

Insolvenzrecht

SS 2020

Prof. Dr. Diederich Eckardt



Lerneinheit 20 (SPB 2)



Gesellschafterdarlehen



Gesellschafterdarlehensrecht

- = §§ 39 I Nr. 5, IV, V, 44a, 135, 143 III
 - + §§ 6, 6a, 11 III AnfG (behandeln wir hier nicht)
 - überwiegend Neuregelungen durch „MoMiG“ = „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ vom 23. Oktober 2008
- geht v.a. um Sonderregelungen für ein Darlehen eines Aktionärs oder GmbH-Gesellschafters an „seine“ Gesellschaft
- = Fremdfinanzierung durch Gesellschafter
- = bis MoMiG allgemein „*kapitalersetzendes Darlehen*“ genannt



Kennzeichen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

- Tatbestand: wesentliche Gfter einer GmbH/Aktionäre einer AG geben Fremdkapital (Darlehen) statt Eigenkapital
- Unterschied: Fremdkapital kann im Insolvenzfall immerhin zur Tabelle angemeldet werden oder bei drohender Insolvenz noch an den Gfter zurückgezahlt werden
- Probleme:
 - Gfter wollen ihr Risiko weiter reduzieren, ohne Abstriche bei den Gewinnaussichten vorzunehmen
 - Darlehen unterliegt als Fremdkapital nicht den strengen Regeln der Kapitalaufbringung und Erhaltung
 - Gfter treten in Verteilungskonkurrenz zu den externen Fremdkapitalgebern und sind hierbei privilegiert: sie wissen als Insider am besten, wann schleunige Rückforderung geboten



Rechtsfolgen bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung

- Ziel des Rechts der Gesellschafterdarlehen ist es, die InsMasse und damit die Gläubigergesamtheit so zu stellen, wie wenn der Gftr in Wahrnehmung seiner Finanzierungsverantwortung anstelle der Darlehensgewährung einen entsprechenden Beitrag zum haftenden Eigenkapital geleistet hätte (BGHZ 212, 272 Rn. 22)
- soll an sich primär das in der „Krise“ der Gesellschaft gewährte Darlehen treffen → „intensivierte Finanzierungsverantwortung“ bei Verlust der Kreditwürdigkeit nach außen
 - zur Vermeidung von Beweisproblemen verzichtet das Gesetz aber seit dem MoMiG auf das Tatbestandsmerkmal „Krise“
 - gilt aber seit MoMiG nur noch im eröffneten InsVerf
 - → rechtfertigt „unwiderlegliche Vermutung“ der krisenbedingten Finanzierung durch Gesellschafter

§ 39 Nachrangige Insolvenzgläubiger

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge ... berichtet:

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

(4) Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. ...

- persönlicher Anwendungsbereich
 - Kapitalgesellschaften (z.B. GmbH, AG, eG, SE ...)
 - und Personengesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter (z.B. GmbH&Co KG) (§ 39 IV 1)
 - auch für nach deutschem InsR abgewickelte Auslandsgesellschaften
 - Gesellschafter
 - aktuelle oder zukünftige
 - im letzten Jahr vor Insolvenzantrag ausgeschiedene Gftr
 - gesellschaftergleiche Dritte
 - = mit vergleichbarer Finanzierungsverantwortung, insbes. horizontal oder vertikal verbundene Unternehmen (arg. „wirtschaftlich entsprechende“ Konstellation)
 - nicht per se: „nahestehende“ Personen i.S.v. § 138

§ 39 Nachrangige Insolvenzgläubiger

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge ... berichtet:

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

- sachlicher Anwendungsbereich:
 - Finanzierungshilfe
 - Darlehen
 - „wirtschaftlich entsprechende“ Leistung (z.B. Stundung)
 - auch kurzfristig
 - NICHT mehr erforderlich: in der „Krise“ gewährt (s.o.) → selbst wenn im Einzelfall die Insolvenz etwa durch ein plötzliches externes Ereignis verursacht sein sollte

§ 39 Nachrangige Insolvenzgläubiger

(4) ... Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf 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.

- Anwendungausnahmen:
 - Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 V): bei Gfiter mit Anteil i.H.v. bis zu 10% NUR, wenn er Geschäftsführer/Vorstandsmitglied ist
 - maßgeblich ist Jahreszeitraum vor Insolvenzantragstellung
 - Sanierungsprivileg (§ 39 IV 2): NICHT bei Darlehensgebern, die sich in der Krise zum Zweck ihrer Sanierung an der Gesellschaft beteiligen
 - privilegiert wird nur eine Sanierungsbeteiligung, nicht jedoch ein Sanierungskredit als solcher
 - Privilegierung neuer Kredite ab 1.3.2020 (§ 2 I Nr. 2, II COVInsAG)



Rechtsfolgen eines Gesellschafterdarlehens AUSSERHALB des InsVerf

- kein Rückzahlungsverbot analog §§ 30 GmbHG, 57 AktG
 - anders vor MoMiG! (klarstellend § 30 I S. 3 GmbHG: „Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gfter-Darlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gfter-Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“ [sinngemäß ebenso § 57 I 4 AktG])
 - → Geschäftsführer/Vorstand kann und muss dem Zahlungsverlagen des Gfters grds. nachkommen
 - → keine Haftung des GF/Vorstands hierfür
 - Grenze aber: §§ 64 S. 1, S. 3 GmbHG, 92 II 1, 3 AktG (s.o.) !!
 - → Gfter-Darlehen grds. in Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu berücksichtigen (§ 19 II 2) → führt ggf. zum Eingreifen der Antragspflicht/ Insolvenzverschleppungshaftung!!
 - Ausnahme: explizite Vereinbarung eines („qualifizierten“) Rangrücktritt gemäß § 39 II = vorinsolvenzliche Rückzahlungssperre + insolvenzrechtliche Gleichstellung mit haftendem Eigenkapital (BGHZ 204, 231)
→ Anreiz zu freiwilliger Subordination



Rechtsfolgen eines Gesellschafterdarlehens IM eröffneten InsVerf

Überblick über 3 Fallkonstellationen (= 7 Fälle):

- Darlehensgewährung durch Gesellschafter
 - § 39 I Nr. 5
 - § 135 I Nr. 1
 - § 135 I Nr. 2
- Sicherheitsgewährung (für Bankdarlehen) durch Gfter
 - § 44a
 - § 135 II
 - §§ 44a, 135 II, 143 III analog (bei Doppelbesicherung)
- Gebrauchsüberlassung durch Gfter an Gesellschaft: § 135 III



Rechtsfolgen eines Gesellschafterdarlehens IM eröffneten InsVerf

Überblick über 3 Fallkonstellationen (= 7 Fälle):

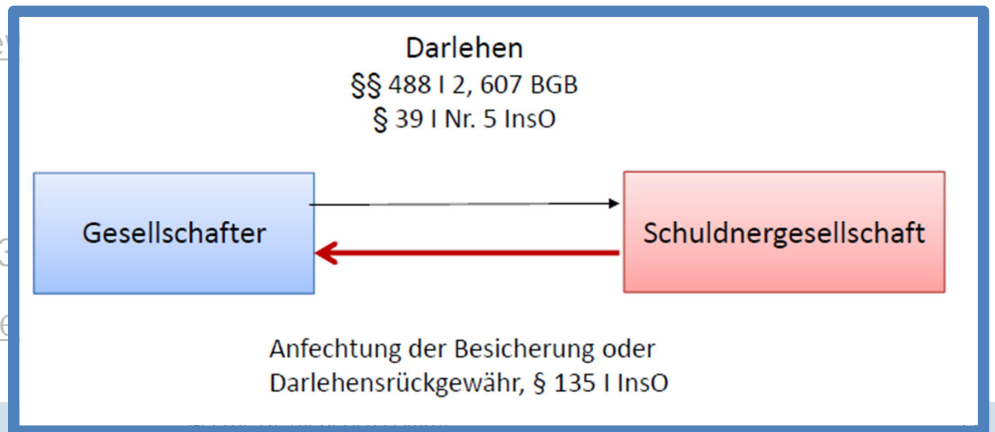
▪ Darlehensgewährung durch Gesellschafter

- § 39 I Nr. 5
- § 135 I Nr. 1
- § 135 I Nr. 2

▪ Sicherheitsgewährung

- § 44a
- § 135 II
- §§ 44a, 135 II, 143 III InsO

▪ Gebrauchsüberlassung

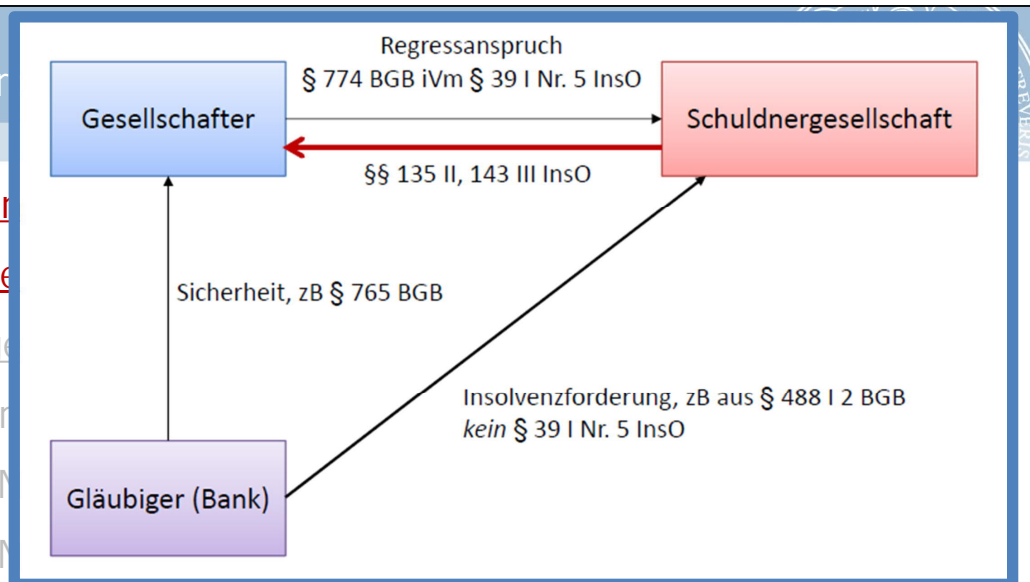


Rechtsfolgen

Überblick

▪ Darlehensgewährung

- § 39 I Nr. 5
- § 135 I Nr. 1
- § 135 I Nr. 2



▪ Sicherheitsgewährung (für Bankdarlehen) durch Gfter

- § 44a
- § 135 II
- §§ 44a, 135 II, 143 III analog (bei Doppelbesicherung)

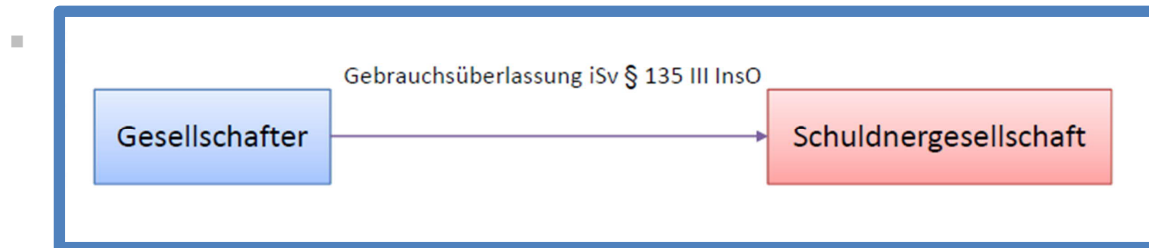
▪ Gebrauchsüberlassung durch Gfter an Gesellschaft: § 135 III

Rechtsfolgen eines Gesellschafterdarlehens IM eröffneten InsVerf

Überblick über 3 Fallkonstellationen (= 7 Fälle):

- Darlehensgewährung durch Gesellschafter

- § 39 I Nr. 5
- § 135 I Nr. 1
- § 135 I Nr. 2



- Gebrauchsüberlassung durch Gfter an Gesellschaft: § 135 III

§ 39 Nachrangige Insolvenzgläubiger

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge ... berichtet:

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

Fall 1a: Gfter-Darlehen ist bei Verfahrenseröffnung noch offen.

- Rechtsfolge: Gfter-Darlehen ist im letzten Rang nachrangige InsForderung („Subordination“) (§ 39 I Nr. 5), d.h. es darf erst nach ALLEN anderen InsGl befriedigt werden (d.h. wenn ALLE InsGl 100% bekommen haben → extremer Ausnahmefall)
- Nachrang i.S.v. § 39 I = Diskriminierung = Ausnahme von Gläubigergleichbehandlung
 - nachrangige Forderungen werden i.d.R. gar nicht erst angemeldet (§ 174 III), genießen kein Stimmrecht in der GlVers (§ 77 I 2), gelten im InsPlan als erlassen (§ 225 I)
- wird praktisch also wie haftendes Eigenkapital behandelt

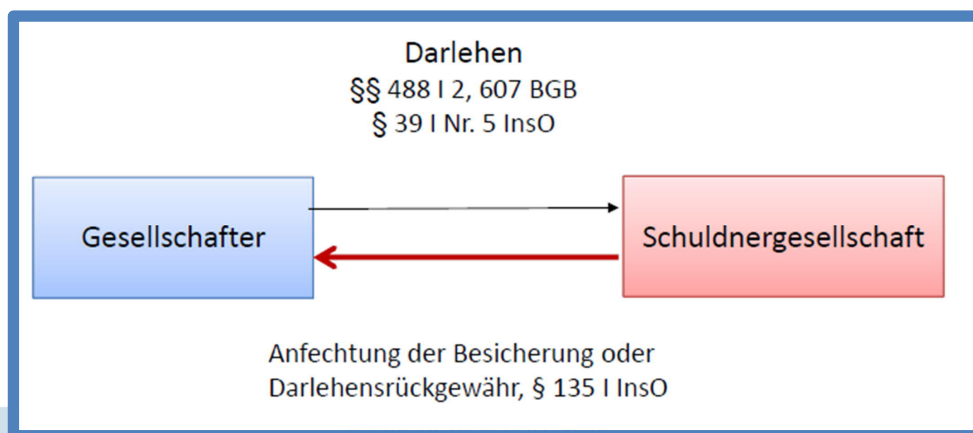
§ 135 Gesellschafterdarlehen

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens ...

1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten 10 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist

Fall 1b: Gfter-Darlehen ist bei Verfahrenseröffnung noch nicht zurückgezahlt, aber vorher durch die Schuldnergesellschaft gesichert worden.

- Rechtsfolge: Sicherheit ist „anfechtbar“ → kann im InsVerf nicht durchgesetzt werden + muss gem. § 143 I zurückgewährt werden



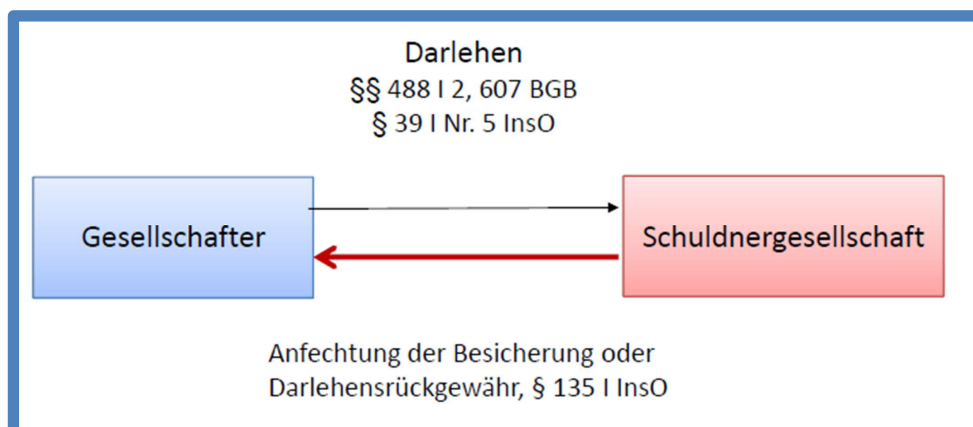
§ 135 Gesellschafterdarlehen

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens ...

2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

Fall 1c: Gesellschaft hat das Gfter-Darlehen bei Verfahrenseröffnung bereits an den Gfter zurückgezahlt.

- Rechtsfolge: Anspruch gegen Gfter auf Rückgewähr der Erfüllungsleistung zur InsMasse gemäß § 143 I



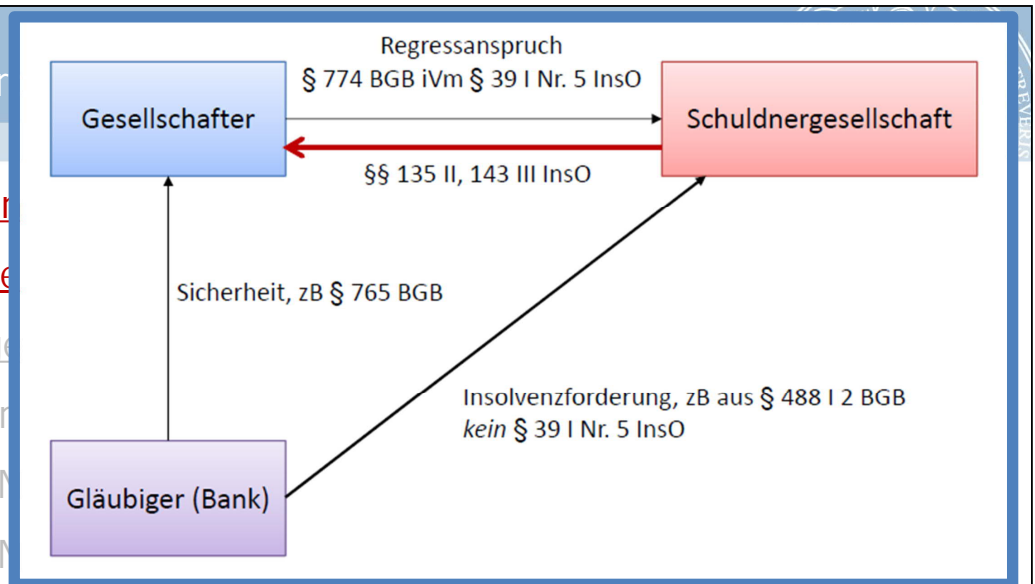
RechtsfolgenÜber

▪ Darlehensge

▪ § 39 I Nr

▪ § 135 I M

▪ § 135 I M

▪ Sicherheitsgewährung (für Bankdarlehen) durch Gfter

▪ § 44a

▪ § 135 II

▪ §§ 44a, 135 II, 143 III analog (bei Doppelbesicherung)

▪ Gebrauchsüberlassung durch Gfter an Gesellschaft: § 135 III

§ 44a Gesicherte Darlehen

In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft kann ein Gläubiger nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder für die er sich verbürgt hat, nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist.

Fall 2a: Gfter hat nicht selbst das Darlehen gewährt, sondern für ein Bankdarlehen an die Gesellschaft Sicherheit geleistet. Das Darlehen ist bei Verfahrenseröffnung noch offen.

- bei wirtschaftlicher Betrachtung macht es keinen Unterschied, ob ein Gfter der Gesellschaft einen Kredit gewährt oder ob er stattdessen eine Sicherheit für den Kredit eines Dritten bestellt
- → aber nicht Anwendung des § 39 I Nr. 5 (Subordination) auf Drittdarlehen, sondern gemäß § 44a → Anwendung des Ausfallprinzips i.S.v. § 52 S. 1
- → Subsidiarität der Haftung der InsMasse → mittelbarer Zwang zur vorrangigen Inanspruchnahme des Gfters
- § 39 I Nr. 5 gilt dann für den Regressanspruch des Gfters!

§ 135 Gesellschafterdarlehen

(2) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in Abs. 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; ...

§ 143 Rechtsfolgen (der Anfechtung)

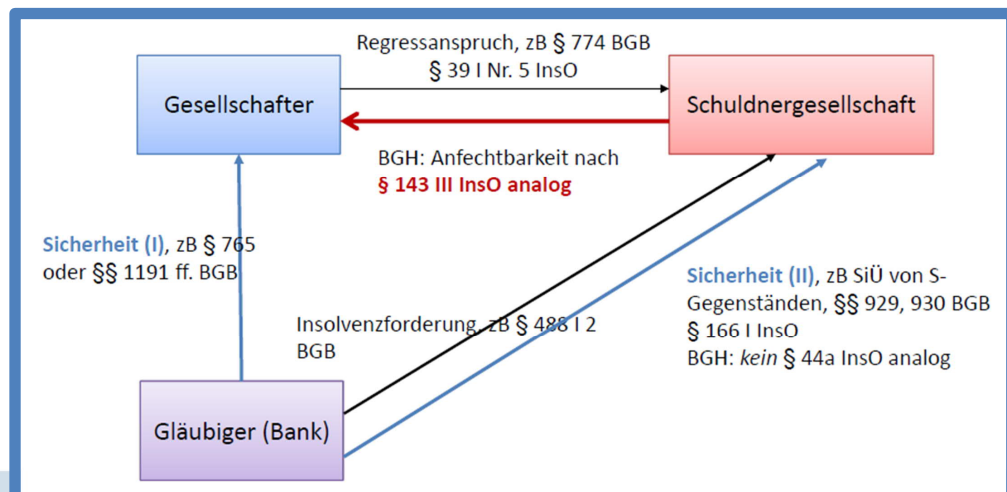
(3) Im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 hat der Gesellschafter ... die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse zu erstatten. ... Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt."

Fall 2b: Gfter hat nicht selbst das Darlehen gewährt, sondern für ein Bankdarlehen Sicherheit geleistet. Die **Gesellschaft** hat das Darlehen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag an die Bank **zurückgezahlt**.

→ **Gfter hat ohne eigenen Aufwand auf Kosten der Gesellschaft einen Vermögensvorteil erlangt, indem seine Sicherheit „freigeworden ist“**
→ **diesen Vermögensvorteil muss er zur InsMasse zurückgewähren**, indem er dem InsV die Sicherheit zur Verwertung zur Verfügung stellt oder der InsMasse den ihm durch das Freiwerden der Sicherheit zugeflossenen Wert erstattet (**§§ 135 II, 143 III**)

Gesellschafterdarlehen

Fall 2c (Doppelbesicherung): Der Gfter hat wiederum nicht selbst das Darlehen gewährt, sondern für ein Bankdarlehen der Gesellschaft Sicherheit geleistet; zugleich hat aber auch die Gesellschaft eine weitere Sicherheit bestellt. Nach Verfahrenseröffnung (!) hat sich die Bank aus ihrem Absonderungsrecht an der Gesellschaftssicherheit befriedigt, d.h. die Sicherheit des Gfters ist wiederum auf Kosten der InsMasse frei geworden.



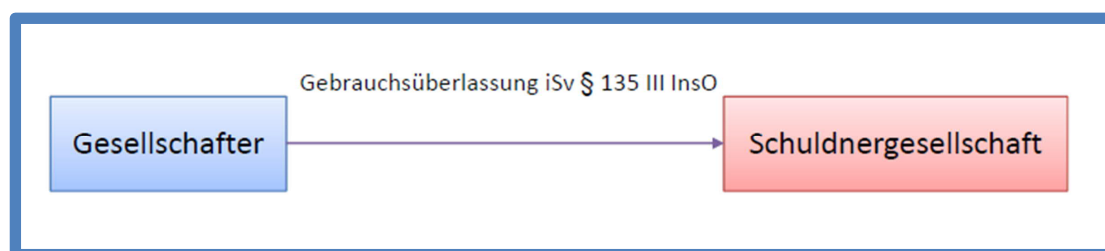
(1) Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 anfechten.

- BGH, h.M.: Bank hatte ein Wahlrecht, welche Sicherheit sie in Anspruch nehmen will; § 44a gilt nicht analog (sehr zweifelhaft)
 - folgt man der h.M., MUSS die InsMasse beim Gfter Regress nehmen können, wenn die Bank zuerst auf die von der Gesellschaft bestellte Sicherheit zugreift -- aber WIE?
 - Problem: durch die Einpassung in die anfechtungsrechtliche Regelungstechnik besteht für die Anfechtung zumindest dem Gesetzeswortlaut nach eine klare zeitliche Grenze bei der Verfahrenseröffnung (§§ 135 II, 143 III i. V. m. §§ 129, 140, 147, s. später)
 - BGHZ 192, 9: trotzdem analog § 143 III anfechtbar
 - arg. planwidrige Regelungslücke, Rechtsgedanke des § 147
 - wenn schon, dann besser: i.V.m. § 135 II (sehr str.)
- entlasteter Gfter ist zur Ausgleichszahlung verpflichtet

Gesellschafterdarlehen

Fall 3 (gesellschaftsinterne Nutzungsüberlassung): Gfter vermietet/verpachtet ein Grundstück (oder eine andere Sache) an die Gesellschaft.

- praktische Bedeutung bei Betriebsaufspaltung (Muttergesellschaft [„Besitzgesellschaft“] als Vermieter/Verpächter, Tochtergesellschaft [„Betriebsgesellschaft“] als insolventer Mieter/Pächter)



§ 135 Gesellschafterdarlehen

(3) Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter ein Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen, so kann der Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. Für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes gebührt dem Gesellschafter ein Ausgleich; bei der Berechnung ist der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen, bei kürzerer Dauer der Überlassung ist der Durchschnitt während dieses Zeitraums maßgebend.

- betr. Sachsubstanz: Aussonderungsrecht des Gfters (§ 47) wird für ein Jahr suspendiert, wenn die Sache für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist (§ 135 III 1)
- Kompensation durch Anspruch des Gfters auf Nutzungsentgelt als Masseverbindlichkeit (§ 135 III 2)
 - anders vor MoMiG 2008: Verpflichtung des Gfters, die unentgeltliche Nutzung der Sache bis zum Ablauf des Vertrages zu dulden