

Leitsätze des Verfassers:

1. Zur Einordnung einer aus einem Verkehrsgeschäft resultierenden Gesellschafterforderung als darlehensgleich ist allein entscheidend, ob die fragliche Forderung auf Grund einer vom Verkehrsüblichen abweichenden Fälligkeitsabrede oder Stundung Darlehenscharakter hat.

2. Bei der Abgrenzung zwischen einem verkehrüblichen Umsatzgeschäft und einem Darlehen bzw. darlehensgleichen Geschäft, ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Unmittelbarkeit von Leistung und Gegenleistung beim Bargeschäft gemäß § 142 InsO abzustellen.

OLG Schleswig, Hinweisbeschl. v. 29. 5. 2013 – 9 U 15/13 (LG Lübeck), ZIP 2013, 1485

**Kurzkomentar:**

*Marc d'Avoine, Dr. iur., Rechtsanwalt, FA für Steuerrecht sowie für Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzverwalter, Partner ATN Rechtsanwälte, Leverkusen*

1. Der Beklagte war Geschäftsführer und später Liquidator einer letztlich insolventen Gesellschaft. Der Kläger verlangt als Insolvenzverwalter Rückzahlung angefochtener Zahlungen der Gesellschaft an den Beklagten. Letzterer hatte Vergütungsansprüche für seine Tätigkeit als Liquidator zum Teil 43 Tage, zum Teil bis zu drei Monate nach Erbringung seiner Leistungen (Fälligkeit der Forderungen) abgerechnet, ohne dass weitere Regelungen getroffen worden wären. Die Gesellschaft zahlte die Vergütungsansprüche in einem Fall 35 Tage und in einem anderen Fall 6 Tage nach Eingang der Rechnung. Alle Zahlungen erfolgten in einem Zeitraum von weniger als zwei Monaten vor der Insolvenzantragstellung. LG und OLG gaben dem klagenden Insolvenzverwalter Recht. Das LG verurteilte den Beklagten zur Rückzahlung der vorerwähnten Zahlungen. Die hiergegen seitens des Beklagten eingelegte Berufung wies das OLG zurück.

2. Das LG hat den Rückzahlungsanspruch auf § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO gegründet und darauf verwiesen, dass die Forderungen aus der Tätigkeit als Liquidator durch den Zeitablauf wirtschaftlich Darlehen entsprochen hätten. Das OLG wertet die verzögert abgerechnete Vergütung ebenfalls als Darlehen i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Für die Qualifizierung einer aus einem Verkehrsgeschäft herührenden Gesellschafterforderung als darlehensgleich komme es allein darauf an, ob die Forderung aufgrund einer vom Verkehrsüblichen abweichenden Fälligkeitsabrede oder Stundung Darlehenscharakter hat. Dem OLG erscheint es sachgerecht, für die Abgrenzung zwischen einem verkehrüblichen Umsatzgeschäft und einem Kreditgeschäft die Grundsätze heranzuziehen, die in der Rechtsprechung zur Unmittelbarkeit von Leistung und Gegenleistung beim Bargeschäft nach § 142 InsO entwickelt wurden (*Graf-Schlicker/Neußner*, InsO, 3. Aufl. 2012, § 39 Rz. 42). Danach sei bei dienstvertraglichen Leistungen aus länger währenden Vertragsbeziehungen ein Bargeschäft jedenfalls dann zu verneinen, wenn zwischen dem Beginn der Tä-

tigkeit des Dienstverpflichteten und der Erbringung einer Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen (BGH, Urt. v. 6. 12. 2007 – IX ZR 113/06, ZIP 2008, 232, dazu EWiR 2008, 409 (Freudenberg)).

**3.1** Das MoMiG knüpft an die Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter an und ordnet bei Verstößen gegen die Vorschriften der Kapitalerhaltung eine Rückerstattungspflicht an. Die Voraussetzungen des ehemaligen „Eigenkapitalersatzes“ sind durch das MoMiG ersatzlos gestrichen worden. Der Gesetzgeber operiert nach MoMiG mit der „Fristenlösung“ und verweist im Fall der Insolvenz Gesellschafterdarlehen grundsätzlich in den Nachrang, gibt also einfachen Forderungen anderer Gläubiger, die nicht Gesellschafter sind, den Vorrang. Gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Gesellschafterdarlehen) ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

Das Barzahlungsprivileg half dem Ex-Geschäftsführer und Liquidator hier nicht weiter. Zwar sind Bargeschäfte i. S. d. § 142 InsO nicht anfechtbar, wenn durch die Leistung unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist. Zu Honorarzahlingen an einen Rechtsanwalt in der Insolvenzberatung hatte der BGH aber bereits mit Urt. v. 6. 12. 2007 (ZIP 2008, 232) entschieden, dass diese dann kein Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO sind, wenn zwischen der Zahlung und der Erbringung der anwaltlichen Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen. Für die innerhalb der 30 Tage erbrachten Leistungen hat der Rechtsanwalt einen (unanfechtbaren) Vergütungsanspruch, aber auch nur dann, wenn die Anwaltsleistungen den Wert des schuldnerischen Vermögens tatsächlich erhöht haben.

**3.2** In der Praxis ist Steuerberatern, Rechtsanwälten, aber auch sonstigen Beratern und Dienstleistern zu raten, die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitnah abzurechnen, entweder nach isolierten Gegenständen oder für klar abgegrenzte Zeitabschnitte, somit in Teilen oder abschnittsweise. Das gilt insbesondere für den Dauerberater oder „Permanentdienstleister“. In jedem Fall kann vereinbart werden, Teilleistungen gegen entsprechende Vergütung zu erbringen (BGH ZIP 2008, 232; BGHZ 167, 190 = ZIP 2006, 1261, dazu EWiR 2007, 117 (Pape)). Auch Vorschüsse sind möglich und zumutbar. Sie unterfallen der Ausnahme des anfechtungsfreien Bargeschäfts nach § 142 InsO, wenn der Wert des Vorschusses in etwa dem Wert der inzwischen entfalteten oder in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entspricht (BGH ZIP 2008, 232).

Unverkennbar zeigt sich die jüngste Rechtsprechung eher anfechtungsfreundlich und gegen Umgehungsversuche eingestellt (vgl. BGH, Urt. v. 21. 2. 2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582, dazu EWiR 2013, 217 (Bork), zur Anfechtung (auch) gegenüber einem Gesellschafter nach Abtretung; s. auch OLG Celle, Beschl. v. 8. 10. 2012 – 13 U 95/12, ZIP 2012, 2114). Daher sollten alle Berater und Dienstleister konkret beziffern, was sie auf welcher Grundlage für welche Leistung in Rechnung stellen. Ihre Leistungen sollten sie sodann binnen 30 Tagen spätestens fakturieren und auf zeitnahen Ausgleich drängen – und das Zurückbehaltungsrecht an weiteren Leistungen reklamieren.