

Das Recht der Gesellschafterdarlehen im Praxistest

- Einblicke und Ausblicke aus der Verwalterpraxis -

9. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 21. Juni 2013

Referent:

Dr. Jens-Sören Schröder, Hamburg
Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. „Einblicke“: Erfahrungen aus der Verwalterpraxis nach (knapp) fünf Jahren MoMiG
 - 1. Insolvenzanfechtung bei Befriedigung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
 - 2. Insolvenzanfechtung bei Besicherung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO)
 - 3. Insolvenzanfechtung bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)
 - 4. Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO)
 - 5. Forderungsprüfung (§§ 39, 44a, 174 ff. InsO)
- III. „Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)
- IV. Fazit

Einleitung

- Auch wenn das MoMiG anders als das ESUG keine „Evaluierungsklausel“ enthält, lohnen (knapp) **fünf Jahre nach Inkrafttreten am 01.11.2008** eine kritische Bestandsaufnahme und ein Blick auf Entwicklungsperspektiven.
- Die Reform des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das **MoMiG** hat trotz intensiver Vorarbeiten von *Huber/Habersack* (in: Lutter, Das Kapital der AG in Europa, ZGR-Sonderheft 17, S. 370 ff.; zusammengefasst in BB 2006, 1 ff.) wegen **gesetzgebungstechnischer Mängel** einen schweren Start gehabt. Hervorzuheben sind insoweit die Normzweck- und deren Folgediskussionen (*Goette/Kleindiek*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach MoMiG und das Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 6. Aufl., Rz. 64: „Gesetzgeber hat sich um ein wertungsstimmiges Konzept schlechterdings nicht bemüht“) sowie zum Teil gravierende Regelungslücken wie bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (dazu BGH ZIP 2011, 2417; *Bork*, FS Ganter, S. 135, 147: „grober handwerklicher Schnitzer des Gesetzgebers“).
- Inzwischen hat das neue Recht insbesondere dank der **Rechtsprechung** des IX. Zivilsenats des BGH Tritt gefasst, der es konsequent als das auslegt und anwendet, was es ist, nämlich durch das MoMiG **weiterentwickelte Novellenregeln** (BGH ZIP 2013, 583, 584, Tz. 12, 18). Dadurch sind der **Rechtssicherheit** und dem **Umgehungsschutz** ein großer Dienst erwiesen.

Insolvenzanfechtung bei Befriedigung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)

Die Neuregelung hat die **Insolvenzanfechtung bei Gesellschafterdarlehen innerhalb der Jahresfrist erheblich vereinfacht** und Streitigkeiten darüber erheblich reduziert.

Aber: Parallel dazu hat sich die **wirtschaftliche Bedeutung gegenüber den Rechtsprechungsregeln erheblich reduziert**. Sie beschränkt sich in der Praxis häufig auf stehengelassene Einzelforderungen, Verrechnungskonten u.ä.

Größere Rückzahlungen an Gesellschafter z.B. aus der Veräußerung von „Tafelsilber“ werden anders als nach der **Zehnjahresfrist analog § 31 Abs. 5 GmbHG** von § 135 Abs.1 Nr. 2 InsO häufig nicht mehr erfasst.

Und: Auch der **Wegfall der Ausfallhaftung der Mitgesellschafter analog § 31 Abs. 3 GmbHG** sowie der **Mithaftung der Geschäftsführung analog § 43 Abs. 3 GmbHG** wirkt sich in der Praxis aus, Letzteres insbesondere bei Bestehen einer D&O-Versicherung.

Insolvenzanfechtung bei Befriedigung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)

- Auch deswegen spielt das **Übergangsrecht** (Art. 103d EGIInsO) nach wie vor ein große Rolle.
- Die h.M. bejaht die **Anwendung der Rechtsprechungsregeln** auch in Insolvenzverfahren, die **nach dem** Inkrafttreten des MoMiG am **01.11.2008 eröffnet** worden sind, wenn die fraglichen **Rückzahlungen jedoch davor** erfolgt sind (vgl. OLG München ZIP 2011, 225, 226; OLG Jena 2009, 2098; ebenso *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Aufl., Rz. 290 ff.; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh zu § 64 Rz. 148 ff.; a.A. *Altmeyden*, ZIP 2011, 641, 645 ff.; Ulmer/Habersack/Winter-Habersack, Erg.-Band MoMiG, § 30 Rz. 55).
- Nach unserer bisherigen Erfahrung folgen die **Instanzgerichte** der h.M. überwiegend.

Insolvenzanfechtung bei Befriedigung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)

- In der Praxis hat es sich bewährt, Anfechtungsklagen gem. § 135 InsO bei der **Kammer für Handelssachen** anhängig zu machen (Art. 96 GVG i.V.m. Art. 95 Abs. 1 Nr. 4 a) GVG: „Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft und deren Mitgliedern“).
- Zwar ist die Insolvenzanfechtung üblicherweise keine Handelssache (vgl. *KPB-Jacoby*, 34. Lfg. 11/08, Anh. zu § 143 Rz. 4). Die Insolvenzanfechtung gem. **§ 135 InsO wurzelt jedoch im Gesellschaftsverhältnis**. Diese Argumentation lässt sich auf den **Rechtsgedanke aus § 22 ZPO n.F.** stützen, der aus diesem Grund den Gerichtsstand der Mitgliedschaft gem. § 22 ZPO für Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters gemäß § 135 InsO eröffnet.

Insolvenzanfechtung bei Besicherung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO)

- Die Insolvenzanfechtung bei Besicherung von Gesellschafterdarlehen innerhalb der Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wirft schwierige rechtliche Fragen auf, spielt jedoch in der Praxis bisher keine große Rolle (sehr kritisch zur Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO *Altmeyden*, NZG 2013, 441 ff.: „überflüssig, kein plausibler Anwendungsbereich“).
- **Gesellschafterdarlehen** werden in der Praxis **häufig ohne Besicherung** gegeben. Außerdem unterfällt die Besicherung von Gesellschafterdarlehen unter den Voraussetzungen des **§ 142 InsO** (Anwendbarkeit nach h.M. gegeben, offengelassen von OLG Celle ZIP 2012, 2114, 2115 m.w.N. zum Meinungsstand) dem Bargeschäftsprivileg, so dass danach i.d.R. nur die Nachbesicherung von Gesellschafterdarlehen anfechtbar ist.

Insolvenzanfechtung bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO)

- Die Insolvenzanfechtung bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO) stellt den in der Praxis wohl **häufigsten Anwendungsfall der Insolvenzanfechtung gemäß § 135 InsO** dar.
- Die Regelungslücke im Gesetz, das bei „**Doppelsicherheiten**“ den üblichen Fall der Verwertung von Gesellschaftssicherheiten nach Verfahrenseröffnung nicht regelt, hat der BGH durch die analoge Anwendung der Erstattungsregelung des § 143 Abs. 3 InsO geschlossen (BGH ZIP 2011, 2417).
- Die Erstattungspflicht wegen des Freiwerdens der Gesellschaftersicherheit war **nach früherem Eigenkapitalersatzrecht häufig sehr streitig**, da sich die Haftung des Gesellschafters „trotz“ Befriedigung des gesicherten Gläubigers bisweilen nur schwer vermitteln ließ. Auch insoweit wirken sich die Vereinfachungen aus den **Formalisierungen des neuen Rechts** aus.

Nutzungsüberlassung

(§ 135 Abs. 3 InsO)

- Die vom II. Zivilsenat des BGH mit der sog. Lagergrundstück-Rechtsprechung (st. Rspr. seit BGHZ 109, 55) entwickelte **kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung** war ein wichtiges und zugleich in der Literatur eines der umstrittensten Elemente des früheren Eigenkapitalersatzrechts. Ihre **dogmatische Grundlage ist mit dem Wegfall der Rechtsprechungsregeln** gemäß § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG **entfallen**.
- An ihre Stelle ist auf **Empfehlung des Rechtsausschusses** (BegrRA BT-Drucks. 16/9737, S. 59) die Neuregelung der **Nutzungsüberlassung in § 135 Abs. 3 InsO** getreten (ausführl. zur Neuregelung *Bitter*, ZIP 2010, 1 ff.).
- Die Neuregelung ist **für die Verwalterpraxis wenig hilfreich**, da sie nach h.M. die vorherige Beendigung des vertraglichen Nutzungsverhältnisses voraussetzt (vgl. *A/G/R-Gehrlein*, § 135 Rz. 19; *HK-Kleindiek*, § 135 Rz. 25; *Ulmer/Habersack/Winter-Habersack*, Erg.-Band MoMiG, § 30 Rz. 62 f.; a.A.: *Bitter*, ZIP 2010, 1, 13; *KPB-Preuß*, 36. Lfg. 5/09, § 135 Rz. 40). Eine solche Beendigung ist gerade in Sanierungsfällen häufig nicht gewünscht, um die Betriebsgrundlagen (z.B. Betriebsgrundstück) zu erhalten. Im übrigen bleiben die Rechtsfolgen des § 135 Abs. 3 InsO weit hinter dem früheren Recht zurück, von Berechnungsschwierigkeiten für den Ausgleichsanspruch nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ganz abgesehen (vgl. dazu *Bitter*, ZIP 2010, 1, 11 f.; *Lutter/Hommelhoff-Kleindiek*, Anh zu § 64 Rz. 141 m.w.N.)

Forderungsprüfung

(§§ 39, 44a, 174 ff. InsO)

- Nachrangige Forderungen gemäß § 39 InsO sind nur anzumelden, soweit dazu eine **besondere Aufforderung durch das Insolvenzgericht gemäß § 174 Abs. 3 InsO** ergeht. Das ist in der Praxis selten. Nachrangige Forderungen werden allerdings häufig im Rang des § 38 InsO angemeldet. Üblicherweise werden sie dann dort wegen des Nachrangs bestritten und nicht bereits die Eintragung in die Insolvenztabelle als unzulässig zurückgewiesen.
- Die **Forderungsprüfung ist durch den Wegfall der Tatbestandsmerkmals „kapitalersetzend“ deutlich erleichtert**, wie vom Gesetzgeber des MoMiG beabsichtigt. **Im übrigen** kann durch die **Anknüpfung an die Novellenregeln** in weiten Teilen auf eine jahrzehntelang ausgeformte Rechtsprechung zurückgegriffen werden.
- Für den Fall des gesellschafterbesicherten Drittdarlehens haben sich durch die **Neueinführung des § 44a InsO**, der § 32a Abs.2 GmbHG a.F. ersetzt, abgesehen von dem Verzicht auf das Merkmal „kapitalersetzend“ ansonsten **keine wesentlichen Veränderungen** ergeben. In der Literatur streitet weiterhin das wohl herrschende Prinzip der Doppelberücksichtigung (vgl. *Gehrlein*, BB 2008, 846, 852; *MünchKomm-InsO/Bitter*, 2. Auflage, § 44 Rz. 46) mit dem Ausfallprinzip (vgl. *Uhlenbruck/Hirte*, 13. Aufl., § 44a Rz. 5).

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

„Schutzlücken“

- Auch wenn das neue Recht der Gesellschafterdarlehen dadurch verschärft worden ist, dass es innerhalb der gesetzlichen Fristen tatbestandlich nicht mehr auf das Vorliegen einer Krise ankommt, ist das **Schutzniveau** für die Gläubiger **gegenüber** den früheren **Rechtsprechungsregeln** vor allem **durch die Jahresfristen der §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO deutlich abgesenkt** worden.
(vgl. *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, Rz. 59: „bedenkliche Herabsetzung des Schutzniveaus“)
- Auch der **66. Deutsche Juristentag** hatte in der Reformdiskussion vergeblich eine (dort nicht quantifizierte) Verlängerung der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gefordert.
(Beschlüsse abrufbar unter www.djt.de, 66. Deutscher Juristentag vom 19.-22.09.2006 in Stuttgart, Beschluss Nr. A. IV. 20.)

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Anspruchskonkurrenzen

Zur Kompensation werden als konkurrierende Anspruchsgrundlagen diskutiert:

- Insolvenzauslösungshaftung, § 64 Satz 3 GmbHG und Parallelnormen (vgl. BegrRegE BT-Drucks. 16/6140 S. 42)
- § 826 BGB, existenzvernichtender Eingriff (vgl. *Gehrlein*, BB 2008, 846, 853; *Nassall*, NJW 2010, 2305, 2307 f.)
- Finanzplanrechtsprechung (vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925, 1933)

sowie insbesondere

- Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)
so *Nassall*, NJW 2010, 2305, 2311: „Auffangnorm des alten Eigenkapitalersatzrechts“; ähnl. *Bangha-Szabo*, ZIP 2013, 1058 ff.

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Zulässigkeit der Anwendbarkeit des § 133 InsO neben § 135 InsO

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass **alle Anfechtungsvorschriften nebeneinander** gelten (st. Rspr., vgl. BGHZ 58, 240, 245).

Für das alte Recht war die parallele Anwendbarkeit von § 31 KO (Absichtsanfechtung) und § 32a KO (Rückgewähr von kapitalersetzenden Darlehen) bereits in der bekannten **BuM/WestLB-Entscheidung** des BGH ausgesprochen worden (vgl. BGH ZIP 1984, 573, 581).

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Struktur der Vorsatzanfechtung

- I. Tatbestand des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO
 - (1) Rechtshandlung des Schuldners : Darlehensrückzahlung
 - (2) in den letzten zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag
 - (3) **Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners**
 - (4) **Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners**
 - (5) Beweiserleichterungen: §§ 133 Abs. 1 Satz 2, 133 Abs. 2 InsO

- II. Rechtsfolgen: §§ 143, 144 InsO

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners

- **Subjektives Tatbestandsmerkmal:** nach der Rpsr. mittelbarer Beweis aus objektiven Tatsachen, Gesamtwürdigung aus Beweisanzeichen (vgl. BGH ZInsO 2009, 1909, 1910, Tz. 8)
- **Beweisanzeichen** (im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen)
 - (1) **Inkongruenz** (BGHZ 157, 242, 250 f.)

im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen in der Praxis nicht selten, z.B. vorfällige Rückzahlung oder Schaffung von Verrechnungslagen
 - (2) **„Krise“?**

Es stellt sich die Frage, ob auch die „Krise“ im Sinne des alten Eigenkapitalersatzrechts ein taugliches Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners darstellen kann.
(bejahend: *Nassall*, NJW 2010, 2305, 2308 ff.; ablehnend: *Bangha-Szabo*, ZIP 2013, 1058, 1059)

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

„Krise“ als Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz?

- Das Tatbestandsmerkmal der „Krise“ ist **durch das MoMiG ausdrücklich aufgegeben** worden (vgl. BegrRegE BT-Drucks. 16/6140, S. 42, 56).
- Jedoch umfasste der Begriff der „Krise“ nach der Rspr. seinerseits zwei eigenständige und voneinander unabhängige Tatbestände, nämlich die **Insolvenzreife und die Kreditunwürdigkeit** (BGH ZIP 2006, 996, 997, Tz. 7), wobei die Fälle der Insolvenzreife in der Praxis dominierten (vgl. *Goette/Kleindiek*, Rz. 97).
- **Krisentatbestand „Insolvenzreife“**
Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
 - regelmäßiges Beweisanzeichen für Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (vgl. BGHZ 155, 75, 83 f.)Überschuldung (§ 19 InsO)
 - impliziert i.R.d. Fortführungsprognose die drohende Zahlungsfähigkeit, die als gewichtiges Beweisanzeichen für Gläubigerbenachteiligungsvorsatz anerkannt ist (vgl. BGH ZInsO 2009, 1909, 1910, Tz. 8)
- **Krisentatbestand „Kreditunwürdigkeit“**
Auch bei der Kreditunwürdigkeit bestehen in der Sache große Parallelen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit. Kreditunwürdig kann nur sein, wer einen Kredit benötigt, d.h. seinen zur Fortführung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Geldmittelbedarf nicht selbst decken kann (vgl. BGH ZIP 2011, 2253, 2254, Tz. 15).

„Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners

- „**Erkennbarkeit der Krise**“ wie nach altem Kapitalersatzrecht (vgl. BGHZ 127, 336, 344 ff.) **reicht nicht, erforderlich** ist gemäß § 133 Abs.1 Satz 1 InsO die **Kenntnis** des Gesellschafters **vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz** des Schuldners.
- Der Gesellschafter erhält in der Regel **vom Geschäftsführer Informationen über die wirtschaftliche Lage**, wozu dieser auch verpflichtet ist. Nicht ohne Grund wird in diesem Zusammenhang oft vom Insiderwissen oder vom Informationsvorsprung des Gesellschafters gesprochen (vgl. BGHZ 90, 381, 388 – BuM/WestLB; *Noack*, DB 2007, 1395, 1398; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 398).
- **Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO:**
Die Kenntnis des Anfechtungsgegners (Gesellschafters) vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners (Geschäftsführers) wird vermutet, wenn dieser die **drohende Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners kannte.

Ausblicke“: Vorsatzanfechtung bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (§ 133 InsO)

Beweiserleichterung bei Gesellschaftern mit mehr als 25 %-Beteiligung: § 133 Abs. 2 InsO

- Nach § 133 Abs. 2 InsO besteht eine **Beweislastumkehr für nahestehende Personen** i.S.d. § 138 InsO, d.h. vor allem Gesellschafter, die mit **mehr als 25 %** am Kapital der Gesellschaft beteiligt sind (vgl. ergänzend auch § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO)
- Sie betrifft auch Darlehensrückzahlungen **innerhalb von zwei Jahren** vor dem Insolvenzantrag. **Darlehensrückzahlungen** sind als Erfüllungsgeschäft **entgeltliche Verträge** i.S.d. § 133 Abs. 2 InsO (h.M., vgl. *Bangha-Szabo*, ZIP 2013, 1058, 1060 m.w.N.).
- Die **unmittelbare Benachteiligung** für die Insolvenzgläubiger ergibt sich daraus, dass die Gesellschaft im Falle der Insolvenzreife **von einer nicht mehr werthaltigen Forderung befreit** wird. (vgl. *Gehrlein*, BB 2008, 846, 853; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 154)

Fazit

- I. Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen ist für die Verwalterpraxis gut handhabbar geworden, seit der IX. Zivilsenat des BGH es als das auslegt, was es ist, nämlich weiterentwickelte Novellenregeln.
- II. Innerhalb der Jahresfrist vor dem Insolvenzantrag hat sich die Rechtslage wie vom Gesetzgeber des MoMiG beabsichtigt sowohl vereinfacht, als auch verschärft.
- III. Außerhalb der Jahresfrist kann der früher durch die Rechtsprechungsregeln vermittelte Gläubigerschutz zum Teil durch die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO aufgefangen werden. Das hat seinen Grund darin, dass beide Rechtsinstitute in den fraglichen Fällen trotz unterschiedlicher Tatbestandsmerkmale und Begrifflichkeiten in ähnlicher Weise an die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit und das Insiderwissen des Gesellschafters anknüpfen.