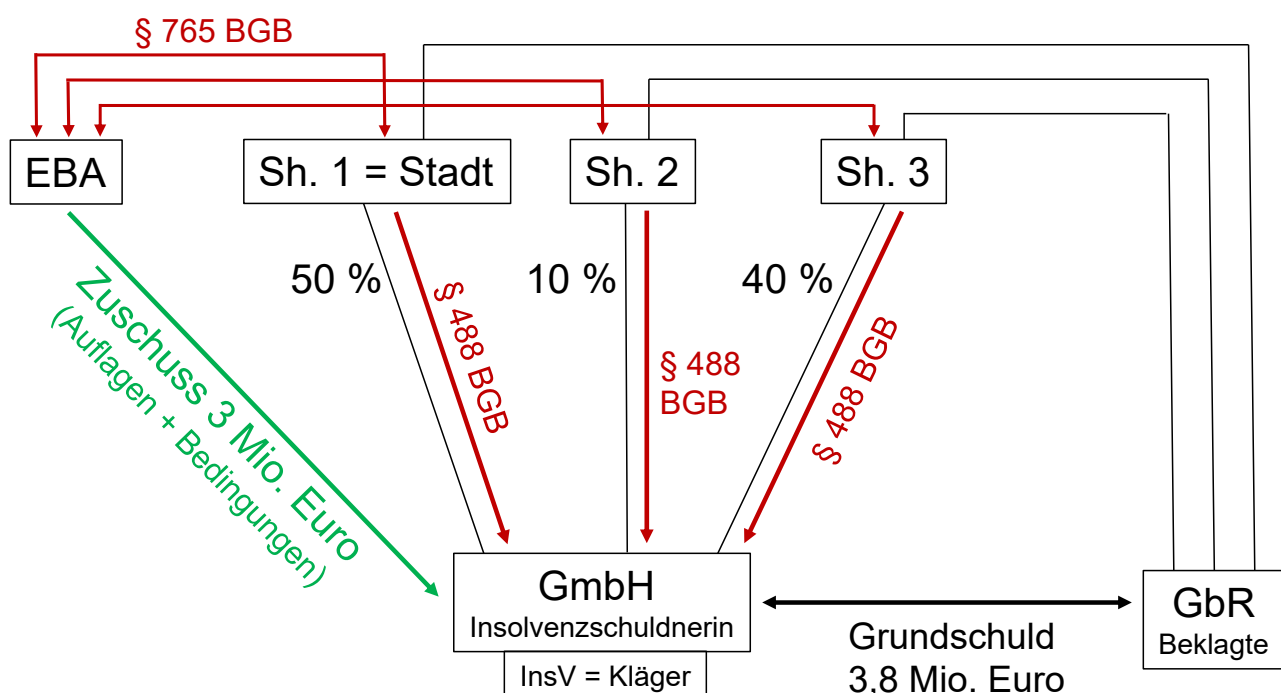
- Die Differenzierung zwischen § 135 I Nr. 1 und 2 InsO überzeugt nicht. Falls alle Zinsforderungen (auch aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung) nach § 39 III InsO i.V.m. § 39 I 1 Nr. 5 InsO nachrangig wären (und deshalb die Sicherheit nach § 135 I Nr. 1 InsO anfechtbar), müssten auch Zahlungen auf Zinsen entgegen BGHZ 222, 283 nach § 135 I Nr. 2 InsO anfechtbar sein.
  - ❖ Gehrlein, ZInsO 2023, 862, 863: Differenzierung = „Gesetzespositivismus in Reinkultur“

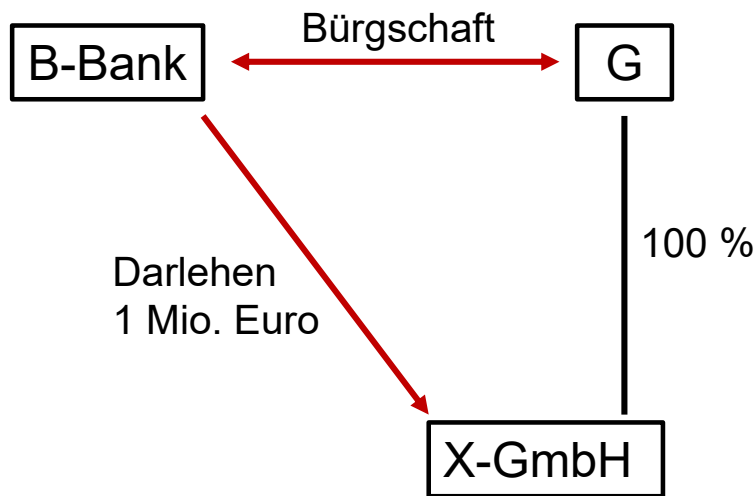
## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche und deren Besicherung
- **Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen**

## II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung





- unstreitig: Der Darlehensgeber wird gemäß § 44a InsO *verfahrensmäßig* auf die Gesellschaftersicherheit verwiesen und muss diese zunächst verwerten.
- Streitig ist die Teilnahme an der Verteilung der Insolvenzmasse nach Verwertung der Drittsicherheit.
  - h.M.: wie bei sonstigen Drittsicherheiten gilt das Doppelberücksichtigungsprinzip aus § 43 InsO, weil sich § 44a InsO nicht gegen den Darlehensgeber richtet
    - ⇒ Berechnung der Insolvenzquote auf den ursprünglichen Forderungsbetrag vor Verwertung der Sicherheit (vgl. MünchKommInsO/*Bitter*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 44a Rn. 20 ff.; Scholz/*Bitter*, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Anh. § 64 Rn. 370 f. m.w.N.)
  - a.A.: Geltung des Ausfallprinzips aus § 52 InsO (so beiläufig BGHZ 193, 378, 383 = ZIP 2012, 1869 Rn. 13 und **jetzt wieder BGH ZIP 2023, 705, 709 Rn. 37**)
    - ⇒ Berechnung der Insolvenzquote nur auf den Restbetrag der Forderung nach Anrechnung des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit

### ➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Leitsatz 4: Bei dem Regressanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus der Besicherung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Dritten handelt es sich um eine Forderung, die einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens gleichgestellt ist; eine Sicherung des Regressanspruchs durch die Gesellschaft kann daher der Anfechtung unterliegen.

Begründung in Rn. 37 ff.:

- Regressanspruch = nachrangig i.S.v. § 39 I Nr. 5 InsO, da Besicherung eines Drittdarlehens der eigenen Darlehensgewährung gleichsteht
- Drittmittel müssen nicht auf Zeit überlassen sein, wenn Rückzahlungsanspruch möglich (hier wegen Bedingungen und Auflagen)

Grundsatzkritik für Doppelsicherungen u.a. bei *Bitter* in FS Kayser, 2019, S. 41 ff.

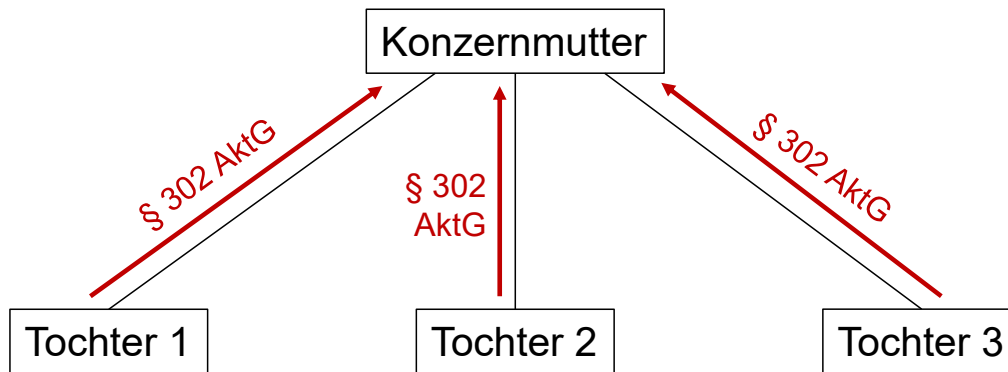
## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

## II. Insolvenzgründe

- **Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG**
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

- *Bitter/Berberich*, Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO bei Verpflichtung der Konzernmuttergesellschaft zum Verlustausgleich (§ 302 AktG), ZIP 2022, 2577 ff.



Problem: zivilrechtliche Fälligkeit des § 302 AktG mit Bilanzstichtag (BGHZ 142, 382)

Frage: Wann ist die Forderung insolvenzrechtlich i.S.v. § 17 InsO fällig?

- Ausgangspunkt: **zivilrechtliche Fälligkeit ist nicht mit insolvenzrechtlicher Fälligkeit im Rahmen des § 17 InsO gleichzusetzen**, weil Ansprüche vom Gläubiger ggf. nicht „ernsthaft eingefordert“ sind
  - ⇒ Die Forderung eines Gläubigers, der – im Sinne einer außerinsolvenzlichen Durchsetzungssperre – *für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens* in eine spätere oder „nachrangige“ Befriedigung eingewilligt hat, darf bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht berücksichtigt werden, auch wenn keine rechtlich bindende Vereinbarung getroffen worden ist oder die Vereinbarung nur auf die Einrede des Schuldners berücksichtigt würde und vom Gläubiger einseitig aufgekündigt werden könnte.
  - ⇒ BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286, 292 (Rn. 18) = ZIP 2007, 1666, 1668 (Rn. 18) = juris-Rn. 17; dazu erläuternd *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1009; siehe auch *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2577, 2578

➤ BGH v. 29.10.2020 – 5 StR 618/19, ZInsO 2020, 2710

„Zahlungsunfähig ist, wer nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 InsO). Wird – wie hier – ein **befristetes Darlehen durch Zeitablauf fällig**, ist die Tilgungsverpflichtung des Schuldners bei der Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit auch dann zu berücksichtigen, wenn der Darlehensgeber ihn nicht im Sinne eines Einforderns konkret zur Rückzahlung aufgefordert hat (vgl. BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129, 130 [= ZIP 2013, 79]).

Ungeachtet dessen **dient das Merkmal des „ernstlichen Einforderns“** nach der Rechtsprechung ohnehin **allein dem Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich** – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – **gestundet sind** (vgl. BGH a.a.O.; Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 86/16, NJW 2018, 1089, 1090). Der Senat neigt daher der Auffassung zu, wonach die Fälligkeit von Forderungen im insolvenzrechtlichen Sinn nicht voraussetzt, dass die geschuldete Leistung „ernsthaft eingefordert“ wird (vgl. BGH v. 23.5.2007 – 1 StR 88/07, NStZ 2007, 643, 644; a.A. BGH v. 16.5.2017 – 2 StR 169/15, wistra 2017, 495, 498; vgl. auch *Baumert* NJW 2019, 1486, 1487 f.).“

➤ OLG Düsseldorf v. 20.1.2020 – I-12 U 23/19, ZIP 2020, 2140

Leitsätze:

1. Ficht der Insolvenzverwalter die Tilgung einer fremden Schuld als unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO an, hat er die Wertlosigkeit der getilgten Forderung darzulegen und zu beweisen. Stützt er sich zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Forderungsschuldners (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf eine Liquiditätsbilanz, müssen die darin enthaltenen Forderungen **ernsthaft eingefordert** sein. Das ist **bei einer geduldeten Überziehung der Kontokorrentkreditlinie** hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs der Bank **nicht der Fall**.

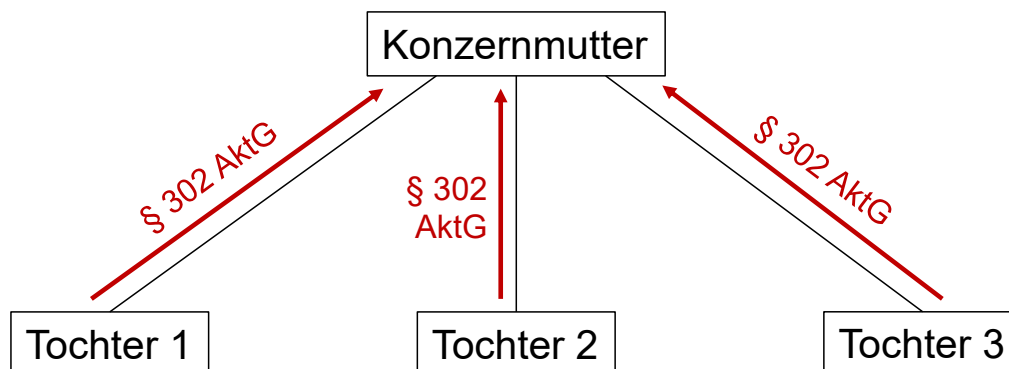
2. Stellt die Bank ihrem Kunden, der die Kreditlinie überzogen hat, den vertraglich vereinbarten höheren Überziehungszinssatz in Rechnung und lässt zudem weitere Verfügungen zu Lasten des Kontos zu, spricht dies für eine **geduldete Kontoüberziehung** und **nicht** für eine im Rahmen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich unbeachtliche „**erzwungene Stundung**“.

- OLG Düsseldorf v. 20.1.2020 – I-12 U 23/19, ZIP 2020, 2140

juris-Rn. 19: „... Das Landgericht hat ... zutreffend ausgeführt, dass es an einem ernsthaften Einfordern fehlt, wenn die Bank die Überziehung der Kreditlinie geduldet hat (vgl. BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129 Rn. 13; BeckOK InsO/Wolfer, 15. Ed., § 17 Rn. 9; K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 17 Rn. 11; Brinkmann, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Rn. 5.13). Die Bank kann in Höhe der geduldeten Kontenüberziehung zwar jederzeit die Rückführung der fälligen Verbindlichkeiten verlangen, solange sie dies allerdings nicht getan und zur Rückzahlung aufgefordert hat, ist der Überziehungsbetrag nicht fällig im Rechtssinne. Denn **die Bank bringt erst durch das Rückzahlungsverlangen zum Ausdruck, dass sie nicht länger zu einer geduldeten Überziehung bereit ist** (Hölzle in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., Kap. 3 Insolvenzantragsgründe, Rn. 48).“

- w.N. (auch zur Gegenansicht) bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 9

- *Bitter/Berberich*, Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO bei Verpflichtung der Konzernmuttergesellschaft zum Verlustausgleich (§ 302 AktG), ZIP 2022, 2577 ff.



Problem: zivilrechtliche Fälligkeit des § 302 AktG mit Bilanzstichtag (BGHZ 142, 382)

Frage: Wann ist die Forderung insolvenzrechtlich i.S.v. § 17 InsO fällig?

- ❖ OLG Frankfurt v. 17.1.2018 – 4 U 4/17, ZIP 2018, 488 – „Arcandor“
  - kein „ernsthaftes Einfordern“ wegen tatsächlicher Stundung zum Bilanzstichtag
  - Irrelevanz einer zivilrechtlichen Unzulässigkeit der Stundung
  - Irrelevanz des Schutzzwecks von § 302 AktG, da Herkunft der vorhandenen Mittel unerheblich (sogar bei Erlangung aus einer Straftat)

- ❖ OLG Düsseldorf v. 20.12.2018 – 10 U 70/18, ZIP 2019, 2122 – „Arcandor“
  - am Bilanzstichtag noch keine Gläubigerhandlung, aus der sich der Wille ergibt, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen = kein ernsthaftes Einfordern
  - keine sofortige Fälligkeit aller gesetzlichen Ansprüche im Rahmen des § 17 InsO
  - Abgrenzung vom Fall der Fälligkeit eines befristeten Kredits nach Zeitablauf (BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129 = ZIP 2013, 79 ⇒ Folie 43)
  - Irrelevanz der Verpflichtung zur Einforderung des Verlustausgleichs
  - Irrelevanz einer zivilrechtlichen Unzulässigkeit der Stundung
  - Relevanz der konkreten Handhabung im Konzern



❖ *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2581 ff.

- Grundsatz: keine insolvenzrechtliche Fälligkeit am Bilanzstichtag
  - Höhe des Verlustausgleichsanspruchs vor Auf- bzw. Feststellung der Bilanz noch nicht konkret bezifferbar ⇒ tatsächlicher Abfluss von Finanzmitteln noch nicht zu erwarten
  - allgemeine Abhängigkeit der Zahlungsunfähigkeit vom Verhalten der Gesellschaftsorgane (z.B. Kreditaufnahme)
  - gesetzliche Ansprüche kein allgemeiner Sonderfall sofortiger insolvenzrechtlicher Fälligkeit ⇒ Abgrenzung von Ansprüchen aus Delikt

❖ *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2581 ff.

- Konkretisierung des Zeitpunkts der insolvenzrechtlichen Fälligkeit
  - zunehmende Bestimmbarkeit des Verlustausgleichsbetrags mit Auf- und Feststellung der Bilanz ⇒ endgültige Bezifferbarkeit erst mit verbindlicher Feststellung
  - keine insolvenzrechtliche Fälligkeit bei Stundung des Ausgleichsanspruchs
  - Irrelevanz der Personalunion in der Geschäftsführung von Mutter- und Tochtergesellschaft ⇒ Vergleich zu konzerninternen Darlehen / Festlegung von Fälligkeitszeitpunkten bei konzerninternem Leistungsaustausch
  - erwartbarer Mittelrückfluss aufgrund der Cash-Pool-Abrede
  - Sonderfall: Abschlagszahlungen auf den Verlustausgleich

## I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

## II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- **Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO**
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

# Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO

## 1. Das Urteil BGHZ 204, 231 zum qualifizierten Rangrücktritt

- Befreiung aus einem Dilemma im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO: zuvor streitige Anwendung auf Rangrücktritte von Nichtgesellschaftern

Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“

Problem: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

- ⇒ bei vorzeitiger Rückzahlung kein § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, da unanwendbar bei freiwilligem Rangrücktritt von Nichtgesellschaftern  
(*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff.; zust. OLG Düsseldorf, ZIP 2015, 187, 189 f.)

## 1. Das Urteil BGHZ 204, 231 zum qualifizierten Rangrücktritt

- Lösung: vorinsolvenzliche Leistung in der Krise trotz qualifizierten Rangrücktritts = Leistung ohne Rechtsgrund i.S.v. § 812 BGB
  - Rn. 19: vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“)
    - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird
  - Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
    - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltl. § 814 BGB
- Folge: unbedingte Möglichkeit der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO
  - ⇒ Rn. 46 ff. mit Hinweis auf die Rspr. im Fall Phoenix Kapitaldienst

## 2. Das Urteil BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 zu § 134 InsO

Leitsatz 1: Der Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine tatsächlich nicht bestehende Schuld leistet, nimmt keine unentgeltliche Leistung vor, wenn er irrtümlich annimmt, zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet zu sein.

Rn. 13: „Leistet der Schuldner, weil er sich irrtümlich hierzu verpflichtet hält, steht ihm hinsichtlich der Leistung ein **Bereicherungsanspruch** nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Der Empfänger ist von vornherein diesem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Insoweit **fehlt es** bei einer solchen Leistung **an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners.**“

Konsequenz: § 134 InsO nur bei Ausschluss des Bereicherungsanspruchs nach § 814 oder § 817 BGB ⇒ **inverse (= sich gegenseitig ausschließende)**

**Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht**

## → Bestätigung für die Ausschüttung von Scheingewinnen

- ❖ BGH v. 5.7.2018 – IX ZR 139/17, ZIP 2018, 1746 (Rn. 12 f.)
- ❖ BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 10)
- ❖ BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 12)
- ❖ BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 11)
- ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 11)
- ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 108/20, ZInsO 2022, 1281 (Rn. 11)
- ❖ zur Zahlung von Maklerlohn bei Schneeballsystemen auch  
BGH v. 10.6.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 10)

## → Bestätigung für andere Fallkonstellationen

- ❖ BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 14 ff., insbes. Rn. 18 f.)  
zur Vermögensübertragung auf einen Treuhänder aufgrund einer möglicherweise  
nichtigen Treuhandvereinbarung
- ❖ **BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 10, 14)**  
**zur Rückzahlung eines Nachrangdarlehens**
- ❖ BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 65 f.,  
86, 95, 111) zu einem (möglicherweise) nichtigen Darlehensvertrag
- ❖ **BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 16) zum qualifizierten  
Rangrücktritt**

## → Übertragung auf Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

- ❖ BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 17/22 (Rn. 11), ZIP 2023, 598 – P&R Container

## → Übertragung auf gesellschaftsrechtliche Rückgewähransprüche

- ❖ OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 (juris-Rn. 40) zu gesellschaftsrechtlich unzulässigen Dividendenausschüttungen
- ❖ bestätigend BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZIP 2023, 1031 (Rn. 15 f., 22)

## → Weitgehende Zustimmung zu BGHZ 214, 350 in der Literatur:

- ❖ *Rogge/Leptien*, in: HambKommInsR, 9. Aufl. 2022, § 134 Rn. 29; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 134 Rn. 32a, 48 f.; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 12/2022, § 134 Rn. 41 (vgl. aber auch Rn. 53); *Jacoby*, EWIR 2017, 403, 404; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 mit Hinweis auf v. *Wilmowsky*, Schneeballsysteme der Kapitalanlage: Auszahlungen an Kunden und deren Beurteilung im Insolvenzfall, 2010, S. 38 f. (Rn. 119–121); *Lütcke*, NZI 2017, 673; *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2294; *Becker*, DZWIR 2018, 201 ff.; ferner *Spatz*, DZWIR 2017, 175, 176; wohl auch *Ganter/Weinland*, in: K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 134 InsO Rn. 20; *Thole*, in: Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 134 Rn. 14; *Thole*, ZRI 2023, 49 ff.; *Bork*, NZI 2018, 1, 4 f.; **vor BGHZ 214, 350** bereits *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 457 f. m.w.N.; *Ganter*, NZI 2015, 249, 256; *Schäfer*, in: Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl. 2017, Rn. G 42a
- ❖ rein darstellend *Freitag*, EWIR 2017, 503, 504; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2281 f. und 2284; *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1242
- ❖ ablehnend *Bitter*, WuB 2018, 99 ff.; *Bitter*, KTS 2022, 423 ff.; *Bitter*, ZIP 2023, 169 ff.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 ff.; *Baumert*, EWIR 2021, 23, 24 m.w.N.

## 3. Bedeutung des § 814 BGB bei § 134 InsO

- Kenntnis der Nichtschuld im Zeitpunkt der Leistung wird über § 814 BGB mittelbar zum Tatbestandsmerkmal der Anfechtung gemäß § 134 InsO (dazu kritisch *Bitter*, KTS 2022, 423, 456 ff.)
- IX. Zivilsenat wird zum „Interpreten“ des § 814 BGB (und des § 817 BGB)
  - ❖ BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 29 - 34)
  - ❖ BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 21 - 38)
  - ❖ BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 20 - 32)
  - ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 17 - 25)
  - ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 108/20, ZInsO 2022, 1281 (Rn. 17 - 25)

## 4. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Unwirksamkeit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre nach AGB-Recht
  - ❖ BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679  
Leitsatz 4: „In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen. Knüpft eine solche Klausel die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre an das Entstehen von Insolvenzeröffnungsgründen, muss sie die erfassten Insolvenzeröffnungsgründe klar und unmissverständlich bezeichnen.“
- Folge für § 134 InsO: Anfechtung wegen „Kenntnis der Nichtschuld“ hängt von Wirksamkeitsbedenken/Rechtskenntnissen des Leistenden ab: Je größer die Wirksamkeitsbedenken bei in Wahrheit wirksamem Rangrücktritt sind, desto weniger ist die Anfechtung nach § 134 InsO möglich.

## 4. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Abhängigkeit des § 134 InsO von Irrtümern des Leistenden über die Krise
- Hintergrund: Der „qualifizierte Rangrücktritt“ verbietet nicht jegliche Rückzahlung, sondern lediglich eine Rückzahlung in der Krise.
  - ❖ BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 (Rn. 24 ff.) m. Anm. *Bitter/Heim*; bestätigend BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 32).
- Unsicherheiten beim Eingreifen von Insolvenzgründen zum Zeitpunkt der Leistung angesichts diverser prognostischer Elemente in §§ 17 bis 19 InsO
- Steigerung der Probleme bei Abhängigkeit des Insolvenzgrundes von rechtlichen Zweifeln ⇒ b.w.

## 5. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Ergebnis: Zerstörung des in BGHZ 204, 231 entwickelten Konzepts
  - ⇒ § 134 InsO scheidet (angeblich) oftmals aus, weil die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB fehlt (*Bitter*, KTS 2022, 423, 457 ff.)
  - ⇒ Basis einer analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter gerät (wieder) ins Wanken, weil es bei gegen den Rangrücktritt verstoßenden Zahlungen an Nichtgesellschafter kein konsequentes Anfechtungsregime mehr gibt und damit die vergleichbare Interessenlage fehlt.
  - ⇒ Suche nach einem alternativen Rückgewähranspruch
  - ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Band III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 102 f., Anh. § 64 Rn. 585

## 5. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Steigerung der Probleme bei Abhängigkeit des Insolvenzgrundes von rechtlichen Zweifeln

- ❖ BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 – Wandelanleihen

Abhängigkeit der Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft von der Frage, ob die in Wandelanleihen vereinbarte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (aus einem „qualifizierten Rangrücktritt“) wirksam vereinbart wurde.

Rn. 34 zu § 133 InsO: „Es lässt sich nicht feststellen, dass die Schuldnerin wusste, dass die qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung dem Rückforderungsbegehren nicht entgegenstand. Da die Schuldnerin zahlungsunfähig war, sofern die Rückzahlungsansprüche durchsetzbar und fällig waren, lagen die tatsächlichen Voraussetzungen für eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vor.“

- ⇒ Rechtliche Zweifel hindern die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB

### I. Gesellschafterdarlehen

- Kleinbeteiligtenprivileg
  - Kapitalbeteiligung bis 10 %
  - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
  - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- Zinsansprüche
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

### II. Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- Qualifizierter Rangrücktritt nach Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO
- **(weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung**



## ➤ Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, 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 **in den nächsten zwölf [bis Ende 2023: vier] Monaten** ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

Stufe 1 (Regelstatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz (nach Liquidationswerten), nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

- Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung durch 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. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 78

- Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?
  - grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose
  - Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch ← vgl. aber auch Folien 72, 76 (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 erhalten bleibt
      - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit

- 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. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 62 ff.

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Leitsatz 2: Eine weiche Patronatserklärung kommt als Mittel zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung nicht in Betracht. Wenn sich in der Ertrags- und Finanzplanung bereits Liquiditätslücken abzeichnen, lässt sich eine positive Fortführungsprognose bei einer bereits in der Krise befindlichen Gesellschaft damit nur ausnahmsweise begründen.

Rn. 69: „Dem Geschäftsleiter ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine **positive Fortführungsprognose** gestellt werden kann, ein **Beurteilungsspielraum** zuzubilligen. Bei der Prüfung, ob der Geschäftsleiter seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, darf die Vermögenssituation der Gesellschaft **nicht aus der Rückschau beurteilt** werden, sondern es ist auf die **Erkenntnismöglichkeiten** eines ordentlichen Geschäftsleiters **in der konkreten Situation** abzustellen.“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Rn. 74: „Handelt es sich bei dem Comfort Letter, wie der Beklagte meint, um eine **harte Patronatserklärung**, war die Schuldnerin **rechnerisch schon nicht überschuldet**. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Patronatserklärung, in der sich eine Patronin gegenüber einer Tochtergesellschaft rechtsverbindlich verpflichtet, die Tochtergesellschaft in der Weise auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren finanziellen Verbindlichkeiten zu genügen (...), die insolvenzrechtliche Überschuldung vermeiden (BGH v. 20.9.2020 – II ZR 296/08, BGHZ 187, 69 Rn. 18 – STAR 21).“

Rn. 75: „... Mangels in der Überschuldungsbilanz aktivierbarer Forderung kommt eine **weiche Patronatserklärung** als Mittel zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung nicht in Betracht (*Uhlenbruck/Mock*, InsO, 15. Aufl., § 19 Rn. 111; ...; *Bitter*, ZHR 181 [2017], 428, 440; ...).“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643
- Rn. 77: „... Die einer Fortbestehensprognose zugrundeliegende Ertrags- und Finanzplanung bildet **zukünftige Zahlungsströme** ab, über deren Eintritt oder Ausfall lediglich eine **mit Unsicherheiten behaftete Vorhersage** möglich ist. Das Bestehen eines Rechtsanspruchs führt zwar regelmäßig dazu, dass der entsprechende Mittelzufluss ohne Weiteres in der Liquiditätsplanung Eingang finden kann. Allein maßgeblich ist dieser Gesichtspunkt jedoch nicht, wie sich nicht zuletzt darin zeigt, dass **etwaige Erträge aus der Geschäftstätigkeit** der Gesellschaft **ebenso in der Finanzplanung angesetzt werden können**, obgleich auf diese ebenfalls kein Rechtsanspruch besteht (...).“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643
- Rn. 79: „Trotz Fehlens eines rechtlich verbindlichen Ausstattungsanspruchs ist eine **weiche Patronatserklärung** ein Umstand, dem im Rahmen der Beurteilung, ob gleichwohl die Fortführung des Unternehmens noch überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 InsO a.F.), Bedeutung zukommen und der nicht außer Betracht bleiben kann, wenn es darum geht, ob die Geschäftsleitung sich noch innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums gehalten hat. Eine **positive Fortführungsprognose** im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 InsO a.F. **scheidet nicht bereits deshalb aus, weil** die Aufrechterhaltung der Liquidität der Gesellschaft von der Zurverfügungstellung ausreichender finanzieller Mittel durch Dritte, etwa einem Gesellschafter, abhängt, auf die **die Gesellschaft (noch) keinen rechtlich verbindlichen Anspruch hat.**“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Rn. 81: „... Ließe man zu, dass ein Tochterunternehmen eine positive Fortbestehensprognose ohne Weiteres auf eine [weiche] Patronatserklärung stützen könnte, eröffnete man dem Mutterunternehmen die Möglichkeit, in der Krise ihrer Tochtergesellschaft die Insolvenz der Tochter auf Kosten der übrigen Gläubiger zu verzögern, ohne ein zusätzliches eigenes Haftungsrisiko übernehmen zu müssen. Deshalb **wird das aus einer lediglich weichen Patronatserklärung folgende unverbindliche Versprechen des Patrons**, die Tochter mit ausreichender Liquidität zu versorgen, **nur in Ausnahmefällen in der Ertrags- und Finanzplanung Berücksichtigung finden können.** ...“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Rn. 82: „... **Außergewöhnliche Umstände**, die im Ausnahmefall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen mögen, etwa, weil **der Patron** mit der Ausstattung der Gesellschaft ganz überwiegend **keine Gewinnerzielung anstrebt** und aus übergeordneten Gründen zur Übernahme von Verlusten bereit bzw. **etwa im Bereich der Daseinsvorsorge** verpflichtet ist, sind vom Geschäftsleiter substantiiert darzulegen und zu beweisen. Dafür genügt der Hinweis darauf, dass der Patron in der Vergangenheit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, mögen diese auch erheblich gewesen sein, für sich genommen nicht (a.A. ...).“

- OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665

Leitsätze:

1. Bei einem **Start-Up Unternehmen** sind die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für eine **positive Fortbestehensprognose** im Rahmen der Überschuldungsprüfung aufgestellt hat (vgl. z.B. BGH v. 23.1.2018 – II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23), nicht uneingeschränkt anwendbar. Erforderlich ist, dass das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, seine im Prognosezeitraum fälligen Zahlungsverpflichtungen zu decken, wobei die dafür erforderlichen Mittel auch von Dritten (Fremdkapitalgeber oder Eigentümer) zur Verfügung gestellt werden können.
2. ... (b.w.)

- OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665

Leitsätze:

2. Hat ein **finanzkräftiger Investor** das Unternehmen bereits **in der Vergangenheit** mit erheblichen Beträgen **finanziell unterstützt** und seinen Willen bekundet, in der Gründungsphase bei Vorlage einer nachvollziehbaren Planung und Nachweis des Finanzbedarfs jeweils weitere Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, darf der Geschäftsführer von einer positiven Prognose ausgehen, solange ein nachvollziehbares operatives Konzept vorliegt, das irgendwann eine Ertragsfähigkeit des Unternehmens erwarten lässt, und nicht konkret wahrscheinlich ist, dass der Finanzierer das Start-Up Unternehmen nicht weiterfinanzieren wird. Ein **rechtlich gesicherter und damit einklagbarer Anspruch** auf die Finanzierungsbeiträge ist für die positive Fortbestehensprognose **nicht erforderlich**.

- OLG Düsseldorf v. 9.2.2022 – 12 U 54/21, ZIP 2022, 1061

## Leitsätze:

1. Bei einem **Start-Up Unternehmen** müssen im Rahmen der Überschuldungsprüfung die Anforderungen an die **Fortführungsprognose** im Lichte der Besonderheiten derartiger Unternehmen betrachtet werden. Ausreichend – aber auch erforderlich – ist, dass das Unternehmen mit überwiegender, d.h. mehr als 50%iger Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, seine im Prognosezeitraum fälligen Zahlungsverpflichtungen aufgrund der Bereitstellung oder Zusage externer Finanzierungsmittel zu decken.
2. Eine **erfolgsversprechende Marktentwicklung** stellt einen Umstand dar, aus dem sich eine positive Fortführungsprognose ergeben kann. Das setzt eine nachvollziehbare, **realistische (Finanz-)Planung mit einem operativen Konzept** voraus, das die geplante Geschäftsausrichtung erfolgsversprechend erscheinen lässt.

Die Zusage eines finanzkräftigen Investors, der das Unternehmen bereits in der Vergangenheit mit Darlehen finanziell unterstützt hat, vermag eine positive Fortführungsprognose jedenfalls nur dann zu begründen, wenn dieser die Bereitstellung weiterer Mittel von der Vorlage einer aktuellen, nachvollziehbaren und realistischen Planung abhängig gemacht hat und aufgrund dessen bis zu einer erfolgsversprechenden Marktentwicklung **die Finanzierung durch weitere Darlehen des Investors gesichert erscheint** (Ergänzung zu OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665).

3. Fehlt es hieran und hängt die Bereitstellung weiterer finanzieller Mittel in jedem Einzelfall allein vom Willen des Geldgebers ab, kann sich der Geschäftsführer nicht darauf verlassen, dass die Finanzierung bis zur erfolgreichen Etablierung des Unternehmens am Markt gesichert ist.

➤ OLG Schleswig v. 29.9.2021 – 9 U 11/21, ZIP 2022, 899

Rn. 26: „Gegen die Annahme einer Überschuldung spricht auch die vom Beklagten substantiiert vorgetragene **Verlustdeckungszusage des Mutterkonzerns A. Holding AG** gegenüber der Schuldnerin. Zwar konnte der Beklagte eine derartige Erklärung in Schriftform nicht vorlegen. Hierbei ist jedoch zum einen die Beweisnot des Beklagten zu berücksichtigen, die daraus herrührt, dass bei dem Brand sämtliche Geschäftsunterlagen der Schuldnerin vernichtet wurden. Zum anderen **war eine schriftliche Vereinbarung angesichts der personellen und wirtschaftlichen Verstrickung der Unternehmen des Konzerns vorliegend nicht erforderlich**. Der Beklagte war maßgeblich an jedem der drei Unternehmen beteiligt; konkret hielt er die Mehrheit der Anteile des Mutterkonzerns A. Holding AG, die alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin wie auch des Schwesterunternehmens war. Er hätte daher ohne weiteres einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss der Unternehmen herbeiführen können. ...“

➤ OLG Schleswig v. 29.9.2021 – 9 U 11/21, ZIP 2022, 899

Rn. 28: „Insgesamt ergeben sich aus den Kontoauszügen eine finanzielle Verstrickung der Unternehmen und die nicht nur finanzielle Abhängigkeit der Schuldnerin von dem Schwester- und Mutterunternehmen. Nach den unbestrittenen Angaben des Beklagten war die Schuldnerin lediglich ein **Dienstleistungsunternehmen**, das für die Mutter- und Schwesterfirma tätig wurde und daher von diesen durch Stellung von Produktions- und Finanzmitteln „am Leben gehalten“ wurde. **Liquiditätsengpässe der Schuldnerin wurden stets von dem Schwesterkonzern ausgeglichen**, wie sich aus der Anlage B27 ergibt. ... Die vom Beklagten damit substantiiert dargelegte Verlustdeckungszusage bzw. **Patronatsvereinbarung zwischen Mutter- und Tochterunternehmen** führt dazu, dass nicht von einer Überschuldung der Schuldnerin auszugehen ist (BGH v. 20.9.2010 – II ZR 296/08, NJW 2010, 3442, 3443, Rn. 18; K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 19 Rn. 42; Baumbach/Hueck-Haas, GmbH-Gesetz, aaO, Vorbemerkung vor § 64 Rn. 47).“



© 2023

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



Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V.

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)