

Die anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz

Zur Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO und fehlender Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO)

von Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf*

Der Gesetzgeber hat die Behandlung von Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten in der Insolvenz der Gesellschaft durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 unter Streichung der bis dahin geltenden Regeln des Eigenkapitalersatzrechts neu geregelt.¹ Viele Zweifelsfragen wurden seitdem auch höchstrichterlich² geklärt. Umstritten ist bis heute, ob die anfängliche Besicherung eines Darlehens auch unter den erleichterten Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO oder lediglich nach anderen Vorschriften, z.B. § 133 Abs. 1 InsO, möglich ist. Dieser Beitrag zeigt, dass jene Ansicht vorzugswürdig ist, die § 142 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO mit der Folge anwendet, dass die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens anfechtungsfest ist, soweit die Voraussetzungen des Bargeschäfts nach § 142 InsO erfüllt sind. Liegen die Voraussetzungen des Bargeschäfts vor, scheidet eine Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO in vielen Fällen bereits mangels Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) aus.

I. Einleitung

Die Behandlung von Gesellschafterfinanzierungshilfen erhält im Fall der Insolvenz einer Gesellschaft eine besondere Brisanz. Gute Gründe sprechen dafür, den Gesellschafter im Fall der Insolvenz im Verhältnis zu den einfachen, ungesicherten Insolvenzgläubigern in vielerlei Hinsicht schlechter zu stellen. Die Regelung über den Nachrang entsprechender Forderungen der Gesellschafter in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO trägt dem Rechnung. Zutreffend ist es auch, eine Erstattungspflicht von Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen vorzusehen, wobei richtigerweise im Fall einer Kontokorrentähnlichen Kreditbeziehung nur der Saldo zwischen höchster Valutierung binnen der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO und dem Tag der Antragstellung bzw. danach erstattungspflichtig ist.³

§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bestimmt, dass auch die Gewährung einer Sicherheit für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar ist, sofern sie binnen 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag oder danach vorgenommen worden ist. Damit ist eine sehr weitgehende Anfechtung möglich; eine vergleichbar lange Anfechtungsfrist sieht das Gesetz nur im Fall der Anfechtung einer vorsätzlichen Benachteiligung nach § 133 Abs. 1 InsO vor.

Es scheint unverhältnismäßig, die einem Gesellschafter zur Besicherung eines Darlehens gewährte Besicherung auch dann als anfechtbar zu qualifizieren, wenn das Darlehen lange Zeit vor dem Insolvenzantrag gewährt und die Sicherheit, wie im Darlehensvertrag vereinbart, als Gegenleistung gestellt wurde. Denn Gesellschafterdarlehen können und werden mitunter weit vor dem Eintritt einer Krise der Gesellschaft gewährt und entsprechend vereinbarte Kreditsicherheiten sind ein anerkanntes Sicherungsmittel. Dem Gesellschafter grds. die Möglichkeit zu nehmen, ein über seine Einlagepflicht hinausgehendes Darlehen zu besichern, erscheint nicht interessengerecht. Zumindest außerhalb einer Krise steht es dem Gesellschafter frei, neben dem Eigenkapital auch weitere Finanzierungsformen zu wählen; insbesondere auch Gesellschafterdarlehen. Die Rückführung derartiger Darlehen ist nur binnen Jahresfrist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder aber unter den erschwerten Voraussetzungen der

§§ 130 – 133 InsO anfechtbar. Eine nachträglich dem Gesellschafter gewährte Sicherheit für den Fall der Insolvenz ohne Weiteres als anfechtbar zu qualifizieren, mag im Hinblick auf die Missbrauchsmöglichkeit auch für den Zehnjahreszeitraum des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gerechtfertigt sein. Für die anfänglich, gewissermaßen Zug-um-Zug gewährte Sicherheit gilt dies – insbesondere wenn die Voraussetzungen des Bargeschäfts vorliegen – indes nicht.

II. Keine Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf anfängliche Besicherungen?

Vor diesem Hintergrund gibt es Überlegungen, anfängliche Besicherungen bereits dem Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu entziehen. Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erscheint dies wenig überzeugend. In der Rechtsprechung⁴ wird – teilweise ohne Begründung – angenommen, dass § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO auch im Fall einer anfänglichen Besicherung Anwendung findet. Die Literatur⁵ begründet die Anwendbarkeit u.a. damit, dass der Regelungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO im Fall der Beschränkung auf nachträgliche Besicherungen

* Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt der Sozietät Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater in Düsseldorf.

1 Zur alten Rechtslage ausführlich Henkel, ZInsO 2009, 1577 f.

2 BGH, Beschl. v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZInsO 2015, 1149; BGH, Urt. v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, ZInsO 2015, 559 ff.; BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602 ff.; BGH, Urt. v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZInsO 2014, 598 ff.; BGH, Beschl. v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, ZInsO 2014, 339 f.; BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, ZInsO 2013, 1573 ff.; BGH, Beschl. v. 7.5.2013 – IX ZR 271/12, NZI 2013, 816; BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZInsO 2013, 717 ff.; BGH, Urt. v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, ZInsO 2013, 1686 ff.; BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZInsO 2013, 543 ff.; BGH, Urt. v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, ZInsO 2012, 81 ff.

3 BGH, Beschl. v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, ZInsO 2014, 339 f.; BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZInsO 2013, 717 ff.; BGH, Urt. v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, ZInsO 2013, 1686 ff.

4 LG Krefeld, Urt. v. 7.4.2016 – 3 O 381/14, Rn. 63.

5 K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 135 Rn. 16; Gehrlein, NZI 2015, 577, 579.

sehr begrenzt wäre, da eine nachträgliche Besicherung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu § 133 Abs. 1 InsO ohnehin in einem Zeitraum von 10 Jahren möglich sei und die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO in diesen Fällen regelmäßig vorliegen würden.⁶ Dem Gesetzgeber sei bei Schaffung des MoMiG die insoweit maßgebliche Rechtsprechung zu § 133 Abs. 1 InsO bekannt gewesen und der enge Regelungszweck hätte kaum Anlass zur Schaffung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO als eigenständiger Vorschrift gegeben.⁷ Hinzu trete, dass die Anfechtungsvorschriften der §§ 130 ff. InsO zwar eine Unterscheidung zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen, nicht aber zwischen anfänglichen und nachträglichen Besicherungen kennen.⁸ Während das letztere Argument überzeugt, bestehen Zweifel an dem Begründungsansatz eines eingeschränkten Anwendungsbereichs im Fall der Nichtanwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf anfängliche Besicherungen. Denn die Inkongruenz ist zwar ein wichtiges Beweisanzeichen. Es ist aber lediglich als eines von vielen im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung⁹ zu berücksichtigen. Eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO stellt viel geringere Voraussetzungen an eine Anfechtung als § 133 Abs. 1 InsO. Es bedarf neben der Stellung als Gesellschafter lediglich eines Insolvenzantrags und einer Besicherung innerhalb der Frist. Die Gesellschaft muss im Zeitpunkt der Besicherung nicht in der Krise gewesen sein.¹⁰ Demgegenüber ist die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO nur möglich, wenn die Schuldnerin mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt und der Anfechtungsgegner Kenntnis hiervon hatte. Ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz setzt zumindest das Vorliegen drohender Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Besicherung als Rechtshandlung voraus. Mithin ein Stadium, das über den Eintritt der Krise sogar noch hinausgeht. Die Darlegungs- und Beweislast liegt zudem beim Insolvenzverwalter. Gleiches gilt für die Kenntnis des Anfechtungsgegners, wenn gleich diese nach § 138 Abs. 2 InsO häufig zu vermuten sein dürfte. Nichtsdestotrotz und auch unter Berücksichtigung der Beweisanzeichenrechtsprechung des BGH zu § 133 Abs. 1 InsO stellt die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO als deutlich leichter zu erfüllende Norm das ungleich schärfere Schwert dar.

III. Bargeschäftseinwand, § 142 InsO

Der vorbezeichnete Streit kann dahinstehen. Im Fall der anfänglichen Besicherung liegen regelmäßig die Voraussetzungen für ein Bargeschäft nach § 142 InsO vor, sodass eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nach Maßgabe dieser Vorschrift ausgeschlossen ist.

1. Keine Anwendung des § 142 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Teilweise¹¹ wird indes vertreten, § 142 InsO sei auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht anwendbar. Der Wortlaut¹² des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO schließe eine Anwendung des § 142 InsO aus. Wenn die vorherige Besicherung eines Darlehens nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar sei, müsse dies auch gelten, wenn Darlehensgewährung und Besicherung zusam-

menfallen.¹³ § 142 InsO solle gerade nicht ermöglichen, dass der Schuldner weitere, gläubigergefährdende, ungesicherte Kredite anfechtungsfrei aufnehme.¹⁴

2. Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO auch auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar

Andere¹⁵ befürworten zutreffend eine Anwendung des § 142 InsO auch auf die Vorschrift des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Es ist zunächst von dem Grundsatz auszugehen, dass ein Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO vorliegen kann, wenn die Besicherung Zug-um-Zug gegen die Gewährung eines Darlehens bestellt wird.¹⁶ Dies hat der BGH¹⁷ bereits unter Geltung der KO entschieden.

a) Wortlaut

Bei der Frage, auf welche Vorschriften § 142 InsO anwendbar ist, muss in erster Linie der Wortlaut dieser Norm maßgeblich sein. § 142 InsO bestimmt, dass eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar ist, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vorliegen. Der Wortlaut des § 142 InsO erfasst ersichtlich alle Anfechtungstatbestände der §§ 129 ff. InsO mit Ausnahme des § 133 Abs. 1 InsO. Zurecht wird darauf hingewiesen,¹⁸ dass der klare Wortlaut die Begründungslast damit jene Auffassung trifft, die sich gegen die Anwendbarkeit auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausspricht.

6 Gehrlein, NZI 2015, 577, 579.

7 Gehrlein, NZI 2015, 577, 579.

8 Gehrlein, NZI 2015, 577, 579, 580.

9 Statt vieler: BGH, Urt. v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 ff. Rn. 16.

10 BGH, Beschl. v. 30.4.2015 – IX ZR 196/13, ZInsO 2015, 1149 f.

11 Schmittmann/Zeeck, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, Stand 23.4.2014, § 142 Rn. 21; HK-InsO/Kleindiek, 7. Aufl. 2017, § 135 Rn. 16; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl. 2013, § 142 Rn. 22; Gehrlein, NZI 2015, 577, 579, 580; Altmeyden, ZIP 2013, 1745; Hölzle, ZIP 2013, 1992.

12 MünchKomm-InsO/Kirchhof (Fn. 11), § 142 Rn. 22; Gehrlein, NZI 2015, 577, 579, 580.

13 MünchKomm-InsO/Kirchhof (Fn. 11), § 142 Rn. 22.

14 MünchKomm-InsO/Kirchhof (Fn. 11), § 142 Rn. 1.

15 Fridgen/Geiwitz/Göpfert, InsO, 2. Edition, Stand 15.4.2016, § 142 Rn. 4; Braun/Riggert, InsO, 6. Aufl. 2014, § 142 Rn. 22; HambKomm-InsO/Rogge/Leptien, InsO, 5. Aufl. 2015, § 142 Rn. 13; Kupka, in: Haarmeyer/Huber/Schmittmann, Insolvenzanfechtung, 2. Aufl. 2013, § 142 Rn. 17; K. Schmidt/Ganter/Weinland (Fn. 5), Rn. 11; Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 34. Lfg., Stand 11/2008, § 142 Rn. 19; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, 14. Aufl. 2015, § 142 Rn. 1; Schäfer, Insolvenzanfechtung, 4. Aufl. 2013, § 142 Rn. 1103; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1503, 1506 f.; ders., ZIP 2013, 1998, 1999; Marotzke, ZInsO 2013, 641, 644, 647, 650; Mylich, ZIP 2013, 2444, 2449.

16 Braun/Riggert (Fn. 15), § 142 Rn. 4.

17 BGH, Urt. v. 26.1.1977 – VIII ZR 122/75, NJW 1977, 718 f. unter II.b; BGH, Urt. v. 9.2.1955 – IV ZR 173/54.

18 Bitter, ZIP 2013, 1998, 1999.

b) Systematik

Auch die Gesetzssystematik spricht für eine Anwendung des § 142 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Die §§ 130 – 136 InsO enthalten die Anfechtungstatbestände, während die §§ 137 – 147 InsO besondere Bestimmungen und Rechtsfolgen für sämtliche Anfechtungstatbestände bereitstellen. § 142 InsO steht im Gesetz hinter § 135 Abs. 1 InsO, der Teil der besonderen Anfechtungstatbestände ist. Dieses Argument wird nicht dadurch entkräftet, dass Handlungen, die den Tatbestand einer Anfechtungsnorm verwirklichen, regelmäßig nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 142 InsO erfüllen. So fehlt es im Fall der Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO regelmäßig an der unmittelbaren Gegenleistung. Ob ein Bargeschäft in jedem Fall der Inkongruenz und damit der Anfechtung nach § 131 InsO ausgeschlossen ist, erscheint fraglich.¹⁹ Wird bspw. eine andere Art der Erfüllung gewählt, so erschließt sich nicht, weshalb in dieser keine unmittelbare gleichwertige Gegenleistung liegen sollte.

c) Historische Auslegung

Da dem Gesetzgeber der Regelungsgehalt und auch der Anwendungsbereich des § 142 InsO bei Schaffung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bekannt war, ist davon auszugehen, dass er den Anwendungsbereich durch eine entsprechende Ergänzung des § 142 InsO oder durch eine ausdrückliche Klarstellung in § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eingeschränkt hätte, wenn gleich die Einschränkung in § 135 Abs. 1 InsO gesetzestech-nisch unzulänglich wäre. Insofern überzeugt das Argument, der Wortlaut des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO schließe die Anwendung des § 142 InsO aus, auch nicht. Die Gesetzesmaterialien schweigen zu dieser Frage im Wesentlichen.²⁰

d) Teleologische Auslegung

§ 142 InsO soll verhindern, dass der Schuldner in der Krise vom Geschäftsverkehr dadurch ausgeschlossen wird, dass Geschäftspartner selbst im Fall wertäquivalenter Bargeschäfte eine Anfechtung fürchten müssen.²¹ Um diesem Zweck zu genügen, soll es nach teilweise vertretener Auffassung²² ausreichen, wenn der Schuldner mit neutralen Dritten, nicht aber zwingend dem Gesellschafter Geschäfte tätigen kann.²³ Die Handlungsfähigkeit des Schuldners werde nicht dadurch eingeschränkt, wenn Mietzahlungen an den Gesellschafter oder die Bestellung von Sicherheiten zu dessen Gunsten im Fall der späteren Insolvenz anfechtbar seien.²⁴ Dies sei einmal dahingestellt, wenngleich schon bei Konzernstrukturen mit unterschiedlichen Gesellschaftern dies so kaum gelten wird. Allerdings ist fraglich, ob Gesellschaften aus dem Kreis der Gesellschafter, der mitunter sehr groß sein kann, liquide Mittel im Wege weiterer Darlehen generieren können, wenn die Besicherung dieser Darlehen schlicht unmöglich, weil bis zu 10 Jahre anfechtbar, ist. Dass Kreditsicherheiten in der wirtschaftlichen Praxis unverzichtbar sind, dürfte unstrittig sein.²⁵ Dass sie schon nach der gesetzlichen Regelung auch nicht per se unzulässig sind, zeigt auch der Umstand, dass die Besicherung eines Gesellschafterdarle-

hens jedenfalls außerhalb der Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht anfechtbar ist.²⁶

Soweit vertreten²⁷ wird, der Gesellschafter sei aufgrund seines Wissensvorsprung nicht schutzwürdig, überzeugt dies keineswegs. Sollte die Gewährung der Sicherung unter Ausnutzung eines Wissensvorsprungs in unberechtigter Weise erfolgt sein, ist eine Sanktionierung dieses Vorteils, also die Anfechtung der Besicherung, problemlos nach § 133 Abs. 1 InsO möglich. Insofern ist auch die anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens im Fall der Insolvenzreife dann ausgeschlossen, wenn die Besicherung als Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten werden kann.²⁸ Der redlich ein Darlehen gewährenden Gesellschafter ist genauso schutzwürdig, wie ein Drittdarlehensgeber oder sonstiger Geschäftspartner. Zutreffend²⁹ wird darauf hingewiesen, dass das Bargeschäft im Rahmen des § 130 InsO unstrittig auch für nahestehende Personen i.S.d. § 138 InsO gilt. Die Nähe zwischen Gesellschafter und Gesellschaft kann folglich nicht als geeignete Begründung dafür herangezogen werden, dass § 142 InsO nicht anwendbar sein soll.

Es darf zudem nicht verkannt werden, dass § 142 InsO zumindest im Wege eines Rechtsreflexes auch redliche Gläubiger schützen soll. Hierzu zählen auch Gesellschafter, die – wie jeder andere Gläubiger auch – ein Darlehen nur gegen die Bestellung einer Sicherheit gewähren. Dass die Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter anstelle einer Bank erfolgt, führt nicht dazu, dass dieser Rechtshandlung der Charakter eines Verkehrsgeschäfts genommen würde.³⁰

Der Gesetzgeber wollte keineswegs Gesellschafterdarlehen faktisch wie Eigenkapital behandeln.³¹ Vielmehr stellt die Gesetzesbegründung³² klar: „die Rückzahlung des Gesellschafterkredits ist während des normalen Lebens der Gesellschaft grundsätzlich unproblematisch und wird erst in der Insolvenz kritisch“. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass weder jedes Gesellschafterdarlehen noch deren Besicherung stets als Eigenkapital zu behandeln und im Fall der

19 So aber z.B. Uhlenbruck/Hirte (Fn. 15), § 142 Rn. 6 unter Hinw. auf Rechtsprechung und Literatur.

20 Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578.

21 Kupka (Fn. 15), § 142 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 29. Erg. Lfg. Januar 2016, § 142 Rn. 2; K. Schmidt/Ganter/Weinland (Fn. 5), § 142 Rn. 3 unter Hinw. auf RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 167 m.w.N.; Uhlenbruck/Ede/Hirte (Fn. 15), § 142 Rn. 1.

22 Gehrlein, NZI 2015, 577, 581; Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578.

23 Gehrlein, NZI 2015, 577, 581; Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578.

24 Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578.

25 Uhlenbruck/Hirte (Fn. 15), § 135 Rn. 1 „als Finanzierungsmittel in bestimmten Fällen wirtschaftlich sinnvoll und geboten“.

26 Bitter, ZIP 2013, 1998, 2000.

27 Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578.

28 A.A. offenbar Gehrlein, NZI 2015, 577, 580.

29 Marotzke, ZInsO 2013, 641, 644.

30 Marotzke, ZInsO 2013, 641, 644.

31 So Gehrlein, NZI 2015, 577, 580.

32 BT-Drucks. 16/6140, S. 42 zu Nr. 20.

Insolvenz anfechtbar sind. Vielmehr wird deutlich, dass derlei Darlehen der wirtschaftlichen Realität entsprechen. Der Gesetzgeber³³ beabsichtigte „eine erhebliche Vereinfachung des Rechts der GmbH, das sich an die mittelständische Wirtschaft richtet und folglich vor allem einfach und leicht handhabbar sein soll. Grundgedanke der Regelung ist, dass die Organe und die Gesellschafter der gesunden GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen vorfinden“. Dieses Ziel würde aber offenkundig verfehlt, wenn jede Besicherung eines Darlehens angefochten werden könnte, mit der Folge, dass auf das Finanzierungsmittel Gesellschafterdarlehen verzichtet werden müsste. Zudem ist eine vermeintlich am Sinn und Zweck der §§ 142, 135 InsO orientierte Auslegung, die sich gegen eine Anwendung des Bargeschäftsprivilegs ausspricht, mit den Adjektiven einfach und leicht handhabbar kaum zu vereinbaren sind und der Rechtsrahmen wird weder einfacher noch klarer, wenn in § 142 InsO über den Wortlaut der Norm hineingelesen werden muss, dass die Vorschrift neben § 133 Abs. 1 InsO auch nicht auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn Unternehmer sich einer von dem Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Rechtsform bedienen, die ihre persönliche Haftung beschränkt (z.B. GmbH). Dies ist gewollt, ungeachtet der Tatsache, dass die Haftungsrisiken in der Praxis gleichwohl enorm sind. Ein Gesellschafter ist in keiner Weise verpflichtet, über das satzungsmäßige Haftkapital hinaus, Wagniskapital zur Verfügung zu stellen.

Dass die besicherte Forderung gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig ist, besagt nichts über die Anfechtbarkeit der Besicherung. Der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters mag im Fall der Insolvenz insbesondere gegenüber den Insolvenzgläubigern nach § 38 InsO aufgrund des Nachrangs faktisch häufig undurchsetzbar sein. Soweit die Masse aber ausreicht, ist die nachrangige Forderung zu befriedigen. Es ist nicht erkennbar, weshalb der Nachrang der Forderung die Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung und die Werthaltigkeit derselben berühren soll.³⁴ Es existiert auch kein Wertungswiderspruch.³⁵ Es ist gerade nicht so, dass der Gesellschafter im Fall einer anfänglichen Besicherung gegenüber anderen Gläubigern privilegiert wird. Die Besicherung ist grds. innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Demgegenüber kann eine kongruente Deckung, also das klassische Austauschgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner, grds. nur angefochten werden, wenn es innerhalb von 3 Monaten vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist (§ 130 Abs. 1 InsO). Im Hinblick auf den Anfechtungszeitraum wird der Gesellschafter im Vergleich zu Dritten gerade nicht privilegiert.

IV. Fehlende Gläubigerbenachteiligung im Fall des Bargeschäfts?

Liegen die Voraussetzungen des Bargeschäfts vor, so ist stets auch die Frage nach der Gläubigerbenachteiligung zu stellen. Gem. § 129 Abs. 1 InsO ist Voraussetzung einer jeden Insolvenzanfechtung, dass die angefochtene Handlung die

Insolvenzgläubiger benachteiligt.³⁶ Dies ist der Fall, wenn die Befriedigung der Insolvenzgläubiger verkürzt, vermindert, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird.³⁷ Maßgeblich sind wirtschaftliche Gesichtspunkte.³⁸ Die angemessene Besicherung eines neu ausgereichten Darlehens stellt grds. keine Gläubigerbenachteiligung dar.³⁹ Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn sich die Bestellung einer Sicherheit als vollwertige Gegenleistung für die Ausreichung eines Darlehens erweist.⁴⁰ Überhaupt scheidet eine unmittelbare Benachteiligung aus, soweit ein Bargeschäft vorliegt.⁴¹ In Betracht kommt damit lediglich eine mittelbare Benachteiligung. Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung in Verbindung mit einem weiteren Umstand eine gläubigerbenachteiligende Wirkung entfaltet.⁴²

Sind die Voraussetzungen gegeben, scheidet eine Anfechtung der Besicherung in vielen Fällen bereits aufgrund der mangelnden Gläubigerbenachteiligung aus. Dass eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zumindest eine Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO voraussetzt, wird – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft bestritten, sondern ist einhellige Auffassung in der Literatur.⁴³

V. Ergebnis

1. Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO ist auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO mit der Folge anwendbar, dass die anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens anfechtungsfest ist, soweit die Voraussetzungen des Bargeschäfts nach § 142 InsO erfüllt sind.

2. Die auch für eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erforderliche Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO ist in vielen Fällen einer anfänglichen Besicherung nicht gegeben, sodass eine Anfechtung bereits aus diesem Grund ausscheidet.

33 BT-Drucks. 16/6140, S. 42 zu Nr. 20 a.E.

34 Ausführlich hierzu *Bitter*, ZIP 2013, 1497, 1502 f.

35 So aber *Henkel*, ZInsO 2009, 1577, 1579.

36 Statt vieler: Uhlenbruck/*Hirte/Ede* (Fn. 15), § 129 Rn. 1, 159 m.w.N.

37 Statt vieler: Uhlenbruck/*Hirte/Ede* (Fn. 15), § 129 Rn. 160 m.w.N.

38 Statt vieler: Uhlenbruck/*Hirte/Ede* (Fn. 15), § 129 Rn. 162, 238 m.w.N.

39 *Gehrlein*, in: Ahrens/*Gehrlein*/Ringsteiner, InsO, 2. Aufl. 2014, § 129 Rn. 67; MünchKomm-InsO/*Kayser* (Fn. 11), § 129 Rn. 118; Uhlenbruck/*Hirte/Ede* (Fn. 15), § 129 Rn. 247.

40 BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – IX ZR 39/08, ZInsO 2010, 593 f. Rn. 17.

41 *Gehrlein* (Fn. 39), § 129 Rn. 67.

42 *Gehrlein* (Fn. 39), § 129 Rn. 70 m.w.N.; zu einem Sachverhalt nach altem Recht im Hinblick auf die mittelbare Benachteiligung im Fall der Besicherung vgl. BGH, Urt. v. 19.9.1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298 ff. Rn. 21.

43 *Gehrlein* (Fn. 39), § 129 Rn. 2; Braun/*de Bra* (Fn. 15), § 135 Rn. 20; FK-InsO/*Dauernheim*, 8. Aufl. 2015, § 135 Rn. 27; *Schmittmann/Zeeck*, in: Haarmeyer/*Wutzke/Förster*, InsO, Stand 1.3.2012, § 135 Rn. 11; Hamb-Komm-InsO/*Schröder* (Fn. 15), § 135 Rn. 34; K. Schmidt/*K. Schmidt* (Fn. 5), § 135 Rn. 15; Nerlich/*Römermann/Nerlich* (Fn. 21), § 135 Rn. 46; Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 15), § 135 Rn. 10.