



Nachrang und Insolvenzanfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?

**8. Mannheimer Insolvenzrechtstag
15. Juni 2012**



Das insolvenzrechtliche Schutzkonzept nach dem MoMiG

- Aufgabe der Zweispurigkeit von Rechtsprechungs- und Novellenregeln zugunsten eines ex post-Konzepts
- Keine präventive Durchsetzungssperre nach §§ 43 Abs. 3, 30 GmbHG analog
- § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 InsO technisch verknüpft
 - § 135 Abs. 1 InsO verlangt ein Darlehen „im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5“
 - Verweis in § 135 Abs. 4 InsO auf § 39 Abs. 4 und 5 InsO
- Normzweck ungeklärt



Überblick

- I. Der Normzweck unter dem früherem Recht
- II. Die Diskussion um die Zwecke des neuen Rechts
- III. Die Differenzierung zwischen Nachrang und Anfechtungsregel
- IV. Auswirkungen in ausgewählten Fallgruppen
- V. Ergebnis



Die Finanzierungsfolgenverantwortung als Leitmotiv des Eigenkapitalersatzrechts a.F.

- Verantwortung des Gesellschafters für ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung (BGHZ 90, 381, 388)
- Folgenverantwortung, wenn Gesellschafter in der Krise (d.h. wenn Dritte nicht mehr finanzieren würden) nicht liquidiert, sondern mit Fremdkapital weiterfinanziert (BGHZ 127, 17, 29; BGHZ 127, 336, 344 f.; 140, 147, 150)
- Erwecken des Anscheins ausreichender Kapitalausstattung (BGHZ 76, 326, 334; 90, 381, 388)

Die Normzweckdiskussion unter dem neuen Recht Meinungsstand

- Legitimationsbasis im Wesentlichen unverändert; Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung oder jedenfalls einer Risikoübernahmeverantwortung
- „Paradigmenwechsel“: Ausgleich für Haftungsprivilegierung; Schutz vor Missbrauch
- Gesellschafter „näher dran“, Insiderstellung
- Herstellung sachgerechter Risikostrukturen, Vermeidung eines Spekulierens zu Lasten der Gläubiger

Die konzeptionelle Trennung von Nachrang und Anfechtungsregel

- Die verfehlte Vermengung von Nachrang und Anfechtung
(dazu schon Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 390 ff.)
- Unterschiedlicher Ausgangspunkt:
 - Nachrang: wie ist die offene Forderung, jetzt, im Insolvenzverfahren, zu behandeln?
 - Anfechtung: soll der Gesellschafter eine vorinsolvenzliche Leistung, die ihm zustand, wieder zurückgewähren müssen?

Die konzeptionelle Trennung von Nachrang und Anfechtungsregel

- Ansätze einer Differenzierung:
 - U.a. **BGH, 17.2.2011, IX ZR 131/10, NJW 2011, 1503 Rdnr. 17** zur Einordnung von Darlehen von Personen i.S.d. § 138 InsO unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO:
 - Informationsvorsprung „vermag zwar die Insolvenzanfechtung (§ 135 InsO), nicht aber den gesetzlichen Nachrang noch offener Forderungen zu rechtfertigen“.

Die unterschiedlichen Normzwecke

- **Anfechtung nach § 135 InsO**
 - Schwestervorschrift zu §§ 130, 131 InsO
 - Frage der Gläubigerkonkurrenz
 - Bestandteil der Deckungsanfechtung in Gestalt einer Insiderdeckungsanfechtung
 - dient der par condicio creditorum
 - Verschärfung gegenüber §§ 130, 131 InsO rechtfertigt sich aus (typisiertem) Informationsvorsprung und Einflussnahmemöglichkeit

Die unterschiedlichen Normzwecke

- **Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO:**
 - Finanzierungsfolgenverantwortung à la MoMiG, Verhinderung von Risikostrategien
 - Bestandteil des ex post-Gläubigerschutzmodells
 - § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist eine Umverteilungsregel
- **Auswirkungen der unterschiedlichen Teleologie in aktuellen Fallgestaltungen?**

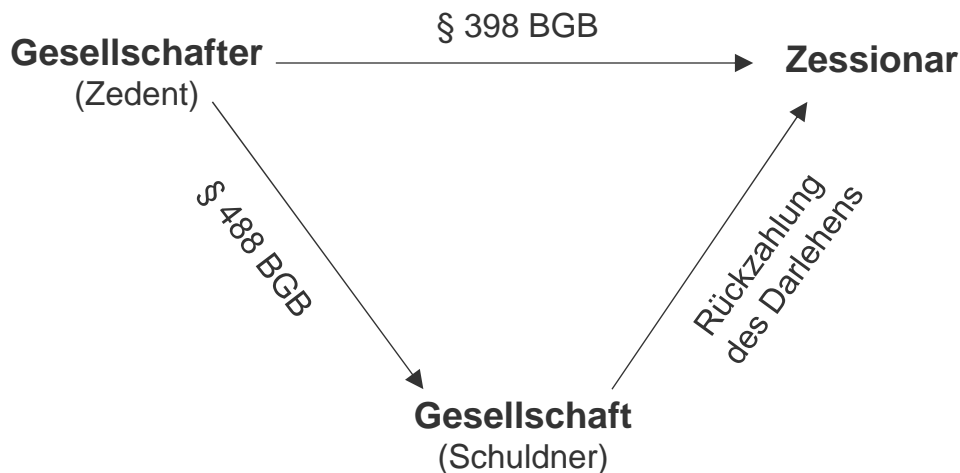
Ausgeschiedener Gesellschafter

- **BGH, 15.11.2011, II ZR 6/11, NJW 2012, 682:**
„allenfalls“ dann nachrangig, wenn innerhalb eines Jahres vor dem Antrag ausgeschieden (entsprechend § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
- **Anfechtung:** grundsätzlich kein Informationsvorsprung mehr
- **Nachrang:** Normzweck verlangt Nachrang, aber zeitliche Begrenzung angemessen



Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs

- **OLG Stuttgart, 14 U 27/11, ZIP 2012, 879** mit Anm. Thole, ZInsO 2012, 661, anhängig beim BGH unter IX ZR 32/12



Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs

- **Die Argumentation des OLG Stuttgart:**
 - Darlehensforderung noch „verstrickt“ (§ 404 BGB)
 - daher Anfechtung gegenüber Zessionar nach § 135 Abs. 1 InsO möglich
 - Gesellschafter (Zedent) habe nichts erlangt, daher keine Anfechtung nach § 135 InsO

Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs

- **Stellungnahme:**
 - Anfechtung:
 - kein Informationsvorsprung des Zessionars
 - Anfechtung gegenüber Zedent (nur), wenn mittelbar begünstigt (§ 135 Abs. 2 InsO entsprechend?)
 - Nachrang:
 - § 404 BGB wohl anwendbar, aber zweifelhaft
 - Normzweck verlangt Nachrang, aber zeitliche Begrenzung angebracht

Dritte als Adressaten der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO

- **BGH, 17.2.2011, IX ZR 131/10, NJW 2011, 1503:**
Darlehen nahestehender Personen i.S.d. § 138 InsO nicht ohne weiteres eine „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung“
- Nachrang:
Entscheidung zuzustimmen
- Anfechtung:
Bei § 135 InsO wäre zumindest indizielle Anlehnung an § 138 InsO sinnvoll

Ansprüche aus Nutzungsüberlassung

- **OLG Schleswig, 13.1.2012, 4 U 57/11, ZIP 2012, 885:**
 - § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfassen die Nutzungsüberlassung nicht mehr
 - Nutzungsüberlassung und Darlehensgewährung nicht wirtschaftlich vergleichbar
 - es ging um Entgeltansprüche nach Verfahrenseröffnung
- Notwendige Differenzierung nach Zeitabschnitten und zwischen Rückgewähr- und Entgeltansprüchen

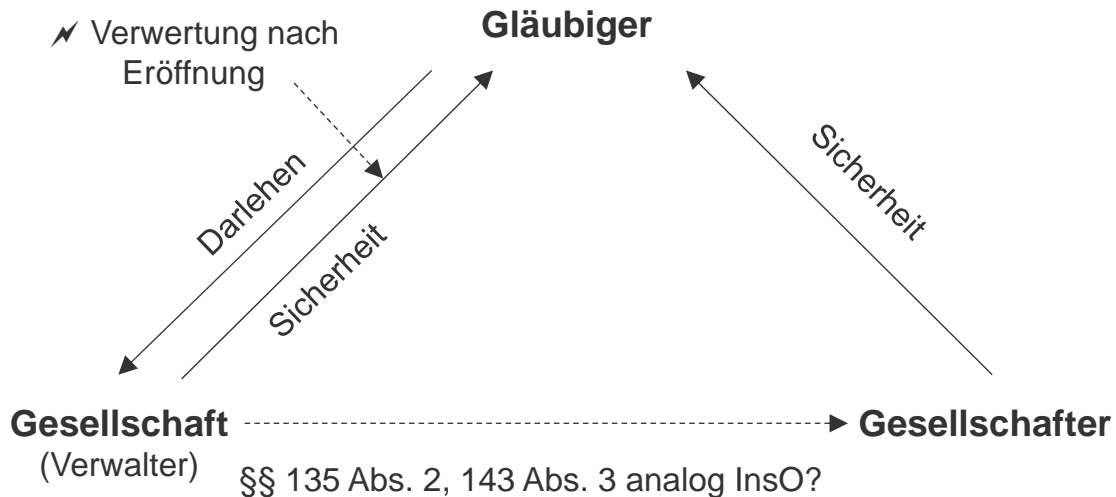
Nutzungsüberlassung

- Keine Pflicht zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung
- Ausgleichs- und Entgeltansprüche nach Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO
- Rückständige Entgeltansprüche
 - **Anfechtung:**
 - Weite Auslegung angebracht
 - auch Fälle einer unfreiwilligen Stundung erfasst?
 - ist Forderung aus Mietvertrag auch ohne Kreditierung wirtschaftlich dem Darlehensanspruch vergleichbar?
 - **Nachrang:** nur bei echter Kreditierung des Entgeltanspruchs



§ 135 Abs. 2 InsO und das aktuelle Problem der Doppelsicherung

- BGH, 1.12.2011, IX ZR 11/11, ZIP 2011, 2417:



§ 135 Abs. 2 InsO und das aktuelle Problem der Doppelsicherung

- **Stellungnahme:**
- Bei § 135 Abs. 2 InsO geht es auch um Informationsvorsprung und Deckung des Freistellungsanspruchs
- Folgerung für BGH-Entscheidung:
 - Keine analoge Anwendung des § 135 Abs. 2 InsO nach Verfahrenseröffnung mangels Informationsvorsprungs
 - Statt dessen Grundlage im materiellen Recht, z.B. § 426 BGB



Ergebnis

- Trennung der Teleologie erforderlich und zugleich machbar
- Nachrang und Anfechtungsregel beruhen auf unterschiedlichen Wertungen
- „zweieiige siamesische Zwillinge“ müssen getrennt werden



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht,
Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht

eMail: thole@jura.uni-tuebingen.de