

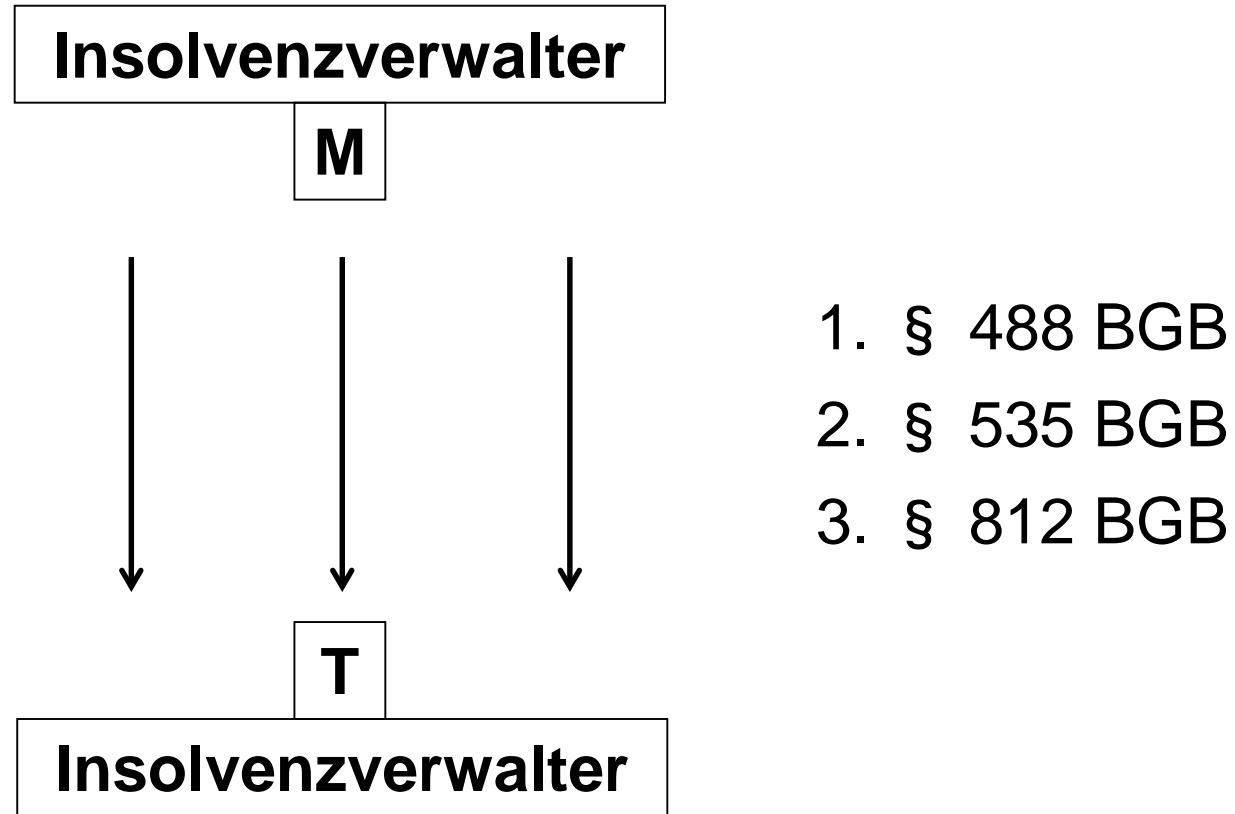
ZIP-Jahrestagung zum Insolvenzrecht 2017

Doppelinsolvenz im Konzern Ansprüche, ihr Rang und Haftung

Prof. Dr. Florian Jacoby
Köln, 21. September 2017

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

Doppelinsolvenz im Konzern



Mutter zahlt Tochter-GmbH ein Darlehen aus. Insolvenzverfahren über das Vermögen von Mutter wie Tochter-GmbH wird eröffnet.

- a) Welchen Rang hat der Anspruch der Mutter auf Darlehensrückzahlung im Tochterverfahren?
- b) Unterstellt, das Darlehen wurde bereits vor den Verfahrenseröffnungen zurückgeführt, greift die Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?
- c) Kommt es darauf an, ob sich die Tochter-GmbH bereits bei Darlehensauskehr in der Krise befand und die Rückzahlung nicht wahrscheinlich war.

Mutter vermietet Tochter-GmbH ein Grundstück. Dann stellt die Tochter-GmbH die Zahlung der Miete ein. Insolvenzverfahren über das Vermögen von Mutter wie Tochter-GmbH wird eröffnet.

- a) Welchen Rang hat der Anspruch der Mutter auf Zahlung der rückständigen Miete im Tochterverfahren?
- b) Unterstellt, die Miete wurde deutlich verspätet, aber bereits vor den Verfahrenseröffnungen getilgt, greift die Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?
- c) Kommt es darauf an, ob sich die Tochter-GmbH bereits bei Stehenlassen der Miete in der Krise befand und die (spätere) Tilgung nicht wahrscheinlich war.

Mutter zahlt Tochter-GmbH ein Darlehen aus. Jedoch ist der Vertrag nicht wirksam (§§ 134, 138, 181 BGB). Die Mutter verlangt einstweilen nicht die Rückzahlung. Insolvenzverfahren über das Vermögen von Mutter wie Tochter-GmbH wird eröffnet.

- a) Welchen Rang hat der Anspruch der Mutter auf Rückzahlung aus Bereicherungsrecht im Tochterverfahren?
- b) Unterstellt, das „vermeintliche Darlehen“ wurde bereits vor den Verfahrenseröffnungen zurückgeführt, greift die Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO?
- c) Kommt es darauf an, ob sich die Tochter-GmbH bereits bei Auskehr der Valuta in der Krise befand und die Rückzahlung nicht wahrscheinlich war.

(1) Wodurch erlangen Forderungen den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO?

- Gesellschafterdarlehen,
- wirtschaftliche Entsprechung.

Unterliegt diese Rechtsfolge des Nachrangs der Insolvenzanfechtung?

(2) Gegenstand der Anfechtung

- (a) Nachrangfolge,
- (b) Gesamtes Rechtsverhältnis (Vertragsschluss)

(3) Voraussetzungen

- (a) gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung
- (b) Anfechtungsgrund

(4) Rechtsfolge

- (a) Rangaufstieg des offenen Anspruchs
- (b) Entfallen der Insolvenzanfechtung des Tochterverwalters nach § 135 InsO bei gedecktem Anspruch.

1. Nachrang, wodurch?

- Anspruch auf **Darlehensrückgewähr** seiner Art nach, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.
- Anspruch auf **Miete** durch Stehenlassen:

Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt. Wird eine Leistung bargeschäftlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, aus. (BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13 Rn. 70)
- **Bereicherungsanspruch**
 - Durch „Auszahlung als Darlehen“
 - Dafür MKInsO-Ehricke, § 39 Rn. 41-42; MKInsO-Gehrlein, § 135 Rn. 18;
 - Jedoch erkennt Rechtsordnung Qualifizierung als Darlehen gerade nicht an, Unterscheidung zwischen verschiedenen rechtsgrundlosen Leistungen nicht tunlich.
 - Durch „Stehenlassen“ wie oben.

2. Gegenstand der Anfechtung

- Nachrangfolge
 - § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO,
 - Anfechtbar können sogar einzelne abtrennbare Wirkungen einer einheitlichen Rechtshandlung sein (BGH v. 22.10.2015 – IX ZR 248/14 Rn. 18),
 - Inzident BGH v. 13.10.2016 – IX ZR 184/14.
- Gesamtes Rechtsverhältnis (Vertragsschluss)
 - Darlehen: Abschluss des Darlehensvertrag und Auszahlung,
 - Miete: (-)
 - Bereicherung: Auszahlung der Valuta

- Darlehensauszahlung
 - Nachrang/Gefahr der Anfechtbarkeit
 - Verlust der Aktiva ohne werthaltige Kompensation durch Rückzahlungsanspruch
- Stehenlassen der Miete
 - Nachrang
- Bereicherungsrecht
 - Auszahlung
 - Kein Nachrang (str., siehe eben)
 - Verlust der Aktiva ohne werthaltige Kompensation durch Rückzahlungsanspruch
 - Stehenlassen
 - Nachrang

3b. Anfechtungsgrund

- Darlehensgewährung
 - Nachrang
 - § 134 InsO, dazu BGH: (-),
 - § 133 Abs. 4 InsO, § 133 Abs. 1 InsO
 - Auskehr der Aktiva ohne ausgleichende Gegenleistung
 - § 134 InsO (teilweise unentgeltlich?),
 - § 133 Abs. 4 InsO, § 133 Abs. 1 InsO
- Nachrang der Miete wegen Stehenlassen
 - § 134 InsO (Minus zum Verzicht), ggf. § 133 Abs. 1 InsO
- Bereicherung
 - Auskehr der Aktiva ohne ausgleichende Gegenleistung
 - § 134 InsO (teilweise unentgeltlich?),
 - § 133 Abs. 4 InsO, § 133 Abs. 1 InsO
 - Nachrang durch Stehenlassen: wie Miete

- Darlehensvertrag:
 - Nachrang
 - BGH: (1) Darlehen ist grds. entgeltlich, (2) Nachrang begründet keine Abweichung für Gesellschafterdarlehen.
 - Fehlende Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs
 - Keine Stellungnahme des BGH,
 - Thole WuB 2017, 219: teilweise unentgeltlich.
- Stehenlassen der Miete:
 - (+) Parallele zu Verzicht und Nachrangvereinbarung
- Bereicherungsanspruch
 - Auszahlung (wie Darlehen): ggf. fehlende Werthaltigkeit
 - Stehenlassen (wie Miete): (+) [aA Nachrang durch Auszahlung]

§ 133 Abs. 4 InsO - Tatbestand

- Anfechtbar ist ein vom Schuldner mit einer nahestehenden Person (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.
- Merkmale
 - (1) Entgeltlicher Vertrag: Der Vertragsbegriff des § 133 Abs. 2 InsO ist weit auszulegen. Auch reine Erfüllungsgeschäfte werden zu den entgeltlichen Verträgen gerechnet (BGH v. 22.12.2016 – IX ZR 94/14, Rn. 17)
 - (2) Nahestehender Person: Abhängigkeit (§ 17 Abs. 2 AktG) als nahestehend nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO.
 - (3) unmittelbare Gläubigerbenachteiligung: Problem.
 - (4) Keine Entkräftung der Vermutung nach S. 2: Tatfrage.

§ 133 Abs. 4 InsO - konkret

- Unmittelbare Benachteiligung durch **Nachrang**
 - **Contra:** Es bedarf noch der Insolvenz der Tochter für Wirkungen, Vergleich zu krisenabhängigen Auszahlungsverbot nach altem Recht, Nachrang soll in Doppelinsolvenz nicht obsolet sein (BGH zu § 134 InsO).
 - **Jedoch** führen §§ 135 Abs. 1, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wie jede Nachrangabrede zu einer der Forderung unmittelbar anhaftenden Entwertung (Bangha-Szabo, NZI 2017, 28), die Abtretung überdauert (BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12).
- Unmittelbare Benachteiligung bei **fehlender Werthaltigkeit**
 - **Fehlende Werthaltigkeit** (vgl. zur Rückzahlungsprognose zu § 30 GmbHG, § 57 AktG BGH v. 21.3.2017 – II ZR 93/16; BGH v. 1.12.2008 – II ZR 102/07).
 - Kein Ausgleich der Benachteiligung, sondern Fortsetzung der unmittelbaren (!) in anfechtbarer **Rückzahlung** (Betrag bietet wegen Anfechtungsrisiko für Gläubiger keine entsprechende Sicherheit.).
 - Entsprechend kein Ausgleich durch nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbare **Sicherheiten**.

§ 133 Abs. 1 InsO

- Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen ist Tatfrage,
- Bekannte Indizien sind auf „Deckungsfälle“ zugeschnitten (vgl. insbesondere Abs. 2 u. 3),
- Bewertung der Anzeichen in dieser Sachlage muss sich an Spezialregelung des § 133 Abs. 4 InsO messen lassen.

4. Rechtsfolgen

a) Rangaufwertung des Anspruchs

- Ist Anfechtungsgegenstand der Nachrang, folgt diese, weil die Anfechtung allein dazu führt, sich nicht auf den Nachrang berufen zu dürfen.
- Ist Anfechtungsgegenstand Darlehensgewährung,
 - nimmt Thole, FS Kübler, 694, an, dass Anfechtungsanspruch auf Darlehen beruht, nachrangig bleibt,
 - jedoch ist das mit der anerkannten Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruch nicht zu vereinbaren. Tochterverwalter darf sich auf Darlehensgewährung nicht berufen.

b) Entfallen des § 135 InsO bei Tilgung vor Eröffnung

Mit den Voraussetzungen für den Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entzieht die Insolvenzanfechtung durch den Mutterverwalter der Insolvenzanfechtung des Tochterverwalters die Grundlage.

1. Der Nachrang entsteht nur beim Darlehen durch die bloße Gewährung, bei Miete und Bereicherungsanspruch indessen durch Stehenlassen.
2. Das Stehenlassen unterliegt der Anfechtung nach § 134 InsO.
3. Der durch die Darlehensgewährung eintretende Nachrang, ist nach § 133 Abs. 4 InsO anfechtbar.
4. Ist der Rückgewähranspruch nicht werthaltig ist die Darlehensgewährung auch deswegen nach § 133 Abs. 4 InsO anfechtbar.
5. Die Anfechtung führt zum Wegfall des Nachrangs bzw. zum Untergang eines etwaigen Anfechtungsanspruchs nach § 135 InsO.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/
