

## Der Dritte in der Pflicht

Kapitalerhaltung und Insolvenzanfechtung unter Berücksichtigung des § 138 InsO

von  
Christina Wolf

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)  
ISBN 978 3 8487 1643 2

Christina Wolf

# Der Dritte in der Pflicht

Kapitalerhaltung und Insolvenzanfechtung  
unter Berücksichtigung des § 138 InsO



Nomos

**Studien zum  
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann

Band 154

Christina Wolf

# Der Dritte in der Pflicht

Kapitalerhaltung und Insolvenzanfechtung  
unter Berücksichtigung des § 138 InsO



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1643-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-5683-2 (ePDF)

## D21

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung	15
2. Teil: Verbotene Auszahlungen nach § 30 I 1 GmbHG an Dritte und Auswirkungen auf den Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG	19
§ 1 Das Auszahlungsverbot des § 30 I GmbHG	19
A. Sinn und Zweck des Kapitalerhaltungsgrundsatzes	20
B. Allgemeine Voraussetzungen des § 30 I 1 GmbHG	22
C. Die Entwicklung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes	24
§ 2 Auszahlungen an Dritte in § 30 GmbHG	27
A. Kriterien für eine »Gleichstellung« eines Nichtgesellschafters	28
I. Stellvertretung	30
II. Treuhandverhältnisse	31
1.) Auszahlung an den Treuhänder	32
2.) Auszahlung an den Treugeber als gleichzustellende Person	32
a.) Die Rechtsprechungsentwicklung des BGH	34
b.) Abweichende Ansichten	36
c.) Eigene Stellungnahme	37
III. Nießbrauch	38
IV. Der stille Gesellschafter	41
V. Unterbeteiligte	44
VI. Mittelbare Stellvertreter	47
VII. Pfandgläubiger	50
VIII. Gleichstellung kreditgebender Banken im Allgemeinen	51
IX. Nahestehende Personen: Angehörige des Gesellschafters	51
1.) §§ 89 III, 115 II AktG verallgemeinerungsfähig?	53
a.) § 89 III AktG	54
b.) § 115 II AktG	58
2.) Allgemeiner Umgehungstatbestand	59
3.) Kritik	62
4.) § 15 a III 1 WpHG	65
5.) Umstände des Einzelfalls	67
X. Verbundene Unternehmen	68
1.) Der Begriff der verbundenen Unternehmen	69
2.) Gleichstellung verbundener Unternehmen	69

*Inhaltsverzeichnis*

a.) Vertikale Beteiligungen	70
b.) Horizontale Beteiligungen - Auszahlungen unter Schwestergesellschaften	75
B. Mittelbare Zuwendung an den Gesellschafter durch Auszahlung an einen Dritten – »Zurechnung«	77
I. Die mittelbare Zuwendung: Ein Definitionsversuch	78
1.) Begünstigung des Gesellschafters	79
2.) Auf Veranlassung bzw. mit Einverständnis des Gesellschafters und durch das Gesellschafterinteresse motiviert	80
3.) Stellungnahme	82
II. Fallgruppen	84
1.) Tilgung von Gesellschafterverbindlichkeiten	85
2.) Nahestehende Personen	86
a.) Zurechnungsgründe	86
b.) Steuerrechtliche Kriterien	89
c.) Stellungnahme	90
3.) Mittelbare Stellvertreter	91
4.) Kredit- oder Franchisegeber	91
5.) Unterbeteiligte	92
6.) Treuhandverhältnisse	92
7.) Verbundene Unternehmen	95
a.) Alleinbeteiligung und Personenidentität	96
b.) Mehrheitsbeteiligung	98
c.) Insbesondere Auszahlungen unter Schwestergesellschaften	101
d.) Auswirkungen durch Änderungen im Rahmen des MoMiG	104
aa.) Vor dem MoMiG	104
bb.) Änderungen durch das MoMiG und Auswirkungen auf die Frage, wie sich Auszahlungen im Konzern qualifizieren lassen	106
(1.) Bei Bestehen eines Beherrschungs – oder Gewinnabführungsvertrages, § 30 I 2 Alt. 1 GmbHG	106
(2.) Gedeckt durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch, § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG	110

*Inhaltsverzeichnis*

(3.) Auswirkungen der Neuerungen auf die Frage der Einbeziehung in das Auszahlungsverbot	113
C. Zusammenfassung der Erkenntnisse im Rahmen des Auszahlungsverbotes	114
I. Zurechnung	114
II. Gleichstellung	115
§ 3 Auswirkungen auf den Erstattungsanspruch des § 31 GmbHG	115
A. Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG	116
I. Inhalt und Umfang des Anspruchs	117
II. Schuldner des Anspruchs	117
1.) Haftung des Gesellschafters beim Empfang der Auszahlung	119
2.) Haftung des Gesellschafters bei Auszahlung an einen Dritten (Fälle der mittelbaren Zuwendungen an den Gesellschafter)	123
3.) Haftung des Dritten selbst	130
a.) Insbesondere Treuhand	130
b.) Weitere Beispiele im Überblick	134
4.) Haftung des Dritten nur unter zusätzlichen Voraussetzungen?	137
5.) Stellungnahme	139
§ 4 Abschließende Ergebnisse im Bereich der §§ 30, 31 GmbHG und der Einbeziehung Dritter	140
 3. Teil: Der Dritte im Insolvenzrecht	141
§ 1 §§ 143 I 1, 135 I Nr. 2 InsO i.V.m. § 39 I Nr. 5 Var. 2 InsO	141
A. Wertungen des Eigenkapitalersatzrechts	142
B. Folgen der Einbeziehung in das alte Eigenkapitalersatzrecht	147
C. Änderungen der Einbeziehung im Rahmen des § 39 I Nr. 5 Var. 2 InsO n. F. und § 135 I Nr. 2 InsO	149
I. Weitergeltung der bisherigen Grundsätze	149
II. Normzweck	151
1.) Finanzierungsfolgenverantwortung	151
2.) Haftungsverfassung	153
3.) Doppelrolle	158
4.) Informationsvorsprung auf Grund von Nähe zur Gesellschaft	158
5.) Beteiligung an Chancen und Risiken	159

*Inhaltsverzeichnis*

6.) Gefahr der Benachteiligung anderer Gesellschaftsgläubiger	160
7.) Insolvenzspezifische Gefahrtragung	161
8.) Differenzierende Ansicht: Nachrang und Anfechtung basierend auf verschiedenen Normzwecken?	162
9.) Stellungnahme	164
D. Von § 32 a III 1 GmbHG a. F. und §§ 135 I Nr. 2, 39 I Nr. 5 InsO erfasste Drittdarlehen	164
I. Fallgruppen	168
1.) Ausscheiden und Eintreten eines Gesellschafters bzw. Abtretung der Forderung an einen Nichtgesellschafter	168
a.) Abtretungs- Fälle im alten Recht	170
b.) Abtretungs-Fälle im neuen Recht unter besonderer Berücksichtigung des BGH- Urteils vom 21.02.2013, Az.: IX ZR 32/12, NZG 2013, 469	171
2.) Rechtsnachfolger, Erbengemeinschaft und Stellvertreter	174
3.) Treuhand	174
4.) Unterbeteiligter	176
5.) Mittelbare Stellvertretung	177
6.) Stiller Gesellschafter	178
7.) Pfandgläubiger	181
8.) Kreditgeber	183
9.) Kreditgeber unter Berücksichtigung von covenants	183
10.) Nießbrauch	187
11.) Nahe Angehörige	187
12.) Darlehen aus dem Vermögen des Gesellschafters	191
13.) Sonstige Dritte	191
14.) Verbundene Unternehmen	192
a.) Fälle des Gesellschafter-Gesellschafters	193
b.) Darlehen unter Schwestergesellschaften	195
c.) Abweichende Ergebnisse bei der AG; das Urteil des BGH vom 5.5.2008 – II ZR 108/07	204
d.) Insbesondere Cash-Pooling	205
II. Systematisierung und Wertungen aus § 32 a III 1 GmbHG a.F. und §§ 135 I Nr. 2, 39 I Nr. 5 InsO	206
1.) Kein Gleichlauf mit § 30 I 1 GmbHG	207
2.) Gleichlauf mit den Fallgruppen der Kapitalerhaltung	207
III. Systematisierung im Rahmen der §§ 135 I Nr. 2, 39 I Nr. 5 InsO	208
IV. Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivileg	210

*Inhaltsverzeichnis*

V. Schuldner des Rückgewähranspruches nach § 143 I 1 InsO	214
E. Zusammenfassende Erkenntnisse des früheren Eigenkapitalersatzrechts und der heutigen insolvenzrechtlichen Regelung	218
§ 2 § 138 InsO	219
A. Historischer Hintergrund: Entstehungsgeschichte und Wertungen der §§ 31 Nr. 2 und 32 Nr. 2 KO	222
I. Entstehungsgeschichte	222
II. Wertungen der §§ 31 Nr. 2 und 32 Nr. 2 KO	223
B. Die von § 138 InsO erfassten Personen im Einzelnen	227
I. § 138 I Nr. 1 und 1 a InsO	228
II. § 138 I Nr. 2 InsO	230
III. § 138 I Nr. 3 InsO	231
IV. § 138 I Nr. 4 InsO	233
V. § 138 II Nr. 1 InsO	234
1.) Mitglieder des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans	235
2.) Persönlich haftende Gesellschafter	236
3.) Zu mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners beteiligter Gesellschafter	237
VI. § 138 II Nr. 2 InsO	239
1.) Natürliche Personen	240
2.) Gesellschaften, insbesondere verbundene Unternehmen	241
3.) Insbesondere Schwestergesellschaften zueinander	243
VII. § 138 II Nr. 3 InsO	249
§ 3 Vergleich der erfassten Fallgruppen in §§ 135 I, 39 I Nr. 5 InsO und § 138 InsO	251
4. Teil: Gemeinsamkeiten in den Wertungen im Gesellschafts- und Insolvenzrecht	259
5. Teil: Ausblick	265
Literaturverzeichnis	269