

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen –

Fortbildungsveranstaltung in der Kanzlei
Dr. Beck & Partner GbR – Rechtsanwälte und
Insolvenzverwalter am 19. Juli 2024 in Nürnberg

www.georg-bitter.de

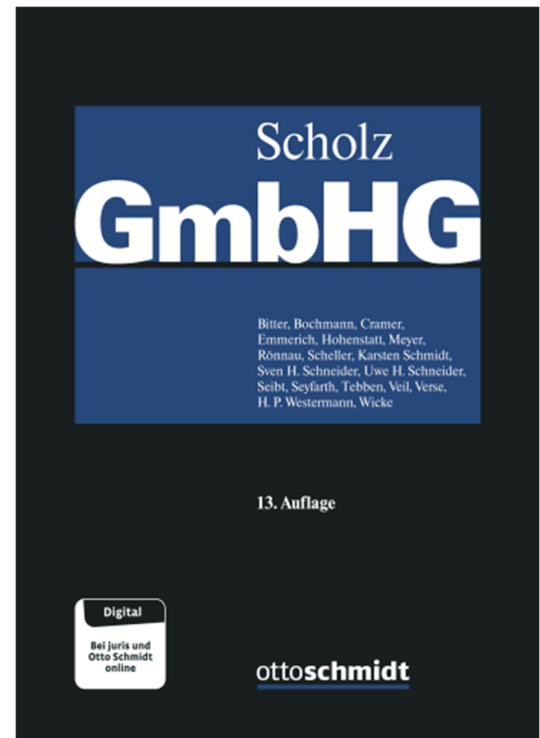
Gliederung

- I. Grundzüge und Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen
- II. Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlung
 - Grundlagen
 - sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs
 - personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs
- III. Kleinbeteiligtenprivileg
 - Kapitalbeteiligung bis 10 %
 - Ausnahme bei koordinierter Kreditvergabe
 - Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/Geschäftsführerstellung
- IV. Zinsansprüche und ihre Besicherung
- V. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen).

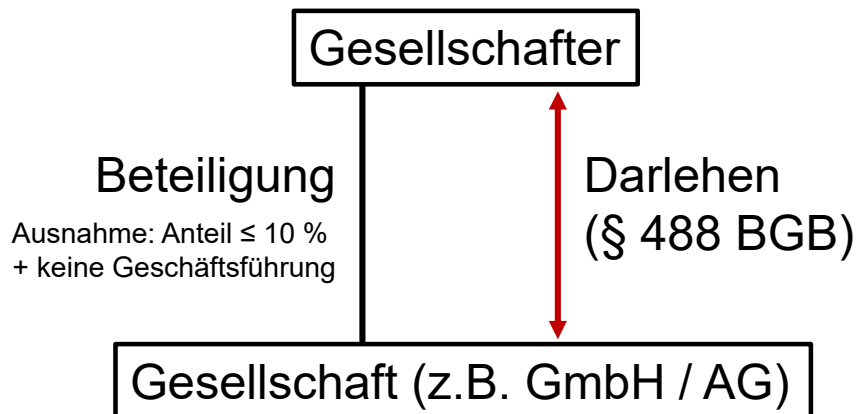
Diese Ende 2024 im Print erscheinende Kommentierung ist in der Online-Variante bereits in Kürze auf juris verfügbar.

Hinweis: In der 12. Auflage 2021 findet sich das Recht der Gesellschafterdarlehen im Anh. § 64 GmbHG.



Grundzüge + Telos des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 14 ff.



- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 I Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 I Nr. 1 InsO bei der Gewährung von Sicherheiten in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag

1. Problem: Keine Lösung von Einzelfragen ohne Kenntnis der teleologischen Grundlagen

- *Eidenmüller*: Der Reformgesetzgeber des MoMiG verzichtet scheinbar gänzlich auf ein tragfähiges Wertungskriterium
- *Karsten Schmidt*: „Suche nach dem verlorenen Normzweck“

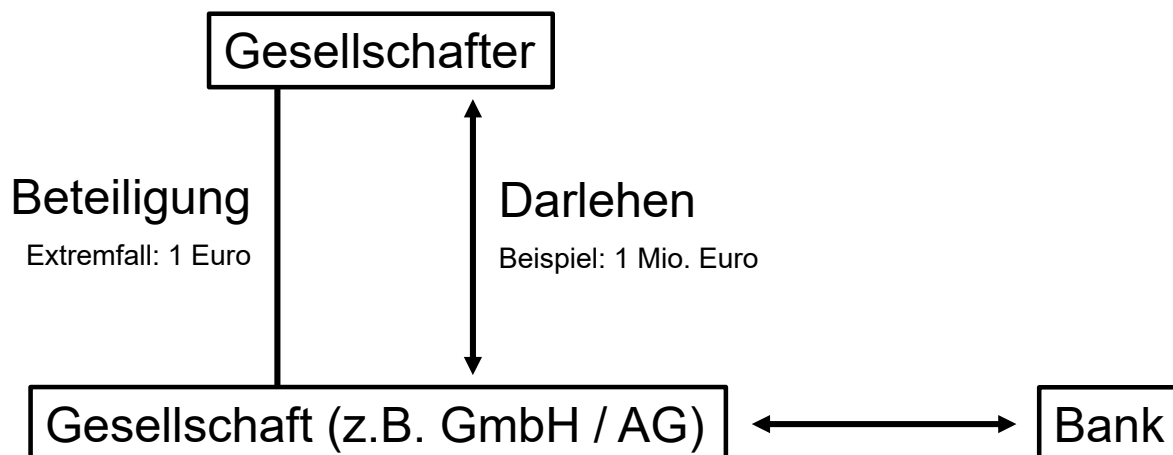
2. Grundfrage

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

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen streitig

- Vielzahl an Begründungsversuchen in der Literatur
 - ❖ Überblick bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO 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.“
- *Wilhelm*, ZIP 2020, 2210, 2212 m.N. in Fn. 20

- Eigene These: Verhinderung von Risikoerhöhungsstrategien durch Subordination von Darlehen



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

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

- **BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577**
- 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 Rz. 51). Dabei ist der Eintritt der Insolvenz aus Sicht des Gesetzgebers ...

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

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- Rn. 27: „Nachrang und Anfechtbarkeit beruhen auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen (vgl. BGHZ 222, 283 Rn. 23; Schoppmeyer, WM 2018, 353, 358 f.). **Das Gesetz unterwirft Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung** und stellt auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleich (...). Der tragende Grund der Nachrangigkeit im Insolvenzfall liegt darin, dass der Gesellschafter mit seiner Finanzierungsentscheidung die Kapitalausstattung der eigenen Gesellschaft verbessert hat. **Entscheidend ist, ob die Gesellschafterleistung nach ihrer wirtschaftlichen Funktion einer Leistung von Eigenkapital vergleichbar ist (...).**“
- zu den die Gesellschaftereigenschaft prägenden Merkmalen ⇨ Folie 19

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen – Grundlagen –

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 201 ff., 234 ff.

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

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

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

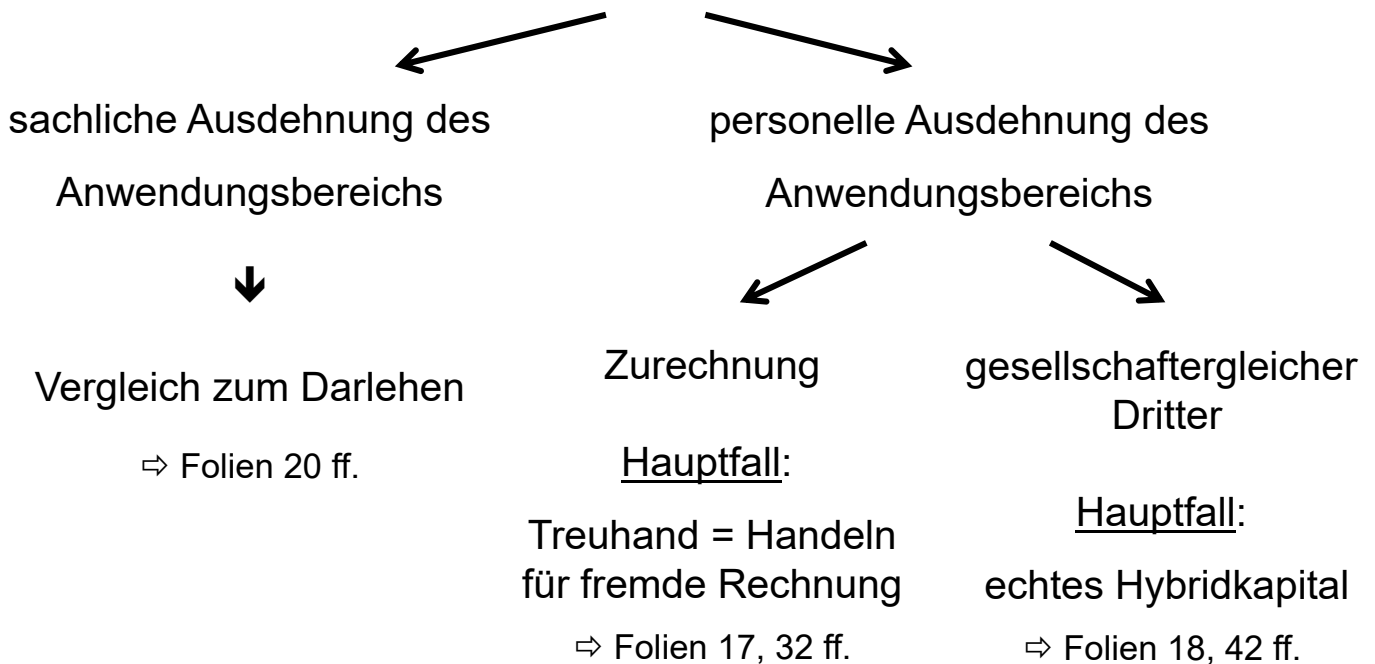
...

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

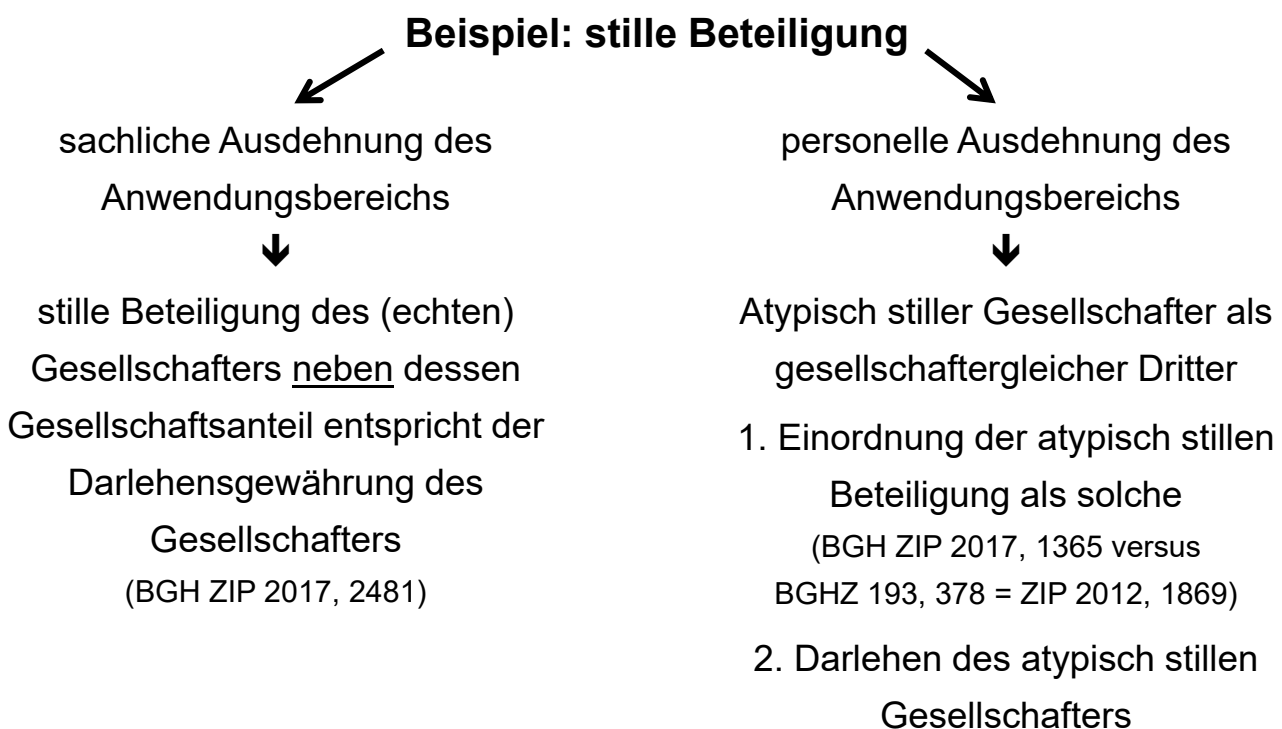
2. Frühere Regelung im Eigenkapitalersatzrecht: § 32a III 1 GmbHG

(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. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 207 ff., 234 ff.; *Bitter*, ZIP 2019, 146 ff.; *Bitter*, WM 2020, 1764, 1765 f.



Literatur: *Bitter*, ZIP 2019, 146; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 230, 290 ff., 312 f.

1. Zurechnungsfälle

- zwei Richtungen der Zurechnung
 - Mittelüberlassung durch Dritten wird dem Verbandsmitglied zugerechnet
 - Gesellschafterposition eines Dritten wird dem Kreditgeber zugerechnet
- Hauptfall: Treuhand = Handeln für fremde Rechnung ⇒ Folien 32 ff.
 - Doppelrolle als Gesellschafter + Kreditgeber ist formal auf zwei Personen aufgespalten, liegt aber wirtschaftlich bei einer Person
 - Unterfall: nahestehende Personen i.S.v. § 138 InsO als „Stroh Männer“
- **Wichtig:** keine Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat

2. Gesellschaftergleicher Dritter

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck ⇒ Folien 6 ff.
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhaber) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 250 ff.

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- Rn. 30: „ ... Darlehen eines Dritten [entsprechen] wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft als eine eigene unternehmerische Betätigung des finanzierenden Dritten darstellt. Dies setzt einerseits einen rechtlichen **Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft** voraus und erfordert andererseits eine **Teilnahme des Dritten am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft**. ...“
 - ⇒ **Bestätigung der bisher h.M.: Doppeltatbestand**
- Rn. 32: „ ... Letztlich geht es darum, wie bei der jeweiligen Gesellschaftsform ein **Dreifachtatbestand** aus Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seinen gesellschaftergleichen Rechten und seiner Teilhabe an der Geschäftsführung in einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines regulären Gesellschafters zu betrachten ist.“
- Kritik am Dreifachtatbestand bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff. (⇒ Folien 51 f.); kein Bezug auf den Dreifachtatbestand mehr bei BGH v. 7.12.2023 – IX ZR 36/22, ZIP 2024, 196, 199 (Rn. 28) und BGH v. 18.4.2024 – IX ZR 129/22, ZIP 2024, 1407 (Rn. 34)

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen
vergleichbare Rechtshandlungen
– Sachliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs –
u.a. Warenkredite/Stundungen
+ Gewinnvorträge/-rücklagen

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 207 ff.

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

- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491
⇒ Folien 23 f.
 - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350 ⇒ Folie 25
 - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, DB 2019, 2071 = ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617 ⇒ Folie 26
 - ❖ BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2021, 136 ⇒ Folien 27 ff.
- Problem: Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung
 - ❖ OLG Hamm v. 16.2.2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162
- Problem: Besicherung gestundeter Forderungen

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

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

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

- **BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617**
- Leitsatz: Wird die aus einem üblichen Austauschgeschäft herrührende Forderung eines Gesellschafters über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten rechtsgeschäftlich oder faktisch zugunsten seiner Gesellschaft gestundet, handelt es sich grundsätzlich um eine darlehensgleiche Forderung.
- Rn. 15: „Nicht jede Stundung über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum von 30 Tagen hinaus führt dazu, dass eine Forderung aus einem sonstigen Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Vielmehr **ist darauf abzustellen, ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn eine Forderung länger als drei Monate stehen gelassen wird.**“
- kritisch Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 209a; *Habersack*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG, Band II, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 55 in Fn. 181; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 116a

- **BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. Bitter, WuB 2021, 136**
- Leitsatz: Ansprüche eines Gesellschafters auf **Zahlung eines Altersruhegeldes aus einer betrieblichen Altersversorgung** stellen keine Forderungen aus Rechtshandlungen dar, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

„[8] ... Die Pensionsansprüche stellen keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderungen dar. Es handelt sich um nicht nachrangige Insolvenzforderungen. ...

[10] Ein Gesellschafterdarlehen liegt vor, wenn der Gesellschafter dem Schuldner einen **Geldbetrag** in einer vereinbarten Höhe zur Verfügung gestellt hat (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Schuldner verpflichtet ist, das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). **Bei einem solchen Darlehen kommt es nicht auf die Dauer der Kreditgewährung an.** ...

[12] ... Die **rechtliche oder faktische Stundung** einer Forderung entspricht bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Vereinbarungsdarlehen ...

[18] Überschreitet der zeitliche Abstand beim Austausch von Leistung und Gegenleistung den von markt- oder verkehrsüblichen Regelungen gesteckten Rahmen eindeutig, liegt eine einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Leistung vor. Dies ist in der Regel erst anzunehmen, wenn eine **Forderung aus einem Austauschgeschäft länger als drei Monate stehen gelassen** wird (BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 = WM 2019, 1646 = ZIP 2019, 1675 Rdn. 15, 18; ...). ...

[19] In dieser Behandlung von Austauschgeschäften liegt **keine gegenüber kurzfristigen Überbrückungskrediten sachwidrige Ungleichbehandlung** (a.A. Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Rdn. 209a; ...). Eine schematische Gleichbehandlung von Darlehensforderungen nach § 488 BGB und Entgeltforderungen aus Austauschgeschäften ist nicht geboten. ... Bei einem Darlehensvertrag führt der Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zusätzliches Kapital zu und verbessert damit die Finanzierung der Gesellschaft. ... Diese Finanzierungsfunktion tritt bei einem Zufluss weiterer Geldmittel ohne weiteres ein (...). Aus einem Austauschgeschäft fließt der Gesellschaft die Sachleistung des Gesellschafters zu, ohne dass dies zu einer zusätzlichen Finanzierung der Gesellschaft führt. Dass die Gesellschaft das Entgelt für eine Leistung des Gesellschafters nicht Zug-um-Zug bezahlt, führt nicht in gleicher Weise wie der Zufluss weiterer Geldmittel zu einer besseren Finanzausstattung der Gesellschaft. ...

[22] Nach diesen Maßstäben ist der Anspruch auf Altersruhegeld keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung (...). ...

[30] Entscheidend für die Gleichstellung ist die Finanzierungsfunktion. Allein der Entgeltcharakter des Altersruhegeldes genügt hierzu nicht (HK-InsO/Kleindiek, 10. Aufl., § 39 Rdn. 38). Ebenso wenig begründet das Leistungsversprechen der Gesellschaft eine einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbare Forderung. **Bei der Zusage eines im Versorgungsfall zu zahlenden Altersruhegeldes geht es nicht darum, temporär die Liquidität der Gesellschaft zu verbessern, sondern dem Arbeitnehmer zusätzlich zum Lohn eine Altersabsicherung zu verschaffen.** ... Vielmehr handelt es sich bei der Vergütung der im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gehaltenen Betriebstreue, die zusätzlich oder als Teil der üblichen Dienst- oder Arbeitsvergütung gezahlt wird, um eine **verkehrsübliche Gestaltung eines Austauschverhältnisses.**

- **Kapital- und Gewinnrücklage**
 - ❖ dafür: OLG Koblenz v. 15.10.2013 – 3 U 635/13, ZIP 2013, 2325 = DB 2014, 828 (Ausschüttung von Gewinnvorträgen)
 - ❖ dagegen: OLG Schleswig v. 8.2.2017 – 9 U 84/16, ZIP 2017, 622 (Gewinnrücklage)
 - ❖ offen BGH v. 17.12.2020 – IX ZR 122/19, ZIP 2021, 93 (Rn. 30)
 - ❖ dafür BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 195/20, BGHZ 230, 335 = ZIP 2021, 1822 (Rn. 10 ff.) m. Nachw. zum Streitstand in Rn. 11 f. ⇨ Leitsatz Folie 31
- Abfindungszahlungen an Gesellschafter?
 - ❖ KG Berlin v. 9.3.2015 – 23 U 112/11, ZIP 2015, 937, 938 f.
 - ❖ BGH v. 28.1.2020 – II ZR 10/19, BGHZ 224, 235 = ZIP 2020, 511
- Auszahlung nach ordentlicher Kapitalherabsetzung?
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 231 ff.

- **BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 195/20, BGHZ 230, 335 = ZIP 2021, 1822**
- Leitsatz 1: „Beschließt der Alleingesellschafter einer GmbH, einen festgestellten Gewinn auf neue Rechnung vorzutragen, kann der aus einem später gefassten, auf Ausschüttung des Gewinnvortrags gerichteten Gewinnverwendungsbeschluss folgende Zahlungsanspruch eine wirtschaftlich einem Darlehen entsprechende Forderung darstellen.“

Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen – Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs –

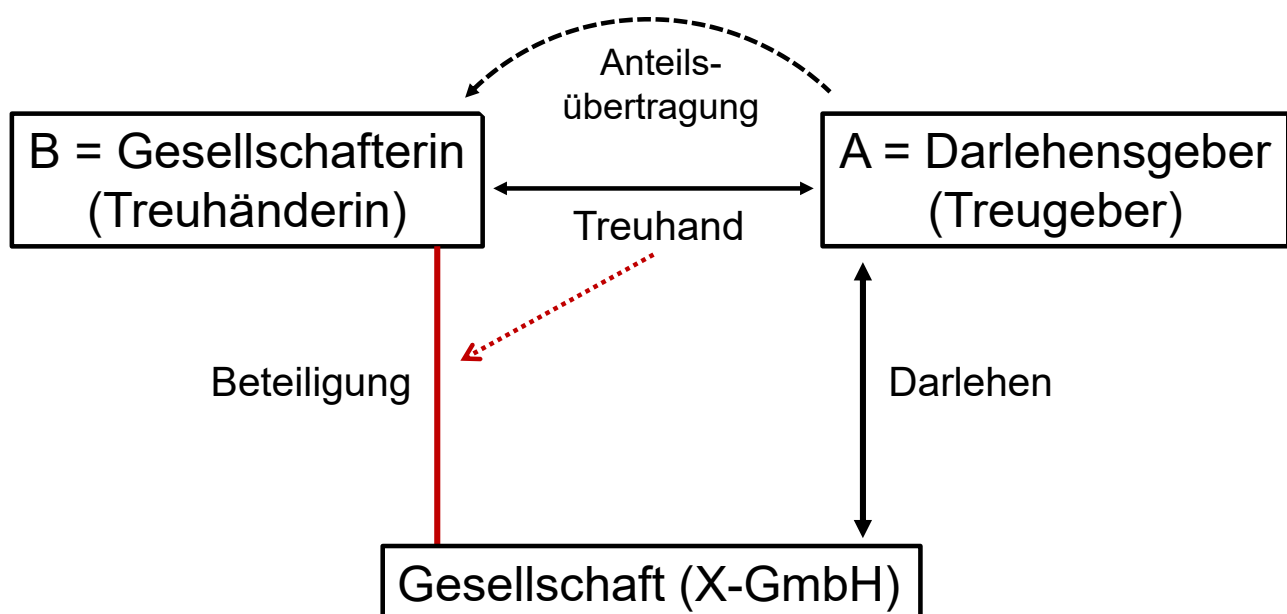
Teil 1 – Treuhandfälle

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 258 ff.

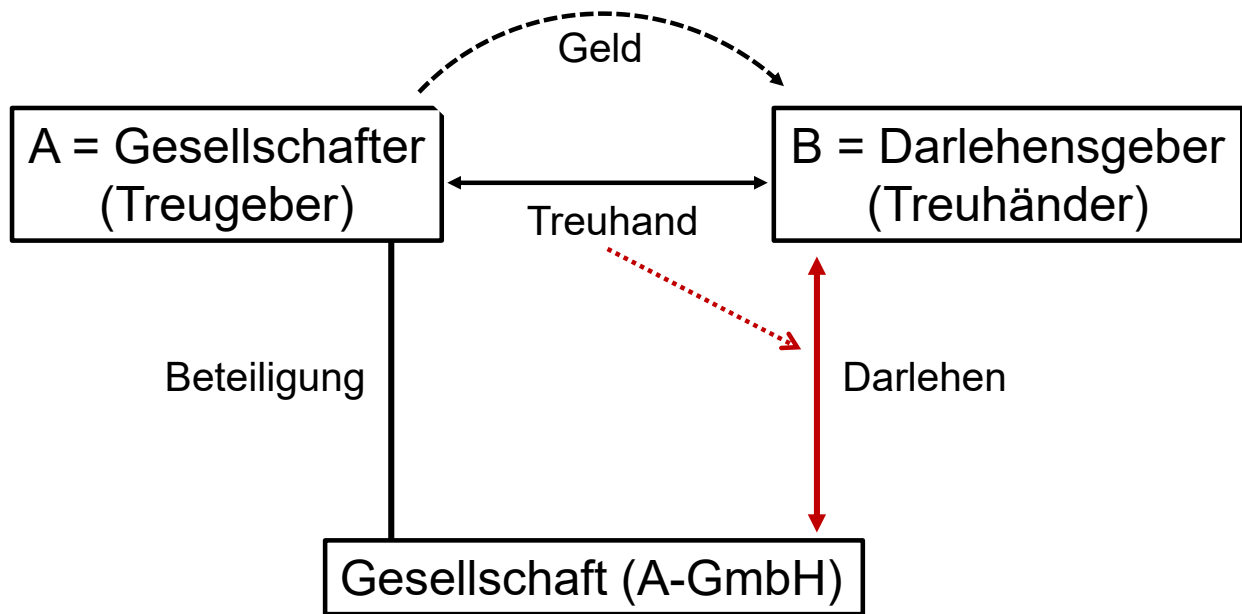
Fall 1: Formale Aufspaltung der Doppelrolle (Gesellschafter- und Darlehensgeberposition) bei wirtschaftlicher Identität

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 260 ff.

Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Treuhand am Gesellschaftsanteil I –



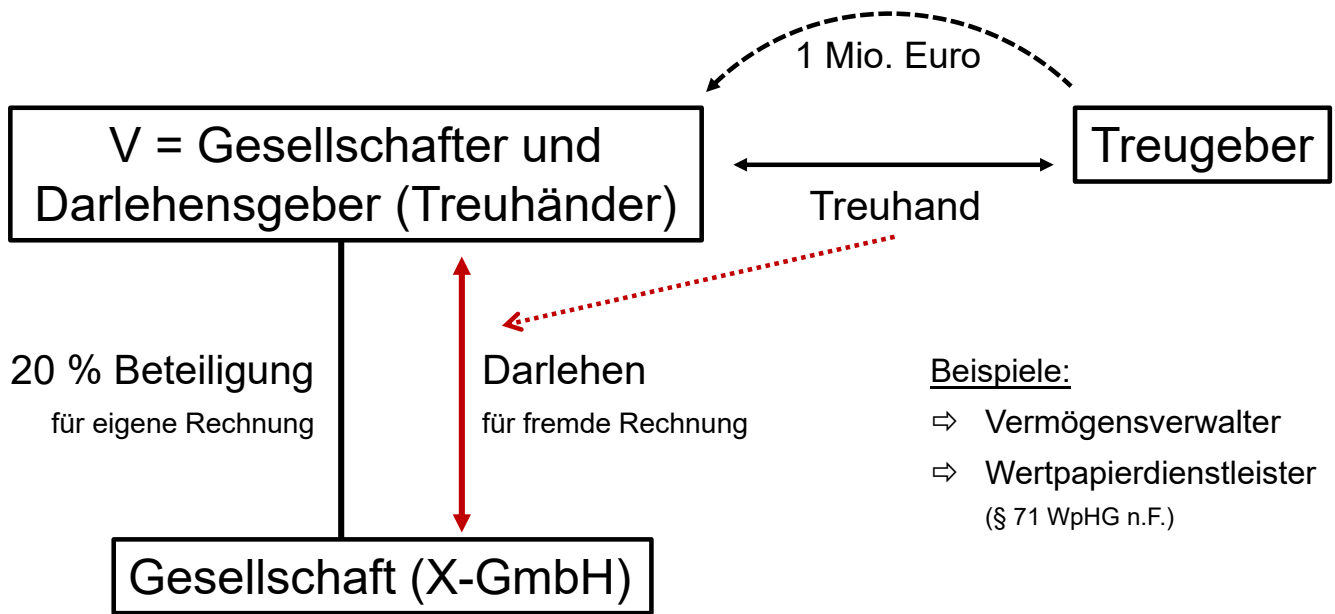
- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Sind vorinsolvenzliche Rückzahlungen anfechtbar und ggü. wem?



- Frage 1: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?
- Frage 2: Wer ist Anfechtungsgegner bei Rückzahlungen vor Insolvenz?

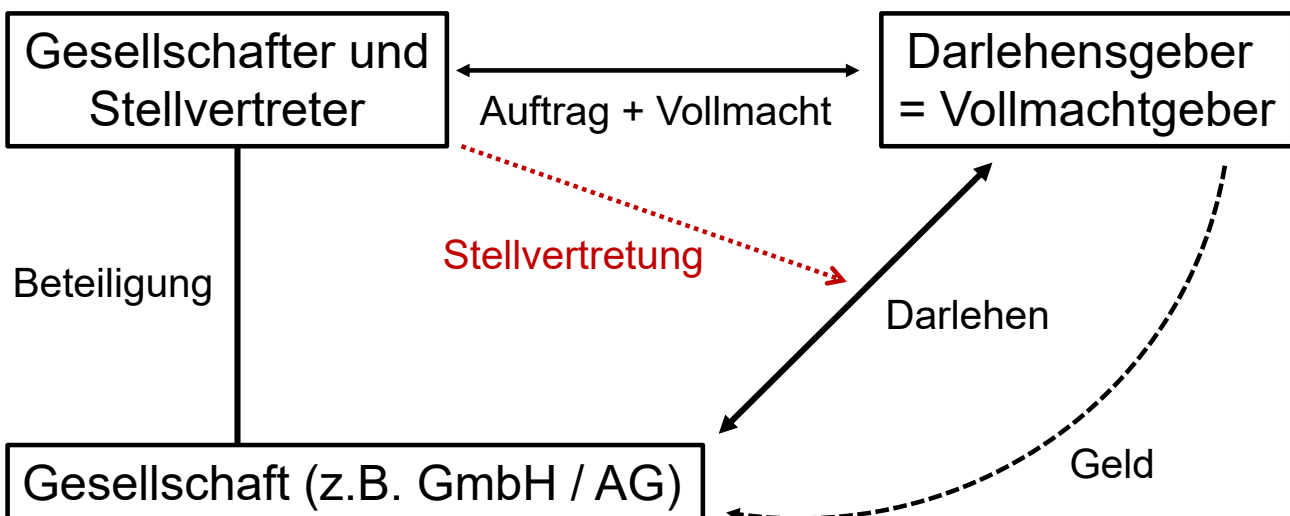
Fall 2: Wirtschaftliche Trennung der Doppelrolle (Gesellschafter- und Darlehensgeberposition) bei formaler Identität

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 269 ff.

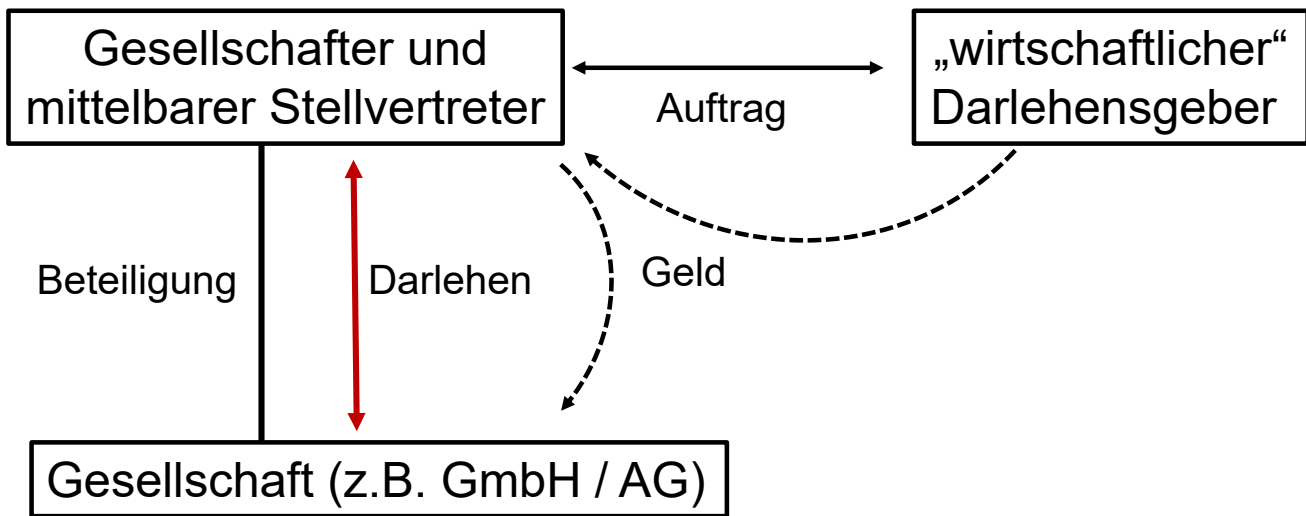


- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?

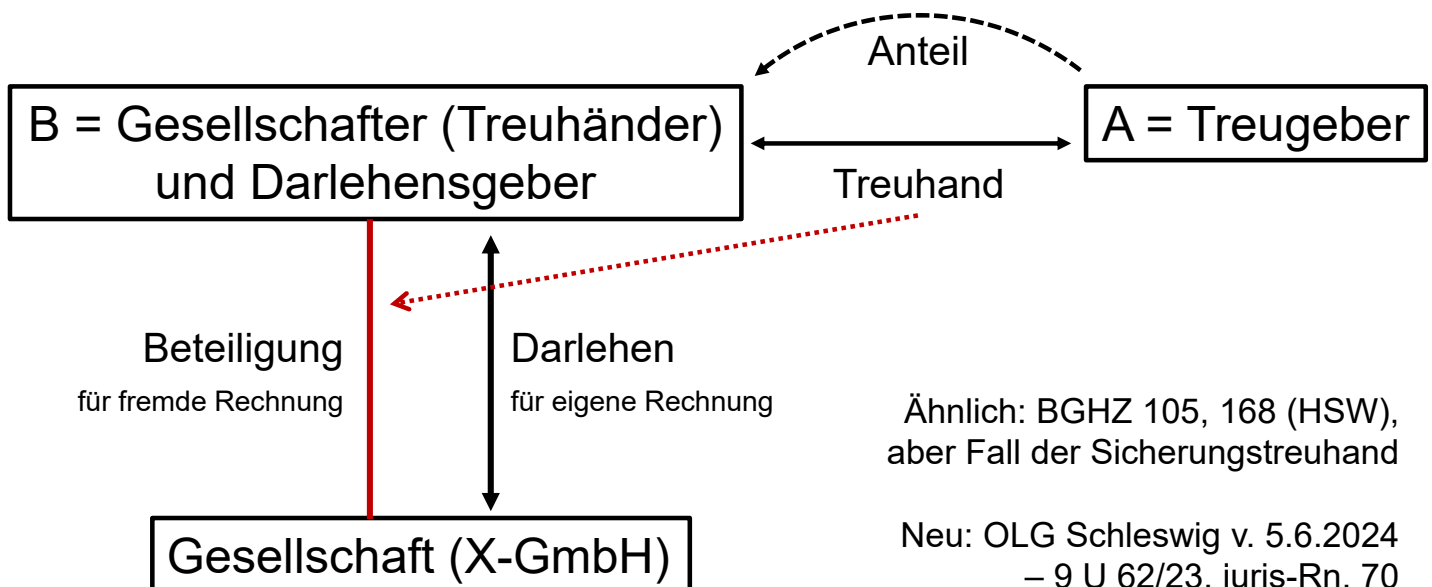
Darlehensgewährung im fremden Namen für fremde Rechnung



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



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



Ähnlich: BGHZ 105, 168 (HSW), aber Fall der Sicherungstreuhand

Neu: OLG Schleswig v. 5.6.2024 – 9 U 62/23, juris-Rn. 70 (NZB: IX ZR 87/24)

- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?

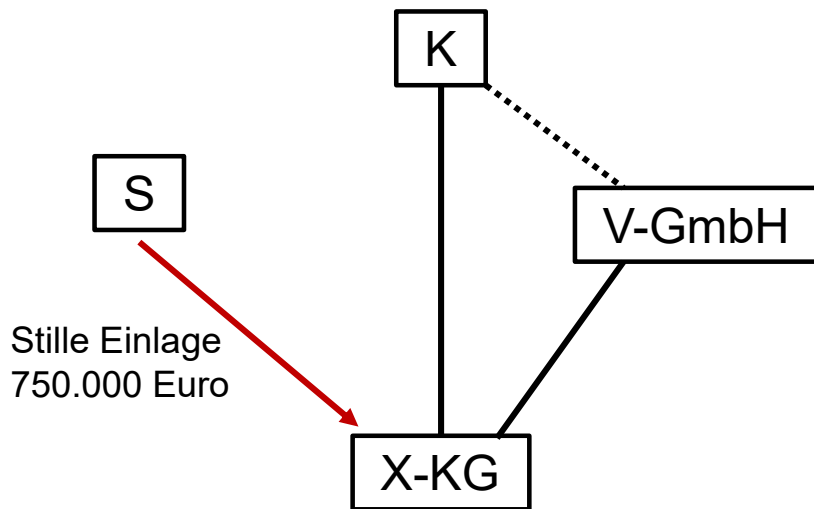
- 1. These:** Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I 1 Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
 - Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I 1 Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.
- 2. These:** Jedenfalls nach heutigem Recht ist auch bei der Treuhand am Gesellschaftsanteil nur die „wirtschaftliche“ Lage relevant.

Personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs

Teil 2: Hybridkapital

- ⇒ atypisch stille Gesellschaft
- ⇒ Doppeltreuhand zur Sanierung
- ⇒ Bauträgergesellschaft

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.

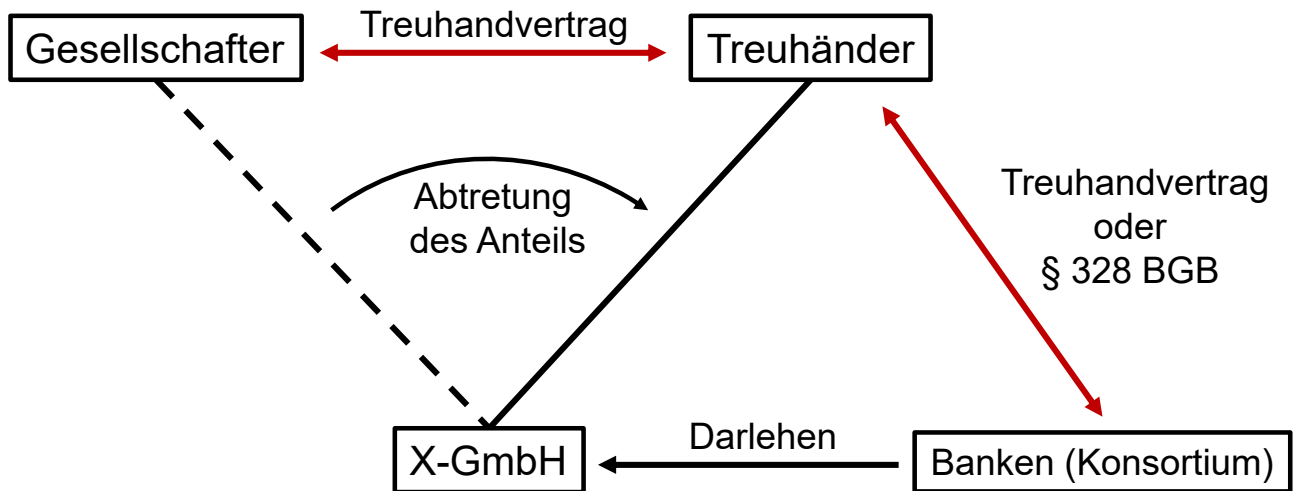
Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- 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

Atypisch stille Beteiligung als Hauptfall echten Hybridkapitals

- Mittel der Abgrenzung: **Doppeltatbestand aus variabler Erlösbeteiligung und Möglichkeit der Einflussnahme** ⇨ Folie 18
 - 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

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**



Doppeltreuhand zur Sanierung

- **BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- 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, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- 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, BGHZ 226, 125 = ZIP 2020, 1468**
- 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 Doppeltreuhand (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: Doppeltreuhand-Modell weitgehend abgesichert!

- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff.
 - Die Einordnung als gesellschaftergleicher Dritter ist nach dem bisher anerkannten Doppeltatbestand zu prüfen, nicht nach dem (angeblichen) Dreifachtatbestand ⇒ Folien 18 f.
 - ❖ „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“

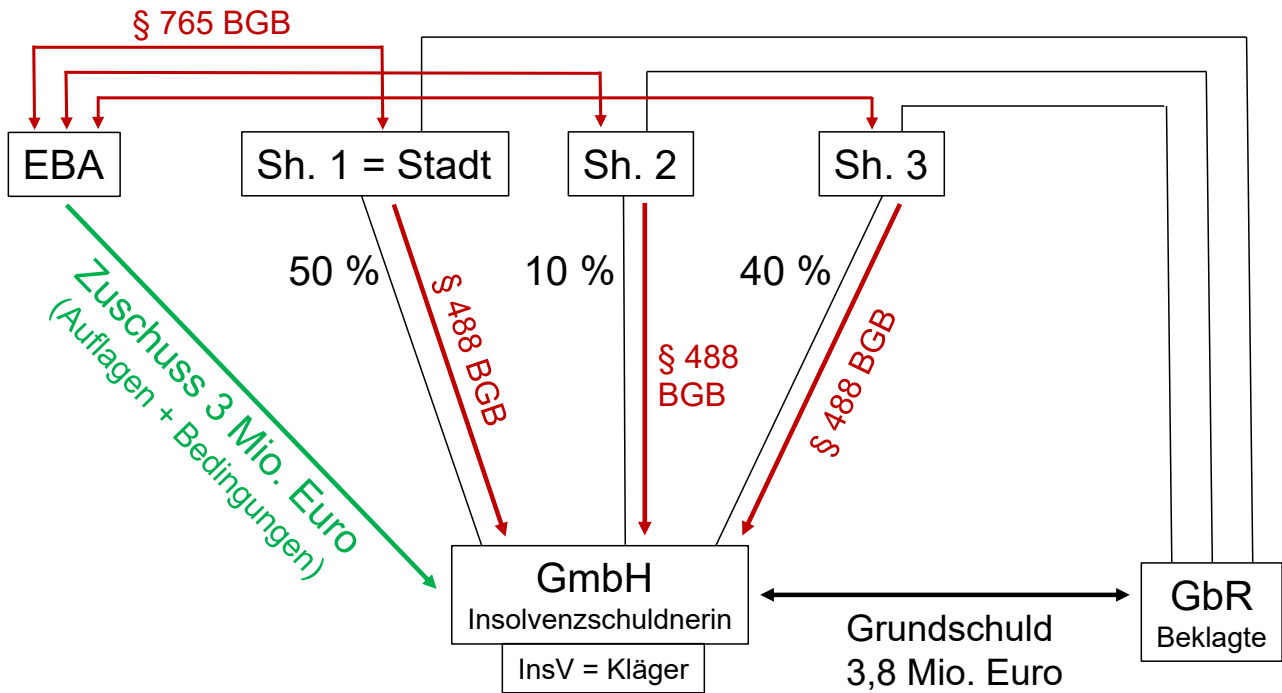
- Kritik bei *Bitter*, WM 2020, 1764 ff.
 - keine Äußerung des BGH zu der Frage, ob die variable Erlösbeteiligung auch in der Aufwertung einer krisenbedingt entwerteten Forderung liegen kann
 - keine klare Stellungnahme zu der Frage, welcher Art die Einflussnahme sein muss: gesellschaftsrechtlich oder schuldvertraglich vermittelt? ausnahmsweise auch faktisch?
 - ❖ Details bei *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2017, S. 140 – 151
 - ❖ Überblick bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO 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.

- **BGH v. 18.4.2024 – IX ZR 129/22, ZIP 2024, 1407**
- Fall: Bankfinanzierung eines Bauträgers, Vereinbarung einer **Beteiligung am Verkaufserlös** und eines **Zustimmungsvorbehalts** für Geschäfte der Darlehensnehmerin mit einem Volumen ab 25.000 Euro
- Rn. 36: BGH kann offenlassen, ob bei o.g. Sachverhalt der relevante Doppeltatbestand (⇒ Folie 18) erfüllt ist. Die vertraglichen Rechte waren nämlich **mehr als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag aufgehoben** worden, sodass eine eventuelle gesellschaftergleiche Stellung und die daraus folgende Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bereits damit geendet hätten (dazu Rn. 33 ff.).
- zur nachträglichen Aufhebung der Stellung als Gesellschafter oder gesellschaftergleicher Dritter siehe allgemein Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 73 f.

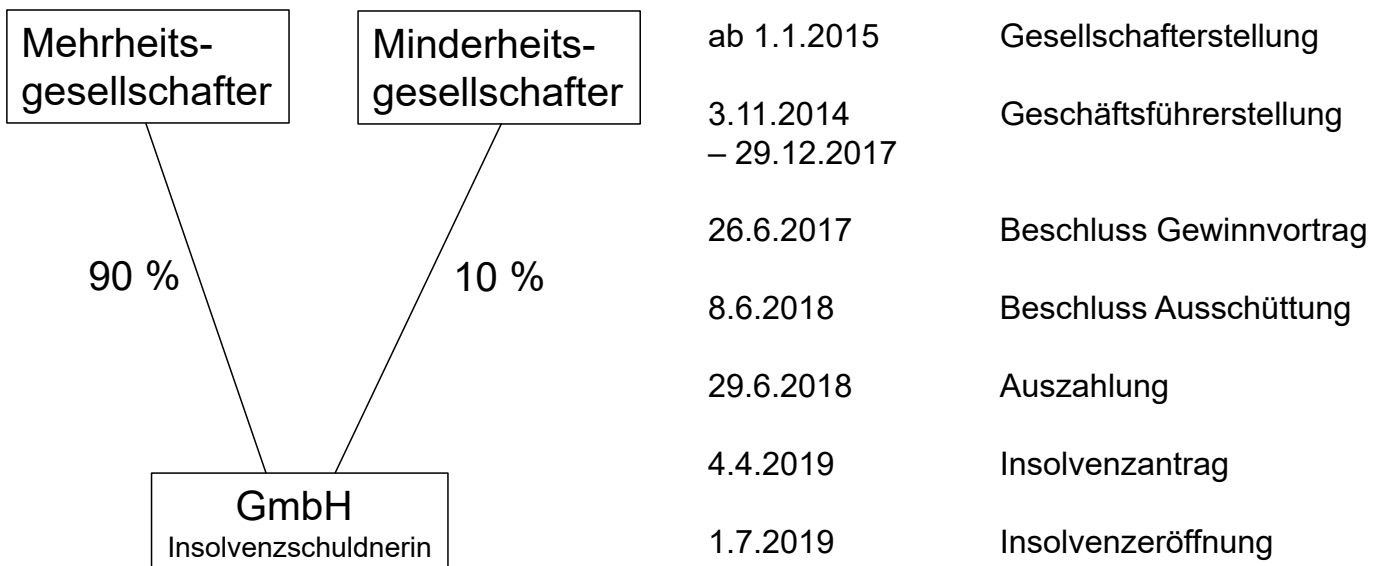
Kleinbeteiligtenprivileg

(§ 39 Abs. 5 InsO)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 90 ff.



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



➤ 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“

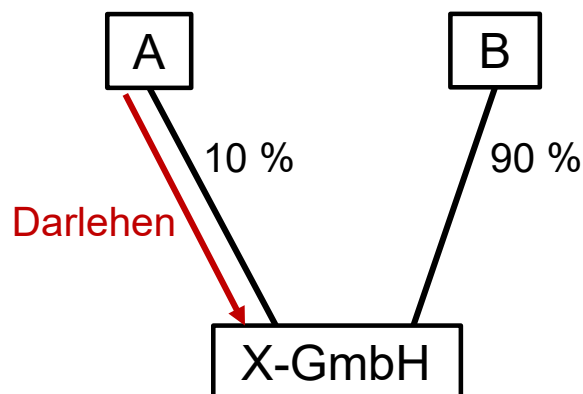
Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO)

– Beteiligung bis 10 % –

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 93 ff.

Kleinbeteiligtenprivileg

Fall Nr. 1 – Exakt mit 10 % beteiligter Gesellschafter



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

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

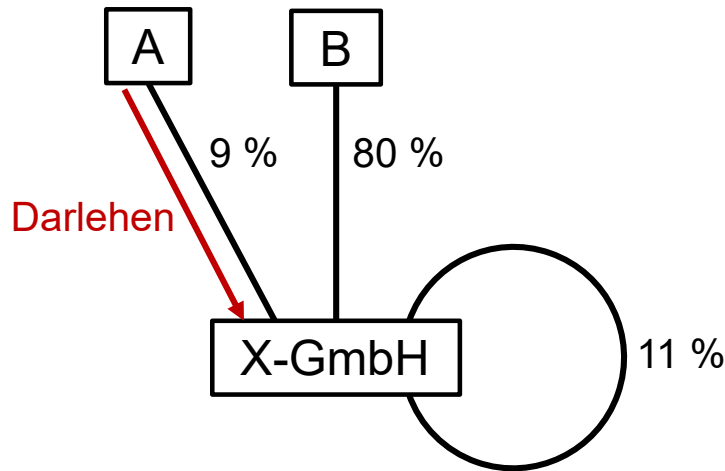
Leitsatz 1: Eine Beteiligung am Haftkapital in Höhe von 10% (und nicht von weniger als 10%) steht der Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nicht entgegen; eine einschränkende Auslegung der Vorschriften über das Kleinbeteiligtenprivileg scheidet aus.

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).“

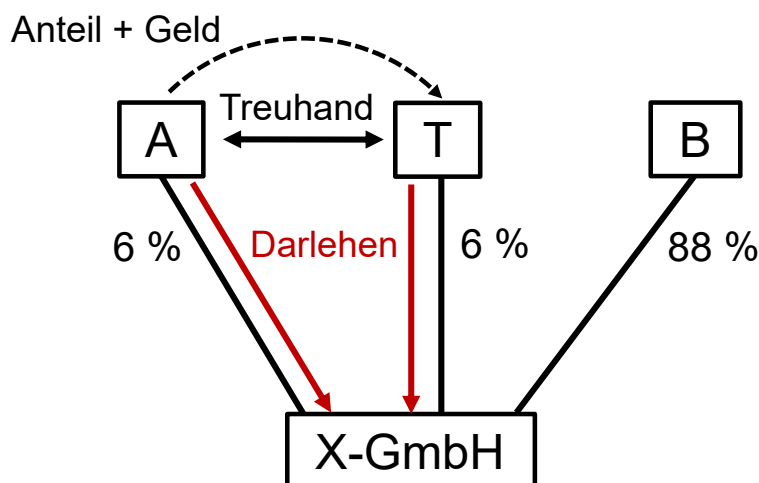
➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Begründung in Rn. 22:

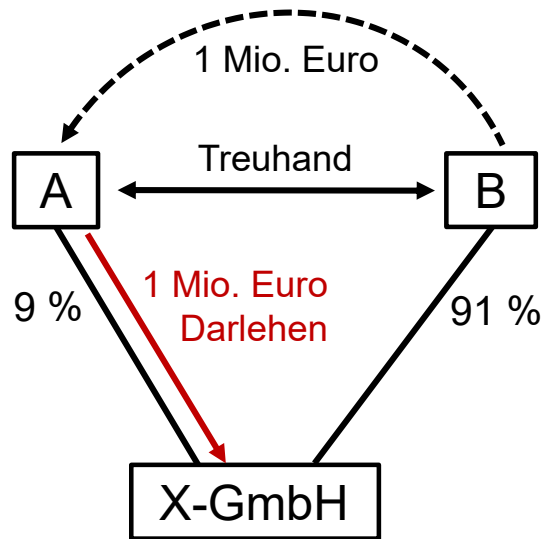
- Einführung des Kleinbeteiligtenprivilegs durch das Kapitalaufnahme-erleichterungsgesetz (KapAEG) v. 20.4.1998
 - Die Privilegierung (auch) einer Beteiligung von 10 % war damals Gegenstand umfänglicher Kritik.
 - Diese Kritik kann dem MoMiG-Gesetzgeber nicht entgangen sein.
- ⇒ bewusste Entscheidung des Gesetzgebers bei Übernahme in § 39 V InsO
- ⇒ keine einschränkende Auslegung möglich
- ⇒ Kritik bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 91



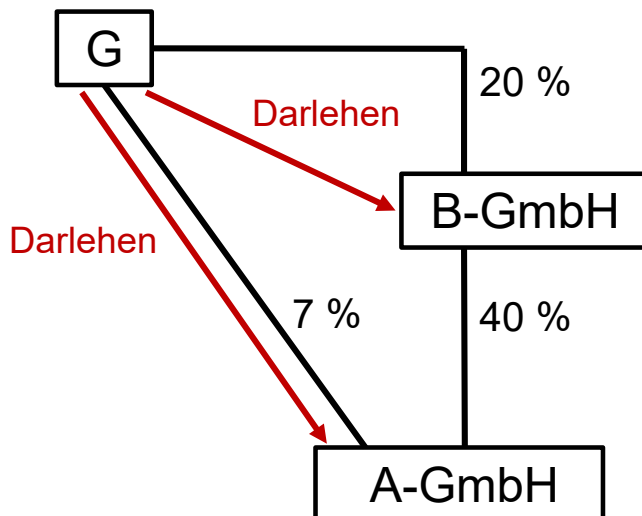
- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Antwort: Ja (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO § 64 Rn. 94; OLG Naumburg v. 6.10.2010 – 5 U 73/10, ZIP 2011, 677, 679 = ZInsO 2010, 2325 [juris-Rn. 37]; a.A. Haas in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 64 Rn. 50)



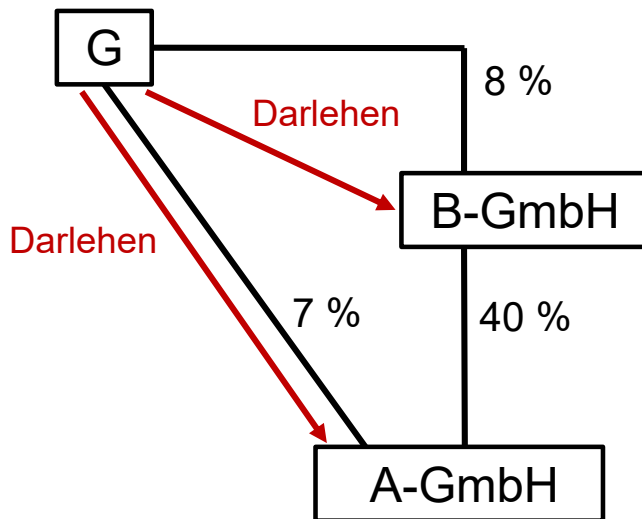
- Frage: Unterliegen die Darlehen des A und/oder des T dem Gesellschafterdarlehensrecht?



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

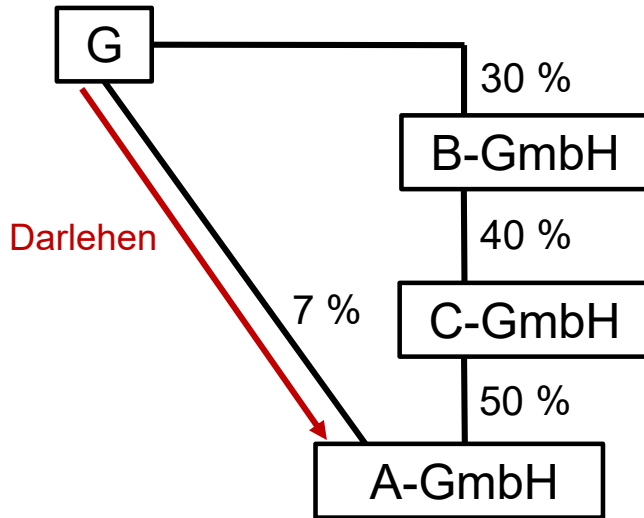


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

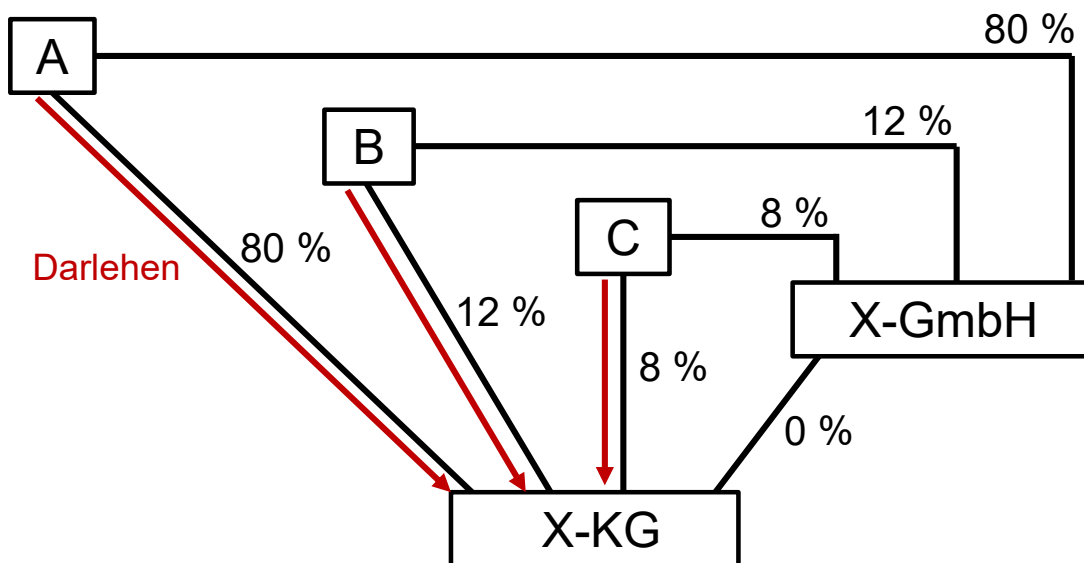


- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

- **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, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO 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?

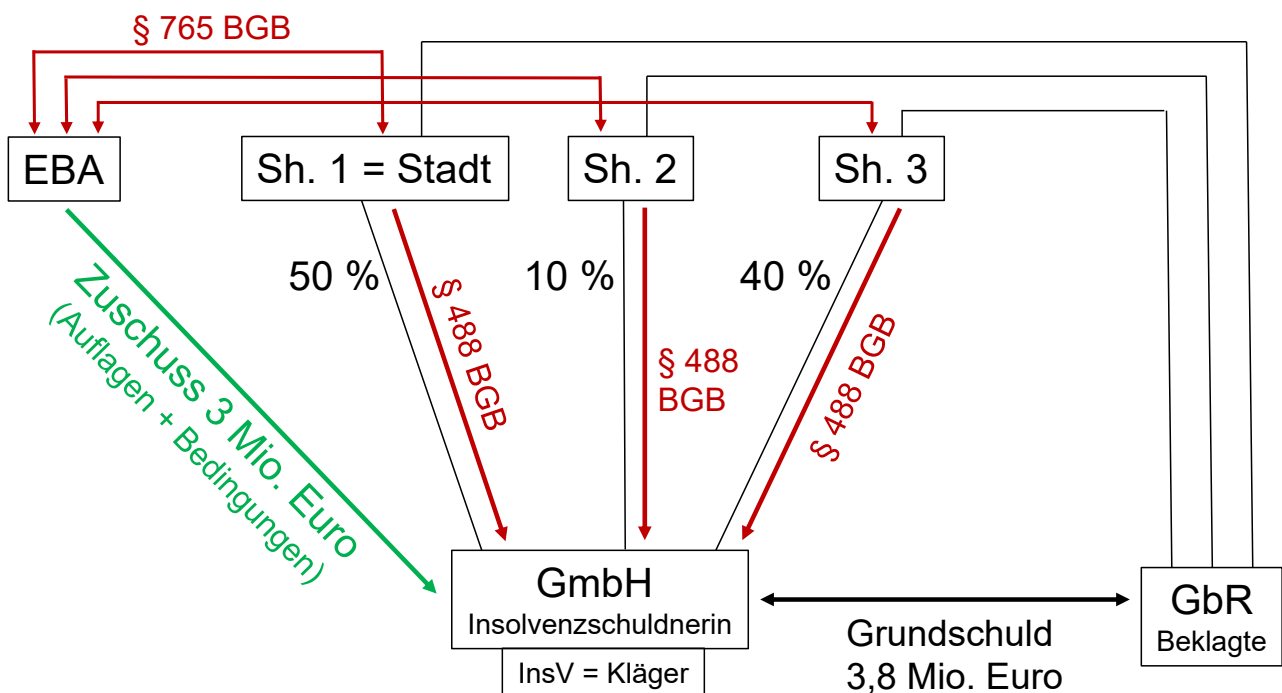
Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO)

– Koordinierte Kreditvergabe –

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 99 ff.

Koordinierte Kreditvergabe

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



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

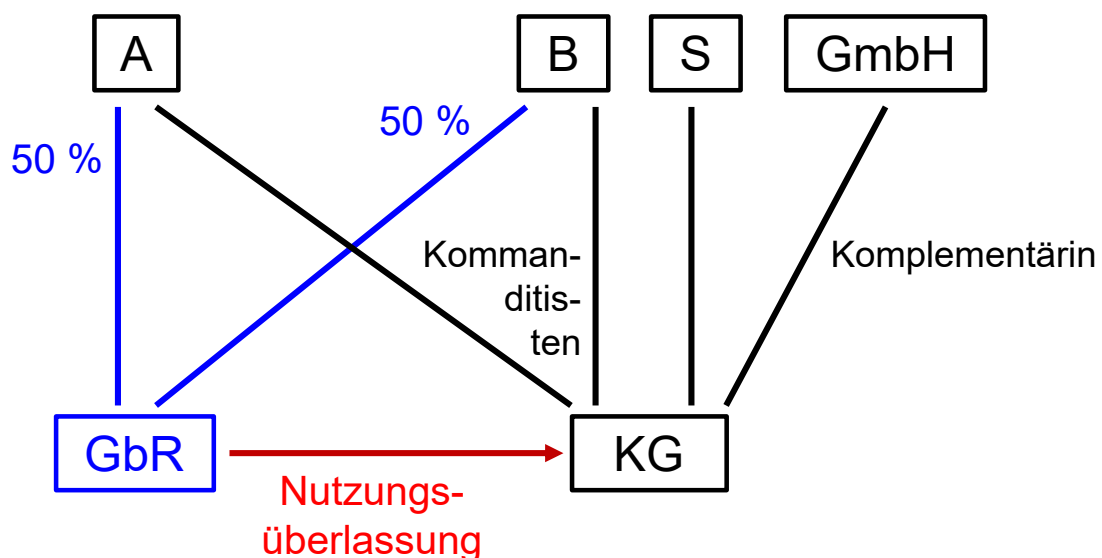
➤ **BGH v. 19.3.2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407**

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:

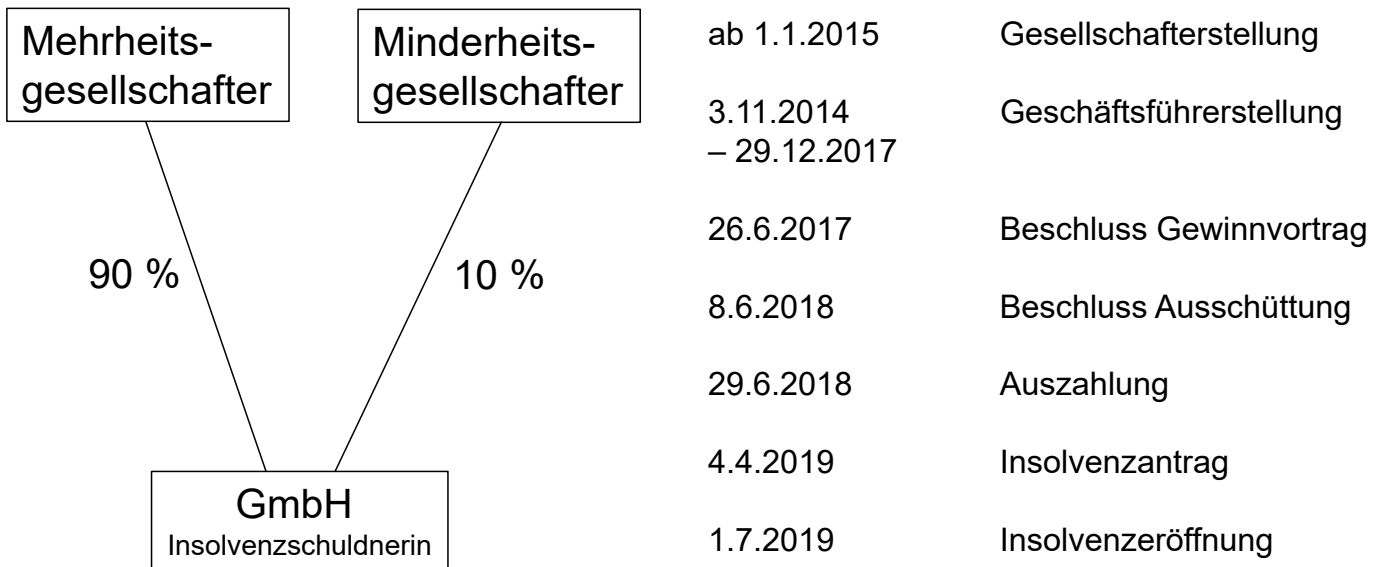
- Merkmal der Krisenfinanzierung mit MoMiG aufgegeben ⇒ unerheblich, ob koordinierte Kreditfinanzierung vor oder nach Eintritt der Krise vorgenommen
- Übernahme einer über den nominellen Gesellschaftsanteil hinausgehenden unternehmerischen Verantwortung als Grund der Zusammenrechnung

➤ **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



➤ 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

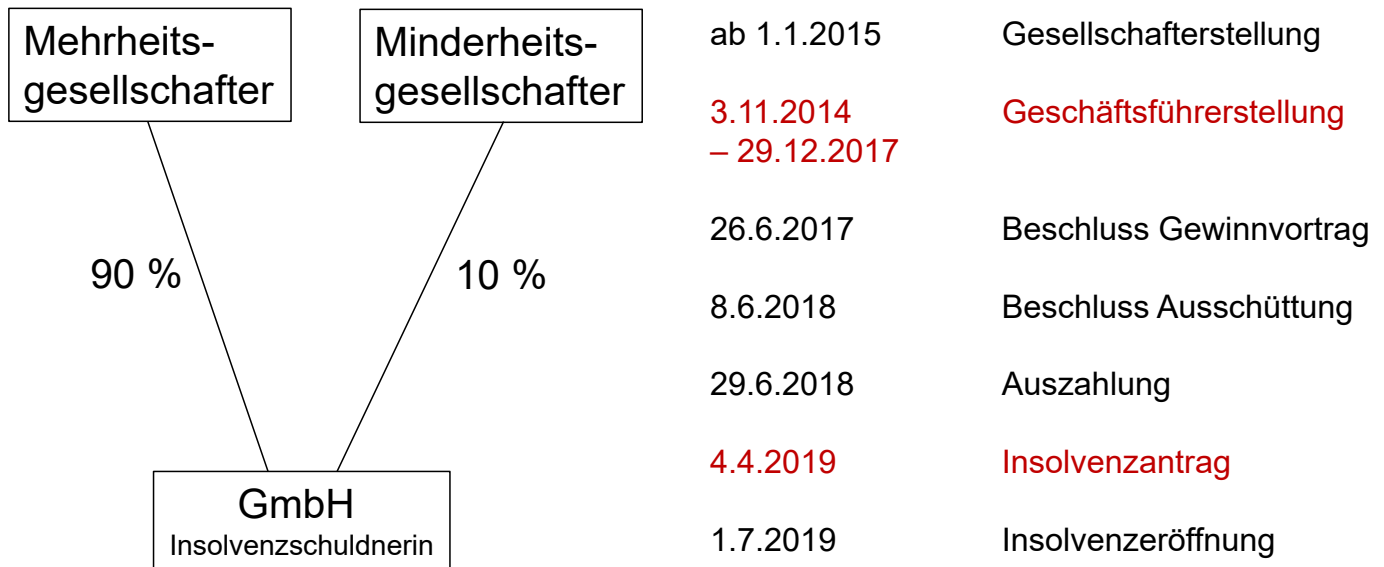
Kommentar: m.E. richtig, weil nicht vorgetragen wurde, dass der Gewinnvortrag der (gemeinsamen) Finanzierung irgendeines Projektes diene

- 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, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 99

Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO)

– Zeitpunkt der Kapitalbeteiligung/
Geschäftsführerstellung –

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 107 f.



➤ **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

Zinsansprüche und ihre Besicherung

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 164 ff.

Anfechtbarkeit von Zinszahlungen

➤ **OLG Düsseldorf v. 20.5.2014 – I-12 U 87/13, ZIP 2015, 187, 188**

Leitsatz 1 der ZIP-Redaktion: „Auch Zinszahlungen, die nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta sind, fallen in den sachlichen Anwendungsbereich von § 135 Nr. 2 InsO a.F.“

Aus den Gründen: „Nach § 135 Nr. 2 InsO a.F. ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. ... Die Zinszahlungen fallen auch in den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift. Allerdings ist mit ihnen nicht für eine Forderung auf Rückgewähr eines kapitaleretzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt worden. Die geleisteten Zinszahlungen waren vielmehr nur ein Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta (...). Dies steht ... der Anwendung des § 135 Nr. 2 InsO a.F. aber nicht entgegen, da **die Zinszahlung als Nebenleistung das Schicksal der Hauptleistung teilt, wofür der Gleichlauf zur Nachrangregelung in § 39 InsO spricht (...).**“

- a.A. Scholz/*Bitter*, § 135 InsO 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, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 135, 164).

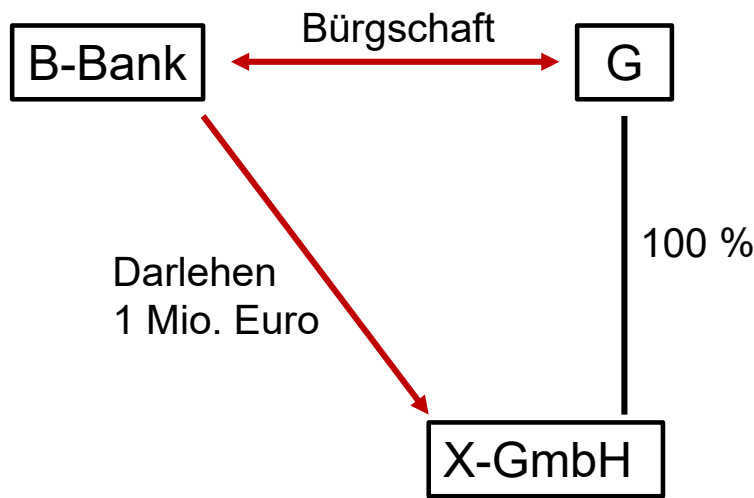
Wortlaut des § 39 III InsO: „Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger.“

- 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.

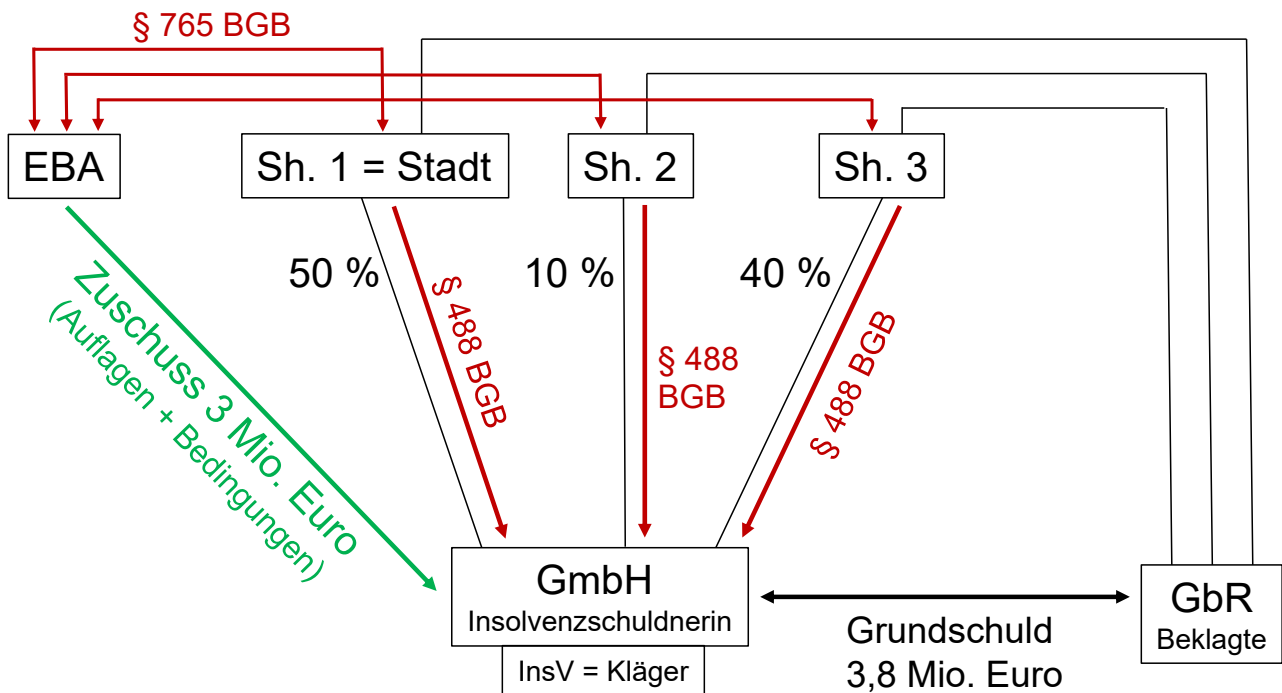
❖ *Gehrlein*, ZInsO 2023, 862, 863: Differenzierung = „Gesetzespositivismus in Reinkultur“

Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 348 ff.



- 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, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO 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



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

➤ 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.

© 2024

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