

Mihail Kolev\*

## Die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für verbriefte Gesellschafterdarlehen. Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2019, IX ZR 149/16

### Abstract

Ob anfänglich bestellte Sicherheiten für verbriefte Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar sind, hängt von zwei Fragen ab: Zum einen, ob das Bargeschäftsprivileg nach § 142 Abs. 1 auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist und zum anderen, ob die Verbriefung und ggf. die Übertragung der Forderung durch Veräußerung des Wertpapiers abweichende Ergebnisse begründen. Im Gang der Untersuchung werden die historische Entwicklung des betroffenen Regelungskomplexes sowie dessen Telos durchleuchtet.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften im achten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag ist als Seminararbeit i. R. d. Seminars „Aktuelle Fragen des Zivilprozess- und des Insolvenzrechts“ im Wintersemester 2019/2020 bei Prof. Dr. *Piekenbrock* und Prof. Dr. *Siegmann* entstanden und stellt zugleich eine Besprechung von BGHZ 221, 100 ff. dar. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. *Piekenbrock* für seine Unterstützung und hilfreichen Anmerkungen.

## A. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit wird der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen Sicherheiten, die für verbrieftes Gesellschafterdarlehen bestellt wurden, der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterliegen. Wirtschaftlich ist das Thema insofern von Bedeutung, dass sich im März 2020 in Deutschland Unternehmensanleihen mit einem Nominalwert von 344.136 Millionen Euro im Umlauf befanden.<sup>1</sup> Die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen der Anleihegläubiger sind genauso berührt wie die der Emittenten: Investoren sollten darüber im Klaren sein, welche Risiken sie mit dem Erwerb einer Inhaberschuldverschreibung eingehen. Die damit korrelierende Werthaltigkeit dieser Papiere ist auch für solche Unternehmer bedeutsam, die sich über dieses Kreditinstrument finanzieren wollen.

In die rechtliche Problematik leitet die Entscheidung des *IX Zivilrechtsenats* des *BGH* vom 14.2.2019 ein. Sie gibt zugleich das Untersuchungsprogramm vor, das sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gliedern lässt. Im allgemeinen Teil ist die Frage zu beantworten, ob Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen der insolvenzrechtlichen Anfechtung unterliegen; insbesondere, ob das Bargeschäftsprivileg auch für sie gilt. Sofern die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu bejahen ist, sind etwaige Abweichungen von diesem Ergebnis zu untersuchen, die sich aus der Verbriefung der Forderungen ergeben könnten. An Bedeutung gewinnen in diesem Zusammenhang die Interessen des Erwerbers einer Schuldverschreibung.

## B. Der Ausgangsfall

Wollte man die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen aller an dem Ausgangsfall Beteiligten einheitlich grafisch darstellen, bedürfte es mehr als zwei Dimensionen. Daher konzentriert sich die Darstellung des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalts auf diejenigen Umstände und Würdigungen durch das Gericht, welche für die Ziele der hiesigen Untersuchung wesentlich sind.

Die Insolvenzschildnerin ist, nach mehreren Umwandlungen, zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eine GmbH, deren Gesellschafter eine OHG (39,21 %) und einer AG & Co. KG sind. Die OHG ist hundertprozentige Tochter der AG

---

<sup>1</sup> Für eine umfassende Werteübersicht über nichtfinanzielle Kapitalgesellschaften, Versicherungsunternehmen sowie sonstige Finanzinstitute s. *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Mai 2020, abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/650620/d4a5b3c3088be03348832bdc3fe6b2cc/mL/skmsatb052pdf1-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

& Co. KG. Um ihre Geschäftsidee zu finanzieren und Eigenkapital zu sammeln, geht die künftige Insolvenzschuldnerin zwei parallele Wege. Zum einen nimmt sie bei mehreren Kreditinstituten Darlehen auf. Zum anderen emittiert sie auf dem Kapitalmarkt Inhaberschuldverschreibungen in Höhe von 30 Millionen Euro. Diese beiden Arten von Forderungen sollen durch die gekauften Grundstücke besichert werden.

Für die Forderungen der Banken werden erstrangige Grundschulden bestellt. Die Inhaber der Schuldverschreibungen bilden eine Gemeinschaft nach Bruchteilen in Bezug auf zweitrangig bestellte Grundschulden. Diese werden für eine Anwaltssozietät bestellt. Sie agiert dann auf Grund eines Rahmen-Treuhandvertrages, geschlossen mit der künftigen Insolvenzschuldnerin. In diesem Vertrag verpflichtet sich die Anwaltssozietät im Innenverhältnis, die im Außenverhältnis ausschließlich für sie bestellten Grundpfandrechte im Interesse der Anlagegläubiger zu verwalten. Die AG & Co. KG erwarb Ende des Jahres 2006 Teilschuldverschreibungen in einer Stückzahl von 10.229 à 1.000 Euro, die auf die OHG übergingen und von dieser bis zum 19.11.2012 in einem Wertpapierdepot einer Bank gehalten wurden.<sup>2</sup>

Am 28.9.2012 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet, nachdem sie sich seit dem Jahr 2010 in der Krise befunden und am 3.9.2012 den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte. Die als Sicherheit dienenden Grundstücke wurden im Laufe des Insolvenzverfahrens aus freier Hand verkauft und der nach der Befriedigung der erstrangigen Gläubiger verbliebene Erlös wurde bei einem Notar hinterlegt. Nach Beschluss der Gläubigerversammlung wurde dieser Betrag an die Treuhänderin gezahlt.<sup>3</sup>

Der Insolvenzverwalter hat der OHG gegenüber die Anfechtung der Sicherheitenbestellung in der Form des Anteils an der Bruchteilsgemeinschaft erklärt. Er befürchtete, dass die OHG die Teilschuldverschreibungen nach Verfahrenseröffnung an Dritte veräußert hat. Mithin hat der Insolvenzverwalter die OHG im Wege der Stufenklage verklagt. In der ersten Stufe wollte er wissen, ob und an wen die OHG die Teilschuldverschreibungen verkauft hat und – für den Fall des Verkaufs – welchen Verkaufserlös sie erzielt hat. Ferner begehrte er die Übertragung des als Sicherheit dienenden Bruchteils an der

---

<sup>2</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 1.

<sup>3</sup> *Ebd.*, Rn. 2.

Bruchteilsgemeinschaft der Schuldverschreibungsgläubiger und die Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Treuhänderin.

Auf der Grundlage der so festgestellten Tatsachen hat der *BGH* in rechtlicher Hinsicht Folgendes über die für die vorliegende Arbeit relevanten Punkte entschieden. Das Gericht vertritt den Standpunkt, dass das Bargeschäftsprivileg aus § 142 InsO für Sicherheiten, die für Gesellschafterdarlehen bestellt sind, nicht greifen soll.<sup>4</sup> Allein die Tatsache, dass es sich um Forderungen aus an der Börse handelbaren Teilschuldverschreibungen handelt, soll an der Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nichts ändern.<sup>5</sup> Ein Jahr nach Veräußerung des Papiers soll die Anfechtbarkeit auch gegenüber dem Erwerber, der nicht Gesellschafter ist, erklärt werden können.<sup>6</sup>

### **C. Allgemeiner Teil: Die Anfechtbarkeit anfänglich bestellter Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen**

In diesem Teil der Arbeit werden die unterschiedlichen Ansichten über die Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen dargestellt. Nach einer kritischen Auseinandersetzung wird eine eigene Ansicht über die strittigen Fragen entwickelt. Welche Bedeutung die Verbriefung der Forderung hat, soll dann untersucht werden, wenn anfänglich bestellte Sicherheiten anfechtbar sind.

#### **I. Bericht aus beiden Polen: Der Streit und seine Wurzeln**

Der Diskurs über die Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen kennzeichnet sich durch eine starke Polarisierung der Ansichten und Argumente. Entscheidend ist, ob das Bargeschäftsprivileg auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist. Während einige Stimmen, angelehnt an den Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 und des § 142 Abs. 1 InsO, die Anwendbarkeit ablehnen, erstreitet die Gegenansicht ihre Überzeugungskraft primär aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes.<sup>7</sup> Auf beiden Seiten wird mit der Gesetzeshistorie argumentiert.

Das geschichtliche und gedankliche Urproblem hinter dem angedeuteten zeitgenössischen Disput ist, wie man ein Gleichgewicht zwischen dem Interesse des Investors an flexiblen Finanzierungsmöglichkeiten und dem Vertrauen der

---

<sup>4</sup> *Ebd.*, Rn. 37.

<sup>5</sup> *Ebd.*, Rn. 61.

<sup>6</sup> *Ebd.*, Rn. 63.

<sup>7</sup> *Köth*, Die Verwertbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, ZGR 2016, 541 (565 ff.).

Gläubiger schafft.<sup>8</sup> Das Problem ist mindestens so alt wie die Rechtsform der Kapitalgesellschaft selbst.<sup>9</sup> Die neuen Regelungen im Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG) stellen daher lediglich eine Momentaufnahme der langjährigen geschichtlichen Entwicklung dar.<sup>10</sup> Sie schenken der alten Auseinandersetzung jedoch ihre heutige Gestalt.

## II. Entwicklung einer eigenen Ansicht

Den Streit um die Anfechtbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird eine sorgfältige Auslegung der in Betracht kommenden Normen entscheiden.

### 1. Vorüberlegungen: Allgemeine Voraussetzungen für die Anfechtung

Vereinzelt wird versucht, eine unwiderlegbare Vermutung der Gläubigerbenachteiligung in den § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO hineinzulesen.<sup>11</sup> Da nicht von vornherein auszuschließen ist, dass eine Gläubigerbenachteiligung im Fall der Besicherung eines Darlehens fehlen kann,<sup>12</sup> ist die allgemeine Voraussetzung nach § 129 Abs. 1 InsO stets zu prüfen. Dies folgt aus der Gesetzessystematik sowie aus dem Wortlaut des § 128 Abs. 1 InsO, der ausdrücklich alle Anfechtungstatbestände von §§ 130 bis 146 InsO benennt.<sup>13</sup> § 135 Abs. 1 InsO beinhaltet keine unwiderlegbare Vermutung der Gläubigerbenachteiligung. Vom *BGH* wird auch nicht das Gegenteil vertreten: Er wendet § 129 Abs. 1 InsO i. R. v. § 135 Abs. 1 InsO an.<sup>14</sup> Im Folgenden wird vom Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung ausgegangen.

### 2. Wortlaut

Die Anhänger der Ansicht, dass das Bargeschäftsprivileg auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist, berufen sich auf den Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. *Thiesen*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, ZGR 2015, 396 (398 f.).

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> Einzelheiten zur geschichtlichen Entwicklung *Thiesen*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, ZGR 2015, 396 (398-402).

<sup>11</sup> *Marotzke*, Gläubigerbenachteiligung und Bargeschäftsprivileg bei Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Transaktionen, ZInsO 2013, 641 (651, 656 f.).

<sup>12</sup> *Marotzke* (Fn. 11), S. 651; eine Gläubigerbenachteiligung verneinend *Hiebert*, Die anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz. Zur Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) auf § 135 I Nr. 1 InsO und fehlender Gläubigerbenachteiligung, ZInsO 2016, 1679 (1682).

<sup>13</sup> *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Auflage, Tübingen 2019, Rn. 252.

<sup>14</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 39; vgl. auch BGHZ 215, 262 Rn. 10.

<sup>15</sup> *Marotzke*, Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des

Danach ist eine Leistung des Schuldners, für die eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO gegeben sind. Im Umkehrschluss folgt also, dass § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 InsO Anwendung findet.

*a) Vergleich des § 142 I InsO mit § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO*

Die Gegenauffassung macht geltend, dass man auf den Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO nicht entscheidend abstellen kann, weil er nicht mit dem Wortlaut des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu vereinbaren sei.<sup>16</sup> Nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO sei die zeitliche Abfolge von Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung nicht von Bedeutung und eine Anwendung des Bargeschäftsprivilegs würde zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung von Sicherungen führen, die in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensauszahlung gewährt wurden.<sup>17</sup>

*b) Vergleich des § 142 Abs. 1 InsO mit § 6 Abs. 1 AnfG*

Es wird noch auf die wortgleiche Regelung im § 6 Abs. 1 AnfG hingewiesen, für die nicht nur eine vergleichbare Privilegierung wie nach § 142 Abs. 1 InsO fehlt, sondern auch den §§ 130 bis 132 InsO entsprechende Normen nicht vorzufinden sind.<sup>18</sup> Um eine folgerichtige Regelungsstruktur zu konstruieren, bedürfe es einer Rechtsfortbildung entweder über eine teleologische Reduktion des § 6 Abs. 1 AnfG oder eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 1 InsO i. R. d. AnfG.<sup>19</sup>

*c) Methodologisch richtig: Teleologische Reduktion*

Diese Argumentation überzeugt nicht. I. R. d. Wortlautauslegung einer Norm kann nicht der Wortlaut einer anderen maßgeblich sein, es sei denn, die eine Norm enthält einen ausdrücklichen Ausschluss der anderen. Ein solcher Ausschluss fehlt in § 135 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Der Hinweis darauf, dass eine

---

Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO 2008, 1281 (1286); *ders.* (Fn. 11), S. 650; *Bitter*, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nach § 135 I Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497 (1503 ff., 1506 f.); *ders.*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (743); *Hiebert* (Fn. 12), S. 1680; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löble, 2. Aufl. 2014, Anh. § 30 Rn. 116 f.; *Klaabsen*, in: Kölner Kommentar zur InsO, 2017, § 135 Rn. 90; *Rühle*, Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in Zeiten des MoMiG, ZIP 2009, 1358 (1360); *Ganter/Weinland*, in: K. Schmidt, 19. Aufl. 2016 § 142 Rn. 11.

<sup>16</sup> *Brinkmann*, in: Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.128; *Köth* (Fn. 7), S. 565 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 43.

<sup>17</sup> *Gehrlein*, Verbindungslinien zwischen Eigenkapitalersatz, Insolvenzanfechtung und Deliktshaftung, in: FS Kübler, 2015, S. 181 (187 f.); BGHZ 221, 100 Rn. 43 m. w. N.

<sup>18</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 565 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 43.

<sup>19</sup> *Ebd.*

Anwendung zu einer ungerechtfertigten Privilegierung führt, ist teleologischer Natur, denn aus dem bloßen Wortlaut des § 135 Abs. 1 InsO kann dieser Schluss nicht gezogen werden. Ein schwaches Argument ist auch der Vergleich mit der wortgleichen Regelung des § 6 AnfG, weil man die auf dem Boden der grammatikalischen Auslegung entstehenden Widersprüche in beide Richtungen beheben kann: Sowohl durch eine Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs, als auch durch eine analoge Anwendung bzw. durch eine teleologische Reduktion des § 6 AnfG.<sup>20</sup> In beiden Fällen ist aber Sinn und Zweck der Regelungen und nicht (allein) der Wortlaut maßgebend.

Es ist folglich daran festzuhalten, dass der Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO nicht die Anwendbarkeit auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausschließt. Der methodologisch richtige Ansatzpunkt, das Gegenteil anzunehmen, wäre eine teleologische Reduktion der Norm. Diese gilt es zu begründen.

### 3. Systematische Erwägungen

Die Systematik des Gesetzes spricht für die Anwendbarkeit des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 InsO.<sup>21</sup> § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gehört zu den §§ 130 bis 136 InsO, die die Anfechtungstatbestände enthalten, während § 142 Abs. 1 InsO zu den nachgelagerten, zusätzlichen Anfechtungsvoraussetzungen zählt.<sup>22</sup>

#### *a) Anwendung von § 133 InsO auf anfänglich bestellte Sicherheiten?*

Ferner wird angenommen, dass § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nur nachträglich bestellte Sicherheiten umfasse, denn der § 133 InsO, der ja nach dem Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO ausdrücklich aus dessen Anwendungsbereich ausgenommen ist, sei auf anfänglich bestellte Sicherheiten anzuwenden.<sup>23</sup> In ihrer Konsequenz ermöglicht diese Ansicht eine insolvenzfeste Besicherung einer Gesellschafterdarlehensforderung sogar ein Jahr vor Insolvenzantrag, was gegen die einjährige Frist für Zurückzahlung der Forderung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO verstößt.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Darauf hinweisend *Marotzke* (Fn. 11), S. 645, der für eine analoge Anwendung plädiert wie *Bitter*, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nach § 135 I Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497 (1507 f.).

<sup>21</sup> *Kirchhof/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II, 4. Auflage 2019, Vor §§ 129 bis 147 Rn. 93; *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681; *Klaabsen*, in: Kölner Kommentar InsO (Fn. 15), § 135 Rn. 61; BGHZ 221, 100 Rn. 44.

<sup>22</sup> *Kirchhof/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), Vor §§ 129 bis 147 Rn. 93; BGHZ 221, 100 Rn. 44.

<sup>23</sup> *Rühle* (Fn. 15), 1360; vgl. auch *Gehrlein* (Fn. 17), S. 185 f.; *Köth* (Fn. 7), S. 566 f.

<sup>24</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 567.

*b) Vergleich mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO?*

Auch ein Vergleich des § 135 Abs. 1 InsO mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO wird bemüht, um die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs zu begründen.<sup>25</sup> Da der Anwendungsbereich § 142 Abs. 1 InsO auch die §§ 130, 131 InsO mitumfasse, die genauso wie § 135 Abs. 1 InsO eine „Insiderdeckungsanfechtung“ im Falle des § 138 InsO beinhaltet, sei die Rechtshandlung nach § 135 Abs. 1 InsO auch zu privilegieren, wenn gleichwertige Leistungen gegenüberstünden.<sup>26</sup> Der Legitimationsgrund für die Anfechtung sei in den beiden Fällen gleich: ein Informationsvorsprung des Anfechtungsgegners.<sup>27</sup> Unter die nahestehenden Personen i. S. v. § 138 InsO fallen aber auch solche, die in einer engen familiären Beziehungen zum Schuldner stehen, z. B. Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte. Es kann nicht unterstellt werden, dass nur wirtschaftliche Motive sie zum Handeln bewegt. Häufig sind für diese Personen – im Unterschied zu Gesellschaftern – emotionelle Beweggründe ausschlaggebend. Im Verhältnis zur Fallgruppe des § 138 Abs. 2 InsO ist § 135 Abs. 1 InsO eine spezialgesetzliche Regelung. Der Vergleich des § 135 Abs. 1 InsO mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO kann folglich die Anwendbarkeit nicht zwingend begründen.

*c) Relativierung der systemischen Argumente*

Mit Blick auf die Regelung des § 135 Abs. 3 InsO verliert die Argumentation mit der systematischen Stellung des § 135 InsO weiter an Bedeutung. § 135 Abs. 3 InsO betrifft normative Fragen, die dem zweiten Abschnitt der Insolvenzordnung angehören; die Norm ist im dritten Abschnitt als ein „Fremdkörper“ anzusehen und steht dort maßgeblich nur aus historischen Gründen.<sup>28</sup> Hieraus ist auch die Intention des Gesetzgebers abzulesen, alle Normen betreffend des Gesellschafterdarlehens kompakt regeln zu wollen. Folglich ist die systematische Stellung keineswegs ein zwingendes Argument.

---

<sup>25</sup> Thole, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513 (524); Thole., Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, S. 408.

<sup>26</sup> Hiebert (Fn. 12), S. 1681; Marotzke (Fn. 11), S. 644; Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149 (151), der aber die Anfechtbarkeit bejaht; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, S. 44.

<sup>27</sup> Thole, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513 (524).

<sup>28</sup> Haas, Allgemeines Anfechtungsrecht und das Recht der subordinierten Gesellschafterdarlehen, ZIP 2017, 545 (545); K. Schmidt, in: K. Schmidt (Fn. 15), § 135 Rn. 2.



#### 4. Historie

Für das richtige Verständnis des § 135 Abs. 1 InsO und des § 142 Abs. 1 InsO ist ihre jeweilige Historie und Genealogie von entscheidender Bedeutung.

##### a) Historie des § 142 Abs. 1 InsO

In der Gesetzesbegründung des § 142 Abs. 1 InsO findet sich keine Erwägung betreffend § 135 InsO und umgekehrt.<sup>29</sup> Da aber die alte Fassung des § 135 InsO an das Merkmal des „Kapitalersatzes“ anknüpfte, kam es bei der Schaffung des § 142 InsO möglicherweise nicht darauf an.<sup>30</sup> Daher kann aus diesem Umstand keine Folge für die Anwendbarkeit des § 142 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gezogen werden.

##### b) Historie des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Die Änderung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die hier von Interesse ist, erfolgte durch das MoMiG im Jahr 2008. Auffällig ist, dass sich die Ansicht, die die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs bejaht, sowie auch die Gegenauffassung auf die Historie dieser Norm stützen. Demnach ist ein sorgfältiger Umgang mit der Gesetzesgeschichte erforderlich.<sup>31</sup>

Hierzu ist an den Überlegungen festzuhalten, dass jede Schaffung einer neuen Regelung ein Willensakt des Gesetzgebers ist, der zwei Komponenten beinhaltet – eine negative und eine positive. Zum einen kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, die alte Rechtslage abzulehnen. Der Grund für diese Ablehnung ist die Unzufriedenheit des Gesetzgebers mit den auf tatsächlicher Ebene liegenden Konsequenzen der alten Rechtslage. Die positive Komponente ist die Festsetzung einer neuen Rechtslage, mit der neue Folgen auf tatsächlicher Ebene bewirkt werden sollen. Diese beiden Elemente gilt es herauszuarbeiten, denn sie sind für den Sinn und Zweck der Regelung von maßgeblicher Bedeutung.

##### aa) Blick in das alte Recht und die negativen Komponenten

Vor der Verkündung des MoMiG waren auf Gesellschafterdarlehen die sogenannten „Novellenregeln“ und die „Rechtsprechungsregeln“ anwendbar.<sup>32</sup> Entscheidend war im alten Recht die Qualifizierung des Darlehens als

<sup>29</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 168 bzw. 161.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 221, 100 Rn. 47.

<sup>31</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 45 bis 48 auf der einen und *OLG Karlsruhe*, ZIP 2018, S. 1987 Rn. 41 auf der anderen Seite.

<sup>32</sup> *Henkel*, Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht im Rahmen von § 135 I InsO, ZInsO 2009, 1577 (1577).

„kapitalersetzend“.<sup>33</sup> Infolgedessen waren Rückzahlungen und Besicherungen solcher Darlehen ohne Berücksichtigung von Fristen anfechtbar und das Darlehen wurde in analoger Anwendung des § 30 a. F. GmbHG<sup>34</sup> als Eigenkapital behandelt.<sup>35</sup> Die Rechtslage vor dem MoMiG kennzeichnete sich durch hohe Komplexität, die der Gesetzgeber ausräumen und mit einer klaren und verständlichen Regelung ersetzen wollte, die für die Gesellschafter und Organe einer solventen Gesellschaft leicht zugänglich sind.<sup>36</sup>

Durch das MoMiG hat der Gesetzgeber das Nebeneinander von den sogenannten „Novellenregeln“ und „Rechtsprechungsregeln“ beseitigt und das Merkmal des Eigenkapitalersatzes abgeschafft.<sup>37</sup> Gesellschafterdarlehen sollen nach der Neuregelung nicht mehr in der Insolvenz als Eigenkapital behandelt werden, vgl. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG. Die Anleger müssen nunmehr nicht die Anfechtung einer zehn Jahre vor Insolvenzantrag bestellten Sicherheit fürchten.<sup>38</sup> Auch die Unterscheidung zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und normalen Darlehen wurde aufgehoben.<sup>39</sup>

#### bb) Die positiven Komponenten

Die Sonderregelungen für Gesellschafterdarlehen sollten nach dem MoMiG rechtsformneutral angewendet werden. Auch entsprechende Auslandsgesellschaften, deren Insolvenz in Deutschland abzuwickeln ist, sollten dem neuen Regime unterfallen.<sup>40</sup> Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den § 135 Abs. 1 InsO, der wie sein Vorläufer in der Konkursordnung (§ 32a KO) jede Umgehungsmöglichkeit von § 32a GmbHG sperren sollte, zur zentralen Vorschrift heraufgesetzt, nach der die Anfechtung von Sicherheitenbestellungen für Gesellschafterdarlehen zu richten ist. Entsprechend hat der Gesetzgeber den § 32a GmbHG abgeschafft. Das sogenannte Gesellschafterdarlehensrecht wurde vollständig ins Insolvenzrecht transloziert.<sup>41</sup>

---

<sup>33</sup> *Ebd.*

<sup>34</sup> Vgl. auch §§ 57 Abs. 1 S. 1, 64 AktG.

<sup>35</sup> Zu dieser Gleichstellung im alten Recht: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 IV 1 c).

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 42.

<sup>37</sup> *Ebd.*

<sup>38</sup> BT-Drs. 354/07, S. 129 f.

<sup>39</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 26.

<sup>40</sup> BT-Drs. 354/07, S. 130.

<sup>41</sup> BT-Drs. 354/07, S. 96.

cc) Folgen für die Auslegung des § 142 Abs. 1 und des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Dass § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO vom Bargeschäftsprivileg nicht erfasst sein soll, ist mit keinem Wort in den Begründungen des Gesetzesentwurfes erwähnt. Rückschlüsse auf diese Frage können aus den Ausführungen zur Neufassung des § 135 InsO gezogen werden, wonach „Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen im fraglichen Zeitraum [...] nach der vorgeschlagenen Regelung stets anfechtbar“ sein sollen.<sup>42</sup> Dies deutet gerade auf die Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs auf Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen.

Außerdem ist in diesem Zusammenhang auf die Änderung des § 6 AnfG aufmerksam zu machen, der etwaige bestehende Lücken zu schließen bestimmt ist, die aus der Abschaffung des § 32a GmbHG entstehen können.<sup>43</sup> Dass § 135 InsO und § 6 AnfG aufeinander abgestimmt sein sollen, liegt auf der Hand. Da mit den Änderungen im Anfechtungsgesetz keine dem § 142 Abs. 1 InsO entsprechende Regelung geschaffen wurde, die auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG anzuwenden wäre, ist davon auszugehen, dass sich der Gesellschafter i. R. d. Gläubigeranfechtung nicht auf das Bargeschäftsprivileg berufen kann.<sup>44</sup> An dieser Stelle wird wieder hervorgehoben, dass „sämtliche Rückzahlungen“ anfechtbar sein sollen.<sup>45</sup> Es liegt nahe, dass dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch für die Anfechtung in der Insolvenz gelten soll.

Die Abschaffung der Rechtsprechungsregel und die Distanzierung von der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Gesellschafterdarlehen und Eigenkapital spricht nicht für die Anwendung des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.<sup>46</sup> Denn der Gesetzgeber wollte den Unterschied zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und anderen Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz aufheben. Deshalb wurde in erster Linie die rückwirkende Anfechtung nach §§ 30, 31 a. F. GmbHG und §§ 57 Abs. 1 S 1, 64 AktG analog beseitigt. Die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens wird mit keinen negativen Folgen verbunden, soweit und solange die Gesellschaft „gesund“ ist. Anderes gilt, wenn die Gesellschaft in die Krise gerät.

---

<sup>42</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 57.

<sup>43</sup> *Ebd.*, S. 42, 57 f.

<sup>44</sup> Wie hier *Brinkmann*, Zwei Brennpunkte im Recht der Gesellschafterdarlehen. Die Behandlung des Cash Pools und die Besicherung von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2017, 708 (720).

<sup>45</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 57.

<sup>46</sup> So aber *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681 f.

## dd) Leitlinien für die Auslegung

Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich Leitlinien für die Auslegung der neuen Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO entnehmen. Dass die neuen Regelungen rechtsformneutral und auf ausländische Gesellschaftsformen anzuwenden sind, bedeutet zugleich, dass sich eine rechtsformspezifische, auf dem deutschen nationalen Recht fußende Auslegung verbietet. Die Übertragung der Regelungen betreffend Gesellschafterdarlehen in die Insolvenzordnung macht eine insolvenzrechtsspezifische Deutung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erforderlich. Das bedeutet, dass die Gefahren, die diese Form der Unternehmensfinanzierung für die Gläubiger mit sich bringen, vom Insolvenzrecht her zu bestimmen und zu bekämpfen sind.

## c) Zwischenergebnis

Aus den Gesetzesmaterialien ist keine ausdrückliche Antwort auf die Frage nach der Anwendung von § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu entnehmen. Dennoch deuten die Gesetzesmaterialien eine Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs an.

**5. Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO**

Zweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist, die insolvenzspezifische Gefahr zu bekämpfen, die mit der Besicherung von Gesellschafterdarlehen verbunden ist. Es muss verhindert werden, dass der Gesellschafter zu Lasten externer Gläubiger spekuliert, indem er aus den Gewinnen der Gesellschaft profitiert ohne entsprechend an den Verlusten teilzunehmen.<sup>47</sup> Erst recht darf dem Gesellschafter im Insolvenzfall der Genuss der in der Sicherheit enthaltenen Zinsen nicht gestattet werden. Der Legitimationsgrund dafür ist gerade seine Stellung als Gesellschafter.<sup>48</sup> Denn hieraus erwächst sein Informationsvorteil gegenüber anderen Gläubigern.

## a) Die insolvenzspezifische Gefahr

§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist in seiner Funktion eine Ergänzung der Kapitalerhaltungsvorschriften (z. B. §§ 30, 31 GmbHG).<sup>49</sup> Die Norm erschöpft sich aber nicht in dieser Funktion, denn § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist darüber hinaus eine gedankliche Erweiterung der Regelung auf Gesellschaften, für die das

---

<sup>47</sup> *Altmeyden*, Ratio legis des Rechts der Gesellschafterdarlehen am Beispiel der Sicherheiten, ZIP 2019, 1985 (1989).

<sup>48</sup> A. A. *Bitter*, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG, ZIP 2010, 1 (10).

<sup>49</sup> *Förste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 316.

deutsche Gesellschaftsrecht nicht anwendbar ist. Es soll verhindert werden, dass der Gesellschafter rechtsmissbräuchlich handelt.<sup>50</sup> Der Gesellschafter ist so zu behandeln, als ob er sein Unternehmen ordnungsgemäß finanziert hätte.<sup>51</sup> Dieser Grundgedanke des alten Rechts setzt sich in das neue Recht fort.<sup>52</sup>

An dieser Stelle ist zu betonen, dass die Gewährung von Gesellschafterdarlehen nicht per se gegen die ordnungsgemäße Finanzierung verstößt; seine Besicherung ist auch nicht unzulässig, was bereits aus der gesetzlichen Klarstellung in § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG zu entnehmen ist.<sup>53</sup> Erst die damit verbundene Nichtberücksichtigung des gebotenen Gläubigerschutzes, die sich durch den Eintritt der Krise verwirklicht, macht die Darlehensgewährung zu einer Form nicht ordnungsmäßiger Finanzierung.<sup>54</sup>

Schließe man die Anfechtbarkeit der Besicherung aus, erhöhe sich der Risikoanreiz des Gesellschafters, der bei Kapitalgesellschaften ohnehin schon als hoch einzustufen ist auf Grund der beschränkten Haftung.<sup>55</sup> Die Vornahme von risikobehafteten Geschäften soll so lange erlaubt bleiben, bis sie an die Grenze der Spekulation zu Lasten von Drittgläubigern stößt. Mit anderen Worten soll § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO davor schützen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Insolvenzrisiko auf die Drittgläubiger der Gesellschaft überträgt.<sup>56</sup>

#### *b) Stellung des Gesellschafters*

Dazu ist der Gesellschafter insbesondere durch seine besondere Stellung befähigt. Er verfügt über einen Informationsvorsprung sowie über Machtmittel, die die außenstehenden Drittgläubiger nicht haben.

Dieser Informationsvorsprung ist nicht nur passiver, sondern auch aktiver Natur: Der Gesellschafter informiert sich fortlaufend über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft und nicht nur einmalig und begrenzt über die in Frage

<sup>50</sup> Vgl. *Gehrlein*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), § 135 Rn. 6 bis 10.

<sup>51</sup> *Hölzle*, Zur Durchsetzbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz. Erwiderung auf *Bitter*, ZIP 2013, 1497, ZIP 2013, 1992 (1997); *K. Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen der Neufassung der §§ 39, 135 InsO, GmbHR 2009, 1009 (1019).

<sup>52</sup> *Hölzle* (Fn. 52), S. 1997; *K. Schmidt* (Fn. 52), S. 1019.

<sup>53</sup> Vgl. auch *Hiebert* (Fn. 52), S. 1681.

<sup>54</sup> Vgl. *Hölzle* (Fn. 52), S. 1997.

<sup>55</sup> *Huber/Habersack*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1 (2), die aber die Anwendung des Bargeschäfts bejahen; *Henkel* (Fn. 32), S. 1579.

<sup>56</sup> *Altmeyden* (Fn. 48), S. 1988 f; BGHZ 221, 100 Rn. 50.

kommende Sicherheit.<sup>57</sup> Er kann sie daher immer zum „richtigen“ Zeitpunkt verwerten. Und nach allgemeinen Regeln kann der Gesellschafter die Sicherheit risikolos verwerten. Dafür müssen nur die übrigen Fristen nach §§ 130 ff. InsO eingehalten werden.<sup>58</sup> Nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird auch keine Bösgläubigkeit vermutet.<sup>59</sup> Darauf kommt es aber nicht an, denn die Vorschrift dient dazu, der abstrakten Gefahr, die aus der anfänglichen Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterdarlehen entspringt, entgegenzutreten.<sup>60</sup> § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO soll die Gläubigergemeinschaft davor schützen, dass der Gesellschafter zu ihren Lasten spekuliert.

## 6. Unvereinbarkeit mit Sinn und Zweck des § 142 Abs. 1 InsO

Das Telos des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO lässt sich mit dem Zweck des § 142 Abs. 1 InsO nicht in Einklang bringen.<sup>61</sup> § 142 Abs. 1 InsO hat die Funktion, dem späteren Insolvenzschuldner zu ermöglichen, mit neutralen Dritten Geschäfte zu schließen.<sup>62</sup> Dass der sich in der Krise befindende Schuldner praktisch vom allgemeinen Geschäftsverkehr ausgeschlossen wäre, wenn die von ihm getätigten gleichwertigen Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen, wird vom Gesetzgeber als tragender Grund für die Ausnahmegesetzgebung benannt.<sup>63</sup> Dieser Vertrauensschutz, der Drittgläubigern gegenüber zu wahren ist, entfällt auf Grund des bestehenden Informationsvorsprungs und der möglichen Spekulation im Verhältnis zum Gesellschafter.<sup>64</sup> Zudem ist eine Gesellschaft als Insolvenzschuldnerin ihren Gesellschaftern gegenüber nicht schutzwürdig.

Durch die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens wird i. d. R. keine Beförderung des operativen Geschäfts erreicht, denn die Kreditmittel werden für Begleichung der dringlichsten Verbindlichkeiten verwendet.<sup>65</sup> Ins Auge springt die Schwäche dieser Begründung: Sie kann aufgrund der Möglichkeit, eine

---

<sup>57</sup> A. A. *Bitter* (Fn. 20), S. 1506.

<sup>58</sup> *Altmeyden* (Fn. 48), S. 1988 f.

<sup>59</sup> *Marotzke* (Fn. 11), S. 644.

<sup>60</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 571.

<sup>61</sup> *Haas*, Verhandlungen des sechshundsechzigsten deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, E 73.

<sup>62</sup> *Henkel*, Die Insolvenzanfechtung fristgemäß gezahlter Nutzungsentgelte nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, ZInsO 2010, 2209 (2210).

<sup>63</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 167.

<sup>64</sup> *Haas*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617 (624); bereits vor MoMiG: *Haas/Dittrich*, Eigenkapitalersetzende Dienstleistungen? Zugleich Besprechung vom österr. OGH, Urteil vom 24. 2. 2000, 8 Ob 136/99, DStR 2001, 623 (629 f).

<sup>65</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 568 f.; *Spliedt* (Fn. 26), S. 151, 153 f.

Kapitalgesellschaft praktisch ohne Eigenkapital zu gründen,<sup>66</sup> nicht verallgemeinert werden. Denn in diesem Fall kann erst ein Gesellschafterdarlehen die Geschäfte in Gang setzen. Daher ist auf diesen Punkt nicht entscheidend abzustellen.<sup>67</sup>

Anderes gilt jedoch für die Erkenntnis, dass die Anfechtung ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Krise und nur innerhalb der zehnjährigen Frist möglich ist.<sup>68</sup> Aus diesem Grund ist die Beibehaltung der Handlungsfähigkeit kein Argument für die Anwendbarkeit des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Dieser Argumentation wird entgegengehalten, dass der kreditgewährende Gesellschafter ungerechtfertigt schlechter gestellt wird, wenn die Gesellschaft Kreditmittel zu gleichen Konditionen auch von Dritten erhalten konnte (sogenannter „Drittvergleich“).<sup>69</sup> Aber genau der Vergleich mit außenstehenden Dritten zeigt den Grund für die Ungleichbehandlung auf.<sup>70</sup> Wegen der Stellung des Gesellschafters, der über die mit seiner Stellung verbundenen Informationen und Machtmittel verfügt, können die Umstände, unter denen die Darlehensgewährung erfolgt, niemals die Gleichen sein. Rein rechnerische und rechtstechnische Erwägungen stellen noch keine wirtschaftliche Betrachtung dar. Die Schlechterstellung des Gesellschafters wird durch den Normzweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gerechtfertigt.<sup>71</sup>

An dieser Ansicht wird bemängelt, dass sie zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung nicht unterscheidet.<sup>72</sup> Es sei nur die nominelle Unterkapitalisierung zu sanktionieren.<sup>73</sup> Der Gesellschafter müsse faktisch zur Finanzierung seiner Gesellschaft über das von ihm übernommene Insolvenzrisiko nicht gezwungen werden. Die von ihm getroffene Finanzierungsentscheidung werde nicht respektiert.<sup>74</sup> Nach der Übertragung der Vorschriften über das Gesellschafterdarlehen in die Insolvenzordnung, die

---

<sup>66</sup> Z. B. die deutsche UG.

<sup>67</sup> So aber *Köth* (Fn. 7), S. 568 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 53.

<sup>68</sup> Im Zusammenhang mit § 39 I Nr. 5: *Haas* (Fn. 28), S. 549.

<sup>69</sup> *Bitter*, in: Scholz, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 GmbHG Rn. 182; *ders.* (Fn. 20), S. 1504; *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681.

<sup>70</sup> *Brinkmann* (Fn. 45), S. 721.

<sup>71</sup> I. E. auch *Brinkmann*, in: Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 16), Rn. 2.128.

<sup>72</sup> *Hiebert* (Fn. 12), S. 1682; *Bitter*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (744 ff.); *Bitter* (Fn. 20), S. 1505, der das Problem über eine Durchgriffshaftung zu lösen versucht.

<sup>73</sup> *Ebd.*

<sup>74</sup> *Bitter* (Fn. 20), S. 1504; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löble (Fn. 25), Anh. § 30 Rn. 117.

nunmehr auch auf nichtdeutsche Gesellschaftsformen anwendbar sind, können auf dem spezifisch deutschen Gesellschaftsrecht fußende Argumente nicht streitentscheidend sein. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung nicht tragend.

Darüber hinaus eröffnet das Gesetz keinen Gestaltungsspielraum über das „wie“ der Darlehensgewährung – solche Darlehen sind stets mit qualifiziertem Insolvenzrisiko gemäß § 39 Nr. 5 InsO behaftet. Der Gesellschafter darf nur entscheiden, ob er ein Darlehen gewährt oder nicht. Seine Kenntnis von dieser Rechtslage ist zu unterstellen, sodass er keine begrenzte Finanzierungsentscheidung treffen kann.<sup>75</sup> Die Annahme, diese Entscheidung sei begrenzt, ist nur zutreffend, wenn die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens grundsätzlich insolvenzfest wäre. Diese Argumentation ist aber zirkelschlüssig: Es wird die Insolvenzfestigkeit vorausgesetzt – und genau die ist zu beweisen.

Aus alledem folgt, dass der Zweck des Bargeschäftsprivilegs nicht auf die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen abgestimmt ist. Der Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO ist daher teleologisch zu reduzieren.<sup>76</sup>

## 7. Folgen der Anfechtbarkeit und Umgehungsmöglichkeiten

Im Schrifttum wird auf die Folge der Anfechtbarkeit dahingehend aufmerksam gemacht, dass der Eigentumsvorbehalt, die Sicherungsübereignung, das unechte Factoring und das Finanzierungsleasing im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter „ihr Ende finden“.<sup>77</sup> Diese Folge bedeute keine unbillige Härte, sodass das Ergebnis aus diesem Grunde zu korrigieren wäre.<sup>78</sup> Die genannten Geschäfte sind Kreditgeschäfte und als solche von dem Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO mitumfasst.<sup>79</sup> Dass gerade mit den oben aufgezeigten Kreditgeschäften eine geringere Gefahr für die Insolvenzgläubiger verbunden sei, was ihre abweichende Behandlung begründen könnte, ist nicht einzusehen. Die vereinzelt vorgeschlagene unterschiedliche Behandlung des Eigentumsvorbehalts mit der Begründung, dass die als Sicherheit dienende Sache

<sup>75</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723; Hölzle (Fn. 52), S. 1997.

<sup>76</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723.

<sup>77</sup> Bitter, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (742 f.).

<sup>78</sup> Vgl. zur Ergebniskontrolle Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2019, § 5 Rn. 73.

<sup>79</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723 f.



aus dem Vermögen des Kreditgebers stamme, geht aus den gleichen Gründen fehl.<sup>80</sup>

Auf die Befürchtung, dass man § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch eine Betriebsaufspaltung leicht umgehen könne,<sup>81</sup> ist zu erwidern, dass die Folgen der Insolvenzfestigkeit noch gravierender auf die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger einwirken. Denn im Falle der Nutzungsüberlassung darf das Wirtschaftsgut nach § 135 Abs. 3 InsO weiterhin in ihrem Interesse benutzt werden. Bei Verwertung der Sicherheit würde ihr ganzer Wert dem Gesellschafter zugutekommen.

#### 8. Verfassungskonformität des Ergebnisses

Nicht zuletzt verstößt die unbeschränkte Anfechtbarkeit von Gesellschafterdarlehen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>82</sup> In der Regelung der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird nicht wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg (§§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 5 InsO) und das Sanierungsprivileg (§§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 4 S. 2 InsO), die den persönlichen Anwendungsbereich einschränken, sind alle Bedenken betreffend der Verfassungswidrigkeit des Ergebnisses ausgeräumt.

#### IV. Zurück zu den Wurzeln

Mit den hier erörterten Änderungen durch das MoMiG wurde die Finanzierung der Kapitalgesellschaft insoweit flexibler gestaltet, als Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen, die außerhalb der zehnjährigen Frist i. S. v. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bestellt wurden, insolvenzfest sind. Mit der hier vertretenen Ansicht, dass Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nicht dem Bargeschäftsprivileg unterliegen, wird auch dem Vertrauen der Drittgläubiger hinreichend Rechnung getragen. Damit wird das Gleichgewicht zwischen den widerstreitenden Interessen der Gesellschafter und den Drittgläubigern gewahrt.

#### D. Besonderer Teil: Mögliche Abweichungen für verbrieftes Gesellschafterdarlehen

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob sich das Ergebnis ändert, wenn das Gesellschafterdarlehen – wie in der Ausgangsentscheidung des *BGH* – in Inhaberschuldverschreibungen verbrieft ist. Einerseits sind Umgehungsmöglichkeiten nicht zu gestatten, während andererseits

<sup>80</sup> Anders *Mylich*, *Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen* ZHR 176 (2012), 547 (569), der in diesem Fall keine Ausnutzung eines Informationsvorsprungs annimmt.

<sup>81</sup> *Bitter* (Fn 83), S. 740.

<sup>82</sup> Anders *Marotzke*, *Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 I Nr. 5 InsO*, JZ 2010, 592 (598), *Marotzke* (Fn. 11), S. 656 f.

hinreichender Schutz des Erwerbers auf dem Kapitalmarkt zu gewährleisten ist. Entscheidend wird dabei sein, ob die Forderung auch im Falle der Verbriefung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig ist, denn nur Sicherheiten für solche nachrangigen Forderungen können gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten werden. Im Fall der Übertragung ist nach der Anwendbarkeit des § 145 Abs. 2 InsO zu fragen.

### **I. Rechtslage vor Übertragung der Forderung**

Aus der Verbriefung allein ändert sich die insolvenzrechtliche Behandlung des Falles nicht. Werden Schuldverschreibungen auf den Inhaber von einem Gesellschafter oder einer mit ihm verbundenen Person gehalten, entsprechen die sich daraus ergebenden Forderungen einem Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

#### **1. Sachlicher Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO**

Insbesondere sind Inhaberschuldverschreibungen vom sachlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst. Dieser ist nicht auf Forderungen aus einem Darlehensvertrag nach § 488 BGB beschränkt. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind auch Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, mitumfasst.<sup>83</sup> Maßgeblich ist die Finanzierungsfunktion der Rechtshandlung.<sup>84</sup> Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, vergleichbare Fälle gleich zu behandeln.<sup>85</sup>

Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 BGB) dienen der Fremdfinanzierung von Unternehmen.<sup>86</sup> Bedenken gegen die Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf Inhaberschuldverschreibungen können sich daraus ergeben, dass sie i. d. R. keinen Kreditrückzahlungsanspruch verbiefen: Dieses Leistungsversprechen ist zwar ein abstraktes Schuldversprechen i. S. v. § 780 S. 1 BGB.<sup>87</sup> Die Einzelheiten dieser bürgerlich-rechtlichen Struktur spielen für die wirtschaftliche Wertung aber keine Rolle.<sup>88</sup> Entscheidend ist, dass der erste Inhaber dazu verpflichtet ist, Kapital in Höhe des Nennbetrags an den Aussteller

---

<sup>83</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 56.

<sup>84</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole, 9. Aufl. 2018, § 39 Rn. 35; BGHZ 221, 100 Rn. 59.

<sup>85</sup> BGHZ 196, 220 Rn. 12; BGHZ 221, 100 Rn. 59; vgl. auch BT-Drs. 8/3908 S. 74.

<sup>86</sup> *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 730; *Rümker*, Formen kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Bankpraxis, FS Stimpel, 1985, S. 673 (699).

<sup>87</sup> *Marburger*, in: Staudinger, 2015, § 793 BGB Rn. 6; *OLG München*, DB 1997, 1072 Rn. 22.

<sup>88</sup> *Al. Wilhelm*, ZHR 180 (2016), 776 (787).

zu überlassen.<sup>89</sup> Die Verbriefung führt nicht zum Ausschluss der Forderung aus dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.<sup>90</sup> Für die Tatsache, dass die Wertpapiere auf der Börse handelbar waren, gilt nichts anderes.<sup>91</sup>

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Ob der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, entscheidet sich anhand wirtschaftlicher Gesichtspunkte.<sup>92</sup> Maßgeblich ist allein, ob der Inhaber Gesellschafter ist und nicht zu welchem Zeitpunkt er diese Stellung eingenommen hat.<sup>93</sup> Ist der Gesellschafter zugleich Inhaber der Schuldverschreibung, fällt die Forderung unter dem persönlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5.

## II. Rechtslage nach Übertragung der Forderung

Damit bleibt aber die Frage offen, ob die Sicherheit weiterhin anfechtbar ist, wenn die Schuldverschreibung auf den Inhaber gemäß § 793 Abs. 1 S. 1 BGB einem außenstehenden Drittgläubiger übertragen wird. Da die Übertragung keine inhaltliche Veränderung der Forderung bewirkt, ist allein die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs problematisch.

### 1. Abtretung gemäß § 398 BGB

Zum Verständnis ist der Blick kurz auf die vergleichbare Lage zu wenden, die nach einer Forderungsabtretung gemäß § 398 BGB eintritt. Richtigerweise wirkt sich § 35 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch dem Zessionar gegenüber aus. Dies folgt aus der Anwendung des § 404 BGB, wonach der Schuldner dem neuen Gläubiger Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen dem bisherigen Gläubiger begründet waren.<sup>94</sup> Dies gilt jedoch, wie es aus der gesetzlichen Bewertung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO folgt, nur innerhalb eines Jahres nach der Abtretung.<sup>95</sup> Auch eine etwaige Einbeziehung des § 145 Abs. 2 InsO führt nicht zu einem abweichenden Ergebnis, denn dem Zessionar wird die Gesellschafterstellung des Zedenten und mithin der Umstand bekannt sein, der die Anfechtbarkeit begründet.

---

<sup>89</sup> *Ebd.*, S. 780.

<sup>90</sup> Bereits zum § 32a GmbHG: *Rimker* (Fn. 92), S. 699.

<sup>91</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 61.

<sup>92</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 39 Rn. 45; BT-Drs. 16/6140, S. 56.

<sup>93</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 39 Rn. 45.

<sup>94</sup> Vgl. BGHZ 196, 220 Rn. 24 m. w. N.

<sup>95</sup> BGHZ 196, 220, Rn. 25 m. w. N.

## 2. Übertragung durch Veräußerung der Schuldverschreibung

Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 Abs. 1 BGB) sind Wertpapiere im engeren Sinne und als solche erschöpft sich ihre Funktion nicht bloß in der Legitimation (wie Schuldscheine) – vielmehr sind sie Träger des verbrieften Rechts.<sup>96</sup> Dieses Recht lässt sich demnach durch Veräußerung des Wertpapiers nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen.<sup>97</sup>

### a) Anwendung des § 796 BGB statt des § 404 BGB

Der Erwerber der Inhaberschuldverschreibung wird durch § 796 BGB abweichend von § 404 BGB davor geschützt, die Einwendungen des Schuldners gegen sich gelten zu lassen, welche gegen den vorherigen Gläubiger begründet waren. Die unterschiedlichen Ergebnisse, die sich aus den beiden Normen ergeben, sind Ausdruck ihrer verschiedenen Zwecke.<sup>98</sup>

§ 404 BGB dient dem Schuldnerschutz und ist Ausdruck des Grundsatzes, dass niemand mehr Rechte zu übertragen befugt ist, als er selbst hat.<sup>99</sup> Im Fall der Abtretung nach § 398 BGB ist der Schuldner deswegen schutzwürdig, weil er sich die Person seines Gläubigers selbst ausgesucht hat.<sup>100</sup> Dem Zedenten soll nicht möglich sein, die Rechte des Schuldners durch Abtretung zu mindern.<sup>101</sup>

Im Unterschied dazu soll § 796 BGB die Umlauffähigkeit der Inhaberschuldverschreibung ermöglichen, indem er nicht nur den Schuldner, sondern auch den Gläubiger schützt.<sup>102</sup> Der Inhaber darf gemäß § 796 BGB nur solche Einwendungen seitens des Ausstellers befürchten, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Der Begriff der Einwendung ist im Kontext der Norm weit auszulegen, sodass § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO grundsätzlich darunter zu subsumieren ist.<sup>103</sup> Eine denkbare teleologische Reduktion des § 796 BGB ist mithin mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren.<sup>104</sup>

---

<sup>96</sup>Marburger, in: Staudinger (Fn. 93), Vorb. §§ 793 – 808, Rn. 2; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 20.

<sup>97</sup>Ebd.

<sup>98</sup>d'Avoine, Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Rechtsgeschäfte gem. § 39 I Nr. 5 InsO – Rangverbesserung in der Insolvenz durch Verkauf und Übertragung der Anleihe, NZI 2013, 321 (325), davon ausgehend Rümker (Fn. 92), S. 700.

<sup>99</sup>Westermann, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 404, Rn. 1; d'Avoine (Fn. 104), S. 325.

<sup>100</sup>D'Avoine (Fn. 104), S. 325.

<sup>101</sup>Ebd.

<sup>102</sup>Marburger, in: Staudinger (Fn. 93), § 796 Rn. 1.

<sup>103</sup>Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.5.2016 – 12 U 34/15, Rn. 35 (juris).

<sup>104</sup>D'Avoine (Fn. 104), S. 325.

Das wirtschaftliche Ziel, das mit der Emittierung von Schuldverschreibungen verfolgt wird, wäre nicht zu erreichen, weil die Anleihegläubiger stets befürchten müssten, dass ein Jahr vor ihrem Erwerb ein Gesellschafter die Anleihen gehalten hat.<sup>105</sup>

Daher fallen die Sicherheiten, die für eine Inhaberschuldverschreibung anfänglich bestellt worden sind, nicht unmittelbar unter den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn der Inhaber ein Nichtgesellschafter ist.

*b) Konsequente Anwendung des § 145 Abs. 2 InsO*

Zu einem abweichenden Ergebnis könnte § 145 Abs. 2 InsO führen. Gemäß § 145 Abs. 2 InsO kann die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger, der kein Gesamtrechtsnachfolger ist, geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen von Nr. 1 bis 3 vorliegen.

*aa) Erwerber der Schuldverschreibung: Einzelrechtsnachfolger*

§ 145 Abs. 2 InsO setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner kein Gesamtrechtsnachfolger nach § 145 Abs. 1 InsO ist. Eine sonstige Rechtsnachfolge setzt die Identität der Gestalt und des Inhalts des anfechtbaren Rechts voraus.<sup>106</sup> Durch den Erwerb der Schuldverschreibung tritt der neue Inhaber vollständig in die Stellung des vorherigen Inhabers ein. Er darf nunmehr Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, § 793 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Recht verändert weder seine Gestalt noch seinen Inhalt.

*bb) Kenntnis über die Anfechtbarkeit des Erwerbs*

Nach dem Wortlaut des § 145 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO ist die Kenntnis des Rechtsnachfolgers über Umstände erforderlich, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründen. Dass ein Gesellschafter das in der Inhaberschuldverschreibung verbrieftes Recht und mithin die Sicherheit dafür erworben hat, ist der objektive Umstand dieses Erwerbs, der seine Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet. Heute werden alle Teilforderungen in einer Sammelurkunde verbrieft (§ 9a Abs. 1 S. 1 DepotG). Der entsprechende Miteigentumsanteil wird übertragen (vgl. § 24 Abs. 1 DepotG). Der An- und Verkauf von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt erfolgt i. d. R. aufgrund eines Kommissionsgeschäfts, sodass ein hoher Grad an

---

<sup>105</sup> *Ebd.*; vgl. zur „Verstrickung“ auch *Piekenbrock*, Ist die Mündelsicherheit von Pfandbriefen in Gefahr? Kritische Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.2.2019 = WM 2019, 650, WM 2019, 2229 (2231).

<sup>106</sup> *Huber*, in: Graf-Schlicker, 4. Aufl. 2014, § 145 Rn. 5.

Anonymität erreicht wird. Aus der Kumulierung dieser Umstände folgt, dass von einer Kenntnis über die Identität des vorherigen Inhabers der Schuldverschreibung nicht auszugehen ist.

cc) Teleologische Reduktion des § 145 Abs. 2 InsO?

Obwohl der Erwerb einer Schuldverschreibung von dem Wortlaut des § 145 Abs. 2 InsO erfasst ist, ist die Norm möglicherweise teleologisch zu reduzieren. Systematische Erwägungen, die zur Anwendbarkeit des § 145 Abs. 2 InsO führen, müssen nicht außer Acht gelassen werden, obwohl ihnen keine entscheidende Bedeutung zukommt, wenn es um § 135 Abs. 1 InsO geht.

Wie bei § 142 Abs. 1 InsO sind Sinn und Zweck der Norm maßgeblich. Das Telos hinter § 145 Abs. 2 InsO ist janusköpfiger Natur. Zum einen soll eine mehrfache Veräußerung des anfechtbaren erworbenen Vermögensgegenstands kein Hindernis für die Anfechtbarkeit bilden.<sup>107</sup> Daneben ist § 145 Abs. 2 Nr. 1 und § 2 InsO der Rechtsgedanke immanent, dass der Einzelrechtsnachfolger schutzwürdig ist, wenn er den Vermögensgegenstand gutgläubig erworben hat.<sup>108</sup> Zudem eröffnen sich über die Anwendung des § 145 Abs. 2 Nr. 1 und des § 2 InsO auf Erwerber, die die Anfechtbarkeit kennen, keine Umgehungsmöglichkeiten für den Gesellschafter. Eine Erstreckung auch gegenüber dem nichtsahnenden neuen Inhaber ist wegen seiner reinen Stellung als außenstehender Gläubiger nicht mehr begründet. Die Legitimationsgrundlage für die Schlechterstellung wird entzogen. Schutzwürdige außenstehende Drittgläubiger einer Gesellschaft sollen nicht mit dem auf den Gesellschafter zugeschnittenen Insolvenzrisiko des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO belastet werden.

Rechtsnachfolger sind nur dann nicht mehr schutzwürdig, wenn sie Kenntnis der anfechtungsbegründenden Umstände haben.<sup>109</sup> Ließe man die Anfechtung trotz der Wertungen des § 145 Abs. 2 InsO auch dem nichtsahnenden Inhaber der Schuldverschreibung gegenüber durchgreifen, würde man für Rechtsunsicherheit sorgen. Auf dem Kapitalmarkt ist nicht ersichtlich, ob der vorherige Inhaber eines Wertpapiers Gesellschafter der emittierenden Gesellschaft ist. Der neue Inhaber könnte nicht wissen, ob er mit einem qualifizierten Insolvenzrisiko belastet ist. Dieses Ergebnis wird auch von der Gesetzeshistorie des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterstützt. I. R. d. mit dem MoMiG erfolgten Reform wurde auch

---

<sup>107</sup> *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), § 145 Rn. 1; *Braun*, in: Braun, Insolvenzordnung 8. Aufl. 2020, § 145, Rn. 1.

<sup>108</sup> *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung. Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 145 Rn. 4.

<sup>109</sup> *Ebd.*

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG eingeführt. Im Anfechtungsgesetz findet § 15 Abs. 2 AnfG Anwendung, der gleichlautend mit § 145 Abs. 2 InsO ist. Da Einstimmigkeit zwischen der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz und der Insolvenzordnung zu gewährleisten ist, muss § 145 Abs. 2 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO angewendet werden. Hier besteht auch ein Unterschied zur Anwendung des Bargeschäftsprivilegs: Im Anfechtungsgesetz gibt es keine dem § 142 Abs. 2 InsO entsprechende Rechtsvorschrift.

Die Nichtanwendung des § 145 Abs. 2 InsO auf Sicherheiten für Inhaberschuldverschreibungen würde dem Normzweck zuwiderlaufen, wenn die besonderen Voraussetzungen gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 InsO nicht erfüllt sind.

### *c) Haftung des Gesellschafters*

Die Anwendung von § 145 Abs. 2 InsO auf den Inhaber einer Schuldverschreibung, der kein Gesellschafter ist, aber von einem solchen das Papier erworben hat, führe jedoch dazu, dass die Masse um die Befriedigung durch die Auslösung der Sicherheit verkürzt würde. Eine Rechtsnorm, auf welche die Haftung des Gesellschafters gestützt werden kann, ist schwer zu finden.<sup>110</sup>

Diese Lücke könnte jedoch dadurch geschlossen werden, dass die Veräußerung an einen außenstehenden Dritten durch den Gesellschafter analog § 135 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO angefochten wird. So würde der Gesellschafter wieder in seine Stellung als nachrangiger Insolvenzgläubiger gestellt. Er wäre so zu behandeln, als ob er Befriedigung durch die Sicherheit erlangt hätte. Dies wird durch das vom Gesetzgeber gesetzte Ziel unterstützt, dass Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen „stets“ anfechtbar sind.

Der Lösungsansatz ist von dem Legitimationsgrund des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gedeckt, der in dem aus der Stellung als Gesellschafter wurzelnden Informationsvorsprung besteht. Gerade auf Grund dieses Informationsvorsprungs wäre der Gesellschafter veranlasst, seine Inhaberschuldverschreibungen zu veräußern, um sich zu refinanzieren. Diese Veräußerung wäre dann mittelbar gläubigerbenachteiligend, wenn sich der neue Inhaber der Schuldverschreibung aus der wegen §§ 796 BGB, 145 Abs. 2 InsO insolvenzfesten Sicherheit befriedigt. In den Rechtsfolgen unterscheidet sich wirtschaftlich diese Lösung nicht wesentlich von §§ 44a, 135 Abs. 2 InsO. Dass die Gläubigersamtheit das Insolvenzrisiko des Gesellschafters zu tragen hat,

---

<sup>110</sup> D’Avoine (Fn. 104), S. 326.

ist ein hinzunehmender Nachteil dieses Lösungsansatzes. Die in § 143 Abs. 1 S. 1 InsO angeordnete Rechtsfolge bereitet keine Hindernisse, denn gerade das verschärfte Insolvenzrisiko, das der Gesellschafter trägt, wird aus der Masse weggegeben. § 142 Abs. 1 S. 1 InsO bezweckt gerade die Masse so zu stellen, als ob die benachteiligende Wirkung nicht eingetreten wäre.<sup>111</sup>

*d) Kompatibilität des Ergebnisses mit dem SchVG*

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den gesetzlichen Wertungen des SchVG, ohne dass hieraus zwingende Rechtsfolgen zur Unterstützung gezogen werden. Danach sind die Inhaber einer Schuldverschreibung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SchVG befugt, durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss die Nachrangigkeit ihrer Forderungen anzuordnen.<sup>112</sup> Liegt ein solcher Beschluss der Gläubiger nicht vor und ergibt sich nichts Abweichendes aus der Urkunde, so sind die Anleihegläubiger Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO. Von der Ausübung des Stimmrechts über die Entscheidung dieser Frage sind nach § 6 Abs. 1 SchVG der Schuldner und die mit ihm verbundenen Personen ausgeschlossen. Dies lässt die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, dass Inhaber von Schuldverschreibungen grundsätzlich Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO sind und dass der Aussteller und die mit ihm besonders verbundenen Personen abweichend zu behandeln sind.

## **E. Conclusio**

Anfänglich bestellte Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen sind ohne Berücksichtigung des Bargeschäftsprivilegs innerhalb der zehnjährigen Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar. Dies folgt aus der Gesetzeshistorie sowie aus dem Telos des § 135 Abs. 1 Nr. 1 und des § 142 Abs. 1 InsO. Aus der Tatsache, dass die Darlehen verbrieft sind, sind keine abweichenden Rechtsfolgen zu ziehen.

Erwirbt ein nichtsahnender Nichtgesellschafter die Schuldverschreibung, ändert sich die Rechtslage. Seine Forderung ist nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig, was aus § 796 BGB folgt. § 145 Abs. 2 InsO ist auf den bösgläubigen Rechtsnachfolger anzuwenden. Die Anwendung sperrt Umgehungsmöglichkeiten. Im Umkehrschluss schützt die Vorschrift den gutgläubigen Erwerber. Der Gesellschafter haftet nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 und § 2 InsO analog, indem die von ihm betätigte Veräußerung anzufechten ist.

---

<sup>111</sup> Thole/Kleindiek, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 143 Rn. 4.

<sup>112</sup> Am häufigsten angewendet zur Vermeidung der Überschuldung, vgl. Vogel, in: Preuß, 2011, § 5 SchVG, Rn. 33.