



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 184/14

Verkündet am:
13. Oktober 2016
Kirchgeißner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 134 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 2

- a) Die Auszahlung eines Gesellschafterdarlehens an die Gesellschaft kann in der Insolvenz des Gesellschafters nicht als unentgeltliche Leistung des Gesellschafters angefochten werden.
- b) Der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters, welcher der Gesellschaft ein Darlehen gewährt hat, kann dem Nachrängeinwand des Insolvenzverwalters über das Vermögen der Gesellschaft nicht den Gegeneinwand entgegenhalten, die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens sei als unentgeltliche Leistung anfechtbar.

BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, den Richter Prof. Dr. Pape, die Richterin Möhring und den Richter Dr. Schoppmeyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 28. Juli 2014 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision sowie des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, soweit über diese noch nicht entschieden ist.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. September 2006 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der DM AG (im Folgenden: DM AG). Die frühere Beklagte zu 1 war seit Ende 2002 Mehrheitsgesellschafterin der d. .de GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), über deren Vermögen am 1. Dezember 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde; der Beklagte zu 2 ist deren Insolvenzverwalter.

- 2 Die DM AG erwarb am 31. Dezember 2003 von zwei Beteiligungsgesellschaften sowie am 27. Oktober 2004 von der früheren Beklagten zu 1 Gesellschaftsanteile der Schuldnerin und wurde hierdurch deren Mehrheitsgesellschafterin. Am 7. Februar 2005 überwies die DM AG 50.000 € und am 4. November 2005 weitere 30.000 € mit dem Verwendungszweck "Gesellschafter-Darlehen" und "2. Gesellschafterdarlehen" an die frühere Beklagte zu 1. Diese leitete die Beträge jeweils einige Tage nach dem Eingang an die Schuldnerin weiter. Der Kläger meldete mit Schreiben vom 4. Januar 2010 - neben weiteren Ansprüchen - eine "Darlehensforderung" in Höhe von 80.000 € (Buchst. a des Tabellenauszuges), Zinsen für den Zeitraum vom 1. September 2006 bis zum 30. November 2009 in Höhe von 19.162,93 € (Buchst. b) sowie Kosten der Rechtsverfolgung (Buchst. f) in Höhe von 4.988 € (Buchst. f) zur Tabelle der Schuldnerin an.
- 3 Der Kläger hat die zunächst nur gegen die frühere Beklagte zu 1 aus unerlaubter Handlung sowie aus Vertrag erhobene Klage am 29. Januar 2009 auf die Schuldnerin erweitert. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen hat der Beklagte zu 2 den Rechtsstreit aufgenommen.
- 4 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Frage, ob die vom Kläger geltend gemachten Forderungen als nicht nachrangige Insolvenzforderungen festzustellen sind; einen hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Feststellung als nachrangige Insolvenzforderungen hat der Beklagte zu 2 im Rechtsstreit anerkannt.
- 5 Der Kläger hat behauptet, die von der DM AG der früheren Beklagten zu 1 überwiesenen Beträge hätten der Auszahlung von Gesellschafterdarlehen

an die Schuldnerin gedient. Diese seien nicht nachrangig, weil die Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO vorlägen. Die Schuldnerin sei im Zeitpunkt des Erwerbs der Geschäftsanteile drohend zahlungsunfähig gewesen und die Darlehen hätten der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs gedient. Die Darlehen seien jedenfalls unentgeltlich im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO gewährt worden, so dass sie der Einrede der Anfechtbarkeit (§ 146 Abs. 2 InsO) unterlägen. Die DM AG habe sie in der Krise der Schuldnerin gewährt. Der Beklagte zu 2 hat die Einrede der Verjährung erhoben.

6 Das Landgericht hat hinsichtlich des mit dem Hilfsantrag verfolgten Anspruchs ein Anerkenntnisurteil erlassen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Revision, die der Senat zugelassen hat, soweit der Kläger seinen Anspruch auf die Gewährung von Gesellschafterdarlehen stützt.

Entscheidungsgründe:

7 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I.

8 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - ausgeführt: Die DM AG habe durch die Überweisungen an die frühere Beklagte zu 1 der Schuldnerin vereinbarungsgemäß Gesellschafterdarlehen

gewährt. Die Rückzahlungsansprüche stellten jedoch nachrangige Insolvenzforderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG - BGBl. I S. 2026) dar. Der Nachrang sei nicht gemäß § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO ausgeschlossen, weil die tatsächlichen Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs nicht vorlägen. Der Kläger könne der Nachrangigkeit auch die Einrede der Anfechtbarkeit (§ 146 Abs. 2 InsO) nicht entgegenhalten, weil die Gewährung der Darlehen keine unentgeltlichen Leistungen der DM AG im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO darstellten. Die zum früheren Recht ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei aufgrund der Änderungen durch das MoMiG nicht mehr anwendbar. Es fehle bereits an einer den Nachrang begründenden Rechtshandlung der DM AG im Sinne des § 129 InsO, weil dieser hinsichtlich von Forderungen aus der Gewährung von Gesellschafterdarlehen nicht mehr von einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners abhängig sei. Vielmehr ordne § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF den Nachrang für alle Gesellschafterdarlehen an, ohne dass es darauf ankäme, ob sie nach früherem Recht als eigenkapitalersetzend anzusehen waren. Mit dem Wortlaut des § 134 InsO sei es aber unvereinbar, jede Darlehensgewährung als unentgeltliche Leistung zu behandeln, nur weil sie im Falle einer späteren Insolvenz der Gesellschaft als bemakelt anzusehen sei. Vielmehr sei eine Darlehensgewährung grundsätzlich entgeltlich, weil der Leistung des Gläubigers selbst bei Vereinbarung eines unentgeltlichen Darlehens der Rückzahlungsanspruch gegenüberstehe. Eine erweiternde Auslegung des § 134 InsO sei nach Sinn und Zweck der insolvenzrechtlichen Regelungen nicht geboten.

II.

9 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung stand. Die Forderungen des Klägers auf Feststellung von Rückzahlungsansprüchen der DM AG aus der Gewährung von Gesellschafterdarlehen nebst Zinsen und Kosten sind nachrangige Forderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF. Der Kläger kann diesem Einwand die Gegeneinrede aus § 146 Abs. 2 InsO nicht entgegenhalten, weil die Auszahlung der Darlehensbeträge keine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO darstellt und deshalb nicht anfechtbar ist.

10 1. Die nach §§ 38, 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1 InsO zulässige Feststellungsklage ist begründet, wenn die vom Kläger angemeldeten Insolvenzforderungen nicht nachrangig im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind. Dies beurteilt sich nach § 39 InsO in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG - BGBl. I S. 2026). Nach Art. 103d Satz 1 EGIInsO sind nur für die vor Inkrafttreten des Gesetzes am 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren die bis dahin geltenden Vorschriften maßgeblich. Der Ausnahmefall des Art. 103d Satz 2 EGIInsO, der für die Anfechtung von Rechtshandlungen unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung des zuvor geltenden Rechts anordnet, liegt nicht vor. Für bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung gewährte Darlehen gilt ein nach neuem Recht bestehender Nachrang, ohne dass darin eine unzulässige echte Rückwirkung liegt (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 8 mwN; BAG, ZIP 2014, 927 Rn. 19, 40 ff; Karsten Schmidt/Herchen in Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 39 Rn. 30).

11 2. Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF können Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die

einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft im Rang nur nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger geltend gemacht werden. Soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, dass die Zahlung von 80.000 € an die Beklagte zu 1 die Auszahlung bereits vereinbarter Gesellschafterdarlehen an die Schuldnerin vorbereitete und das Geld an diese unverzüglich weitergereicht worden ist, greift die Revision dies nicht an. Ebenso nimmt sie es hin, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs gemäß § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO nicht gegeben sind. Im Folgenden ist deshalb von einem nicht privilegierten Gesellschafterdarlehen auszugehen.

12 3. Der Kläger kann dem Einwand der Nachrangigkeit keine Anfechtbarkeit der Leistung der DM AG an die Schuldnerin im Wege einer Gegeneinrede nach § 146 Abs. 2 InsO entgegenhalten. Denn die Auszahlung der Gesellschafterdarlehen an die Schuldnerin stellt keine unentgeltliche Leistung der DM AG im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO dar, ohne dass es näherer Feststellungen zur wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin im Zeitpunkt der Ausreichung der Darlehensbeträge bedarf.

13 a) Die Regelung des § 134 Abs. 1 InsO will Gläubiger entgeltlich begründeter Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Insolvenzeröffnung schützen. Die Interessen der durch eine unentgeltliche Leistung Begünstigten sollen den Interessen der Gläubigergesamtheit weichen. Dieser Zweck gebietet eine weite Auslegung des Begriffs der Unentgeltlichkeit (BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 Rn. 49; vom 15. September 2016 - IX ZR 250/15, zVb, Rn. 19). Der anfechtungsrechtliche Begriff der unentgeltlichen Verfügung ist umfassender als bei der Schenkung nach § 516 BGB und setzt eine

vertragliche Einigung über die Unentgeltlichkeit als solche nicht voraus (BGH, Urteil vom 15. September 2016, aaO Rn. 20, ständig). Im Zwei-Personen-Verhältnis ist Unentgeltlichkeit gegeben, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zu Gunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (BGH, Urteil vom 15. September 2016, aaO). Bei allen anderen Leistungen als Verpflichtungsgeschäften, insbesondere also bei Erfüllungshandlungen, beurteilt sich die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit nach dem Grundgeschäft. Aus diesem ist abzuleiten, ob die isolierte Leistung von einer ausgleichenden Zuwendung abhängt (BGH, Beschluss vom 27. April 2010 - IX ZR 69/09, nv).

14

b) Danach ist die Ausreichung eines Darlehens grundsätzlich ein entgeltliches Geschäft, weil der Darlehensvertrag den Darlehensnehmer nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, einen vereinbarten Zins zu zahlen, jedenfalls aber das zur Verfügung gestellte Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen. Handelt es sich nach diesen Grundsätzen um ein entgeltliches Geschäft, kann die von dem Schuldner erbrachte Zuwendung nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil die Gegenleistung ausgeblieben ist (BGH, Urteil vom 21. Januar 1999 - IX ZR 429/97, ZIP 1999, 316, 317). Hiervon sind Fallgestaltungen zu unterscheiden, in denen ein verlorener Zuschuss formal in die Form eines Darlehens gekleidet worden ist. Hierdurch kann der Schutz der Gläubigersamtheit vor unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners nicht vereitelt werden. § 134 Abs. 1 InsO ist aber dann nicht einschlägig, wenn beide Vertragsteile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft oder - wie hier - Darlehensvertrag ausgehen und zudem in gutem Glauben von der Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleis-

tung überzeugt sind, die sich erst aufgrund nachträglicher Prüfung (dazu BGH, Urteil vom 15. September 2016, aaO Rn. 22) oder gar erst der späteren Entwicklung als wertlos erweist. Ein solcher Fall ist hier gegeben, weil das Gesellschafterdarlehen nach dem klägerischen Vortrag zur Überwindung einer Liquiditätskrise der Gesellschaft oder, wie der Beklagte zu 2 behauptet, zur Erweiterung des Geschäftsbetriebs und für eine Fusion mit Drittunternehmen bestimmt war. In beiden Fällen läge danach in der Zurverfügungstellung der Darlehensvaluta ein entgeltliches Geschäft, wenn der Darlehensvertrag nicht - wie hier - mit einem Gesellschafter, sondern einem Außenstehenden geschlossen worden wäre.

15 c) Zum früheren Eigenkapitalersatzrecht hat der Bundesgerichtshof allerdings die Unentgeltlichkeit der Gewährung und des Stehenlassens von Gesellschafterdarlehen nach § 134 Abs. 1 InsO bejaht, wenn die Leistung oder das Stehenlassen des Darlehens in der Krise der Gesellschaft im Sinne des § 32a Abs. 1 GmbHG, also zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem die Gesellschafter ihr als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Der durch die Überlassung kapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz in aller Regel dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge habe, werde ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 16; vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 Rn. 51). Diese Rechtsgrundsätze können auf das hier anwendbare neue Recht nicht übertragen werden.

16 aa) Auf eine Gewährung oder das Stehenlassen eines Darlehens in der Krise der Gesellschaft im Sinne des § 32a Abs. 1 GmbHG aF kann für die nach neuem Recht zu beurteilenden Fälle aufgrund der Aufgabe des Merkmals "kapitalersetzend" und der nun voraussetzungslosen Anordnung des Nachrangs für

alle Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen und Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht mehr abgestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 24 f hinsichtlich der Beurteilung des Näheverhältnisses des § 134 Abs. 2 InsO; Beschluss vom 30. April 2015 -IX ZR 196/13, WM 2015, 1119 Rn. 5 f zu § 135 Abs. 1 InsO nF). An die Stelle der Krise ist eine an starre Fristen anknüpfende Regelung getreten (vgl. BGH, Beschluss vom 30. April 2015, aaO Rn. 5; siehe hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 14. Juli 2015 - 2 BvR 1126/16, nv). Einer Fortführung der zur früheren Rechtslage ergangenen Rechtsprechung fehlte angesichts der ausdrücklichen Aufgabe der Rechtsprechungsregeln durch § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG und der Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG in der gesetzlichen Neuregelung die Grundlage. Entgegen dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen, das Recht des Eigenkapitalersatzes neu zu regeln (BT-Drucks. 16/6140 S. 26, 42, 56) oder sogar abzuschaffen (BT-Drucks. 16/9737, S. 58), müsste die bestehende Rechtsprechung beschränkt auf den Fall der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter fortgeführt werden. Auch für eine Ersetzung des Krisenbegriffs durch die Rechtsbegriffe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§§ 17 bis 19 InsO) ist kein Raum. Auch das liefe dem gesetzlichen Regelungskonzept des MoMiG zuwider.

- 17 (1) Der Bundesgerichtshof hat sich zu der Anfechtung von Gesellschafterdarlehen nach § 134 Abs. 1 InsO bislang noch nicht geäußert. Nach einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht stellt die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens im Grundsatz weiterhin eine unentgeltliche Leistung dar, weil der Rückzahlungsanspruch durch die Anordnung des Nachrangs in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Insolvenz der Gesellschaft wirtschaftlich entwertet sei (Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, 14. Aufl., § 134 Rn. 125; Michalski/Dahl, GmbHG,

2. Aufl., Anh. II §§ 32a, 32b aF Rn. 30 f; Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 5. Aufl., § 30 Anh. Rn. 125; Commandeur/Nienerza, NZG 2009, 860; de Bra, FD-InsR 2009, 282777; Erwin, GWR 2009, 154; Heckschen/Best, NotBZ 2009, 272; differenzierend: Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Aufl., § 134 Rn. 13; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 134 Rn. 50; Münch-Komm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 25; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 106; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anhang § 64 Gesellschafterdarlehen Rn. 112). Auch die Nichtausübung von Kündigungsrechten sowie eine ausdrückliche oder konkludente Stundung von Darlehensrückzahlungsansprüchen des Gesellschafters könnten als unentgeltliche Leistungen nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sein (vgl. Pape/Uhländer/Bornheimer, InsO, § 134 Rn. 20; HK-InsO/Thole, 8. Aufl., § 134 Rn. 16 aE; Schmidt/Ganter/Weinland, aaO § 134 Rn. 13; Gehrlein in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 134 Rn. 8 aE; Michalski/Dahl, aaO Rn. 30 ff; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Anh. Rn. 121 ff; Bork/Gehrlein, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, 13. Aufl., Rn. 739; Commandeur/Nienerza, NZG 2009, 860; Dahl/Schmitz, NZI 2009, 429, 434 f; FK-InsO/Dauernheim, 8. Aufl., § 134 Rn. 30; Graf-Schlicker/Huber, InsO, 4. Aufl., § 134 Rn. 14 aE; MünchKomm-InsO/Kayser, aaO § 134 Rn. 39; Nerlich in Nerlich/Römermann, InsO, 2013, § 134 Rn. 35; beschränkt auf außerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nF stehengelassene Ansprüche: Thole, ZInsO 2011, 1425, 1433).

18 Nach anderer Ansicht, die auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte vereinzelt befürwortet wird, liegt in der Gewährung eines Gesellschafterdarlehens eine entgeltliche Leistung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, weil - auch bei der Gewährung unverzinslicher Darlehen - der bestehende Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB der Annahme einer Unentgeltlichkeit der Leistung entgegenstehe (Burmeister/Nohlen, NZI

2010, 41, 43; Dahl/Schmitz, NZI 2009, 433, 434; Haas, DStR 2009, 1592, 1594: schon keine Rechtshandlung des Gesellschafters im Sinne des § 129 InsO; Lüneborg, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen, S. 64 f; Thole in Festschrift Kübler, S. 681, 693 f; vgl. auch OLG Rostock, NZI 2007, 468). Auch ein Stehenlassen von Ansprüchen durch den Gesellschafter sei nach neuem Recht nicht mehr anfechtbar (AG Potsdam, ZIP 2016, 1937; Burmeister/Nohlen, aaO S. 42 f: lediglich Anfechtbarkeit des Stehenlassens von Forderungen, die nicht nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF nachrangig seien; Haas, aaO S. 1594).

19 (2) Durch die Hingabe der Kapitalmittel aufgrund des Darlehensvertrages erfüllt der Gesellschafter einen rechtlich bestehenden Anspruch der Gesellschaft (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diesem steht - neben einer etwaigen Verzinsung des Darlehensbetrages - als vereinbarte Gegenleistung der außerhalb der Insolvenz der Gesellschaft rechtlich durchsetzbare Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nach Fälligkeit (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) gegenüber. Für eine anfechtungsrechtliche Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen besteht von diesem Ausgangspunkt aus keine rechtliche Grundlage.

20 (a) Aus der voraussetzungslosen Anordnung des Nachrangs für Rückzahlungsansprüche des Gesellschafters aus Gesellschafterdarlehen und diesen gleichgestellten Leistungen durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF folgt nicht, dass diese im Geschäftsleben durchaus übliche Handlung als im Grundsatz bemaßelt anzusehen wäre. Darin liegt eine wesentliche Änderung gegenüber dem alten Rechtszustand. Zwar verliert der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft im Regelfall den vollen wirtschaftlichen Wert seiner Rückzahlungsforderung, weil eine auch nur anteilige Befriedigung seiner nachrangigen Ansprüche die vorherige volle Befriedigung der übrigen Insolvenzgläubiger voraussetzt. Hierbei handelt es sich aber weder um eine sich bereits aus der Tatsache

der Darlehensgewährung zwingend ergebende Folge, noch tritt diese bereits im Zeitpunkt der Leistungserbringung ein. Die Abwertung des Rückzahlungsanspruchs beschränkt sich vielmehr in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht auf Fälle, in denen das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden ist. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO enthält lediglich eine für den Fall der Insolvenz der Gesellschaft eingreifende Regelung.

- 21 (b) Die gesetzliche Systematik bietet ebenfalls keine Grundlage für eine insolvenzrechtliche Bevorzugung von Gesellschafterdarlehen im Fall einer Doppelinsolvenz. Sie führte sogar zu einem Widerspruch zu der durch das MoMiG ebenfalls neu geregelten Anfechtbarkeit bereits erfolgter Rückzahlungen der Gesellschaft an den Gesellschafter. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nF sind Rechtshandlungen, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt, anfechtbar, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Die Anfechtbarkeit ist im Unterschied zur früheren Regelung nicht mehr auf Rechtshandlungen beschränkt, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt haben, in denen die Befriedigung der Gesellschafter mithin ihrer Finanzierungsfolgenverantwortung widerspricht (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 14; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 29; Beschluss vom 30. April 2015 - IX ZR 196/13, WM 2015, 1119 Rn. 5; BAG, ZIP 2014, 927 Rn. 23). Sie ist nach der Neuregelung vielmehr lediglich zeitlich begrenzt worden. Die Norm dient der Ergänzung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und stellt sicher, dass der Nachrang nicht durch Abzug des Darlehens vor Insolvenzeröffnung oder Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens und die vorrangige Befriedigung

aus der Gesellschaftssicherheit durch Leistungen aus dem Insolvenzvermögen unterlaufen werden kann (vgl. Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 18 mwN). Angesichts der Zuweisung der im letzten Jahr vor der Antragstellung erfolgten Rückzahlungen an die Masse der Gesellschaft und damit an deren Gläubiger wäre es widersprüchlich, die von dem Gesellschafter im Vierjahreszeitraum geleisteten und noch nicht zurückerlangten Zahlungen im Wege einer Anfechtbarkeit nach § 134 Abs. 1 InsO - unter Überwindung des voraussetzungslos angeordneten Nachrangs - dessen Gläubigern zuzuordnen.

22

(c) Auch Sinn und Zweck der Neuregelung sprechen gegen die Annahme einer unentgeltlichen Leistung. Grundgedanke des neuen Rechts ist es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleichzustellen. Deshalb knüpfen die Rechtsfolgen der Gewährung von Gesellschafterdarlehen tatbestandlich nicht mehr an eine Krise, sondern an die Insolvenz der Gesellschaft an. Damit wird die Behandlung von Gesellschafterdarlehen auf eine rein insolvenz- und anfechtungsrechtliche Basis gestellt (vgl. Gehrlein in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2. Aufl., Vor § 64 GmbHG Rn. 122 mwN). Eine mittelbare Besserstellung der Gesellschaftergläubiger im Verhältnis zu den außenstehenden Gläubigern der Gesellschaft durch eine Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Gesellschafters könnte ihre innere Berechtigung hingegen allein aus der Bemerkung des Gesellschafterdarlehens herleiten, die kein Kriterium für die Behandlung der Gesellschafterleistungen in der Insolvenz der Gesellschaft mehr sein soll.

23 Zum früheren Eigenkapitalersatzrecht hatte der Bundesgerichtshof allerdings darauf hingewiesen, dass es eine uneingeschränkte Bevorzugung der Gläubiger der Gesellschaft vor den Gläubigern des Gesellschafters bedeutete, wenn der Durchsetzungssperre des Eigenkapitalersatzrechts in der Doppelin-solvenz der Vorrang eingeräumt werde. Die Masse der Gesellschaft würde zum Nachteil der Masse des Gesellschafters unzulässig begünstigt. Da die Gesellschaft das Risiko tragen müsse, dass der Gesellschafter insolvent werde und kein (weiteres) Eigenkapital für die Gesellschaft mehr aufbringen könne, sei es nur folgerichtig, dass die in der Krise stehengelassene Gesellschafterleistung als anfechtbare Leistung zurückgewährt werde (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 24).

24 Diese Wertung kann nach Aufgabe des Begriffs der Krise und des damit aufgegebenen Anknüpfungspunkts an die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht auf die neue Rechtslage übertragen werden. In der Doppelin-solvenz von Gesellschafter und Gesellschaft verwirklicht sich das Risiko der Gläubiger des Gesellschafters, im Falle einer Insolvenz nicht vollständig befriedigt zu werden. Dieses Risiko kann auch aus einer wirtschaftlichen Betätigung in Form der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft herrühren. Hierzu gehören gleichermaßen die Zuführung (weiteren) haftenden Eigenkapitals wie die geschäftsübliche Hin-gabe von Fremdkapital in Form eines Darlehens. Aufgrund der nunmehr krisen-unabhängigen Anordnung des Nachrangs durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist dies zwar mit einem gegenüber dem früheren Rechtszustand erhöhten Ausfallrisiko behaftet. Dies bietet jedoch keine Rechtfertigung dafür, die Gewährung von Gesellschafterdarlehen aus Sicht der Gesellschaftergläubiger als unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO anzusehen.

25

(d) Anderes folgt nicht aus der Begründung zum Regierungsentwurf des MoMiG (BT-Drucks. 16/6140) und der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 16/9737). Die Entscheidung, ob eine Forderung dem Rangrücktritt nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF unterfällt, sollte durch den Verzicht auf das Merkmal "kapitalersetzend" künftig wesentlich einfacher und rechtssicherer zu treffen sein (BT-Drucks. 16/6140, S. 56 linke Spalte). Soweit den Materialien zugleich der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen ist, den darlehensgewährenden Gesellschafter gegenüber der früheren Rechtslage nicht erheblich schlechter zu stellen (BT-Drucks. 16/6140, S. 56 rechte Spalte), folgt hieraus nichts anderes. Den Materialien ist insoweit eine Abwägung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter zu entnehmen. Durch das Gesetz ist einerseits die Haftung der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung verschärft worden, indem der Nachrang aller Gesellschafterforderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF) angeordnet wird und durch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nF alle Rückzahlungen an die Gesellschafter innerhalb der Jahresfrist einer Anfechtung des Insolvenzverwalters der Gesellschaft unterliegen. Andererseits wird die Haftung des Gesellschafters auch verringert, weil nach neuem Recht Auszahlungen, die außerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgen, nicht mehr gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG aF analog erstattet werden müssen. Schließlich ist durch die Einfügung von § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO nF der Anspruch des Insolvenzverwalters der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzung eines überlassenen Wirtschaftsgutes entfallen (vgl. BGH, Beschluss vom 30. April 2015 - IX ZR 196/13, WM 2015, 1119 Rn. 7 f). Danach fordert der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Ergebnisneutralität der Neuregelung keine Ausdehnung der Anfechtbarkeit.

26

bb) Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Anh. Rn. 123 unter Hinweis auf Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 106 und Michalski/Dahl, GmbHG, 2. Aufl., Anh. II §§ 32a, 32b aF Rn. 30 f, welche diese Ansicht allerdings nicht vertreten, vgl. hierzu Ulmer/Habersack, aaO Rn. 18), lässt sich aus dem Gesetz auch keine Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Gesellschafters ableiten, die dieser innerhalb des Zeitraumes von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag der Gesellschaft gewährt hat. Dem Anfechtungsrecht des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, das der Ergänzung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dient, lässt sich keine gesetzliche Vermutung dafür entnehmen, dass sich die Gesellschaft im Jahr vor Antragstellung zumindest im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit befunden hätte (vgl. Ulmer/Habersack, aaO, Anh. § 30 Rn. 18 mwN). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum früheren Recht wurde der Eigenkapitalersatzcharakter der Gesellschafterhilfe für den Zeitpunkt der Leistung unwiderleglich vermutet, wenn im letzten Jahr vor Anbringung des Insolvenzantrags oder dem nach § 6 AnfG gleichstehenden Zeitpunkt von der Gesellschaft eine Leistung auf ein Gesellschafterdarlehen erbracht worden war, das zuvor eigenkapitalersetzenden Charakter hatte. Damit war dem Gesellschafter der Nachweis abgeschnitten, dass im Zahlungszeitpunkt eine Krise nicht mehr bestanden habe (BGH, Urteil vom 26. März 1984 - II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 381; vom 30. Januar 2006 - II ZR 357/03, ZIP 2006, 466 Rn. 6 ff, vgl. auch BT-Drucks. 16/6140, S. 42 linke Spalte). Der Gesetzgeber des MoMiG hat entsprechende Vorschläge, eine solche Vermutung gesetzlich zu regeln, nicht aufgegriffen (vgl. Hömme, Die Kapitalerhaltung nach dem MoMiG unter besonderer Berücksichtigung des Cash Poolings, S. 226 f mwN). Soweit die Gesetzesbegründung auf den Umstand abhebt, dass Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen überhaupt erst ein Jahr vor und in der Insolvenz

kritisch würden (BT-Drucks. 16/6140, S. 42 rechte Spalte), bezieht sich dies erkennbar auf eine Rückgewähr von Mitteln an den Gesellschafter, die der Gesellschaft bereits zur Verfügung stehen, nicht aber auf die Zuführung neuer Gesellschafterleistungen. Im Rahmen der Regelung des Nachrangs in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wollte der Gesetzgeber aus Vereinfachungsgründen Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne einem konsequenten Anfechtungsregime unterwerfen (BT-Drucks. 16/6140, S. 26 rechte Spalte). Um solche geht es hier nicht.

Kayser

Lohmann

Pape

Möhring

Schoppmeyer

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 23.05.2011 - 13 O 6967/08 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 28.07.2014 - 14 U 1248/11 -