

## Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

NZI 8/2013

17. April · 16. Jahrgang 2013 · Seiten 321–368

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von Prof. Dr. Martin Ahrens, Göttingen; Vors. Richter am LAG a. D. Dr. Wilfried Berkowsky, Halle; Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer Dr. Eberhard Braun, Achern; Prof. Dr. Georg Crezelius, Bamberg; Rechtsanwalt Michael Dahl, Köln; Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss; Vors. Richter am BGH a. D. Dr. Gero Fischer, Freiburg; Vors. Richter am BGH a. D. Dr. Hans Gerhard Ganter, Weil der Stadt; Richter am BGH Prof. Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald, Regensburg; Prof. Dr. Ulrich Haas, Zürich; Dipl.-Rpfl. Prof. Ulrich Keller, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln; Rechtsanwalt Dr. Jörg Nerlich, Köln; Vors. Richterin am LG Irmtraut Pape, Göttingen; Vors. Richter am OLG Werner Sternal, Köln; Prof. Dr. Rolf Stürmer, Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Köln; Richter am AG Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln; Dr. Ahrend Weber, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, CMS Hasche Sigle, Kranhaus 1, Im Zollhafen 18, 50678 Köln

### Beiträge

Rechtsanwalt Dr. Marc d'Avoine\*

#### **Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Rechtsgeschäfte gem. § 39 I Nr. 5 InsO – Rangverbesserung in der Insolvenz durch Verkauf und Übertragung der Anleihe**

§ 39 I Nr. 5 InsO verweist den Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in den Nachrang. Die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs durch den Gesellschafter an einen Dritten lässt den Rang des Darlehens grundsätzlich unberührt. Der Insolvenzverwalter kann den Nachrang auf Grund des § 404 BGB auch gegenüber dem Zessionar geltend machen. Die Rangwahrung gilt nur dann nicht, wenn die Abtretung des Anspruchs außerhalb der Jahresfrist des § 135 InsO erfolgt ist.

Anders könnte es bei der Anleihe sein, der Schuldverschreibung auf den Inhaber i. S. des § 793 BGB. Dort gilt § 796 BGB. Der entscheidende Unterschied zwischen der Abtretung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs und dem Kauf und der Übertragung einer Anleihe liegt darin, dass im Rahmen der Abtretung § 404 BGB, im Rahmen des Verkaufs einer Schuldverschreibung auf den Inhaber indes (nur) § 796 BGB Anwendung findet. Es fragt sich daher, ob der Aussteller – hier der Insolvenzverwalter – nach einer Übertragung der Rechte den Nachrang gegenüber dem Erwerber reklamieren kann.

#### **I. Grundsatz des Nachrangs von Gesellschafterdarlehen im Fall der Insolvenz**

Gesellschafterdarlehen gehen im Fall der Insolvenz einfachen „normalen“ Forderungen der anderen Gläubiger nach. § 39 I Nr. 5 InsO bestimmt:

„Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt: [...] 5. nach Maßgabe der Abs. 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“

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

#### **1. Ausgangsfall**

G ist Gesellschafter der X-GmbH. Im Zuge der Emission von Gesellschaftsanleihen durch die X-GmbH hat er einen Teil der Anleihen erworben. Kurze Zeit später (weniger als ein Jahr) stellt die Gesellschaft Insolvenzantrag. Das Verfahren wird eröffnet. G will seine Forderung auf Rückzahlung der Anleihe zur Tabelle anmelden. Der Insolvenzverwalter IV hält ihm entgegen, er könne nur mit nachrangiger Befriedigung aus der Insolvenzmasse rechnen, da es sich bei der von ihm gehaltenen Anleihe um ein Gesellschafterdarlehen i. S. des § 39 I Nr. 5 InsO handele. Daraufhin beschließt

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei ATN d'Avoine Teubler Neu Rechtsanwälte in Wuppertal.

G, die Anleihe, die im Freiverkehr an der Börse gehandelt wird, an den Dritten D zu verkaufen und zu übertragen. Dieser erwirbt die Anleihe, ohne zu wissen, dass es sich bei dieser um eine Anleihe handelt, die durch den Gesellschafter gehalten wurde. Später meldet D die in der Anleihe verbriefte Forderung als „einfache Forderung“ gem. § 38 InsO zur Tabelle an. IV hat von dem Verkauf und der Übertragung durch G erfahren. Er bestreitet die „einfache Forderung“ und will die Forderung im Rang des § 39 I Nr. 5, also nachrangig behandeln. D will das nicht hinnehmen und pocht auf den Rang des § 38 InsO, ebenso wie alle anderen Anleihegläubiger.

## 2. Sinn und Zweck des § 39 I Nr. 5 InsO

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts zum 1. 11. 2008 und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 sind das deutsche GmbH-Recht und die InsO grundlegend reformiert<sup>1</sup>. Die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters ist seitdem unter anderem in § 39 I Nr. 5 InsO verdeutlicht. Der Gesetzgeber operiert 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.

Der Telos der Vorschrift ist nicht eindeutig zu bestimmen<sup>2</sup>. Nur solange es sich bei dem hingegebenen Gesellschafterdarlehen um ein ehemals so genanntes *eigenkapitalersetzendes Darlehen* handelt, ist der Geltungsgrund offensichtlich. So bestimmte § 32 a GmbHG a.F., dass ein Gesellschafter, der der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschaft als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehen gewährt, den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen kann. Ziel der Vorschrift war es Fremdkapital, dass der Gesellschaft eigenkapitalersetzend zugeführt wurde, in der Insolvenz über das Vermögen der Gesellschaft, auch als Eigenkapital zu behandeln.

Die Voraussetzung des Eigenkapitalersatzes ist jedoch durch die Novellierung der Vorschriften durch das MoMiG ersatzlos gestrichen worden. Nunmehr sind sämtliche Darlehen erfasst, die der Gesellschaft durch einen Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden (Fristenlösung).

Sinn und Zweck der Vorschrift wird auch durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien nicht klarer, denn dort findet sich lediglich die Feststellung, dass Darlehen nachrangig sein sollen, wie es den internationalen Regelungsmustern entspreche. Zudem werde die Regelung für die Praxis einfacher<sup>3</sup>. Sicher ist die heutige Fristenlösung klarer und einfacher als das vormalige Kapitalersatzrecht.

Jedenfalls haftet der Gesellschafter nur mit dem der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Eigenkapital. Die alten Regeln zum Kapitalersatz trugen diesem Umstand Rechnung, indem sie auch nur kapitalersetzende Darlehen in den Anwendungsbereich mit einbezogen. Da der zwingende Kapitalersatz mit Einführung des MoMiG aber entfallen ist, müsste diese Begründung auch für nicht kapitalersetzende Darlehen tragfähig sein. Dies ist sie aber gerade nicht. Denn dass die beschränkte Haftung dazu zwingt, wirtschaftlich sinnvolle Darlehen des Gesellschafters, die potenziell zudem auch anderen Gläubigern zugute kommen, in der Insolvenz nur nachrangig zu befriedigen, ist nicht ersichtlich. Der Gesell-

schafter nutzt in diesem Fall auch die Haftungsbeschränkung nicht aus, er missbraucht sie nicht. Er würde daher in Bezug auf die Haftungsbeschränkung schlechter gestellt, obwohl die Darlehensgewährung diese nicht einmal im Randbereich tangiert.

## 3. Tatbestandliche Voraussetzungen des Nachrangs i. S. des § 39 I Nr. 5 InsO

Nach den durch das MoMiG vollzogenen Änderungen des Kapitalersatzrechts ist die Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO lediglich an die tatbestandliche Voraussetzung geknüpft, dass es sich bei der Insolvenzforderung um einen Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens oder um eine Rechtshandlung, die einem solchen wirtschaftlich entspricht, handelt. Sodann entscheidet die Frist von einem Jahr, ob Darlehen gem. § 488 BGB anfechtungsfrei bedient bzw. zurückgeführt werden können oder nicht.

Mit Blick auf die zu untersuchende Anleihe stellt sich die Frage „der wirtschaftlichen Entsprechung“. Anleihe wie auch Darlehen bedeuten „Überlassung von Kapital zur zeitweisen Nutzung“<sup>4</sup>. Dabei handelt es sich erst einmal um Fremdkapital. Für den Darlehensnehmer besteht zumeist die Pflicht, den versprochenen Zins zu zahlen und den empfangenen Betrag im Zeitpunkt der Fälligkeit zurück zu gewähren.

Überträgt man diese Feststellungen auf die Anleihe als klassische Kapitalanlage, so muss auch diese eine „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung“ sein. Denn wirtschaftlich bewirken Kauf und Übertragung einer durch die Gesellschaft ausgegebenen Anleihe dasselbe wie die Begebung eines Darlehens. In beiden Fällen wird der Gesellschaft Fremdkapital zugeführt, auf das die Gesellschaft Zinsen zu leisten hat und das im Zeitpunkt der Fälligkeit zurückzuzahlen ist. Dabei ist eine Differenzierung, ob der Gesellschafter der Gesellschaft von vornherein Mittel überlässt oder eine durch die Gesellschaft emittierte Anleihe kauft und übernimmt, entbehrlich. Die Folgen sind identisch. Bei der Anleihe handelt es sich im Grunde um nichts anderes als ein wertpapierverbrieftes Darlehen.

## II. Abtretung des Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz – Rechtsfolgen im Hinblick auf den Rang

Der Gesellschafter, welcher der insolventen Gesellschaft ein Darlehen gewährt hat, rangiert in der Insolvenz über das Vermögen der Gesellschaft mit seinem Rückzahlungs- und Restzinsanspruch im Nachrang des § 39 I Nr. 5 InsO. Das ist Ausdruck der Finanzierungsfolgenverantwortung auch nach Inkraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>5</sup>. In der Regel kann er nicht mit der Befriedigung seines Rückzahlungs- und Restzinsanspruchs rechnen. Das ändert sich erst dann, wenn – wie selten – eine Quote auf einfache Forderungen und andere vorrangige Gläubigeransprüche von 100 Prozent gezahlt wird. Den Fall gibt es in der Praxis fast nicht. Somit stellt sich für den Gesellschafter die Frage, ob er seinen Anspruch an einen Dritten abtreten kann, der sogleich die Darlehensforderung zur Tabelle anmeldet, um den Rück-

1 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, MoMiG, BGBl I, 2026.

2 Vgl. insb. Ebricke, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. (2007), § 39 Rdnr. 2, der die Gründe der Nachrangigkeit als diffus bezeichnet.

3 BT-Dr 16/6140, S. 56.

4 Fleischer, in: Henssler/Strohm, GesR, 2011, § 39 Rdnr. 3.

5 BGH, NZI 2013, 308 m. Anm. Jungclaus.

zahlungsanspruch nun im gleichen Rang des § 38 InsO wie die übrigen Gläubiger geltend zu machen.

### 1. Rangänderung durch Abtretung

Grundsätzlich bewirkt die Abtretung eines Anspruchs nicht eine Änderung seiner Rechtsqualität. Der Gesellschafter kann nicht etwa durch eine „modifizierte Abtretung“ den Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens gegen die Gesellschaft so an einen Dritten abtreten, dass diesem die Nachrangigkeit des § 39 I Nr. 5 InsO nicht entgegengehalten werden könnte. Dieses folgt aus §§ 398 ff. BGB, wenngleich die Vorschriften in der geschilderten Konstellation durchaus zu kontroversen Rechtsansichten führen können.

Zu einer Konstellation wie der vorliegenden führt das *OLG Stuttgart* mit Urteil vom 8. 2. 2012 aus<sup>6</sup>:

„Dem Zessionar eines Anspruchs auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens kann die Qualifikation des Darlehens als Gesellschafterdarlehen und die damit verbundene Nachrangigkeit nach § 39 I Nr. 5 InsO jedenfalls dann nach § 404 BGB entgegengehalten werden, wenn die Abtretung innerhalb der Jahresfrist des § 135 I Nr. 2 InsO, mithin innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte.“

Wenngleich der *BGH* mit Urteil vom 21. 2. 2013 die Entscheidung aufgehoben hat, stimmen *OLG* und *BGH* überein, dass auch ein Darlehen eines Dritten als Gesellschafterdarlehen zu bewerten ist, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Gesellschafter gleichsteht<sup>7</sup>. Bereits nach den ehemaligen Regeln zum Eigenkapitalersatz galt, dass die Qualifikation eines Gesellschafterdarlehens als eigenkapitalersetzend nicht durch die Abtretung verloren geht. Die aktuelle Rechtsprechung bestätigt den Verbleib des Nachrangs auch nach Abtretung. Mit anderen Worten, das Nachrangrisiko muss der Zessionar mangels der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs gegen sich gelten lassen<sup>8</sup>. Der Insolvenzverwalter kann daher den nachrangigen Charakter eines Darlehens auch nach Abtretung der Rückzahlungsforderung des Gesellschafters dem Zessionar nach § 404 BGB entgegengehalten<sup>9</sup>. Gleiches gilt auch für die Qualifikation eines Darlehens als Gesellschafterdarlehen zumindest dann, wenn die Abtretung innerhalb der Jahresfrist des § 135 I Nr. 2 InsO erfolgte. Denn die Qualifikation als Gesellschafterdarlehen haftet der Forderung selbst an und ist nicht an die Person des Abtretenden gebunden. Der Rückzahlungsanspruch ist von vornherein für den Fall der Insolvenz nur beschränkt durchsetzbar<sup>10</sup>.

Der Meinung in der Literatur<sup>11</sup>, welche die Verstrickung nur auf den Gesellschafter persönlich beziehen will, folgen *OLG* und *BGH* nicht. Denn nähme man eine solche Wirkung an, so könnte dem Zessionar nicht die Eigenschaft des Darlehens als Gesellschafterdarlehen entgegengehalten werden. Zwar räumten die Befürworter dieser Ansicht der Gesellschaft einen Freistellungs- bzw. einen Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter ein, um eine Kompensation herbeizuführen; jedoch lasse sich für einen solchen Anspruch zum einen keine gesetzliche Grundlage finden, zum anderen sei dieser je nach Zahlungsfähigkeit des Gesellschafters auch nicht werthaltig.

Damit greift § 404 BGB weit. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. *BGH* und *OLG Stuttgart* wenden § 404

BGB auf die Nachrangigkeit des § 39 I Nr. 5 InsO an und zeigen, dass es diese als Einwendung oder zumindest wie eine solche behandeln will. Konsequenterweise bleibt der Nachrang bestehen<sup>12</sup>.

§ 404 BGB erhält Einwendungen auch gegenüber dem Zessionar. Dieses entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, bei der Einbeziehung Dritter die zum Kapitalersatzrecht entwickelten Rechtsgrundsätze anzuwenden<sup>13</sup>. Wenn der Schuldner alle Einwendungen auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen kann, so gilt das auch in Abtretungsfällen. Andernfalls liefen die Nachrangregelung des § 39 I Nr. 5 InsO weitgehend leer.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint nur dann vertretbar, wenn die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs außerhalb der Jahresfrist des § 135 I Nr. 2 InsO, erfolgt<sup>14</sup>. Denn nach Verstreichen der Jahresfrist kann der Insolvenzverwalter die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens nicht mehr anfechten; der Gesellschafter hat sich praktisch „über die Zeit gerettet“. Nichts anderes kann dann aber für die Abtretung der Forderung gelten. Wenn die Gesellschaft sogar schon (außerhalb des Jahreszeitraums) die Rückzahlung des Darlehens an den Gesellschafter anfechtungsfest vornehmen darf, so ist nicht einzusehen, warum einem dritten Erwerber die Qualifikation des Darlehens als Gesellschafterdarlehen sollte entgegengehalten werden können.

### 2. Rechtsfolgen für Anfechtungen

Die Anfechtung der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens richtet sich nach § 135 I Nr. 2 InsO. Demnach ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens i. S. des § 39 I Nr. 5 InsO oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Erfolgt die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens also binnen Jahresfrist vor Stellung des Eröffnungsantrags, ist diese grundsätzlich anfechtbar.

Anders als das *OLG Stuttgart*<sup>15</sup> erstreckt der *BGH* den Kreis der Anfechtungsgegner auf den Zessionar und den Gesellschafter bzw. Zedenten<sup>16</sup>. Das *OLG Stuttgart* meinte noch, die Anfechtung könne nur gegenüber dem Dritten, somit dem Erwerber und nicht gegenüber dem Gesellschafter erklärt werden. Denn anfechtbare Rechtshandlung sei nur die Rückzahlung des Darlehens an den Zessionar<sup>17</sup>. Nur dieser habe überhaupt eine Leistung aus dem Vermögen des Schuldners empfangen. Der durch den Zedenten erlangte Betrag hingegen stamme nicht aus der Masse, sondern aus dem Vermögen des Zessionars. Dementsprechend bestimme § 143 I 1 InsO auch, dass das an die Insolvenzmasse zurück zu gewähren sei, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde.

6 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324.

7 *BGH*, NZI 2013, 222.

8 *BGH*, NZI 2013, 308.

9 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324 Rdnr. 37 m. w. Nachw. z. Rspr.

10 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324; *BGH*, NZI 2013, 308.

11 Etwa *Schröder*, Die Reform des EigenkapitalersatzR durch das MoMiG, Rdnr. 253.

12 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324; *BGH*, NZI 2013, 308.

13 *BGH*, NZI 2013, 308 m. Verw. auf BT-Dr 16/6140, S. 56.

14 *BGH*, NZI 2013, 308.

15 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324.

16 *BGH*, NZI 2013, 308.

17 *OLG Stuttgart*, NZI 2012, 324.

Dem gegenüber erstreckt der *BGH* mit Urteil vom 21. 2. 2013 den Kreis der Anfechtungsgegner auf den Zessionar und den Gesellschafter bzw. Zedenten. Nach Tilgung einer abgetretenen Forderung aus einem Gesellschafterdarlehen von der Gesellschaft durch Zahlung an den Zessionar kann diese Befriedigung auch gegenüber dem Gesellschafter angefochten werden<sup>18</sup>. Der *BGH* schließt sich einem Teil der Literatur an, welche mit der ursprünglichen Finanzierungsverantwortung und dem Verbot von Umgehungstatbeständen argumentiert<sup>19</sup>. Im Rahmen des § 135 I Nr. 2 InsO sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustellen<sup>20</sup>. Die Drittzahlung sei als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend sei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf die der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgehe; darum sei sie auch als solche zu werten<sup>21</sup>. Konsequenterweise ist es dem Gesellschafter versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens das Anfechtungsrisiko auf die Gläubiger abzuwälzen<sup>22</sup>. Daher befürworten *BGH* und h. M. eine gesamtschuldnerische Haftung von Gesellschafter und Zahlungsempfänger, wenn der Gesellschafter durch die Abtretung der Darlehensforderung die Zahlung an den Zessionar als seine Geheißperson veranlasst hat<sup>23</sup>. Jede andere Betrachtung würde in der Tat § 135 I Nr. 2 InsO aufweichen oder unterlaufen.

Im Ergebnis ergibt sich daher folgendes Bild:

- Ein Gesellschafterdarlehen ist jedes Darlehen, das ein Gesellschafter seiner Gesellschaft gewährt.
- Der Anspruch auf Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens ist in der Insolvenz über das Vermögen der Gesellschaft nur nachrangig zu befriedigen, § 39 I Nr. 5 InsO.
- Die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs durch den Gesellschafter an einen Dritten lässt den Rang des Darlehens unberührt; die Zession führt somit nicht etwa zu einem „Hochschleusen“ des nachrangigen Anspruchs. Der Insolvenzverwalter kann den Nachrang auf Grund des § 404 BGB auch gegenüber dem Zessionar geltend machen.
- Die Rangwahrung gilt nur dann nicht, wenn die Abtretung des Anspruchs außerhalb der Jahresfrist des § 135 InsO erfolgt ist.
- Wird das Darlehen binnen Jahresfrist vor Antragstellung zurückgezahlt, entsteht ein Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters.
- Richtiger Anfechtungsgegner ist neben dem Zessionar auch der Zedent. Sie haften als Gesamtschuldner.

### III. Übertragung der Grundsätze zum Gesellschafterdarlehen auf die Gesellschafteranleihe

Soweit der Nachrang eines Gesellschafterdarlehens vor und nach Abtretung desselben klar ist – und bleibt, stellt sich die Frage, ob die oben dargelegten Grundsätze auch auf die Gesellschafteranleihe übertragbar sind, konkret, ob der Verkauf und die anschließende Übertragung einer Gesellschafteranleihe die Nachrangigkeit des § 39 I Nr. 5 InsO beseitigen kann. Dann wäre das Ergebnis anders als bei der Abtretung eines Darlehensanspruchs.

#### 1. Anleihe als Schuldverschreibung auf den Inhaber – Anwendbares Recht

Bei einer Anleihe handelt es sich um eine Schuldverschreibung auf den Inhaber i. S. des § 793 BGB. Damit gilt auch § 796 BGB. Der entscheidende Unterschied zwischen der

Abtretung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs und dem Kauf und der Übertragung einer Anleihe liegt darin, dass im Rahmen der Abtretung § 404 BGB, im Rahmen des Verkaufs einer Schuldverschreibung auf den Inhaber indes (nur) § 796 BGB Anwendung findet.

Wenngleich der Gesellschafter als Anleihegläubiger eine nachrangige Insolvenzforderung gemäß § 39 I Nr. 5 InsO besitzt, ist dem Rechtsnachfolger § 404 BGB nicht entgegenzusetzen. Denn eine dem § 404 BGB entsprechende Norm existiert im Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber nicht. Vielmehr bestimmt § 796 BGB, dass der Aussteller dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegenzusetzen kann, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Damit ist es dem Aussteller – hier dem Insolvenzverwalter – aber gerade verwehrt, den Nachrang gegenüber dem Erwerber geltend zu machen<sup>24</sup>.

Nach diesem Ergebnis kann der Gesellschafter, der eigene Anleihen der Gesellschaft hält, diese übertragen und damit deren Nachrang beseitigen. Er schleust den Anspruch aus § 39 I Nr. 5 quasi in den Rang des § 38 InsO hoch. Der (scheinbare) Wertungswiderspruch wird offenbar, wenn zwei Gesellschafter Gläubiger sind, wobei der eine der Gesellschaft ein Darlehen gegeben und der andere eine Anleihe gekauft hat. Der Darlehensgeber wird weder Befriedigung aus der Masse – zusammen mit den anderen Gläubigern im einfachen Rang des § 38 InsO – erhalten, noch eine Möglichkeit haben, seine Forderung „rangverbessernd“ zu verkaufen. Der Anleihegläubiger hingegen darf zwar auch nicht mit einer Befriedigung aus der Masse zusammen mit den anderen Gläubigern im einfachen Rang rechnen, kann seine Forderung aber über die Börse oder auf andere Art verkaufen und übertragen, womit die vormalige Frage des Rangs der ursprünglichen Forderung keine Rolle mehr spielt. Dieses gilt jedenfalls solange, wie eine börsennotierte Anleihe nicht vom Handel ausgesetzt ist.

Wirtschaftlich entsprechende Rechtsgeschäfte scheinen damit unterschiedliche Folgen auszulösen, es sei denn die Regelung des § 796 BGB müsste anders verstanden oder ausgelegt werden, wenn es um einen Fall in der Insolvenz geht. Offensichtlich ist nur, dass sich eine Einschränkung nicht aus dem Wortlaut der Norm ergibt.

#### 2. § 39 I Nr. 5 InsO als *lex specialis*

§ 39 I Nr. 5 InsO könnte *lex specialis* sein mit der Folge, dass die Frage des Nachrangs konsequent über die §§ 404, 796 BGB zu lösen wäre. Um zu diesem Ergebnis, somit dem fortwährenden Nachrang, zu gelangen, müsste § 39 InsO eine Vorschrift sein, welche auch den Nachrang bei Verkauf der Forderung regelt. Nur dann läge eine speziellere Regelung vor, welche die allgemeinen Normen verdrängt.

In den Entscheidungen des *OLG Stuttgart* und des *BGH*<sup>25</sup> lässt sich eine solche Erwägung indes nicht finden. Dies könnte daran liegen, dass für das Darlehen die Norm des § 404

18 *BGH*, NZI 2013, 308.

19 *BGH*, NZI 2013, 308.

20 *BGH*, NZI 2013, 308.

21 *BGH*, NZI 2013, 308.

22 *BGH*, NZI 2013, 308.

23 *BGH*, NZI 2013, 308.

24 *Rümker*, in: *Festschr. f. Walter Stimpel*, 1985, S. 700, betr. Industrieobligationen.

25 *BGH*, NZI 2013, 308.

BGB existiert und diese eine sachgerechte und dem Rechtsmpfinden entsprechende Lösung des Problems bietet, so dass eine Korrektur nicht angezeigt ist. Es fragt sich, ob Anfechtungs- und Nachrangvorschriften im Fall von Anleihen einer Korrektur bedürfen.

Zunächst ist festzustellen, dass § 39 InsO seinem Wortlaut nach keine Regeln aufstellt, die bestimmen, ob der Nachrang auch dann dauerhaft erhalten bleiben soll, wenn der Gesellschafter die Forderung abtritt (im Fall des Darlehens) oder die Urkunde übereignet (im Fall der Anleihe). Auch im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Die Materialien zu § 39 InsO enthalten weder einen Hinweis auf das Schicksal des Nachrangs, noch lassen sich Anhaltspunkte für eine Bewahrung des Nachrangs im Fall der Anleihe erkennen. Allein der Verweis auf einen – wie auch immer gearteten – weiten Gläubigerschutz vermag die Unterschiede zwischen Darlehen und Anleihe nicht aufzulösen. Die Norm des § 39 I Nr. 5 InsO geht den allgemeinen Regeln zum Schicksal der Einwendungen damit nicht als *lex specialis* vor.

### 3. Teleologische Reduktion des § 796 BGB

Wenn § 39 I Nr. 5 InsO nicht *lex specialis* zu §§ 404, 796 BGB ist und die Systematik der InsO auch keine „Strahlwirkung“ für § 39 I Nr. 5 InsO kennt, kommt eventuell eine teleologische Reduktion des § 796 BGB in Betracht, insbesondere, weil § 39 I Nr. 5 InsO zunächst einmal den Gesellschaftergläubiger eines Anspruchs auf Rückzahlung eines Darlehens und den eines Anspruchs auf Rückzahlung einer Anleihe gleichstellt. Beiden weist er in der Insolvenz den Nachrang zu. Daher mutet es *prima facie* widersprüchlich an, wenn die Abtretung des Anspruchs aus einem Darlehen den Nachrang bestehen, der Verkauf und die Übertragung der Anleihe hingegen den Nachrang entfallen lassen soll.

Eine teleologische Reduktion setzt voraus, dass der Wortlaut einer Norm zu weit gefasst ist und die Norm daher auf Fälle Anwendung findet, obwohl eine solche Anwendung dem Zweck der Norm zuwiderläuft oder auf Grund anderer Normen nicht angezeigt erscheint.

Die Zwecke der §§ 796 und 404 BGB unterscheiden sich. § 796 BGB dient der Umlauffähigkeit der Inhaberschuldverschreibung<sup>26</sup>. Solange der Handel mit Inhaberschuldverschreibungen nicht ausgesetzt ist, muss der Erwerber nicht damit rechnen, dass seinen Ansprüchen Einwendungen des Ausstellers entgegengehalten werden könnten, die nicht in seiner Person liegen oder sich aus der Urkunde ergeben. Von diesen Einwendungen hat der Anleihegläubiger regelmäßig keine Kenntnis. Sollte er trotz Nichtkenntnis Einwendungen befürchten müssen, wäre er beim Kauf schlecht beraten, denn er liefe Gefahr, einen unter Umständen wertlosen Anspruch zu erwerben. Jedoch liegt der Einwendungsausschluss regelmäßig im Interesse beider Parteien. Denn derjenige, der die Inhaberschuldverschreibung ausgibt, profitiert gerade von ihrer Umlauffähigkeit. Das Ziel der Emission ist es, Fremdkapital für die Finanzierung der Gesellschaft zu erhalten. Die Ausgebenden sind darauf angewiesen, dass die emittierten Anleihen auch gekauft werden. Ein solcher Kauf gibt aber nur dann Sinn, wenn sich der potentielle Erwerber einen wirtschaftlichen Vorteil davon versprechen darf, der nicht nachträglich verwässert werden kann.

Der Vorteil einer übernommenen Anleihe liegt nicht nur im reinen Zinsanspruch. Anleihen werden vor allem deshalb

gekauft, weil sie handelbar sind und sich daher für Spekulationsgeschäfte eignen. Wenn aber die oben genannte Gefahr bestünde, dass der Käufer jederzeit mit einer Einwendung zu rechnen hätte, dann litte darunter der typische Charakter eines Wertpapiers und am Ende auch die Verkehrsfähigkeit. Unter diesem Szenario könnte der Käufer niemals sicher sein, ob er nun eine einwendungsfreie oder -behaftete Forderung erwirbt. Wendete man den § 404 BGB auch auf die Anleihe an, käme man zu dem weiteren – kaum steuerbaren – Ergebnis, dass sich im Laufe der Zeit sämtliche Einwendungen, die gegen einzelne Anleihekäufer bestehen, kumulieren würden und die Anleihe immer mehr belasteten. Damit wäre diese Anlageform praktisch nicht mehr handelbar.

Im Gegenteil: Handelbarkeit muss erhalten bleiben. Die Aussetzung vom Handel ist die Ausnahme. Der Rechtsverkehr benötigt klare verlässliche Regeln. Hier liegt der Einwendungsausschluss auch im Interesse des Erwerbers, da ein wirtschaftlicher Handel für ihn damit überhaupt erst möglich wird. Wenn aber sowohl der Aussteller als auch der Erwerber von der Verkehrsfähigkeit profitieren, erscheint ein dementsprechender Einwendungsausschluss von beiden Seiten gewollt und interessengerecht.

Mit dieser Wertung wird auch nicht etwa ein Privileg zu Gunsten der Anleihe postuliert. Im Unterschied zu § 796 BGB verfolgt die Regelung des § 404 BGB einen anderen Zweck. Es sind zwei Gründe ersichtlich, aus denen heraus die Einwendungen erhalten bleiben müssen. Zum einen sticht die Überlegung des § 404 BGB, dass niemand mehr und besser Recht übertragen kann, als er selbst hat. Zum anderen ist auch das vitale Interesse des Schuldners in die Betrachtung einzustellen, dass der Vertragspartner, welchen er sich selbst ausgesucht hat, ihm die Einwendungen nicht dadurch abschneiden können soll, dass er den Anspruch abtritt<sup>27</sup>. Diesbezüglich ist aber auch die grundsätzliche Diskrepanz zwischen Umständen der Darlehensgewährung und des Anleihekaufs zu werten. Im Fall einer Darlehensbeziehung ist die Nähe der Vertragsparteien und deren persönliche Bindung größer. Eine Anleihe hingegen ist von vornherein als anonymes Finanzierungsvehikel geplant, so dass die emittierende Gesellschaft nicht einmal mehr nachvollziehen kann, wer gerade im Besitz der Anleihe ist. Das Darlehen hingegen ist durch einen eher persönlichen Charakter gekennzeichnet. Erhält die Gesellschaft ein Darlehen, so ist ihr der Darlehensgeber bekannt. Insoweit vertraut sie dann aber auch darauf, dass der Rückzahlungsanspruch nicht abgetreten wird oder wenn, dann nur unter Erhalt der Einwendungen gegen den durch sie bestimmten Vertragspartner. Im Ergebnis ist der Grund für die unterschiedliche Behandlung von Darlehen und Anleihe greifbar. Diese Unterschiede hat der Gesetzgeber berücksichtigt und durch die §§ 404, 796 BGB umgesetzt.

### 4. Einschränkung des § 796 BGB nach Treu und Glauben

In allen denkbaren Konstellationen kommt grundsätzlich eine Einschränkung des § 796 BGB unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in Betracht. Wenn der Erwerber bewusst zum Nachteil des Ausstellers, kollusiv oder in anderer nicht rechtskonformer Weise, gehandelt hat, muss

26 Habersack, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 796 Rdnr. 1; Gehreim, in: BeckOK-BGB, Stand: 1. 11. 2012, § 796 Rdnr. 1; Stadler, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. (2011), § 796 Rdnr. 1.

27 Roth, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 26), § 404 Rdnr. 1.



diesem zugestanden werden, auch die Einwendungen, die gegen den ursprünglichen Gläubiger begründet waren, einzuwenden. Voraussetzung für einen solche Ausnahmekonstellation wäre jedoch mindestens Vorsatz in Form des dolus eventualis, der sich auch darauf richten muss, dem Aussteller die Einwendungen abzuschneiden oder ihm durch gezieltes „Hochschleusen“ des Anspruchs Schaden zuzufügen<sup>28</sup>. Solches wird jedoch nur in den seltensten Fällen vorliegen. Der Erwerber ist in der Regel Kapitalanleger. Er weiß nicht von der Eigenschaft der Anleihe als Gesellschafteranleihe, es sei denn, der Gesellschafter schließt mit dem Erwerber persönlich einen Vertrag. Das ist bei frei handelbaren Anleihen nicht Usus. Im Übrigen dürfte ein solcher Sachverhalt auch schwer zu beweisen sein, insbesondere dann, wenn die Anleihe anonym über die Börse von dem Gesellschafter verkauft wird.

### 5. Anfechtbarkeit der Abtretung und Zahlung nach § 135 I Nr. 2 InsO

Wenn § 796 BGB nicht in seinem Geltungsbereich i. S. des § 404 BGB zu erweitern ist und damit den Anleihegläubiger und die Sicherheit des Rechtsverkehrs schützt, stellt sich am Ende noch die Frage, ob der Verkauf der Anleihe gegebenenfalls anfechtbar ist. Nach § 135 I Nr. 2 InsO ist eine Rechtsanfechtung anfechtbar, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens i. S. des § 39 I 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.“

Wenn der Gesellschafter seine Anleihe verkauft und überträgt, erhält er hierfür ein Entgelt, also eine Befriedigung. Diese Befriedigung erhält er jedoch nicht aus der Masse, sondern von dem Erwerber der Anleihe. Wenn man dem Anwendungsbereich des § 135 InsO nur solche Befriedigungen unterstellt, die der Gesellschafter direkt aus der Masse erhält, muss eine Anfechtung der Zahlung von Erwerber an den ursprünglichen Anleihegläubiger gemäß dieser Norm von vornherein ausscheiden.

Ein anderes Ergebnis ließe sich dann vertreten, wenn man annähme, dass die Abtretung der Forderung – hier der Verkauf und die Übertragung der Anleihe – eine (teilweise) Befriedigung des Gesellschafters durch den Zessionar bewirkt<sup>29</sup>. Das OLG Stuttgart erwägt ebenfalls eine Anfechtung nach § 135 I Nr. 2 InsO unter Bezugnahme auf vorstehende Ansicht. Er lässt es offen, ob eine solche Anfechtung im Ergebnis durchgreift. Im Fall der Darlehensgewährung hat das OLG dies im Hinblick auf § 129 InsO schon abgelehnt, ohne weitere Ausführungen zu der Befriedigung zu treffen. Jedenfalls könne nicht von einer Gläubigerbenachteiligung ausgegangen werden, da der Nachrang auch dem Erwerber gegenüber geltend gemacht werden könne.

Eine tatsächlich erfolgte Zahlung durch die Gesellschaft innerhalb der Jahresfrist der §§ 131 I, 135 I Nr. 2 InsO dürfte in der Praxis, da die Gesellschaft in der Krise steckt und alle Mittel benötigt, ein praxisferner Fall sein. Die Gesellschaft zahlt unmittelbar vor Insolvenzantragstellung eher echte Darlehen zurück, nicht aber Anleihekapital. Wenn gleichwohl in der Jahresfrist noch eine Rückzahlung der Anleihe erfolgte, bedeutet dieses die Parallele zu dem vom BGH mit Urteil 21. 2. 2013 entschiedenen Fall, in dem auch der Zessionar befriedigt wurde. Allerdings bleibt die Anleihe eine Schuldverschreibung auf den Inhaber i. S. des

§ 793 BGB. Wegen § 796 BGB können – wie ausgeführt – nur solche Einwendungen entgegengesetzt, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Damit ist es dem Aussteller – hier dem Insolvenzverwalter – aber gerade verwehrt, den Nachrang gegenüber dem Erwerber geltend zu machen. Die (theoretische) Zahlung in der Jahresfrist vor Antragstellung wäre auch dann nicht anfechtbar.

### IV. Zusammenfassung und Ergebnisse

Bei einer Anleihe handelt es sich um eine Schuldverschreibung auf den Inhaber im Sinne des § 793 BGB. Damit gilt auch § 796 BGB. Der entscheidende Unterschied zwischen der Abtretung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs und dem Kauf und der Übertragung einer Anleihe liegt darin, dass im Rahmen der Abtretung § 404 BGB, im Rahmen des Verkaufs einer Schuldverschreibung auf den Inhaber indes (nur) § 796 BGB Anwendung findet.

Wenngleich der Gesellschafter als Anleihegläubiger grundsätzlich eine nachrangige Insolvenzforderung gemäß § 39 I Nr. 5 InsO besitzt, ist dem Rechtsnachfolger § 404 BGB nicht entgegenzusetzen. Eine Norm dem § 404 BGB entsprechende Norm existiert im Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber nicht. Vielmehr bestimmt § 796 BGB, dass der Aussteller dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegengesetzt kann, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Damit ist es dem Aussteller – hier dem Insolvenzverwalter – aber gerade verwehrt, den Nachrang gegenüber dem Erwerber geltend zu machen.

Im Ergebnis kann der Gesellschafter, der eigene Anleihen der Gesellschaft hält, diese übertragen und damit deren Nachrang beseitigen. Er schleust den Anspruch aus § 39 I Nr. 5 in den Rang des § 38 InsO hoch. Dieses gilt jedenfalls solange, wie eine börsennotierte Anleihe nicht vom Handel ausgesetzt ist.

Auch wenn § 39 I Nr. 5 InsO nicht *lex specialis* zu §§ 404, 796 BGB ist und die Systematik der InsO auch keine „Strahlwirkung“ für § 39 I Nr. 5 InsO kennt, kommt eine teleologische Reduktion des § 796 BGB nicht in Betracht. Die Zwecke der §§ 796 und 404 BGB unterscheiden sich. § 796 BGB dient der Umlauffähigkeit der Inhaberschuldverschreibung. Der Handel mit Inhaberschuldverschreibungen wäre gefährdet und käme letztendlich zum Erliegen, wenn jeder Erwerber damit zu rechnen hätte, dass seinen Ansprüchen Einwendungen des Ausstellers entgegengehalten werden könnten, die nicht in seiner Person liegen oder sich aus der Urkunde ergeben. Das Ziel der Emission ist es, Fremdkapital für die Finanzierung der Gesellschaft zu erhalten. Die Ausgebenden sind darauf angewiesen, dass die emittierten Anleihen auch gekauft werden. Ein solcher Kauf gibt aber nur dann Sinn, wenn sich der potentielle Erwerber einen wirtschaftlichen Vorteil davon versprechen darf, der nicht nachträglich verwässert werden kann. ■

28 Habersack, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 26), § 796 Rdnr. 14.

29 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. (2010), Anh. § 30 Rdnr. 30.