

# 16. Düsseldorfer Insolvenztage

## **Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz**

Prof. Dr. Florian Jacoby  
Düsseldorf, 13. Juni 2014

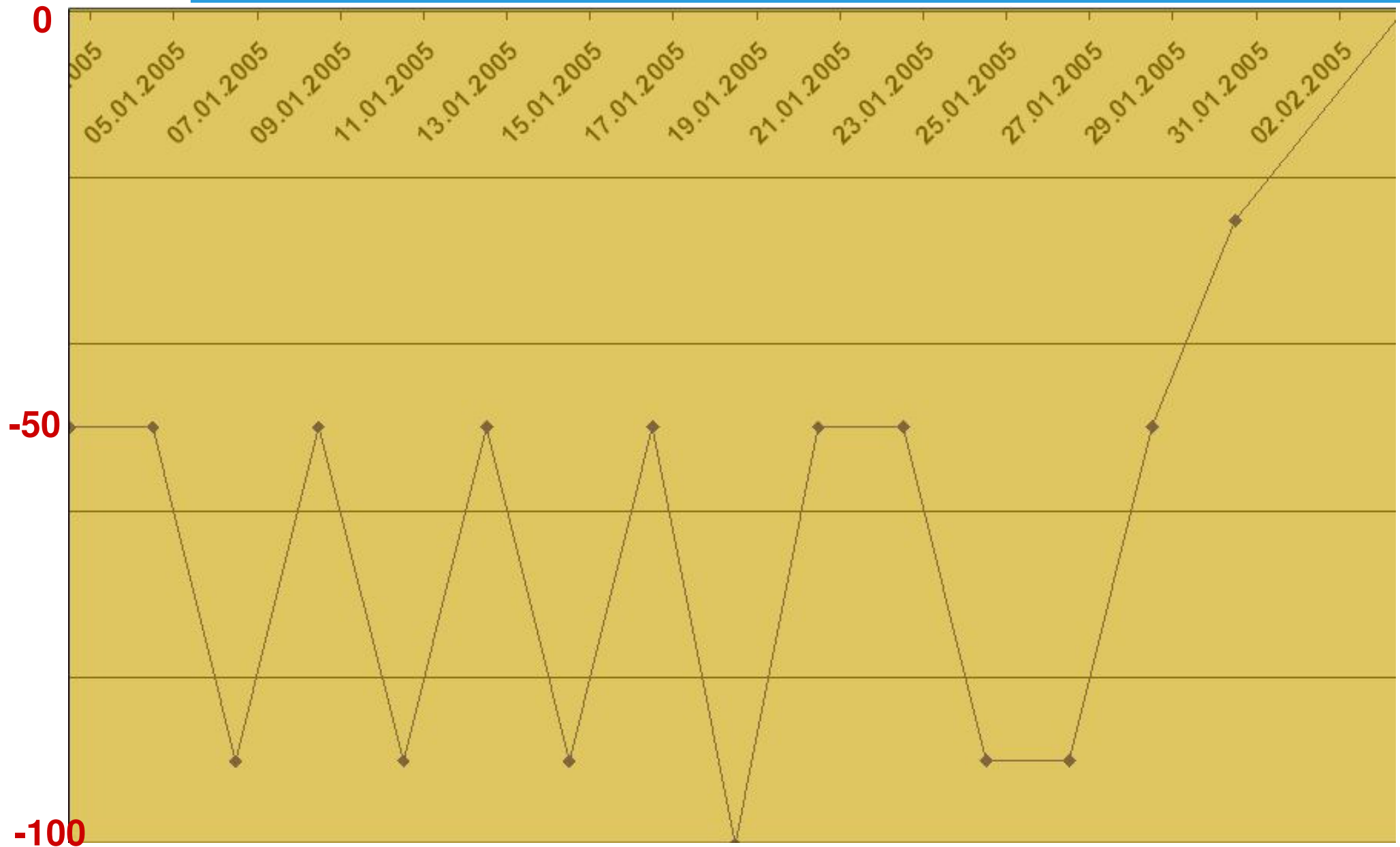
---

- Abschaffung des Kapitalersatzrechts,
- Nachrang von Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO),
- Anfechtbarkeit der Deckung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 InsO),
- Spezialregelung für durch Gesellschafter besicherte Darlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO),
- Spezialregelung der Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO).

- Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO),
- Gesellschaft ohne auch nur mittelbar nach § 128 HGB haftende natürliche Person (§ 39 Abs. 4 S. 1 ),
- Kein Sanierungsprivileg, also Anteilserwerb zum Zwecke der Sanierung (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO),
- Kein Kleinbeteiligungsprivileg, also Beteiligung mit mehr als 10 % am Haftkapital oder Geschäftsführer (§ 39 Abs. 5 InsO).

- I. Rückführung und Neuvaluierung von Gesellschafterdarlehen, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO
- II. Risiken der Besicherung von Gesellschafterdarlehen, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- III. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, § 135 Abs. 2 InsO
- IV. Zum Anwendungsbereich in subjektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
- V. Zum Anwendungsbereich in objektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5, sowie zur Nutzungsüberlassung, § 135 Abs. 3 InsO

# Darlehenskurve bei Wechsel von Rückführung und Neuvaluierung



# I. Rückführung und Neuvaluierung von Gesellschafterdarlehen

- Problem: Ist die Befriedigung eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar, soweit der Gesellschafter der Gesellschaft den erlangten Betrag wieder zur Verfügung stellt?
- Fallgruppen:
  - Cash Pool
  - Kettekredite
- Berücksichtigungsmöglichkeiten im Tatbestand
  - Gläubigerbenachteiligung?
  - Bargeschäftsausnahme?
  - Begriff des Gesellschafterdarlehens?

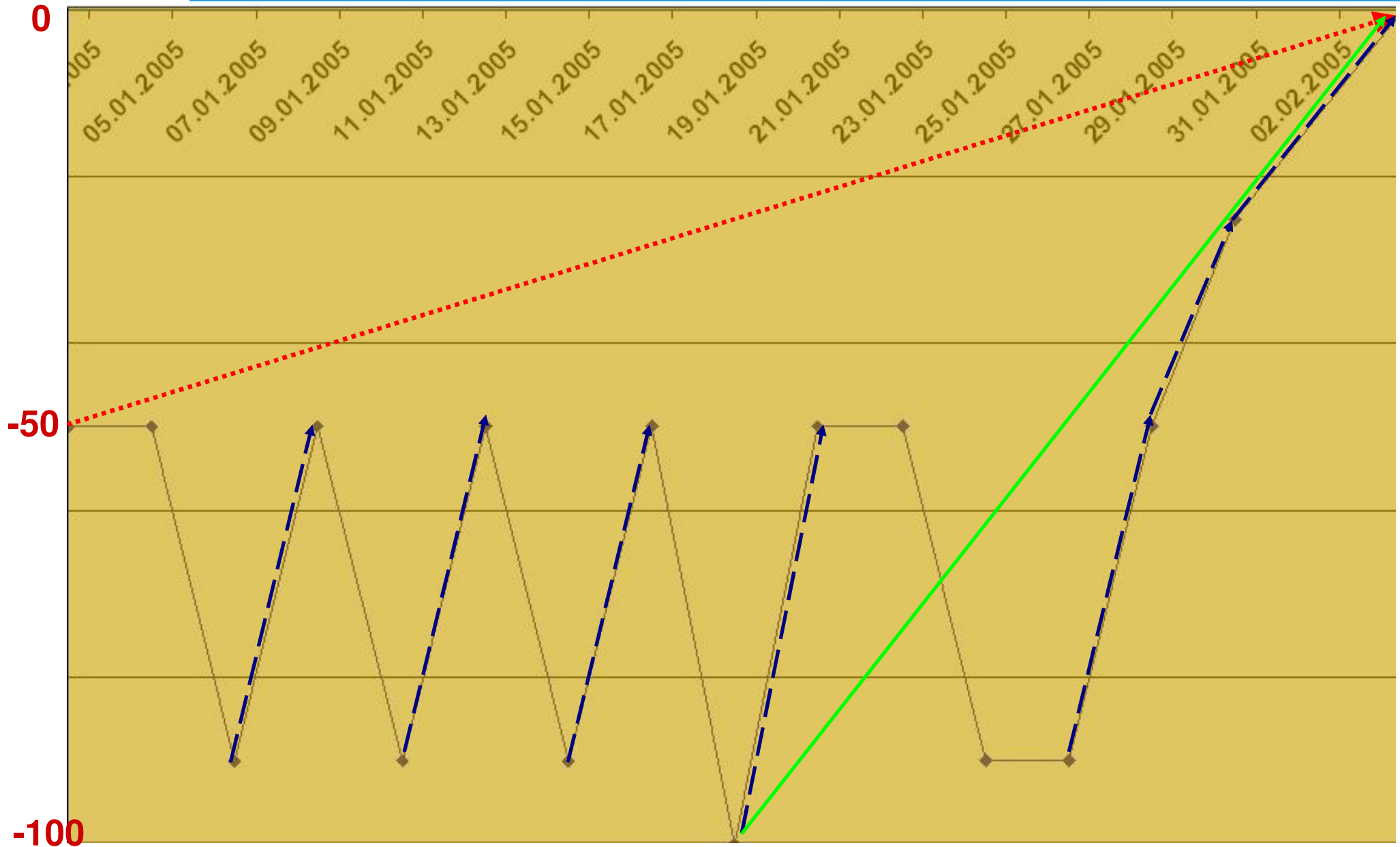
- Keine qualifizierten Anforderungen an Gesellschafterdarlehen (§§ 135, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)
  - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 14: Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite ist anfechtbar.
  - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 26: Im Unterschied zum alten Recht Durchschnittssoll irrelevant
- Keine Bargeschäftsausnahme (§ 142 InsO)
  - BGH B.v. 7.5.2013 - IX ZR 271/12, NZI 2013, 816: Rückzahlung eines Darlehens ist kein Bargeschäft.
- Voraussetzungen der Vorteilsanrechnung im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung!

# Vorteilsanrechnung bei Feststellung der Gläubigerbenachteiligung, § 129 InsO

- Allgemeine Aussagen
  - BGH v. 9.7.2009 - IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674: Gegenstand der Anfechtung sind nachteilige Rechtswirkungen, so dass keinesfalls alle Vorteile aufgrund der maßgeblichen Rechtshandlung anfechtbar sind, vgl. auch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.
  - BGH v. 26. 4.2012 – IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183: Berücksichtigung zurechnungsrelevanter Folgen der Rechtswirkung.
- Konkret Darlehensrückführung
  - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734/B.v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785: Wie beim „echten“ Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze kann eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen ausscheiden.
  - BGH v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = ZIP 2013, 1629: Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung.



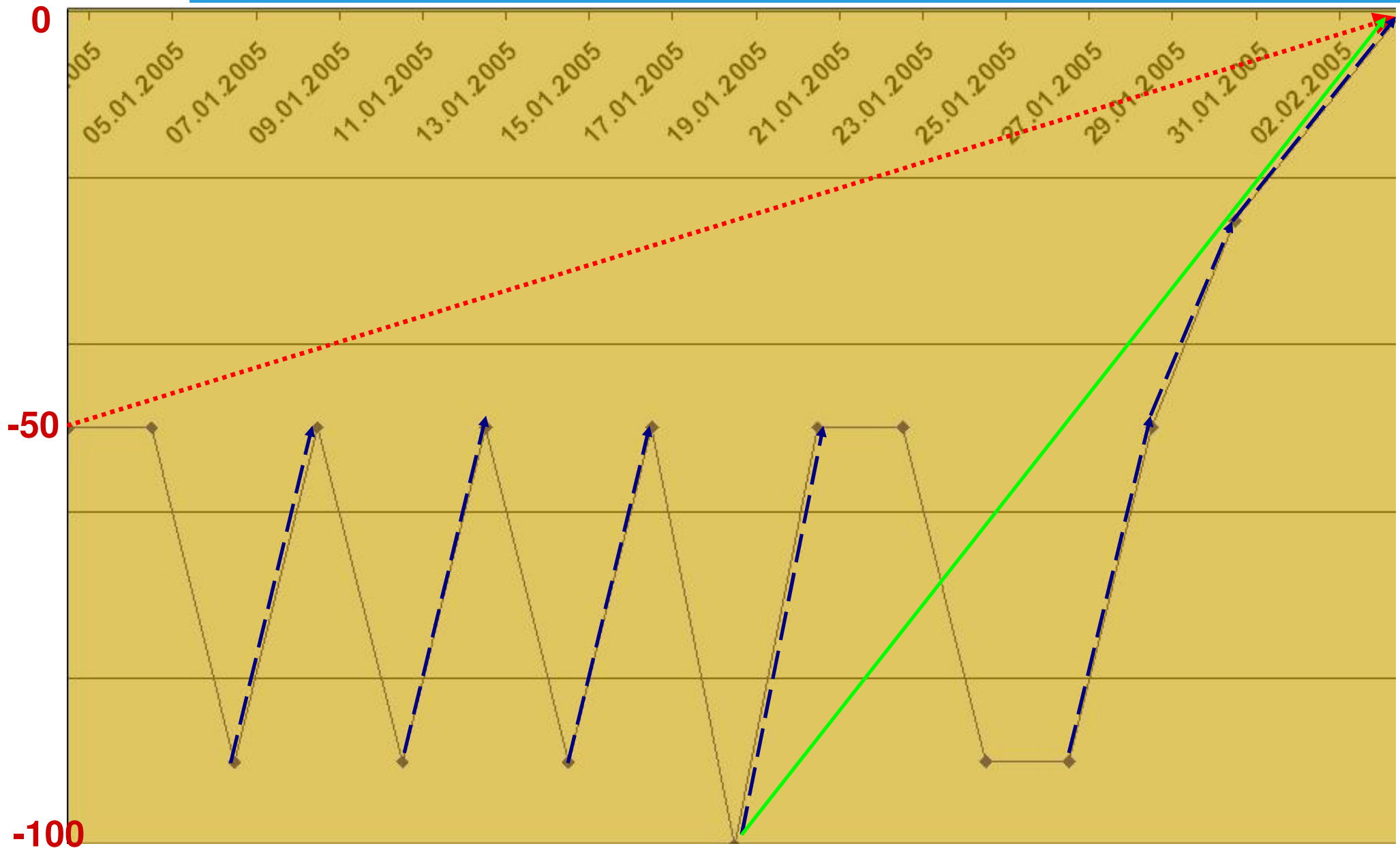
# Beispiel einer Debetreduzierung



# Übertragung der Grundsätze zum Kontokorrent

- BGH ZIP 2008, 235 zum Kontokorrent:  
Für die Anfechtung der Rückführung eines Kontokorrentkredits kommt es auf den Betrag an, um den **die verrechneten Einzahlungen die berücksichtigungsfähigen Auszahlungen im Anfechtungszeitraum übersteigen**; der höchste erreichte Sollstand ist grundsätzlich unerheblich.  
(= spezifische Ausprägung des Bargeschäftseinwands, § 142)
- BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734:  
Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher **nicht in ihrer Summe**, sondern nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze. Mehr als die **ausgeschöpften Mittel der Kreditlinie** war im Schuldnervermögen nie vorhanden und für die Gläubigerbefriedigung einsetzbar.

# Beispiel einer Debetreduzierung



Sachverhalt nach BGH ZIP 2013, 734:

- Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH, die zur Beschäftigungsförderung innerhalb des Stadtgebiets und seiner Umgebung tätig war.
- Alleingesellschafterin der Schuldnerin war seit 1994 die Stadt.
- Auf Antrag der Schuldnerin, vom 28. Dezember 2009 eröffnete das Amtsgericht am 1. März 2010 das Insolvenzverfahren.
- Der Insolvenzverwalter fordert als Kläger von der beklagten Stadt folgende Tilgungsbeträge aus zwölf Darlehen aus dem letzten Jahr vor Eingang des Insolvenzantrags im Gesamtbetrag von 267.000 € nebst Zinsen.

# Überblick: Darlehen und Tilgungen

Betrag	Auszahlung	Rückzahlung
17.000 €	10. Dezember 2008	11. Februar 2009
25.000 €	19. Dezember 2008	6. Januar 2009
16.500 €	25. Februar 2009	6. März 2009
15.200 €	26. März 2009	6. April 2009
12.400 €	28. April 2009	15. Mai 2009
20.700 €	27. Mai 2009	5. Juni 2009
20.000 €	24. Juni 2009	8. Juli 2009
30.200 €	27. Juli 2009	6. August 2009
30.000 €	26. August 2009	7. September 2009
25.000 €	24. September 2009	6. Oktober 2009
25.000 €	27. Oktober 2009	3. November 2009
30.000 €	25. November 2009	3. Dezember 2009

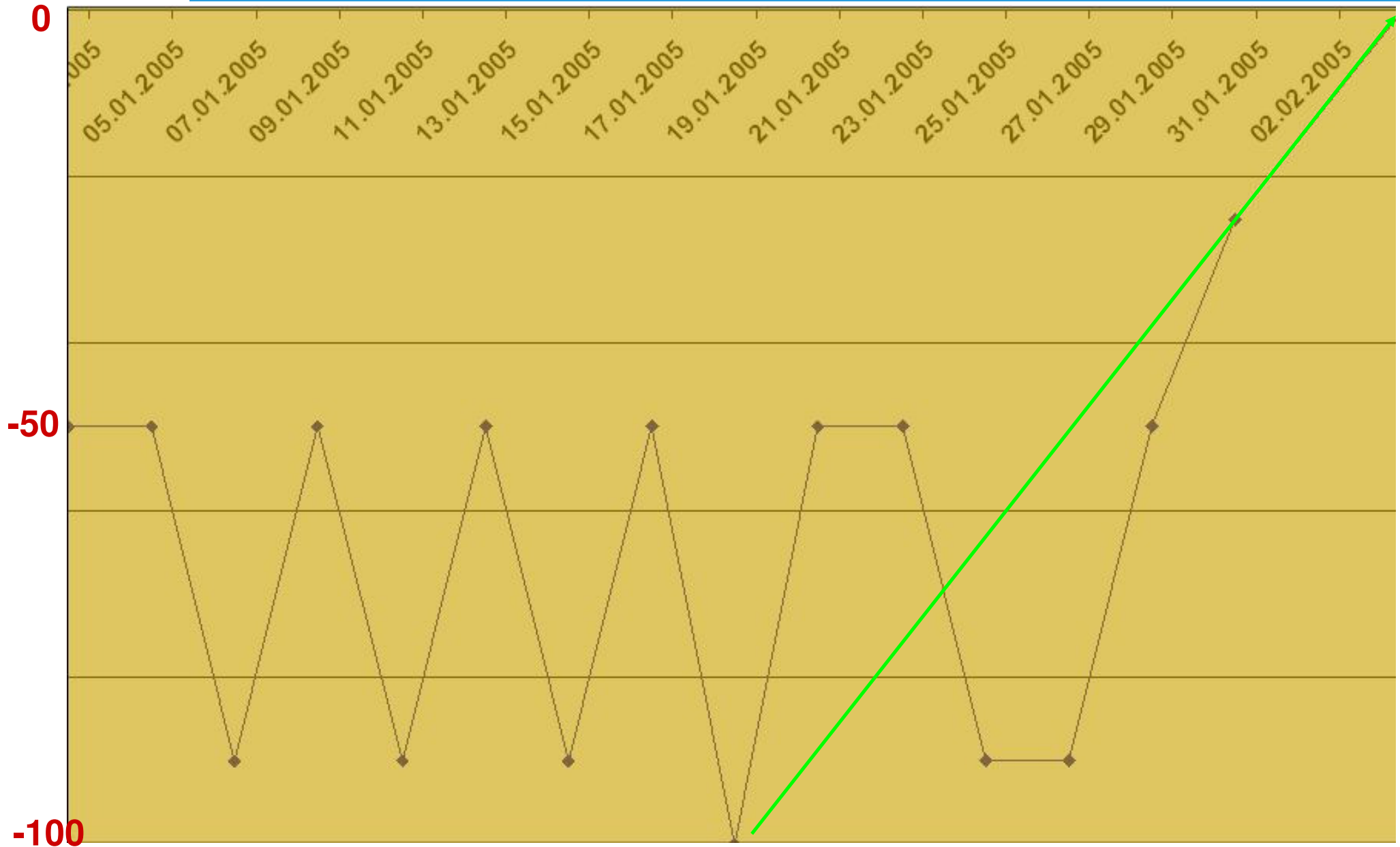
BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734:  
Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.

Anspruch aus §§ 143 I, 135 I Nr. 2, 129 I?

- Rückführungen vor Verfahrenseröffnung, § 129
- Gläubigerbenachteiligung, § 129
  - [16] höchster Sollstand statt Gesamttilgungsbetrag
- Gesellschafterstellung (§§ 39, 135)
- Gewährung eines Darlehens, § 135
  - [26] Eigenkapitalersatz (BGH: Durchschnittssoll) irrelevant
- Tilgung des Rückgewähranspruchs, § 135
- Kein Ausschluss durch Bargeschäft, § 142
  - [27] „keine ausgleichende Leistung der Beklagten“

BGH: Anspruch auf 42.000 € („höchster Sollstand“)

# Anfechtbar: höchster Sollstand





# Voraussetzungen der Anrechnung: enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang

- BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 17 ff.: Vergleichbarkeit mit Kontokorrent angesichts gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis
- BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 6: Hier besteht zwischen den Kreditverhältnissen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Beide Darlehen waren auf den allgemeinen Liquiditätsbedarf der Schuldnerin bezogen. Die zweite Kreditgewährung erfolgte mehr als zwei Monate nach der Rückzahlung.

Verteidigungslinien des Gesellschafters:

Neuauszahlung an Gesellschaft

- bedeutet neues Darlehen, das in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit getilgtem Darlehen steht oder
- soll die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherstellen.

## II. Besicherung des Gesellschafters für Gesellschafterdarlehen

- BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579 Rn. 19: Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).
- Dieser Ausgangspunkt wird in der Literatur bestritten.

1. Befriedigung aus der Sicherheit, die länger als ein Jahr zurück liegt,
2. Stellung des Gesellschafters einer nicht anfechtbaren Sicherheit,
3. Bargeschäft bei anfänglicher Besicherung.

# 1. Keine Sperre durch Befriedigungstatbestand

BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11:

Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.

[Problem: Durch Kontokorrentbindung „gesicherte“ CashPool-Verrechnung]

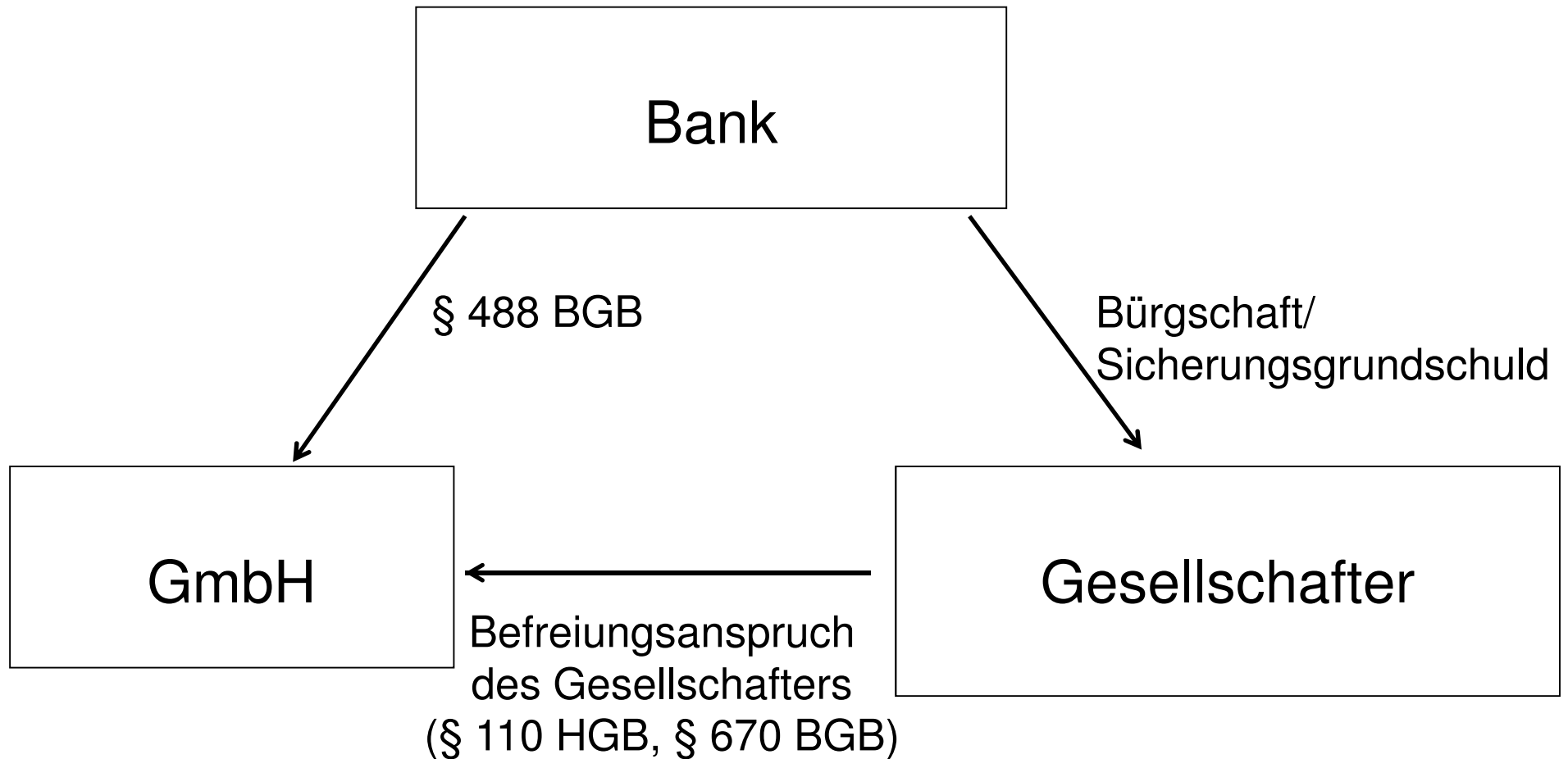
## 2. Nicht anfechtbare Sicherheit

- Rechtsfolge
  - Mm: Nachrang wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
  - hM: Insolvenzfestigkeit der Sicherheit; vgl. BGH v. 18.7.2013
    - IX ZR 219/11 Rn. 14: Anfechtung ausgeschlossen, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherung verfügt
- Voraussetzungen
  - Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
    - Anfechtbarkeit der Bestellung
    - Anfechtbarkeit des Werthaltigmachens der Sicherheit, vgl. BGHZ 174, 297 = ZIP 2008, 183, BGH ZIP 2013, 588
  - Bargeschäft?

### 3. Bargeschäftsausnahme anwendbar?

- Problem: Kann Bestellung anfänglicher Sicherheit nach § 142 InsO der Anfechtung entzogen sein (str.).
- Tatbestand: Grundsätzlich kann Sicherheitenbestellung gegen Darlehensausreichung Bargeschäft darstellen.
- Anwendbarkeit: Steht Sinn und Zweck des § 135 InsO der Anwendbarkeit von § 142 InsO entgegen.
  - Wortlaut: § 142 InsO schließt nur § 133 InsO aus,
  - Historie: Keine Relevanz wg. Rechtsprechungsregeln,
  - Systematik: § 6 AnfG gilt einschränkungslos,
  - Telos maßgeblich (vgl. BGH, str.)

# III. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen



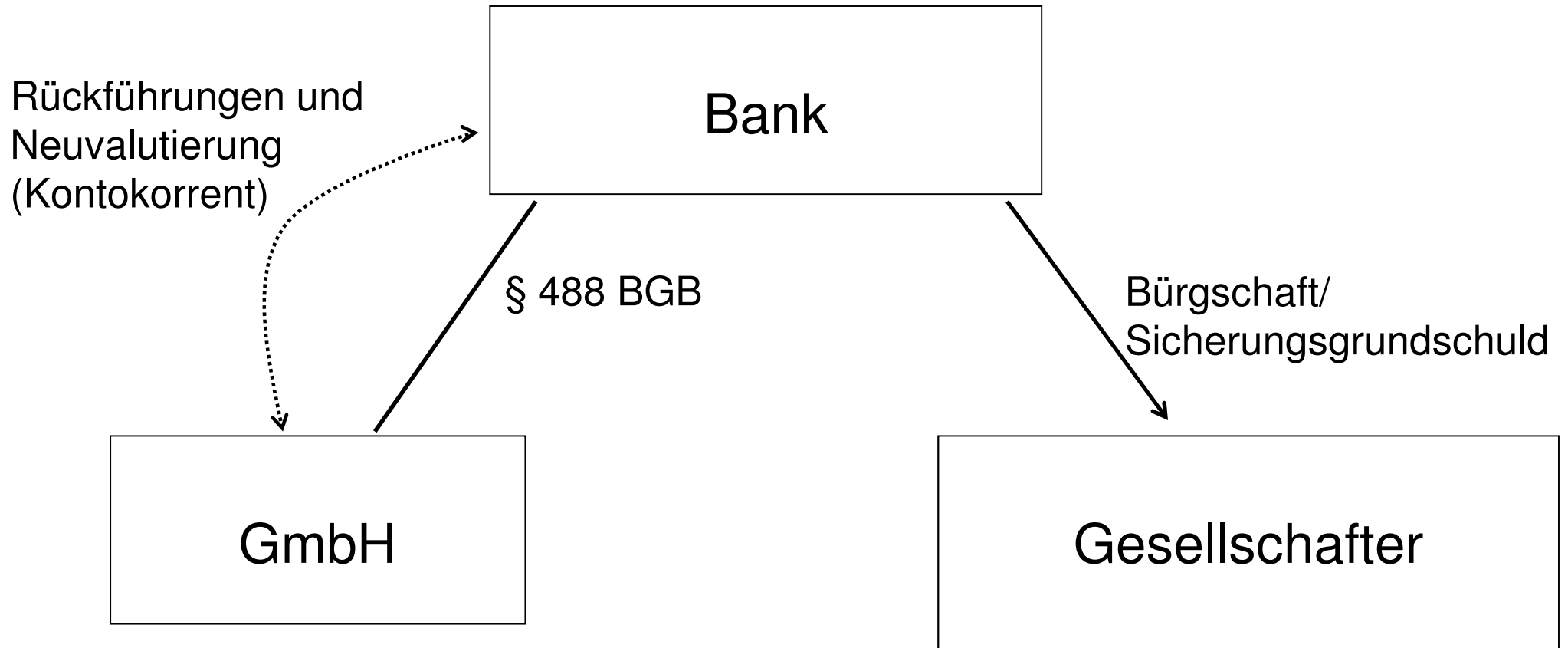


# 1. Grundfragen

- **Regelungsgrund:**

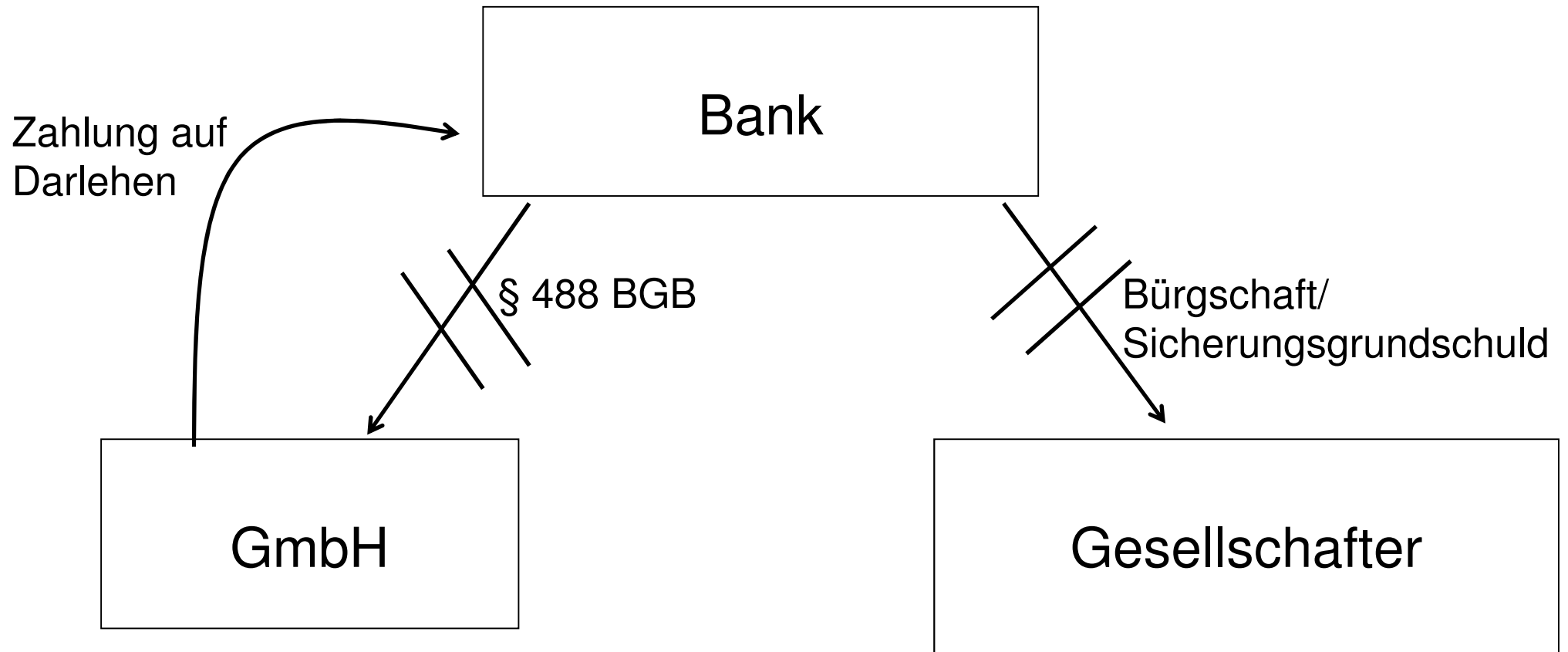
Vorinsolvenzliche Befriedigung des Befreiungsanspruchs bedeutet Spezialfall des § 135 I Nr. 2 InsO
- **Probleme:**
  - Rückführung und Neuvaluierung gesicherter Darlehen.
  - Anspruchsumfang, § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO.
  - Anwendungsbereich: zeitliches Verhältnis von Besicherung und Gesellschafterstellung.
  - Realisierung einer Gesellschaftssicherheit nach Verfahrenseröffnung bei Doppelsicherheit von Gesellschaft und Gesellschafter

## 2. Gesicherter Kredit revolviert

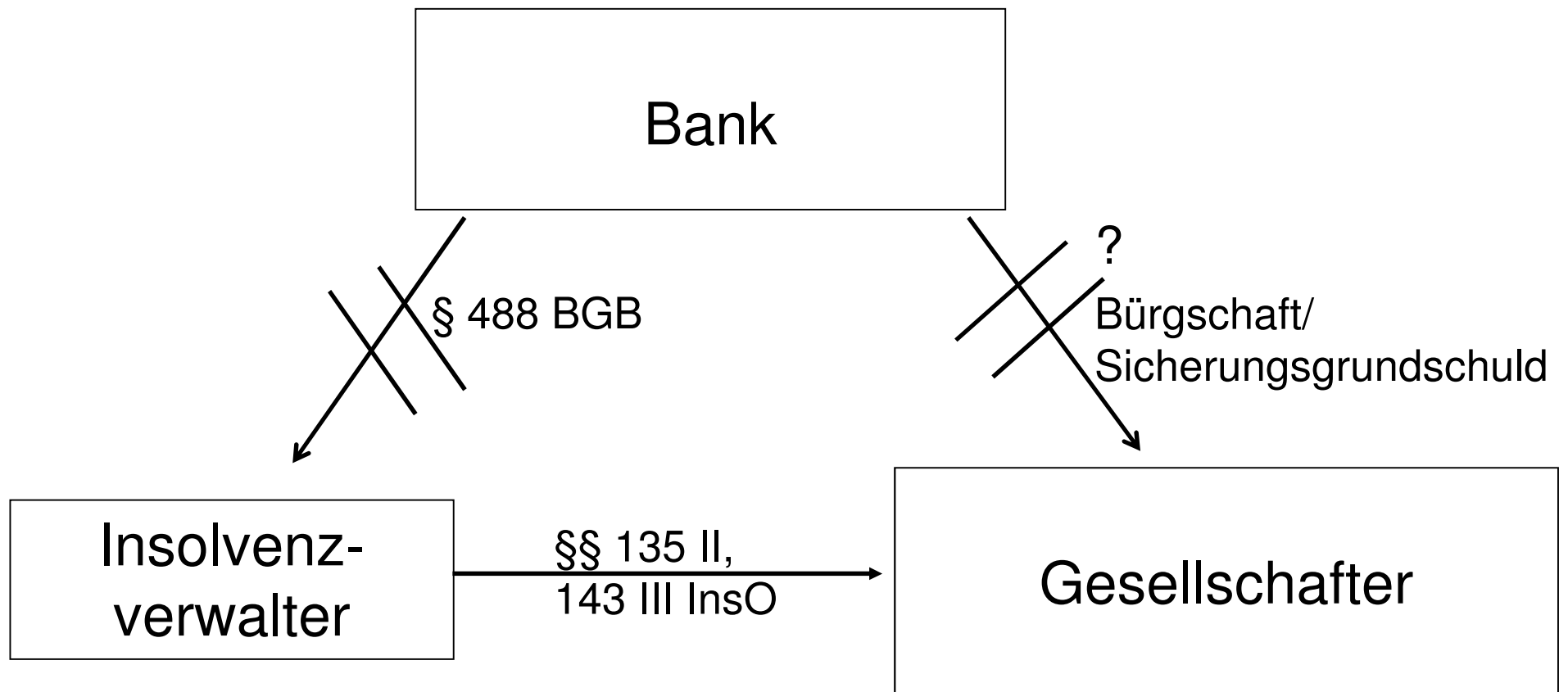


BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584: Rn. 23: Wie bei Kontokorrent (siehe zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ist **Rückführung im Verhältnis zum Höchstbetrag** maßgeblich; vgl. auch BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 6.

### 3. Grenze des § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO

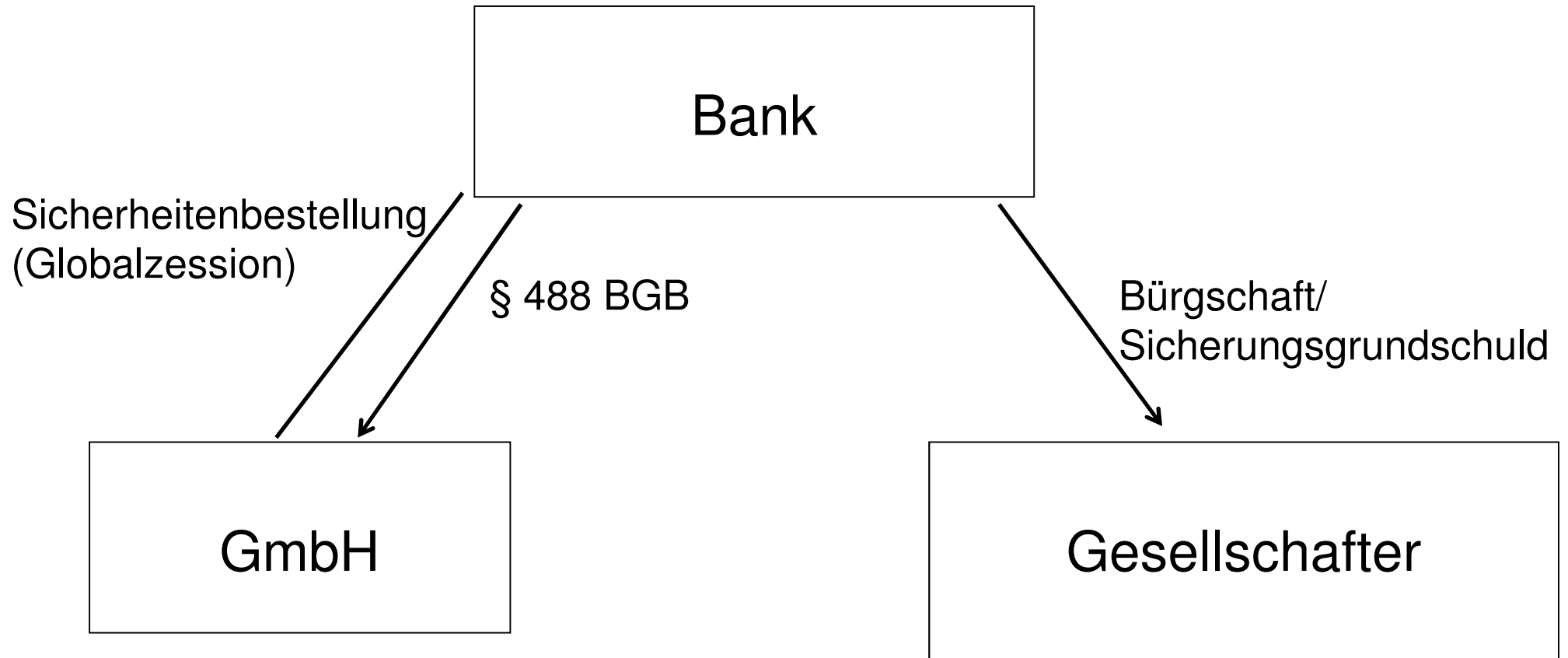


### 3. Grenze des § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO

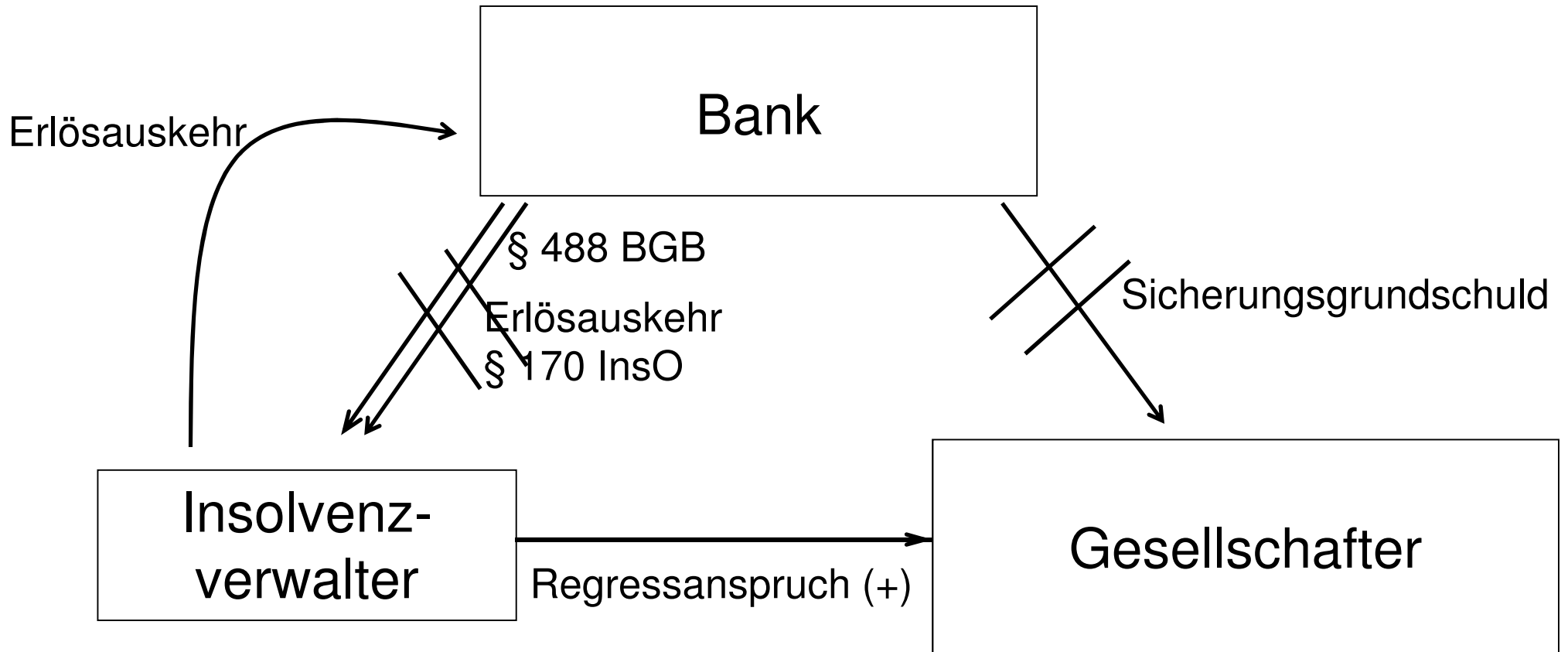


**BGH v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = ZIP 2013, 1629:** Kann der Gesellschafter weiterhin aus der von ihm bestellten Sicherheit von der Bank in Anspruch genommen werden, darf die Summe aus dem Anfechtungsanspruch nach § 135 Abs. 2 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit den Höchstbetrag der eingegangenen Sicherheitsverpflichtungen des Gesellschafters nicht übersteigen.

# 4. Sicherheitenkonkurrenz



# 4. Sicherheitenkonkurrenz



Streit über Rechtsgrund:  
 Insolvenzanfechtung: §§ 135 II, 143 III analog (BGH),  
 ähnlich, aber dogmatisch überzeugender: § 812 BGB (Verteilungsfehler)

## 4. Sicherheitenkonkurrenz

BGH v. 1.12.2011 - IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 =  
ZIP 2011, 2417:

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.

## IV. Zum Anwendungsbereich in subjektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Kernaussagen BGH v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582:

[18] Das durch das MoMiG umgestaltete Recht und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO harmoniert mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung.

[11] Mit Hilfe der Einbeziehung "gleichgestellter Forderungen" wird der bisherige § 32a GmbHG aF in personeller - durch Einbeziehung Dritter - und sachlicher Hinsicht übernommen.

[12] Darum ist auch bei der Auslegung des Tatbestands der gleichgestellten Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) in Übereinstimmung mit dem früheren Recht Vorsorge dagegen zu treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzt.



- **BGH v. 17.2.2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = ZIP 2011, 575:**
  1. Die Forderung aus der Rechtshandlung eines Dritten entspricht einem Gesellschafterdarlehen nicht schon deshalb, weil es sich bei dem Dritten um eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO handelt.
  2. Gewährt eine nahestehende Person (§ 138 InsO) dem Schuldner ein ungesichertes Darlehen, begründet dies keinen ersten Anschein für eine wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Gesellschafterdarlehen.
- **BGH v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582:**
  1. Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.
  2. Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.

- BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579: Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.
- BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584: Wer für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen eine Sicherung übernimmt und später Gesellschafter wird, unterliegt der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO.

# V. Anwendungsbereich in objektiver Hinsicht sowie Nutzungsüberlassung

BAG v. 27.3.2014 - 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927:

- Gleichgestellte Verbindlichkeiten sind nach § 39 Abs 1 Nr 5 Alt 2 InsO Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen - nur - wirtschaftlich entsprechen. Ernstzunehmende Schutzlücken sollen nicht entstehen. Der Begriff der Rechtshandlung ist deswegen weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst.
- Seit der Novellierung des § 39 Abs 1 Nr 5 InsO MoMiG kommt es nicht mehr auf die Merkmale des Eigenkapitalersatzes und der Gesellschaftskrise an. Die zunächst unterbliebene Durchsetzung fälliger Forderungen ist jedoch nach wie vor als Rechtshandlung einzuordnen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich iSv. § 39 Abs 1 Nr 5 Alt 2 InsO entspricht.

OLG Hamm v. 21.11.2013 – 18 U 145/12, ZIP 2014, 186

- Die Regelung des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO kommt nur zur Anwendung, wenn der Vermieter einen Aussonderungsanspruch bezüglich des Mietobjekts geltend macht.
- Vereinnahmen die Gesellschafter der späteren Insolvenzschuldnerin bzw. eine aus ihnen bestehende Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens innerhalb der Fristen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Mietzinszahlungen, die nicht innerhalb vertraglich üblicher Fälligkeitsregelungen erfolgten oder nicht innerhalb der durch verkehrübliche Gepflogenheiten bestimmten Fristen geltend gemacht wurden, so sind diese Zahlungen gem. § 135 Abs. 2 S. 2 InsO anfechtbar.

OLG Schleswig v. 13.1.2012 – 4 U 57/11, ZIP 2012, 885:

- Eine Insolvenzanfechtung nach den §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO wegen der im Jahr vor Insolvenzantragstellung von einer GmbH als Gemeinschuldnerin an einen GmbH-Gesellschafter aus der Vermietung eines Gesellschaftergrundstücks gezahlten Mieten greift nicht, da die Vermietung nicht dem Anwendungsbereich von §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfällt.
- Der Mietforderungsanspruch ist nicht nachrangig i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 InsO. Der Kläger kann daher abgesonderte Befriedigung nach § 50 Abs. 1 InsO wegen seines Vermieterpfandrechts aus § 562 Abs. 1 BGB verlangen.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und  
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld  
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

[florian.jacoby@uni-bielefeld.de](mailto:florian.jacoby@uni-bielefeld.de)  
[www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/](http://www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/)