

Marc d'Avoine/Paul Michels^{*)}

Darlehen mittelbarer Gesellschafter in der Insolvenz

Zugleich Besprechung OLG Hamm v. 16. 2. 2017 – 27 U 83/16, ZIP 2017, 2162

Darlehen von Gesellschaftern spielen in Krise und Insolvenz eine eigene Rolle. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO verweist den Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in den Nachrang. Nach der Entscheidung des OLG Hamm vom 16. 2. 2017 ist als Gesellschafter i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch derjenige anzusehen, der an der Darlehensnehmerin nur mittelbar beteiligt ist (OLG Hamm ZIP 2017, 2162, 2163). Die mittelbare Beteiligung muss dabei keine maßgebliche sein, wie es noch bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1. 11. 2008 der Fall war. Ausreichend ist

nun die bloße Überschreitung der Kleinbeteiligungsschwelle des § 39 Abs. 5 InsO von 10 %.

I. Einleitung

Gesellschafter tragen Finanzierungsverantwortung. Sie stellen das Stammkapital der Gesellschaft, mitunter gewähren sie variables Kapital, somit Darlehen. Aber die Darlehen kommen nicht nur

^{*)} Dr. iur. Marc d'Avoine und Dipl.-Kaufmann Paul Michels sind Rechtsanwälte der Sozietät ATN d'Avoine Teubler Neu Rechtsanwälte, Düsseldorf/Ratingen und Wuppertal.

von den Gesellschaftern, sie kommen oft und gerade von Familienmitgliedern, Angehörigen, Freunden und Bekannten oder gesellschaftsrechtlich verbundenen Einheiten, in welcher Form auch immer. In der Praxis ergibt sich eine Vielzahl möglicher Fallkonstellationen, in welchen nicht unmittelbar beteiligte Gesellschafter Rückzahlungsansprüche aus Darlehen gegenüber der Gesellschafterin bzw. der Insolvenzschuldnerin geltend machen. Insbesondere bei Konzernstrukturen sind einzelne Gesellschaften häufig nicht bankenfinanziert. Nicht nur die unmittelbaren Gesellschafter, sondern auch Gesellschafter der Muttergesellschaft, sog. „Gesellschafter-Gesellschafter“, stellen Darlehen zur Verfügung.

Neben Darlehen aufgrund solcher „vertikaler Verbindungen“ durch die Gesellschafter-Gesellschafter tauchen immer wieder auch Finanzierungen durch verbundene Schwesterunternehmen auf, sog. „horizontale Verbindungen“. Es werden mitunter Inter-Company-Verrechnungskonten geführt, über welche Darlehen, Zwischenfinanzierungen, Leihverträge, Warenlieferungen und auch Dienstleistungen, wie Zurverfügungstellung von Büroraum und Arbeitsleistung, abgerechnet werden.

Die insolvenzrechtliche Einordnung dieser Ansprüche nach §§ 38, 39 InsO soll in diesem Beitrag anhand von Beispielen aus der Praxis unter Zugrundelegung der Rechtsprechung zu dem neuen Gesellschafterdarlehensrecht (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) dargestellt werden.

II. Rechtliche Würdigung

1. Differenzierung § 38 InsO und § 39 InsO

Die Insolvenzmasse dient der Befriedigung der Gläubiger, die einen zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung begründeten Vermögensanspruch gegen die Schuldnerin haben (Insolvenzgläubiger). Die Insolvenzordnung unterscheidet dabei Forderungen, welche keine Masseforderungen sind, in einfache Insolvenzforderungen i. S. v. § 38 InsO und nachrangige Insolvenzforderungen i. S. v. § 39 InsO.

Nachrangigkeit nach § 39 InsO bedeutet, dass die Forderungen erst nach der vollständigen Befriedigung aller einfachen und somit vollrangigen Forderungen zu befriedigen sind. § 39 InsO verändert damit nicht den materiellen Gehalt der Begriffsbestimmung des Insolvenzgläubigers nach § 38 InsO, er ergänzt diesen aber in verfahrensrechtlicher Hinsicht, indem er die Reihenfolge der zu berichtigenden Forderungen festlegt.¹⁾

Der Katalog der nachrangigen Forderungen in § 39 InsO ist bis auf die Rangordnung des § 327 InsO und Rangverschiebungen bzw. Rangergänzungen in Sonderfällen wie z. B. in §§ 264, 266 Abs. 2 InsO abschließend und kann weder abgeändert noch ergänzt werden.²⁾

In der Insolvenz über das Vermögen der Gesellschaft sind Forderungen aus Gesellschafterdarlehen auf Grund dieser Norm somit nur letztrangig zu befriedigen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO definiert den sachlichen Anwendungsbereich und bestimmt, welche Finanzierungsleistungen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der schuldnerischen Gesellschaft nachrangig sind. Erfasst werden demnach grundsätzlich nur Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshand-

lungen, die einem solchen Darlehen „wirtschaftlich entsprechen“. Gesellschafterforderungen aus anderem Rechtsgrund werden hingegen nicht erfasst und fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.³⁾

Aufgrund des Wortlauts werden neben Gelddarlehen auch Sachdarlehen erfasst. Gleichgültig ist dabei, ob das Darlehen unverzinslich, verzinslich oder als partiarisches Darlehen ausgestaltet ist und zu welchem Zweck es gewährt wurde.⁴⁾ Unerheblich ist es darüber hinaus, ob der vom Gesellschafter gewährte Darlehensbetrag auf der Grundlage eines unwirksamen Vertrags gewährt wurde, weil es nur darauf ankommt, dass der Darlehensbetrag tatsächlich in das Vermögen der Gesellschaft gelangt ist.⁵⁾

Bereits nach dem bis zum 1. 11. 2008 geltenden Eigenkapitalersatzrecht wurden nach § 32a Abs. 3 GmbHG a. F. den eigenkapitalersetzenden Darlehen solche Rechtshandlungen von Gesellschaftern gleichgesetzt, die diesen wirtschaftlich entsprechen. Durch die Formulierung „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wurde die bisherige Regelung aus dem Gesellschaftsrecht in das Insolvenzrecht übernommen.⁶⁾

Entscheidend ist also, ob es sich um Forderungen handelt, die auf Rechtshandlungen beruhen und wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen. Insoweit kann auf die bisherige Rechtsprechung zum eigenkapitalersetzenden Darlehen zurückgegriffen werden. Unter den sachlichen Anwendungsbereich fallen daher z. B. gestundete Miet- oder Pachtforderungen, die Nichtgeltendmachung von fälligen Forderungen oder Vorleistungen durch den Gesellschafter. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich. Vielmehr ist es bereits ausreichend, wenn der Gesellschafter von seinem Recht, die Forderung einzuziehen, tatsächlich keinen Gebrauch macht.⁷⁾

Der kapitalersetzende Charakter eines Darlehens ist nach dem Zeitpunkt der Forderungsentstehung zu beurteilen. Eine Abtretung der Forderung lässt demnach den darlehensgleichen Charakter der Forderung nicht entfallen.⁸⁾

Einen Ausnahmetatbestand normiert § 24 UBGG. Sofern eine Unternehmensbeteiligungsgesellschaft oder ein an ihr beteiligter Gesellschafter einem Unternehmen, an dem die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft beteiligt ist, ein Darlehen gewährt oder eine andere einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vorgenommen hat, greift der Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gem. § 24 UBGG nicht.

3. Personeller Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Das Darlehen muss von einem Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin oder einem gleichgestellten Dritten gewährt worden sein. Hier ist zu differenzieren zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gesellschafter.

1) RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 81.

2) Uhlenbruck/Hirte, InsO, 14. Aufl., 2015, § 39 Rz. 7.

3) Uhlenbruck/Hirte (Fußn. 2) § 39 Rz. 37.

4) Prostedter/Dachner, in: BeckOK InsO, Stand: 31. 7. 2017, § 39 Rz. 82.

5) MünchKomm-Ehricke, InsO, 3. Aufl., 2013, § 39 Rz. 41 – 42.

6) BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

7) BGH ZIP 2014, 1491 = NJW 2014, 2579, 2585, dazu EWiR 2014, 561 (Ries).

8) BGH ZIP 2008, 177 = NJW 2008, 1153, 1156, dazu EWiR 2008, 273 (Selke).

3.1 Unmittelbare Gesellschafter

Als Gesellschafter kommen neben natürlichen Personen auch juristische Personen in Frage. Im Fall einer GmbH ist Gesellschafter nach dem GmbHG derjenige, der bei Gründung der Gesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) einen oder mehrere Geschäftsanteile (§ 5 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) übernimmt oder einen oder mehrere Geschäftsanteile nach der Gründung erworben hat (§ 15 Abs. 2 GmbHG). Kein Gesellschafter i. S. d. Nr. 5 ist der typische stille Gesellschafter. Sofern diesem jedoch auch Mitsprache- und Gewinnbeteiligungsrechte eingeräumt werden (sog. atypischer stiller Gesellschafter) findet die Norm hingegen Anwendung.⁹⁾

Darlehensrückzahlungsansprüche dieser unmittelbaren Gesellschafter stehen unzweifelhaft im Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, sofern die Kleinbeteiligungsschwelle des § 39 Abs. 5 InsO überschritten wird.

In dem durch das MoMiG eingeführten neuen § 39 Abs. 5 InsO wurde das frühere Kleinbeteiligtenprivileg („Witwen- und Erbantenprivileg“; § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.) übernommen.¹⁰⁾ Voraussetzung für diese Ausnahmeregelung ist zunächst, dass eine Beteiligung von 10 % des Haftkapitals nicht überschritten wird. Weitere Voraussetzung ist, dass der Gesellschafter nicht an der Geschäftsführung beteiligt sein darf. Das ist der Fall, wenn er Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstand einer Aktiengesellschaft ist. Nicht an der Geschäftsführung beteiligt ist hingegen ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft.¹¹⁾

Nicht in den Anwendungsbereich des Gesellschafterdarlehensrechts fällt schließlich die Kreditgewährung durch eine Tochtergesellschaft an ihre Mutter („Upstream-loan“). Hierbei handelt es sich in der Krise um einen Fall der verbotenen Einlagenrückgewähr, der nach §§ 30, 31 GmbHG zu behandeln ist.

3.2 Mittelbare Gesellschafter

Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gesellschafterdarlehensrecht auf mittelbare Gesellschafter anwendbar ist, muss zwischen zwei Grundkonstellationen differenziert werden. Zum einen gibt es Fälle der Darlehensgewährung durch eine Darlehensgeberin, die zwar nicht selbst an der Darlehensnehmerin beteiligt ist, deren Gesellschafter aber Anteile an der Darlehensnehmerin hält (horizontale Verbindung).¹²⁾ Zum anderen existieren Fälle, in denen die Darlehen gewährt werden durch einen Darlehensgeber, der mittelbar als „Gesellschafter-Gesellschafter“ an der Darlehensnehmerin beteiligt ist (vertikale Verbindung).¹³⁾

3.2.1 Einfacher Gesellschafter-Gesellschafter (vertikale Verbindung)

Beispielfall 1:

	Darlehensnehmerin Y-GmbH	Darlehensgeber Herr A. und Herr B.
Gesellschafter	X-Beteiligungs GmbH Herr A. 5 % Herr B. 95 %	
Geschäftsführer	Herr C.	

Im ersten Beispiel handelt es sich um eine vertikale Beteiligung. Die Darlehensgeber A und B sind beide Gesellschafter der X-Beteiligungs GmbH, welche wiederum alleinige Gesellschafterin der Darlehensnehmerin, der Y-GmbH ist. Beide Gesellschafter der X-Beteiligungs GmbH hatten dem insolventen Tochterunternehmen Y-GmbH diverse Darlehen zur Verfügung gestellt. Fraglich ist damit, ob Darlehensrückzahlungsansprüche dieser „Gesellschafter-Gesellschafter“ gegenüber der Schuldnerin dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterfallen.

Wie schon nach dem bislang geltenden Recht, kommt es nicht entscheidend auf die formale Rechtsstellung an. Durch die Formulierung in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO („Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen“) wurde der vormalige § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. auch in personeller Hinsicht (Erstreckung auf Dritte) grundsätzlich übernommen.¹⁴⁾ Dritter ist allgemein derjenige, der der Gesellschaft formal als Außenstehender ein Darlehen gewährt oder eine wirtschaftlich gleichwertige Leistung erbringt, welcher aber faktisch diese Leistung nur statt eines Gesellschafters erbringt, wobei die entsprechende Leistung für den Gesellschafter ein eigenkapitalersetzendes Darlehen oder eine wirtschaftlich entsprechende Leistung wäre.¹⁵⁾

Dabei hat der Gesetzgeber bewusst nicht – was möglich gewesen wäre – auf § 138 InsO Bezug genommen; über eine Zurechnung ist daher nach eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien zu entscheiden.¹⁶⁾

Der BGH knüpft hier an das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO an. In seinem Urteil vom 21. 2. 2013 (IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582) hat der BGH zu der nach der Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG kontrovers diskutierten Frage Stellung genommen, ob Darlehensforderungen von Gesellschafter-Gesellschaftern gleichgestellte Forderungen sind und dazu ausgeführt:

„Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln. Dies gilt jedenfalls für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an der Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist und auf Grund einer qualifizierten Anteilsmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann.“¹⁷⁾

Beachtenswert ist die – angesichts des entschiedenen Sachverhalts nicht streitrelevante – Erklärung des Senats (obiter dictum)

„... dass es nabeliegt, dass auch bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt.“¹⁸⁾

Die vom BGH bewusst gewählte Formulierung eines „Nabeliegens“ ist hinreichendes Indiz, dass dem Senat unabhängig von einer konkreten wirtschaftlichen Einflussnahme durch „Ge-

9) BGH ZIP 2012, 1869 = NZI 2012, 860, 861, dazu EWiR 2012, 669 (Spliedt).

10) Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 138.

11) Uhlenbruck/Hirte (Fußn. 2), § 39 Rz. 73.

12) Kleindiek, in: HK-InsO, 8. Aufl., 2016, § 39 Rz. 47.

13) BGH ZIP 2013, 582 (m. Bespr. Preuß, S. 1145 u. Reinhard/Schützler, S. 1898) = NZI 2013, 308, 310, dazu EWiR 2013, 217 (Bork).

14) Vgl. Begründung RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

15) MünchKomm-Ehrliche (Fußn. 5), § 39 Rz. 49.

16) BGH ZIP 2011, 575, 576, dazu EWiR 2011, 285 (Spliedt).

17) BGH ZIP 2013, 582 = NZI 2013, 308, 310.

18) BGH ZIP 2013, 582 = NZI 2013, 308, 310.

sellschafter-Gesellschafter“ die Überschreitung der Kleinbeteiligungsschwelle im Verhältnis des Gesellschafters zur Muttergesellschaft ausreicht, um eine Anwendbarkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Insolvenzverfahren der Tochter anzunehmen.¹⁹⁾

Teile der juristischen Literatur teilen die Rechtsansicht des BGH.²⁰⁾ Gummert hält die Frage als für die Rechtspraxis geklärt.²¹⁾

Auch das OLG Hamm bezieht in seinem aktuellen Urteil vom 16. 2. 2017 (27 U 83/16, ZIP 2017, 2162) die „Gesellschafter-Gesellschafter“ in den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ein und führt unter Bezugnahme auf das aufgeführte Urteil des BGH aus:

„Als Gesellschafter i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist auch derjenige anzusehen, der an der Schuldnerin nur mittelbar – etwa über eine Zwischenholding – beteiligt ist. Die mittelbare Beteiligung muss dabei keine maßgebliche sein, sofern die Kleinbeteiligungsschwelle des § 39 Abs. 5 InsO von 10 % überschritten ist. Auch ein beherrschender Einfluss des Gesellschafters auf die Schuldnerin ist nicht erforderlich.“²²⁾

Der Anwendungsbereich wurde somit erweitert. Ein beherrschender Einfluss ist nicht mehr erforderlich, da das Darlehen nicht lediglich veranlasst, sondern von dem Gesellschafter-Gesellschafter selbst gewährt wird. Es ist daher auch unerheblich, ob der Gesellschafter-Gesellschafter über eine maßgebliche Beteiligung an der Zwischenholding oder der Darlehensnehmerin verfügt. Der das Darlehen ausreichende Gesellschafter-Gesellschafter ist selbst mit Risikokapital an der Darlehensnehmerin beteiligt und dadurch gleichzeitig Adressat des gewährten Darlehens. Somit ist ab einer Überschreitung der zehnpromzentigen Beteiligung an der Muttergesellschaft der persönliche Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bereits eröffnet.²³⁾

Für die Rechtsansicht des OLG Hamm spricht, dass das Kleinbeteiligungsprivileg Ausdruck der dann fehlenden Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft ist. Die Aussage des MoMiG ist streng, die Fristenregelung ist eindeutig. Wer an der Gesellschafterin der Gesellschaft mit mehr als 10 % beteiligt ist, soll und muss auch in Krise und Insolvenz weiter die Verantwortung als Finanzierer tragen und daher seinerseits als Gesellschafter des Tochterunternehmens behandelt werden. Anderenfalls hätten es Gesellschafter selbst in der Hand, durch kreative Gestaltungen, hintereinander geordnete Beteiligungen, Splitterungen oder Schachtelbeteiligungen und geschickte Verkleinerungen (quasi „Atomisierung“) ihrer faktischen (mittelbaren) Anteile dem Rechtsgedanken der Fristenregelung des MoMiG zuwiderzuagieren. Der kreative Gesellschafter könnte so praktisch am „MoMiG vorbei“ einen nachrangigen Anspruch in den Rang einer „einfachen“ Forderung hochschleusen. Damit würde er sich letztlich doch der ehemals übernommenen Finanzierungsverantwortung entziehen. Mehr noch, der „schlaue Gesellschafter-Gesellschafter“ würde sich zu einem einfachen Gläubiger aufschwingen und zu Lasten der einfachen Gläubiger die Quote verwässern. Genau dieses erscheint weder gewollt und bei gezielten Schachtelbeteiligungen und strategischen Mehrfachbeteiligungen auf verschiedener Stufe sogar treuwidrig. Den Gesellschaftern und den mittelbaren Gesellschaftern kommt eine Doppelrolle als Gesellschafter und Kreditgeber zu. Aufgrund dieser Finanzierungsverantwortung haben auch die „Gesellschafter-Gesell-

schafter“ eine rechtlich vermittelte Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung der Insolvenzsuldnerin, womit sie hinsichtlich der Kredithilfen dem unmittelbaren Gesellschafter i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wirtschaftlich gleichzustellen sind.

Folgt man der Rechtsprechung des BGH und der des OLG Hamm, so stehen die Gesellschafter der X-Beteiligungs GmbH somit bei wirtschaftlicher Betrachtung einem unmittelbaren Gesellschafter der Verfahrenssuldnerin gleich, sofern die Kleinbeteiligungsschwelle von 10 % an der Muttergesellschaft überschritten wird. Der Rückzahlungsanspruch des Gesellschafter-Gesellschafters B, welcher im Beispiel mit 95 % beteiligt ist, steht mithin im Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Der Rückzahlungsanspruch des Gesellschafter-Gesellschafters A steht aufgrund des Kleinbeteiligtenprivilegs im Rang des § 38 InsO.

3.2.2 Schwesterunternehmen als Darlehensgeber (horizontale Verbindung)

Beispielfall 2:

	Darlehensnehmerin X-GmbH	Darlehensgeberin Y-GmbH
Gesellschafter	Herr A. 10 % Herr B. 90 %	Herr A. 100 %
Geschäftsführer	Herr A.	Herr A.

Im Beispiel 2 ist eine horizontale Beteiligung gegeben. Herr A. hat eine Doppelstellung. Er ist der die Darlehen ausreichende Gesellschafter und ist an beiden Gesellschaften (Darlehensgeberin und Darlehensnehmerin) beteiligt. Bei der darlehensgebenden Gesellschaft, der Y-GmbH, ist Herr A. alleiniger Gesellschafter. Bei der Darlehensnehmerin, der X-GmbH, ist Herr A. mit 10 % beteiligt. Zudem ist Herr A. Geschäftsführer beider Gesellschaften.

Grundsätzliche Voraussetzung der Gleichstellung mit einem unmittelbaren Gesellschafter i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist das Vorliegen eines besonderen Näheverhältnisses, das sowohl zwischen dem Dritten und der Gesellschaft als auch zwischen dem Dritten und einem Gesellschafter bestehen kann.²⁴⁾ Fraglich ist demnach, ob ein solches besonderes Näheverhältnis bei Schwesterunternehmen vorliegt.

Bereits vor der Einführung des MoMiG wurden verbundene Unternehmen, die nicht selbst Gesellschafter sind, weitgehend gem. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a. F. einbezogen. Die Rechtsprechung stellte dabei zumeist auf eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Kreditgeberin ab, mittels derer der Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss hat, insbesondere die Geschäftspolitik bestimmen und Weisungen erteilen kann.²⁵⁾

19) Vgl. auch OLG Hamburg ZIP 2006, 129 = GmbHR 2006, 200, 202.

20) *Kleindiek* (Fußn. 12), § 39 Rz. 4.

21) MAH Personengesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2015, § 6 Rz. 70.

22) OLG Hamm ZIP 2017, 2162.

23) OLG Hamm ZIP 2017, 2162 = NZI 2017, 625, 626.

24) *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., 2016, § 39 InsO Rz. 24.

25) BGH ZIP 2001, 115 = NJW 2001, 1490, 1491, dazu EWiR 2001, 379 (von Gerkan).

Auch nach Einführung des MoMiG am 1. 11. 2008 werden verbundene Unternehmen von der Rechtsprechung unter den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO subsumiert. In seinem Urteil vom 18. 7. 2013 (IX ZR 219/11, ZIP 2013, 1579) hat der BGH für den Fall der horizontalen Beteiligung ausgeführt:

„Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine Beteiligung von mehr als 50 %. Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfeleistenden GmbH zwar nur zu genau 50 % an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.“²⁶⁾

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass es nicht mehr maßgeblich auf die Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters ankomme, sondern darauf, ob die abhängige Gesellschaft als unmittelbare Gesellschafterin für Rechnung des Gesellschafters handele.²⁷⁾

Auch die aktuelle Rechtsprechung des OLG Hamm hält eine maßgebliche Beteiligung seit Einführung des MoMiG nicht mehr für erforderlich und führt in seinem Urteil vom 16. 2. 2017 aus:

„Auch ein beherrschender Einfluss des Gesellschafters auf die Schuldnerin ist nicht erforderlich. Eines solchen Einflusses (...) bedurfte es jedenfalls vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1. 11. 2008 in den Fällen, in denen ein Gesellschafter sowohl an der darlehensnehmenden als auch an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt war und die darlehensgebende Gesellschaft in keiner gesellschaftsrechtlichen Beziehung zu der darlehensnehmenden Gesellschaft stand.“²⁸⁾

Folgt man der Rechtsprechung des BGH, handelt es sich im vorliegenden Beispiel 2 um eine dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Denn der Gesellschafter A. ist an beiden Gesellschaften, der darlehensnehmenden sowie der darlehensgebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich mit 100 % des Stammkapitals beteiligt. Somit kann Herr A. die Darlehensvergabe veranlassen, weshalb das Darlehen bei wirtschaftlicher Betrachtung wie ein Gesellschafterdarlehen anzusehen ist.

Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 5 InsO greift das Kleinbeteiligtenprivileg nur für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 % oder weniger am Haftkapital beteiligt ist. Voraussetzung ist also, dass der Gesellschafter nicht an der Geschäftsführung beteiligt sein darf. Vorliegend ist Herr A. mit exakt 10 % an der Darlehensnehmerin beteiligt. Nach dem Wortlaut ist die Kleinbeteiligungsschwelle daher noch nicht überschritten. Zudem ist Herr A. jedoch auch als Geschäftsführer der Darlehensnehmerin im Handelsregister eingetragen. Das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO greift folglich nicht. Die Forderungen der Y-GmbH gegen die X-GmbH stellen im Ergebnis Forderungen im Rang des § 39 InsO dar.

3.2.3 Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer

Beispielfall 3:

	Darlehensnehmerin X-GmbH & Co. KG	Darlehensgeberin Y-GmbH
Gesellschafter	Kommanditist: Herr B. Komplementärin: X-Beteiligungs GmbH Herr A. 10 % Herr B. 90 %	Herr A. 100 %
Geschäftsführer	Herr B. (Sohn des Herrn A.) (+ Financial Controller Herr C.)	Herr A. Herr C.

Im Beispiel 3 ist eine horizontale Beteiligung gegeben. Herr A., als der die Darlehen ausreichende Gesellschafter, ist an beiden Gesellschaften (darlehensgebende Gesellschaft und Darlehensnehmerin) beteiligt. Bei der darlehensgebenden Y-GmbH ist Herr A. alleiniger Gesellschafter. Bei der Darlehensnehmerin, der X-GmbH & Co. KG, ist Herr A. mittelbar über die Komplementär-GmbH, der X-Beteiligungs GmbH, beteiligt. Hier hält er 10 % des Stammkapitals.

Wie oben bereits festgestellt, sind Unternehmen, die mit einer Gesellschaft horizontal verbunden sind, einem unmittelbaren Gesellschafter i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gleichgestellt, sofern der das Darlehen ausreichende Gesellschafter an der Darlehensgeberin maßgeblich beteiligt ist. Dies ist vorliegend der Fall.

Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 5 InsO greift das Kleinbeteiligtenprivileg (nur) für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter bei einer Beteiligung von 10 % oder weniger an der Gesellschaft. Während der Kommanditist lediglich Kapitalgeber ist, engagiert sich die Komplementär-GmbH unternehmerisch, genau wie ein OHG-Gesellschafter. Nach dem bisher Festgestellten sowie dem Wortlaut des § 39 Abs. 5 InsO könnte in dem Beispiel 3 das Kleinbeteiligtenprivileg greifen, da Herr A. nur mit exakt 10 % am Stammkapital der Komplementär-GmbH beteiligt ist und kein formaler Geschäftsführer der Darlehensnehmerin ist.

Allein an der starren Grenze von weniger als 10 % der Beteiligung festzuhalten, erscheint in vielen Fällen jedoch nicht angemessen. Denn die starre Grenze lädt zu Umgehungsversuchen geradezu ein, die mit Zurechnungsregeln beantwortet werden müssen.²⁹⁾ Es muss also im Einzelfall geprüft werden, ob der mittelbare Gesellschafter in rechtlicher wie faktischer Hinsicht unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben konnte.

Gesellschaftsrechtlich liegt bei einer Beteiligung von exakt 10 % bereits per Gesetz eine Einflussmöglichkeit auf die X-Beteiligungs GmbH vor. Denn ab einer Beteiligung von 10 % hat

26) BGH ZIP 2013, 1579 (m. Anm. Bitter, S. 1583, m. Bespr. Altmeyden, S. 1745 u. Mylich, S. 2444) = NJW 2013, 3035, 3037, dazu EWiR 2013, 521 (Bork).

27) Ulmer/Habersack, GmbHG, Erg.-Bd. MoMiG, 2010, § 30 Rz. 44.

28) OLG Hamm ZIP 2017, 2162 = NZI 2017, 625, 626; BGH ZIP 1999, 1314 = NZI 1999, 363, 364.

29) Uhlenbruck/Hirte (Fußn. 2), § 39 Rz. 74.

ein Gesellschafter beispielsweise das Recht auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung (§ 50 Abs. 1 GmbHG) oder der Erhebung einer Auflösungsklage gegen die Gesellschaft (§ 61 Abs. 2 GmbHG).

Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen der mittelbare Gesellschafter zwar nicht als formaler Geschäftsführer bestellt ist, jedoch die Geschicke des Unternehmens als faktischer Geschäftsführer leitet. Dies wird in der Literatur bereits als ausreichend angesehen für die Nichtanwendbarkeit des Kleinbeteiligtenprivilegs gem. § 39 Abs. 5 InsO.³⁰⁾

Hintergrund des Beispielsfalls 3 war Folgendes: Herr A. war Initiator, Gedankengeber und Kopf der diversen verbundenen Gesellschaften. Durch die familiäre Verbindung mit seinem Sohn Herrn B. sowie dem langjährigen Controller der Gesellschaften Herrn C. leitete und lenkte er die Geschicke der Gesellschaften. Unternehmerische Entscheidungen wurden nicht ohne die Zustimmung des Herrn A. getroffen. Herr A. konnte die Geschäftspolitik bestimmen und Weisungen gegenüber seinem Sohn, Geschäftsführer Herrn B., erteilen. Aufgrund dieser faktischen Geschäftsführerstellung ist der Anwendungsbereich des § 39 Abs. 5 InsO vorliegend nicht eröffnet. Die Rückzahlungsansprüche der Y-GmbH gegen die X-GmbH & Co. KG stellen mithin Forderungen im Rang des § 39 InsO dar.

3.2.4 Mehrere mittelbare Beteiligungen

Beispielsfall 4:

	Darlehensnehmerin X-GmbH & Co. KG	Darlehensgeberin Y-GmbH
Gesellschafter	Kommanditist: Z-AG Komplementärin: X-Beteiligungs GmbH Z-AG 100 %	Herr A. 100 %
Geschäftsführer	Herr B. (+ Financial Controller Herr C.)	Herr A. Herr C.
Z-AG	Beteiligungen: Herr A. 8 % A. Beteiligungs GmbH 92 % (Beteiligung von Herrn A. 10 %) Vorstand: Herr B.	

Vorliegend ist eine horizontale Beteiligung gegeben. Denn Herr A. hat erneut eine Mehrfachfunktion. A, der die Darlehen ausreichende Gesellschafter, ist an beiden Gesellschaften (darlehensgebende Gesellschaft und Darlehensnehmerin) beteiligt. Bei der darlehensgebenden Gesellschaft, der Y-GmbH, ist Herr A. alleiniger Gesellschafter. Bei der Darlehensnehmerin, der X-GmbH & Co. KG, ist Herr A. mittelbar über die Kommanditistin beteiligt, der Z-AG. An dieser hält er unmittelbar ca. 8 % des Grundkapitals. Zudem ist er an der Z-AG mittelbar über die A. Beteiligungs GmbH beteiligt, an welcher er 10 % des Stammkapitals hält. Die Z-AG ist alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH, der X-Beteiligungs GmbH.

Somit ist Herr A. ebenfalls mittelbar an der Komplementärin der Darlehensnehmerin beteiligt.

Wer zu mehr als 10 % am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt ist, trägt unternehmerische Mitverantwortung, hat somit eine Finanzierungsverantwortung und fällt mithin nicht unter das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Der Begriff „Haftkapital“ ist rechtsformneutral.³¹⁾ Eine starre Anknüpfung an 10 % des Haftkapitals einer Gesellschaft lädt jedoch zu Umgehungsstrukturen ein.³²⁾ Daher müssen auch mittelbare Beteiligungen an dem betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden. Diese werden mit der unmittelbaren Beteiligung am Haftkapital zusammengerechnet.³³⁾

Im vorliegenden Fall ist Herr A. an der Darlehensnehmerin mittelbar über die Z-AG beteiligt. An dieser hält er ca. 8 %. Ferner ist Herr A. mittelbar über die A. Beteiligungs GmbH beteiligt, welche rund 92 % an der Z-AG hält. Die mittelbare Beteiligung von 10 % an der A. Beteiligungs GmbH ist nach Ansicht der Literatur der unmittelbaren Beteiligung an der Z-AG hinzuzurechnen. In Summe ist Herr A. mit 17,2 % des Haftkapitals an der Z-AG (9,2 % + 8 %) beteiligt. Die Kleinbeteiligtenschwelle ist in Beispiel 4 somit bereits aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung überschritten. Die Rückzahlungsansprüche stehen im Ergebnis im Nachrang des § 39 InsO.

3.2.5 Gesellschafter als ehemaliger Geschäftsführer

Beispielsfall 5:

	Darlehensnehmerin X-GmbH & Co. KG	Darlehensgeberin Y-GmbH
Gesellschafter	Kommanditist: Z-AG Komplementärin: X Beteiligungs GmbH Z-AG 100 %	Herr A. 100 %
Geschäftsführer	Herr B. (+ Financial Controller Herr C.)	Herr A. Herr C.
Z-AG	Beteiligungen: Herr A. 8 % A. Beteiligungs GmbH 92 % (Beteiligung von Herrn A. 10 %) Vorstand: Herr B. (Ehem. bis zum 9. 11. 2017 Herr A.)	

In Ergänzung zu dem Beispielsfall 4 war Herr A. in dem Beispiel 5 ehemaliger Vorstandsvorsitzender der Z-AG. Herr A. legte am 7. 9. 2017 das Amt als Vorstandsvorsitzender nieder,

30) Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., 2015, § 30 Anh. Rz. 96; K. Schmidt, GmbHR 1999, 1269.

31) Tillmann, GmbHR 2006, 1289, 1293.

32) Prostedter/Dachner (Fußn. 4), § 39 Rz. 78.

33) KPB/Preuß, InsO: Stand: 5/2013, § 39 Rz. 53.

was im Handelsregister des Amtsgerichts am 9. 11. 2017 eingetragen wurde. Das streitgegenständliche Darlehen wurde seitens der Y-GmbH bereits im August 2017 gewährt.

Für die Frage, ob das Kleinbeteiligtenprivileg greift, kommt es auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung an, und es kann nicht dadurch nachträglich erlangt werden, dass die Geschäftsführerstellung aufgegeben oder die Beteiligung verringert wird.³⁴⁾ Umgekehrt kann das Kleinbeteiligtenprivileg bei späterem Überschreiten der Schwelle verloren gehen.³⁵⁾

Herr A. legte im Beispiel 5 am 7. 9. 2017 das Amt als Vorstandsvorsitzender der Z-AG nieder, was im Handelsregister des Amtsgerichts am 9. 11. 2017 eingetragen wurde. Bis dahin gilt die positive Publizität gem. § 15 Abs. 1 HGB. Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung im August 2017 war Herr A. Vorstandsvorsitzender der Z-AG und damit Geschäftsführer der Darlehensnehmerin X-GmbH & Co. KG. Das Kleinbeteiligtenprivileg greift folglich aufgrund der damaligen Geschäftsführertätigkeit des Herrn A. nicht.

Die Darlehensforderung der Y-GmbH steht im Ergebnis im Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

III. Zusammenfassung und Ergebnisse

Darlehen mittelbarer Gesellschafter können in der Insolvenz im Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO liegen. Ob und wann der Nachrang vorliegt, ist Frage der konkreten Beteiligungsverhältnisse im Einzelfall.

Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gesellschafterdarlehensrecht auf mittelbare Gesellschafter anwendbar ist, muss zwischen zwei möglichen Grundkonstellationen differenziert werden. Zum einen gibt es Fälle der Darlehensgewährung durch eine Darlehensgeberin, die zwar nicht selbst an der Darlehensnehmerin beteiligt ist, deren Gesellschafter aber Anteile an der Darlehensnehmerin hält (horizontale Verbindung). Zum anderen existieren Fälle, in denen die Darlehen gewährt werden durch einen Darlehensgeber, der mittelbar als Gesellschafter-Gesellschafter an der Darlehensnehmerin beteiligt ist (vertikale Verbindung).

Im Fall der vertikalen Verbindung hat das OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 16. 2. 2017 zutreffend festgestellt, dass als Gesellschafter i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch

derjenige anzusehen ist, der an der Schuldnerin nur mittelbar – etwa über eine Zwischenholding – beteiligt ist. Die mittelbare Beteiligung muss dabei keine maßgebliche sein, sofern die Kleinbeteiligungsschwelle des § 39 Abs. 5 InsO von 10 % überschritten ist. Auch ein beherrschender Einfluss des Gesellschafters auf die Schuldnerin ist nicht erforderlich.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH bedarf es im Fall der horizontalen Verbindung einer maßgeblichen Beteiligung des Gesellschafters an der darlehensgebenden Gesellschaft. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine Beteiligung von mehr als 50 %. Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfeleistenden GmbH zwar nur zu genau 50 % an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.

Neben dem personellen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO zu beachten, wonach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter gilt, der mit 10 % oder weniger am Haftkapital beteiligt ist. Allein an der starren Grenze von max. 10 % der Beteiligung festzuhalten, erscheint in vielen Fällen jedoch nicht angemessen. Denn die starre Grenze lädt zu Umgehungsversuchen geradezu ein, die mit Zurechnungsregeln beantwortet werden müssen. Es muss also im Einzelfall geprüft werden, ob der mittelbare Gesellschafter in rechtlicher wie faktischer Hinsicht unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben konnte. Trifft das zu, kann es zum Nachrang der Ansprüche auch derjenigen mittelbaren Gesellschafter kommen, die (nur) mit 10 % oder weniger am Kapital beteiligt sind.



Selbststudium nach § 15 FAO mit der ZIP:

Zum Beitrag finden Sie einen Multiple-Choice-Test als Lernerfolgskontrolle (Fortbildungsnachweis über eine Zeitstunde) bis zum 12. 7. 2018 unter zip-online.de/15FAO.

34) *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 787; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150.

35) *Altmeyen*, NJW 2008, 3601, 3604; *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150.