

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Die Doppelsicherung im Recht der Gesellschafterdarlehen

Vortrag bei der ARGE Handels- und Gesellschaftsrecht
des Freiburger Anwaltverein e.V. am 29.11.2018

www.georg-bitter.de

Gliederung

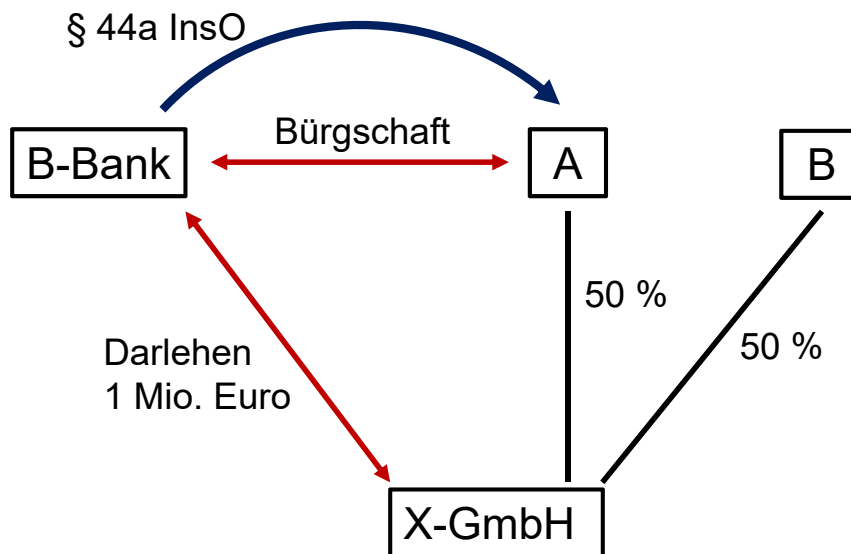
1. Die Doppelsicherung im Recht der gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§§ 44a, 135 II, 143 III InsO)
 - Normalfall des gesellschafterbesicherten Drittdarlehens
 - Spezialfall der Doppelsicherung
 - Vergleich zwischen der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens und der Doppelsicherung eines Drittdarlehens
2. Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen
3. Normzweckbetrachtung
4. Zusammenführung und Zwischenfazit
5. Alternative Lösungen auf der Basis der (bisherigen) Rechtsprechung

1. Die Doppelsicherung im Recht der gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 266 ff.;
MünchKommInsO/*Bitter*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 44a
(demnächst in 4. Auflage)

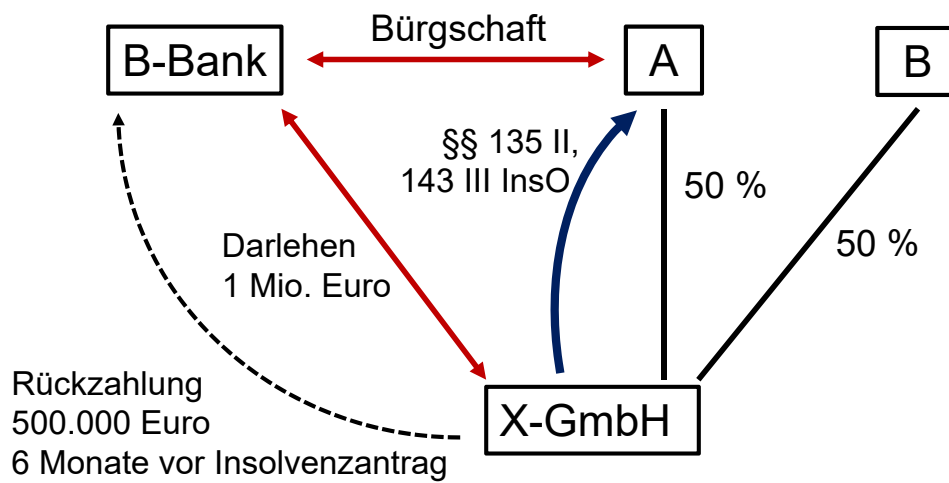
Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse teilnehmen (§ 44a InsO).
 - ⇒ streitig, ob sodann – wie bei § 43 InsO – die Quote auf die volle ursprüngliche Forderung oder – wie bei § 52 InsO – nur auf die nach Verwertung der Gesellschaftersicherheit verbleibende Restforderung zu berechnen ist ⇒ Fall Nr. 1
 - Die Befreiung des Gesellschafters aus seiner Sicherheit durch Rückzahlung des Darlehens im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag ist anfechtbar (§ 135 Abs. 2 InsO). Der Gesellschafter haftet auf Erstattung zur Masse (§ 143 Abs. 3 InsO).

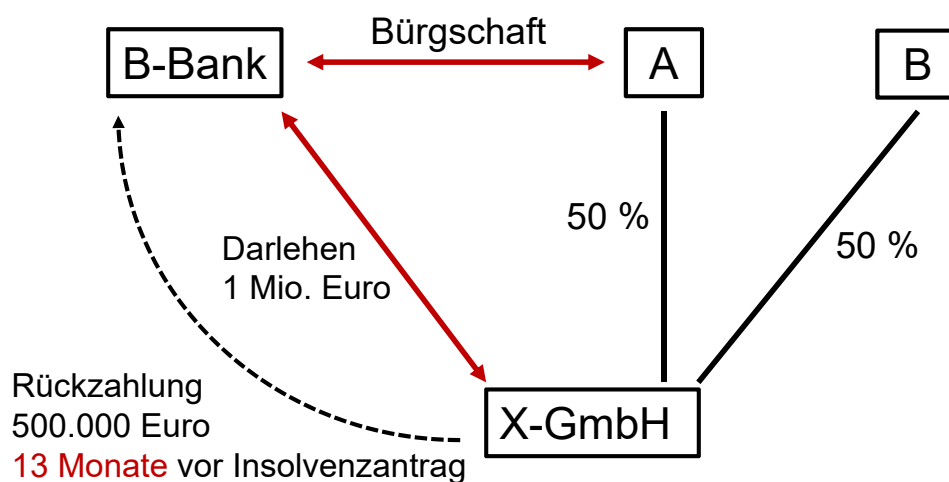


- Frage: Wird die Darlehensforderung in der Insolvenz der X-GmbH berücksichtigt, ggf. wann und in welcher Höhe?

- Unstreitig wird der Darlehensgeber 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, 3. Aufl. 2013, § 44a Rn. 20 ff.; Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 282 m.w.N.)
 - a.A.: Geltung des Ausfallprinzips aus § 52 InsO (so beiläufig BGHZ 193, 378, 383 = WM 2012, 1874, Rn. 13) ⇒ Berechnung der Insolvenzquote nur auf den Restbetrag der Forderung nach Anrechnung des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit



- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?



- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Erstattung der 500.000 Euro verlangen?

➤ Lösung zu Fall Nr. 2:

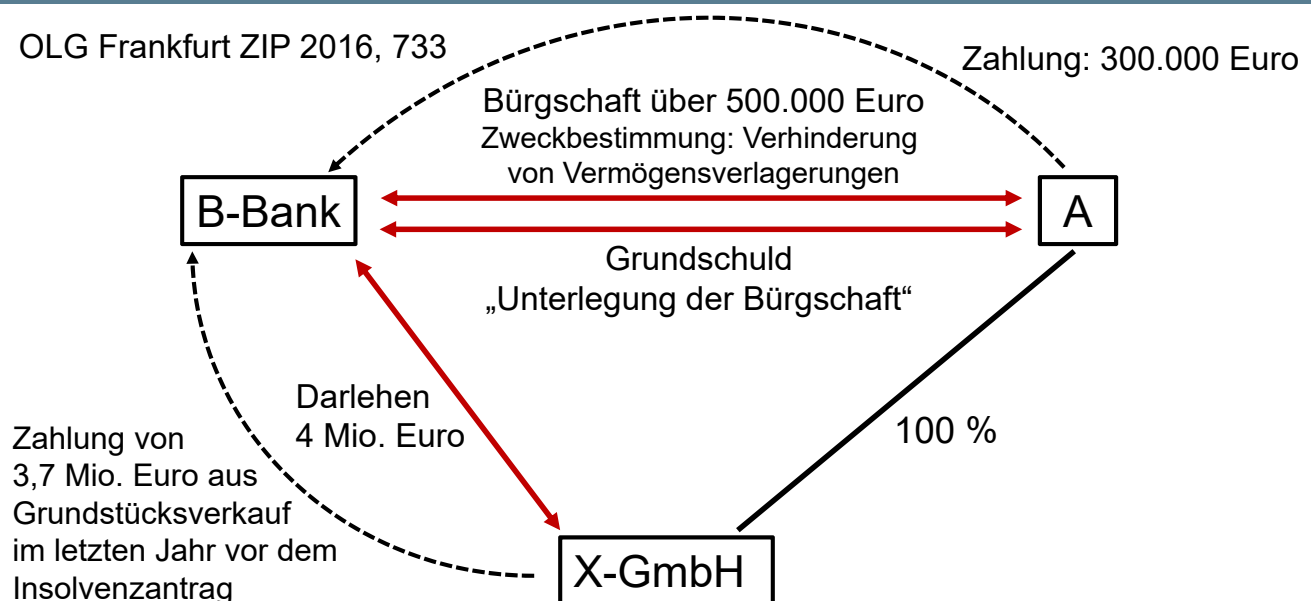
- ⇒ keine Anfechtbarkeit gegenüber der darlehensgebenden Bank, da diese nicht Adressat des Gesellschafterdarlehensrechts ist
- ⇒ Aber: Gesellschafter wird durch die Darlehensrückführung von der Möglichkeit der Inanspruchnahme aus der Gesellschaftersicherheit befreit. Diese Befreiung ist anfechtbar (§ 135 Abs. 2 InsO) und führt zur Erstattungspflicht des Gesellschafters (§ 143 Abs. 3 InsO).

Voraussetzung: Rückzahlung innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 286)

➤ Lösung zu Fall Nr. 3:

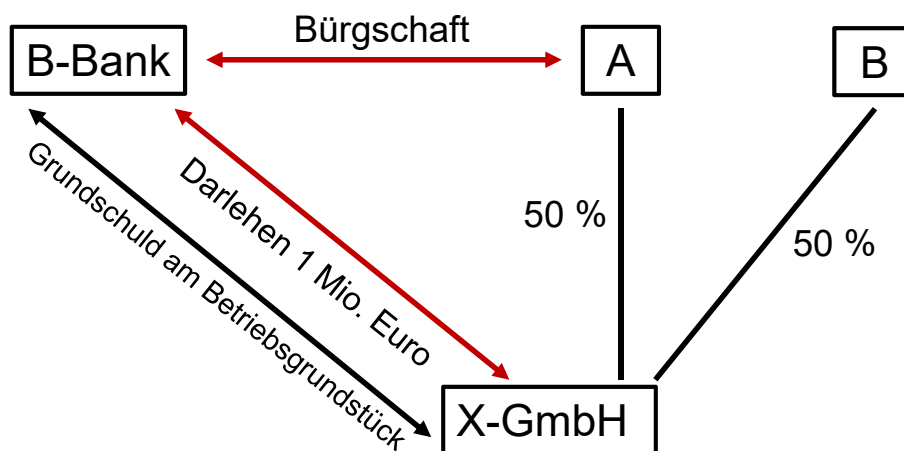
- ⇒ keine Anfechtbarkeit, weil die Jahresfrist seit der Rückzahlung zur Zeit des Insolvenzantrags bereits abgelaufen war

OLG Frankfurt ZIP 2016, 733

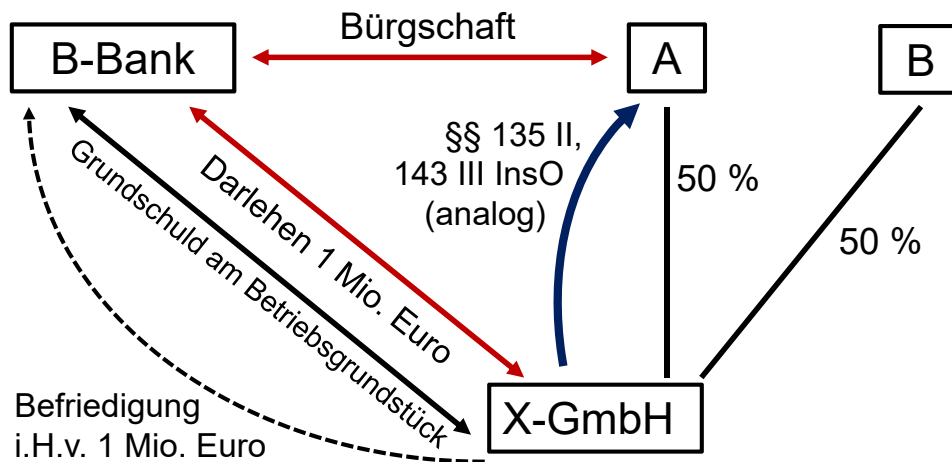


- Frage: Kann der Insolvenzverwalter von A Zahlung von 200.000 Euro verlangen?

- **OLG Frankfurt v. 11.11.2015 – 17 U 121/14, ZIP 2016, 733**
- Die Anfechtbarkeit gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO setzt voraus, dass der Kreditgeber gemäß § 44a InsO auf die Sicherheit hätte verwiesen werden können, wenn es noch nicht zur Rückzahlung des Darlehens gekommen wäre.
- Dient die übernommene Bürgschaft ausweislich ihrer Zweckerklärung lediglich der „Erfassung zukünftiger Vermögensverlagerungen des Hauptschuldners auf den Bürgen“ und wird diese Sicherheit durch eine Grundschild „unterlegt“, so bedeutet dies, dass entsprechend der demnach auch für die Grundschild geltenden Zweckbestimmung auf die zweite Sicherheit nur dann zurückgegriffen werden können soll, wenn die erste Sicherheit nicht auskömmlich ist.



- Die B-Bank muss nicht zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus der Grundschild verlangen kann. ⇨ Folie 14



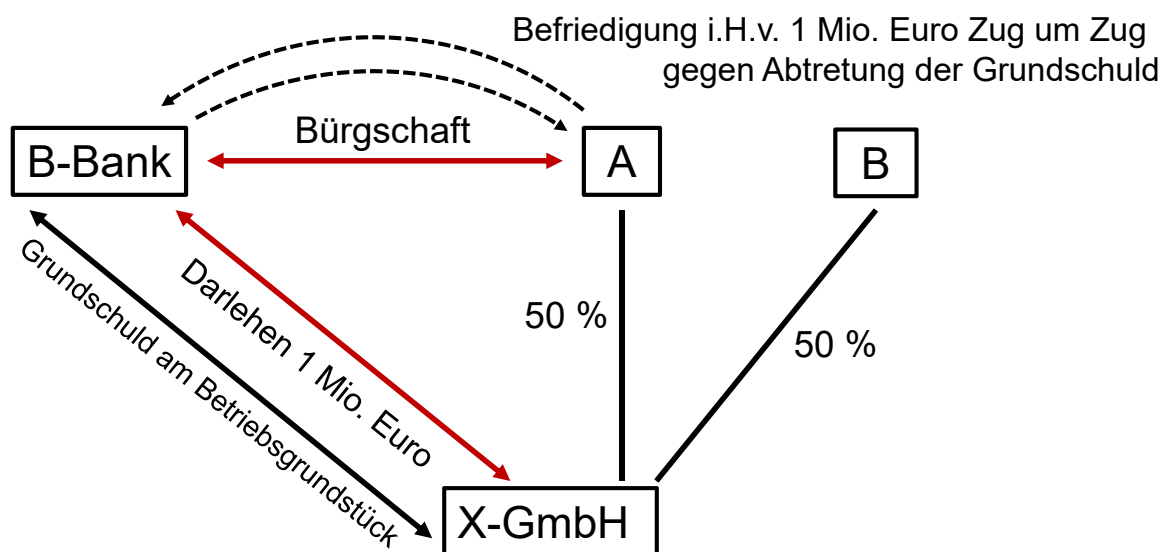
- A muss nach Verwertung der Sicherheit die 1 Mio. Euro an den Insolvenzverwalter der X-GmbH erstatten (§§ 135 II, 135 III InsO [analog]). ⇨ Folie 14

- **BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 = ZIP 2011, 2417**
- Leitsatz: „Wird die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt, ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet.“
- Rn. 11: „In der Kommentar- und Aufsatzliteratur ... wird ... nahezu einhellig eine Regelungslücke angenommen (...). Will man sich nicht – wie das Berufungsgericht – mit diesem unbefriedigenden Rechtszustand abfinden, kann die vorrangige Haftung der Gesellschaftersicherheit auf zwei Wegen erreicht werden. Entweder ist der Drittgläubiger verpflichtet, zunächst die Gesellschaftersicherheit und dann erst die Gesellschaftssicherheit zu verwerten (§ 44a InsO analog; ...). Oder der Gläubiger bleibt – wie im früheren Recht – berechtigt zu wählen, welche Sicherheit er zieht; dem Insolvenzverwalter steht jedoch ein Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter zu, ...“
- Rn. 12: „Die aufgezeigte Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO zu füllen.“
- Rn. 13: „Eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO kommt nach geltendem Recht nicht in Betracht.“

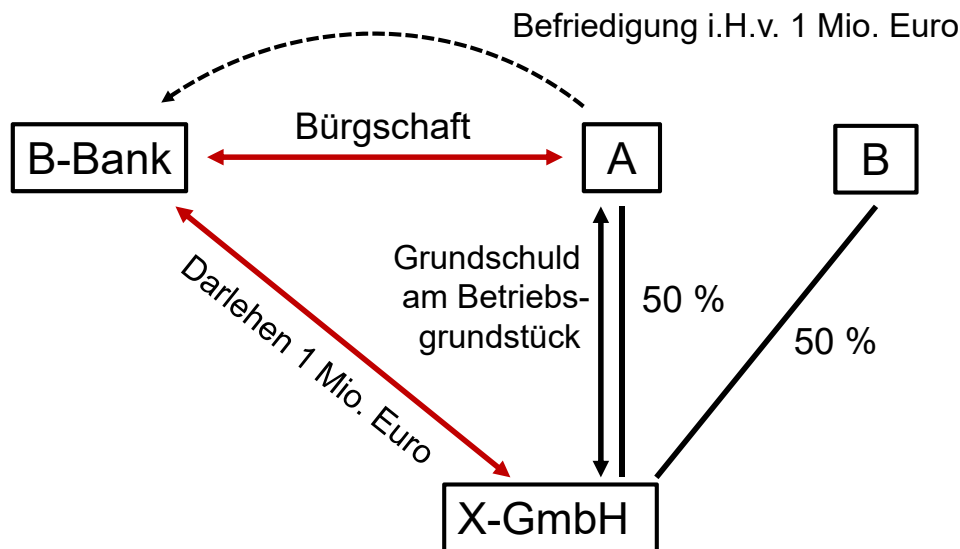
- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Leitsatz: „Tilgt eine Gesellschaft ein von ihr selbst und ihrem Gesellschafter besichertes Darlehen gegenüber dem Darlehensgeber, liegt die Gläubigerbenachteiligung bei der Anfechtung der Befreiung des Gesellschafters von seiner Sicherung in dem Abfluss der Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen, weil der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft zur vorrangigen Befriedigung der von ihm besicherten Verbindlichkeit verpflichtet ist (im Anschluss an BGHZ 192, 9 = ZIP 2011, 2417).“
- Rn. 12: „In Anwendung des § 135 Abs. 2 InsO steht dem Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen, dass die Zahlungen der Schuldnerin im Verhältnis zu der insolvenzfest gesicherten Sparkasse unanfechtbar waren. Die Gesellschaftsgläubiger werden stets benachteiligt, wenn ein durch den Gesellschafter besichertes Drittdarlehen aus Mitteln der Gesellschaft befriedigt wird, weil **der Gesellschafter aus der von ihm übernommenen Sicherung zur vorrangigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist.**“

- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Rn. 14: „Mit Rücksicht auf die gebotene **Gleichstellung von Darlehensgewährung und Darlehenssicherung** (...) soll die Bestimmung des § 135 Abs. 2 InsO verhindern, dass der Gesellschafter die rechtlichen Bindungen bei der Gewährung eines Darlehens umgeht, indem er sich darauf beschränkt, ein von einem Dritten der Gesellschaft gegebenes Darlehen zu besichern (...). Wurde dem Dritten in einer solchen Gestaltung das Darlehen im letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung von der Gesellschaft zurückgezahlt, so wurde mit der Gesellschaft zugleich der Gesellschafter, der für diese Forderung eine Sicherung bestellt hatte, von seiner Haftung gegenüber dem Dritten befreit. **Gegenstand der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO bildet** darum **die durch die Zahlung der Gesellschaft bewirkte Befreiung des Gesellschafters von der von ihm für ein Drittdarlehen übernommenen Sicherung** (...). Folglich werden die Gesellschaftsgläubiger benachteiligt, wenn das durch den Gesellschafter besicherte Darlehen entgegen der Vorstellung des Gesetzes aus Mitteln der Gesellschaft getilgt wird (vgl. BT-Drucks. 8/1347, S. 40).“

- **BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 (für BGHZ vorgesehen)**
- Rn. 21: „Eine dem Darlehensgeber gewährte Sicherung schützt gerade nicht den Anspruch der Gesellschaft aus § 135 Abs. 2 InsO gegen den Gesellschafter. Dieser Anspruch folgt aus dem **Haftungsvorrang des Gesellschafters (§ 44a InsO), der infolge der Gewährung einer Eigensicherung seitens der Gesellschaft nicht entfällt**. Auch wenn die Gesellschaft selbst dem Darlehensgeber eine anfechtungsfeste Sicherung stellt, bleibt es bei dem Grundsatz des § 44a InsO, wonach der Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft vorrangig zur Befriedigung des Darlehensgebers verpflichtet ist (...).“



- Frage: Kann A in der Insolvenz der X-GmbH abgesonderte Befriedigung aus der Grundschuld verlangen?



- Frage: Kann A in der Insolvenz der X-GmbH abgesonderte Befriedigung aus der Grundschild verlangen?

- zu Fall Nr. 9: Die Besicherung des Regressanspruchs ist vergleichbar mit der Besicherung eines vom Gesellschafter selbst hingegebenen Darlehens. ⇒ Ist der Gesellschafter im zweitgenannten Fall insolvenzfest gesichert, muss er es auch im ersten Fall sein.
 - ❖ *Holzmann*, Das Regressrisiko des Befreiungsgläubigers, 2016, S. 112 ff.
 - ❖ Gleichstellung von Darlehensgewährung und Darlehenssicherung (vgl. – mit umgekehrter Zielrichtung – BGH v. 13.7.2017 – IX ZR 173/16, ZIP 2017, 1632 [Rn. 14], für BGHZ vorgesehen) ⇒ Folie 16
- zu Fall Nr. 8: Konsequenz muss auch für den Fall entschieden werden, dass der Gesellschafter einen bereits durch die Gesellschaft besicherten Rückzahlungsanspruch Dritter besichert.
- Frage: Muss man ggf. die ganze Konzeption des BGH zu den Fällen der Doppelsicherung in Zweifel ziehen?

2. Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen

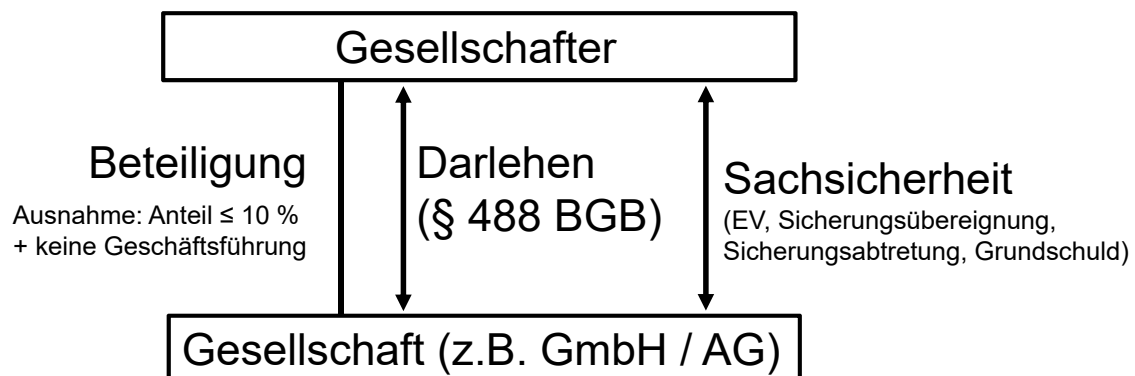
Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 134 ff.

Bitter, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen
nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497-1508

Bitter, Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: ein spät entdeckter
Zankapfel der Gesellschafts- und Insolvenzrechtler, ZIP 2013, 1998-2001

Anfechtbarkeit von Sicherheiten

Übersicht: Sicherheit für Gesellschafterdarlehen



- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe Zug um Zug gegen Bestellung einer Sicherheit
 - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rn. 13): „§ 32a GmbHG setzt voraus, daß der Gesellschafter das Darlehen gewährt oder die diesem wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vollzogen hat. Die Vorschrift begründet ein Rückzahlungsverbot, nicht jedoch eine Verpflichtung, zugesagte, bisher nicht gewährte Leistungen im Konkursfall nachzuschließen.“
 - ⇒ BGH ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 (Rn. 26) – Staffekredit: Die vom Gesellschafter mehrfach gewährten und dann jeweils zurückgezahlten Beträge sind „der Masse im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden, was dem [vom Gesellschafter] übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“
- Wirtschaftliche Nähe der Darlehensgewährung *gegen Sicherheit* zur Nutzungsüberlassung i.S.v. § 135 Abs. 3 InsO (Fall der *materiellen* Unterkapitalisierung)

- Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO)
 - ⇒ Anerkennung außerhalb der Gesellschafterdarlehen (BGH NJW 1998, 2592, 2597 = ZIP 1998, 793, 798; insoweit nicht in BGHZ 138, 291)
 - ⇒ keine Ausnahme von § 142 InsO bei Gesellschafterdarlehen
 - ⇒ kein Bargeschäft bei nachträglicher Besicherung oder Wiederauffüllung einer zwischenzeitlich im Wert gesunkenen Sicherheit
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ⇒ so in der Sache BGH ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffekredit
 - ⇒ Lösung für Fälle der Gläubigeranfechtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG

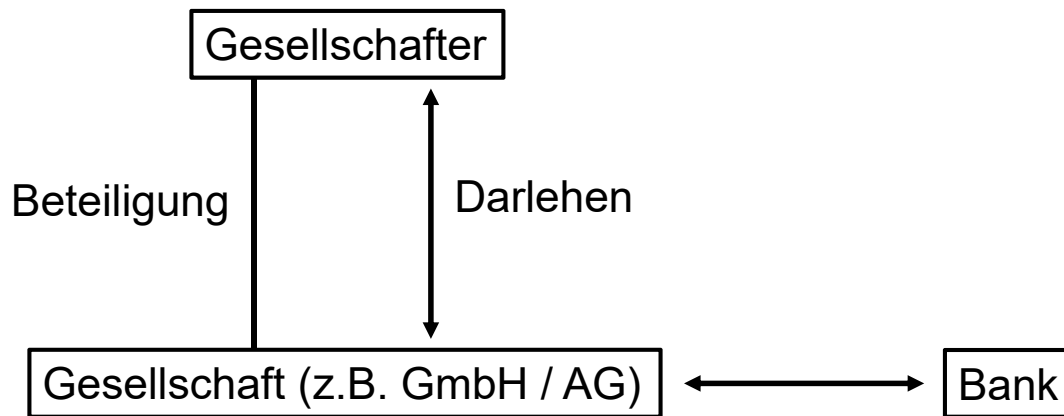
- für eine Differenzierung zwischen anfänglicher und nachträglicher Besicherung
 - ⇒ *Mylich*, ZHR 176 (2012), 547 ff.
 - ⇒ *Marotzke*, ZInsO 2013, 641 ff.
 - ⇒ *Bitter*, ZIP 2013, 1497 ff. und 1998 ff.

- für eine umfassende Undurchsetzbarkeit / Anfechtbarkeit der Besicherung:
 - ⇒ *Altmeyden*, NZG 2013, 441 ff. und ZIP 2013, 1745 ff.
 - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2013, 1992 ff.
 - ❖ überholt durch BGH WM 2013, 1565 = ZIP 2013, 1579 (Rn. 14 und 21) m. Anm. *Bitter*

3. Normzweckbetrachtung

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 14 ff.;

Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 262 ff.



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

1. Rechtsprechung zum Normzweck

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

1. Rechtsprechung zum Normzweck

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582**
- Rn. 18: „Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass **das durch das MoMiG umgestaltete Recht** und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO **mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmonisiert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare **anfechtungsrechtliche Regelungszweck**, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

1. Rechtsprechung zum Normzweck

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

1. Rechtsprechung zum Normzweck

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

2. Normzweck – Grundfrage

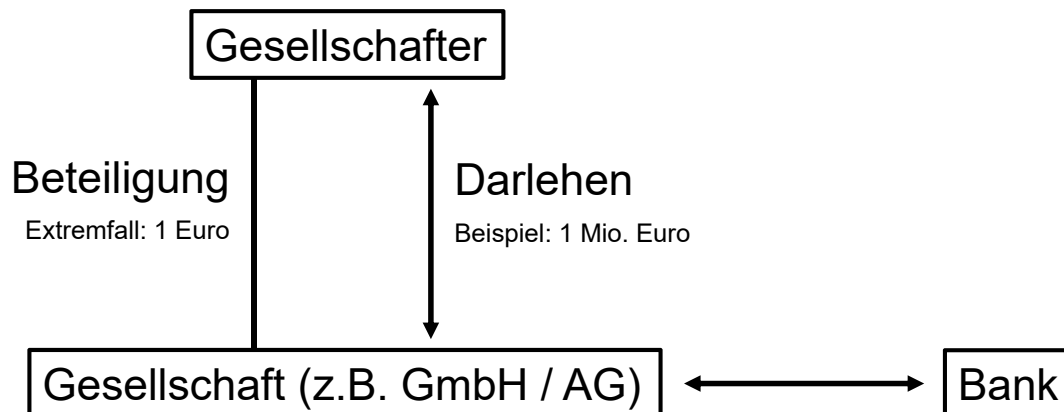
- These der h.L.: Nachrang als Konsequenz einer – wie auch immer gearteten – Finanzierungsfolgenverantwortung (Vermutung der Krise, Insolvenzureife bzw. Unterkapitalisierung bei Darlehensgewährung), um Missbräuche der Haftungsbeschränkung zu vermeiden.
- Gegenthese: Alle Konzepte, die von einer abgewandelten Finanzierungsfolgenverantwortung ausgehen, haben keine Grundlage im positiven Recht; Gesellschafterdarlehensrecht als gesetzlich angeordneter Risikobeitrag in Höhe des bereitgestellten Kapitals als Ausgleich des Haftungsprivilegs bei nochmals reduziertem Mindestkapital
 - ❖ *Schilpp*, *Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften*, 2017, S. 20 ff., insbes. S. 44 ff., 56 ff.

3. Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen (eigene Ansicht)

Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rn. 14 ff., 25 ff.;
Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 262 ff.

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

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



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

- **These:** Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Dadurch entsteht ein 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. Um dieses Ungleichgewicht 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).

4. Zusammenführung und Zwischenfazit

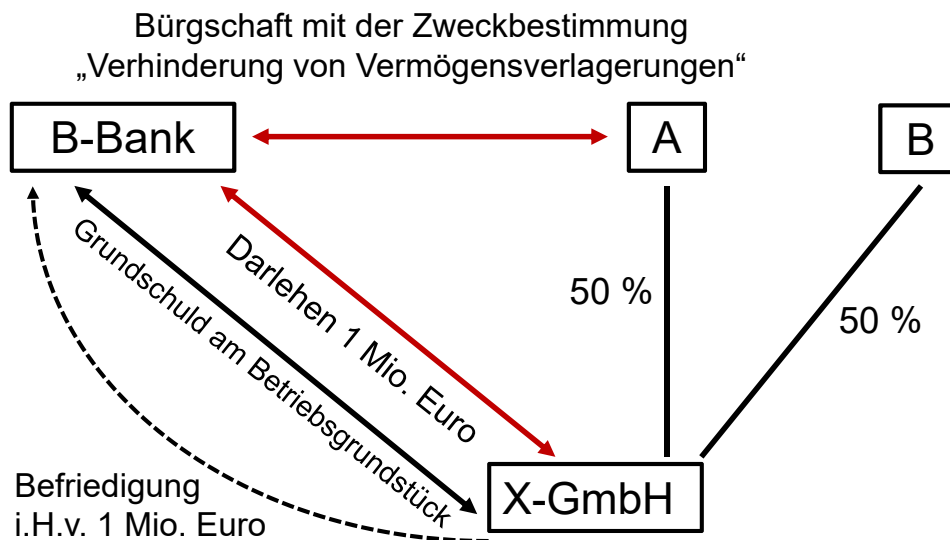
Zusammenführung und Zwischenfazit

- **These 1:** Das Gesellschafterdarlehensrecht reagiert auf eine (vermutete) nominelle Unterkapitalisierung der haftungsbeschränkten Gesellschaft, indem es die vom Gesellschafter tatsächlich bereitgestellten Finanzmittel in der Gesellschaft bindet. Der Gesellschafter soll sich von dem einmal eingegangenen Insolvenzrisiko nicht zulasten der (anderen) Gläubiger lösen können.
- **These 2:** Soweit die Gesellschaft durch Bereitstellung von Sicherheiten selbst für ihre Finanzierung sorgen kann, liegt keine nominelle Unterkapitalisierung vor, auf die durch eine Subordination und Anfechtbarkeit zu reagieren wäre. Unerheblich ist dabei, ob der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters oder eines Dritten besichert wird. Die Gewährung von Darlehen und die Besicherung von Drittdarlehen sind folglich auch im Hinblick auf Sicherheiten der Gesellschaft gleich zu behandeln.

- **These 3:** Bei einer Doppelsicherung ist die Rückführung des Drittdarlehens insoweit nicht gemäß/analog §§ 135 II, 143 III InsO anfechtbar, wie die Gesellschaftssicherheit von Beginn an und durchgängig parallel zur Sicherheit des Gesellschafters bestanden hat. In diesem Umfang hat nicht der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selbst für ihre Kreditierung gesorgt und der Gesellschafter ist folglich auch nicht von einem früher im Verhältnis zur Gesellschaft eingegangenen Insolvenzrisiko befreit worden. Deshalb besteht insoweit kein Anlass für die Anwendung der Sonderregeln des Gesellschafterdarlehensrechts.
- **These 4:** Der bisherigen Rechtsprechung, welche nicht danach differenziert, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst für die Finanzierung sorgen, fehlt das dogmatische Fundament.

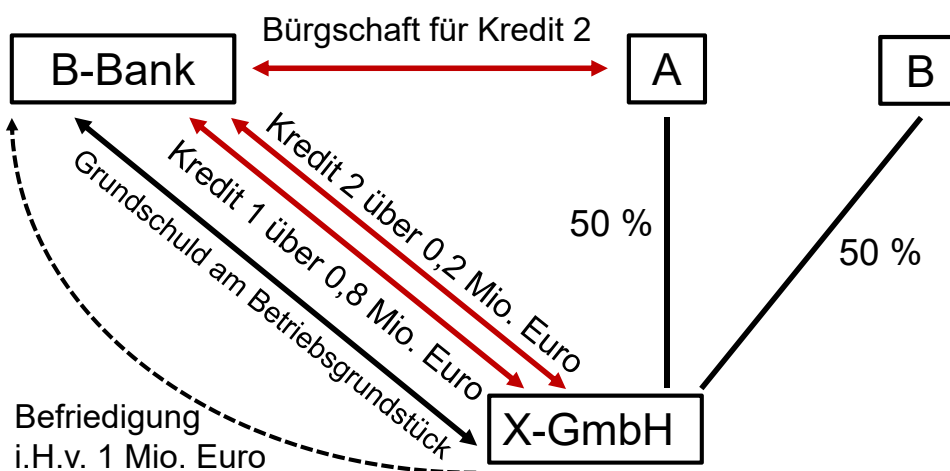
5. Alternative Lösungen auf der Basis der (bisherigen) Rechtsprechung

Alternative Lösung über die Begrenzung des Bürgschaftszwecks



- **Konsequenz:** Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann nicht gegenüber A anfechten, wenn es tatsächlich nicht zu Vermögensverschiebungen kommt.

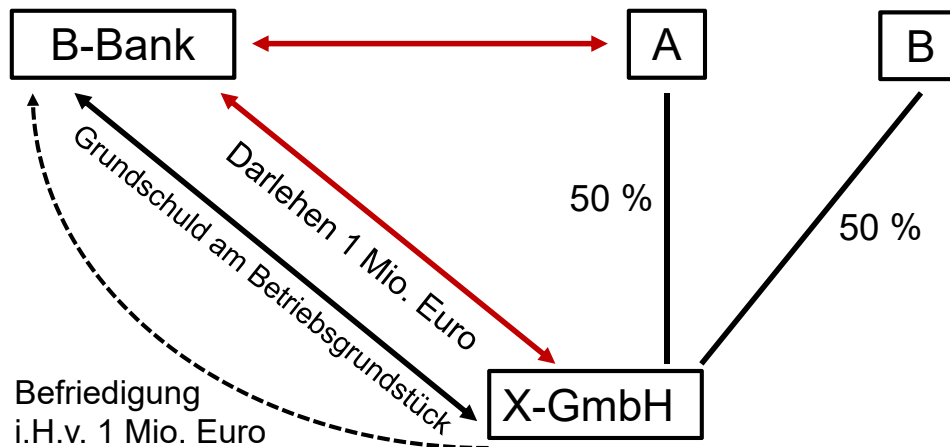
Alternative Lösung über die Begrenzung der Bürgschaft auf einen Teilkredit



- **Konsequenz:** Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann gegenüber A nur im Umfang des Höchstbetrags anfechten.

Alternative Lösung über die Begrenzung des Bürgschaftsumfangs

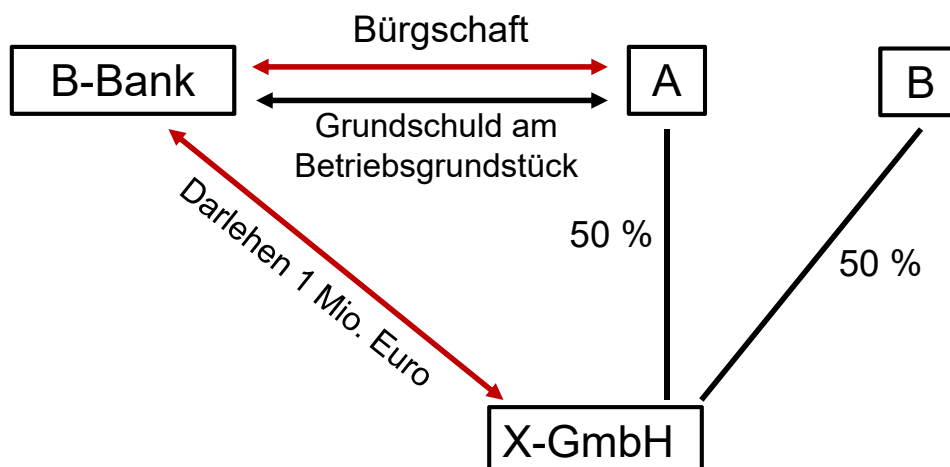
Höchstbetragsbürgschaft im Umfang des nicht
durch die GmbH abgesicherten Kreditrisikos



- **Konsequenz:** Der Insolvenzverwalter der X-GmbH kann gegenüber A nur im Umfang des Höchstbetrags anfechten.

Alternative Lösung über die „Betriebsaufspaltung“

Das Grundstück wird im Privatvermögen gehalten statt im Gesellschaftsvermögen.



- **Konsequenz:** Der Gesellschafter A haftet nur einfach auf 1 Mio. Euro und nicht doppelt (Grundstück + Insolvenzanfechtung)

© 2018

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



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