# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 32/12

Verkündet am:
21. Februar 2013
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 2

Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.

InsO § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2

Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.

BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12 - OLG Stuttgart
LG Tübingen

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel, Prof. Dr. Gehrlein, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 8. Februar 2012 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen vom 3. August 2011 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 16. August 2010 über das Vermögen der E. KG (nachfolgend: Schuldnerin) am 1. November 2010 eröffneten Insolvenzverfahren. Die U. GmbH (nachfolgend: U. ) ist einzige Kommanditistin der Schuldnerin sowie alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementärin, der E.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



GmbH. Alleingesellschafterin der U. ist die in der Rechtsform einer AG geführte Beklagte.

2 Durch einen Darlehensvertrag vom 30. Oktober/3. November 2009, der am 26./27. Januar 2010 neu gefasst wurde, verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Schuldnerin zur Gewährung eines mit 9,5 vom Hundert jährlich zu verzinsenden Darlehens über 500.000 €. Das Darlehen wurde am 5. November 2009 an die Schuldnerin ausbezahlt. Am 17./22. März 2010 verkaufte die Beklagte die Darlehensforderung bei gleichzeitiger Abtretung zum Preis von 375.000 € an die C. (nachfolgend: C. ). Vertraglich ist zugunsten der Beklagten ein Ausschluss jeglicher Gewährleistung betreffend Bestand, Einbringlichkeit und Höhe der Forderung vereinbart; der Haftungsausschluss erfasst auch Ansprüche aus Anfechtung (§§ 119 ff BGB) und Verschulden bei Vertragsschluss. Die C. unterrichtete die Schuldnerin durch Schreiben vom 23. März 2010 von der Forderungsveräußerung. Nach Eintritt der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs überwies die Schuldnerin auf Anforderung der C. am 8. Juni 2010 einschließlich Zinsen den Betrag von 528.500 € auf deren Konto bei der L. Bank in L. .

3 Der Kläger verlangt von der Beklagten auf der Grundlage von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Erstattung dieses Betrages. Das Oberlandesgericht hat die erstinstanzlich erfolgreiche Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des der Klage stattgebenden Urteils des Landgerichts.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

6 Die Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO seien im Verhältnis zur C. gegeben. Es handele sich um ein Gesellschafterdarlehen, weil die Beklagte zu 100 vom Hundert Gesellschafterin der alleinigen Anteilseignerin der Komplementär-GmbH der Schuldnerin und zugleich alleinige Gesellschafterin der alleinigen Kommanditistin der Schuldnerin sei. Verkauf und Abtretung der Forderung durch die Beklagte hätten nicht dazu geführt, dass die Forderung ihre Qualifikation als Gesellschafterdarlehen verloren habe. Erfolge die Abtretung der Darlehensforderung durch den Gesellschafter innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, werde die Einstufung als Gesellschafterdarlehen gegenüber dem Erwerber nicht berührt. Deswegen sei die Rückzahlung des Darlehens an die C. nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.

7 Die Beklagte sei hingegen nicht zutreffender Adressat des Rückzahlungsanspruchs. Die Anfechtung habe gegenüber dem Zessionar der Darlehensforderung als dem Empfänger der Leistung zu erfolgen. Eine Rückzahlung an den Gesellschafter liege nur vor, wenn dieser Forderungsinhaber geblieben und an einen Dritten auf dessen Weisung geleistet worden sei. Eine Grundlage

für eine gesamtschuldnerische Haftung des Gesellschafters neben dem Zessionar sei nicht ersichtlich. Allein eine mittelbare Begünstigung des Gesellschafters durch die Zahlung könne eine Anfechtung ihm gegenüber nicht begründen. Eine solche mittelbare Begünstigung der Beklagten sei überdies nicht gegeben, weil ein Regressanspruch der C. infolge der Anfechtbarkeit der an sie bewirkten Darlehensrückzahlung im Verhältnis zu der Beklagten nicht entfallen sei. In der Zahlung an die C. liege im Falle eines Ausschlusses der Gewährleistung auch keine mittelbare Begünstigung der Beklagten, weil der Vorteil der Beklagten in diesem Fall nicht auf der anfechtbaren Leistung der Schuldnerin, sondern auf der ihr günstigen Vertragsgestaltung beruhe.

II.

8 Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Beklagte Schuldnerin des auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO beruhenden Anfechtungsanspruchs.

9 1. Die von Rechtsprechung und Schrifttum zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Grundsätze können im Streitfall für die Auslegung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO grundsätzlich fruchtbar gemacht werden.

10 a) Durch den im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) eingefügten § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG wurden die Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aufgegeben, weil nach dieser Vorschrift Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte

Leistungen nicht mehr wie Stammkapital zu behandeln sind. Als Ausgleich für den Verzicht auf das Rechtsinstitut des Kapitalersatzes wurden zur Vermeidung von Schutzlücken die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aF (Fassung des Gesetzes vom 4. Juli 1980, BGBl. I S. 836, 838) in das Insolvenzrecht verlagert und insbesondere § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgebaut (BT-Drucks. 16/6140 S. 42). Bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen wird nunmehr - vor dem Hintergrund einer erweiternden Auslegung des Begriffs der kapitalersetzenden Darlehen durch die Rechtsprechung, die jedes Gesellschafterdarlehen als potenziell kapitalersetzend einstufte (Huber in FS Priester, 2007, S. 259, 273 f) - generell auf das Merkmal "kapitalersetzend" verzichtet und jedes Gesellschafterdarlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterworfen (BT-Drucks, aaO S. 42, 56; Huber, aaO S. 272). In Konsequenz dieser Änderung wird durch eine Verschärfung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Rückgewähr jedes - und nicht nur eines "kapitalersetzenden" - Gesellschafterdarlehens durch die Gesellschaft binnen eines Jahres vor Antragstellung von der Insolvenzanfechtung erfasst, ohne dass das bisherige Erfordernis einer "Gesellschaftskrise" hinzutreten muss (BT-Drucks., aaO S. 26, 57; BGH, Urteil vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, WM 2012, 1874 Rn. 12; Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 188; Pentz in FS Hüffer, 2010, S. 747, 752).

11 b) Mit Hilfe der Einbeziehung "gleichgestellter Forderungen" wird außerdem der bisherige § 32a GmbHG aF in personeller - durch Einbeziehung Dritter - und sachlicher Hinsicht übernommen (BT-Drucks., aaO S. 56). Die Vorschrift des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterstellt die Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wie auch einer gleichgestellten Forderung der Anfechtung. Gleichgestellte Forderungen sind Verbindlichkeiten, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Die Einbeziehung gleichgestellter Forderungen ermöglicht es, den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

und damit die Anfechtbarkeit auf Drittforderungen zu erstrecken. Im Blick auf die Reichweite der Regelungen im Verhältnis zu Dritten kann folglich auf die zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 10; vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 11).

12 c) Die Bestimmung des § 135 InsO knüpft an die sogenannten Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aF an (BT-Drucks., 16/6140 S. 42; BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, BGHZ 190, 364 Rn. 30; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, Rn. 345; Spliedt, ZIP 2009, 149, 153). Im Blick auf die Vielgestaltigkeit der Sachverhalte, die der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich gleichen und daher im Interesse des Gläubigerschutzes entsprechenden Rechtsfolgen unterworfen werden müssen, hat der Gesetzgeber bereits bei Einführung der Novellenregeln, die für das geltende Recht Leitbildfunktion haben, von dem Versuch Abstand genommen, die in Betracht kommenden Tatbestände im Einzelnen kasuistisch zu regeln. Vielmehr sollte die Rechtsprechung mit Hilfe der Generalklausel des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF in den Stand gesetzt werden, nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Gesetzes erfasste, jedoch vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln (BT-Drucks. 8/3908 S. 74). Diese Regelungstechnik hat das MoMiG in Anlehnung an § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF durch die Einführung des Merkmals der "gleichgestellten Forderung" in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO beibehalten (BT-Drucks. 16/6140 S. 56). Darum ist auch bei der Auslegung des Tatbestands der gleichgestellten Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) in Übereinstimmung mit dem früheren Recht Vorsorge dagegen zu treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzt (BT-Drucks. 8/1347 S. 39).

13 2. Im Streitfall wurde durch die Zahlung an die C. ein Gesellschafterdarlehen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO befriedigt. Die Vorschrift ist gemäß § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO anwendbar, weil die in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG geführte Schuldnerin keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter hat (BT-Drucks. 16/6140 S. 56).

14 a) Die Kreditgewährung durch die Beklagte zugunsten der Schuldnerin ist anfechtungsrechtlich als Gesellschafterdarlehen zu behandeln.

15 aa) Allerdings war die Beklagte im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht selbst Gesellschafterin der Schuldnerin. Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt werden, sollte durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen werden (vgl. BT-Drucks., aaO). Von der Neuregelung werden daher auch Rechtshandlungen Dritter erfasst, welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen. Dies gilt insbesondere für Darlehen verbundener Unternehmen (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 10).

16 bb) Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (Schröder, aaO Rn. 478; HK-InsO/Kleindiek, 6. Aufl., § 39 Rn. 42; MünchKomm-AnfG/Kirchhof, § 6 Rn. 13; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, §§ 32a/b Rn. 23; K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009, 1018; Goette/Kleindiek, Gesellschafterfinanzierung nach MoMiG

und das Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 6. Aufl., Rn. 265; aA insbesondere Habersack, ZIP 2008, 2385, 2387 ff; Huber in FS Priester, 2007, S. 259, 279 f).

17 (1) Eine einschränkende Auslegung, die aus einer vermeintlichen Änderung des dem neuen Recht mit der Inanspruchnahme des Prinzips der Haftungsbeschränkung anstelle der Finanzierungsfolgenverantwortung zugrundeliegenden Schutzzwecks hergeleitet wird (Habersack, aaO), wäre mit der tatbestandlichen Verschärfung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unvereinbar, der abweichend vom früheren Recht krisenunabhängig die Rückgewähr sämtlicher und nicht nur eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen (zutreffend Huber, aaO S. 272; Spliedt, ZIP 2009, 149, 153) im Interesse einer Gleichbehandlung sämtlicher Gesellschafterdarlehen (Huber, aaO S. 273) vorschreibt. Da die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen sowohl ungeachtet ihres Zwecks als auch ungeachtet der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft anfechtbar ist (Huber, aaO S. 276), können verbundene Unternehmen nicht unter Berufung auf eine fehlende Finanzierungsfolgenverantwortung entgegen dem erklärten Willen des Gesetzgebers vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen werden.

18 (2) Die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Novellenregeln verbunden mit der Erläuterung, die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht verlagert zu haben (BT-Drucks. 16/6140 S. 42), legt überdies die Annahme nahe, dass das durch das MoMiG umgestaltete Recht und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung harmoniert. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeit-

spanne einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 26). Der daraus ableitbare anfechtungsrechtliche Regelungszweck, infolge des gesellschaftsrechtlichen Näheverhältnisses über die finanzielle Lage ihres Betriebs regelmäßig wohlinformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigergesamtheit zu entziehen (MünchKomm-AnfG/Kirchhof, § 6 Rn. 1 mwN; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., Anh. § 64 Rn. 115; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 418 f; Eidenmüller in FS Canaris Band II, 2007, S. 49, 61 ff), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.

19 (3) Selbst wenn man im Unterschied zu vorstehenden Ausführungen dem neuen Regelungswerk aus rechtsdogmatischen Erwägungen eine andere Legitimationsgrundlage beimisst, können mit ihrer Hilfe keine Auslegungsergebnisse gerechtfertigt werden, die von dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers nicht getragen werden. Deswegen wird die Grenze einer zulässigen Auslegung überschritten, wenn typische Fälle der Finanzierung durch ein Verbundunternehmen mangels eines Handelns mit Mitteln oder für Rechnung des Gesellschafters (vgl. Habersack, aaO 2389) dem Merkmal der gleichgestellten Forderung entzogen werden. Die auf die Einrichtung eines konsequenten Anfechtungsregimes (BT-Drucks. 16/6140, aaO) zielende Regelung will den Kreis haftender Dritter in Anlehnung an den bisherigen Rechtszustand festlegen. Davon abgesehen ist nicht einsichtig, warum sich ein mittelbarer Gesellschafter das kapitalgesellschaftliche Prinzip der Haftungsbeschränkung nicht zunutze macht, wenn er ein Darlehen nicht unmittelbar, sondern über eine von ihm beherrschte Gesellschaft ausreicht. Die gegenteilige Beurteilung würde den verfehlten Anreiz schaffen, Kreditmittel nach Möglichkeit nur über eine zwi-

schengeschaltete, mitunter eigens zu diesem Zweck gegründete (Unternehmer-)Gesellschaft zu gewähren.

20 cc) Das Darlehen eines Dritten ist danach als Gesellschafterdarlehen zu bewerten, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Gesellschafter gleichsteht. Dies ist zu Lasten der Beklagten infolge ihrer mittelbaren Beteiligung an der Schuldnerin anzunehmen.

21 (1) Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln. Dies gilt jedenfalls für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an der Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist und aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; vom 21. November 2005 - II ZR 277/03, WM 2006, 399, 401, insoweit in BGHZ 165, 106 nicht abgedruckt; vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9; vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 15 ff).

22 (2) Die U. ist sowohl Alleingesellschafterin der Komplementärin der Schuldnerin als auch deren einzige Kommanditistin. Die Beklagte ist Alleingesellschafterin der U. und daher als Gesellschafter-Gesellschafter der Schuldnerin zu qualifizieren. Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse kann dahinstehen, ob - was nahe liegt - auch bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterliegt (in diesem Sinne HK-InsO/Kleindiek, 6. Aufl., § 39 Rn. 42). Als mittelbare, die Schuldnerin beherrschende Alleingesellschafterin ist die Beklagte wie ein Gesellschafter zu be-

handeln (BGH, Urteil vom 18. November 1996 - II ZR 207/95, WM 1997, 116). Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, den Gesellschafter einer GmbH, die ihrerseits bei einer Kommanditgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin fungiert, dem Regelungswerk der § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu unterwerfen (BT-Drucks. 16/6140 S. 56 f).

23 b) Die Einstufung der Kredithilfe als Gesellschafterdarlehen ging nicht durch die Abtretung der Forderung von der Beklagten auf die C. verloren.

24 aa) Der für ein Gesellschafterdarlehen durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeordnete Nachrang kann nicht ohne weiteres dadurch unterlaufen werden, dass der Gesellschafter als Darlehensgeber seine Beteiligung an der Gesellschaft aufgibt oder die Darlehensforderung an einen Nichtgesellschafter abtritt. Das Nachrangrisiko muss der Zessionar mangels der Möglichkeit eines gutgläubigen einredefreien Erwerbs gemäß § 404 BGB gegen sich gelten lassen (Haas, ZInsO 2007, 617, 626; Habersack, ZIP 2007, 2145, 2149; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 39 Rn. 46 mwN; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 31 Rn. 6; aA, aber durch Bezug auf die Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit gleichem Ergebnis etwa Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, Rn. 253). Der Rückgriff auf § 404 BGB entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, bei der Einbeziehung Dritter die zum Kapitalersatzrecht entwickelten Rechtsgrundsätze anzuwenden (BT-Drucks. 16/6140 S. 56).

25 bb) Allerdings wäre in Fällen einer Übertragung der Gesellschafterstellung oder der Abtretung der Forderung an einen außenstehenden Dritten ein zeitlich unbegrenzter Nachrang der Darlehensforderung unangemessen. Vielmehr bleibt auf der Grundlage des in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zum Ausdruck

kommenden Rechtsgedankens der Nachrang für ein Gesellschafterdarlehen nur erhalten, wenn der Gesellschafter innerhalb der Jahresfrist vor Antragstellung entweder seine Gesellschafterposition aufgibt oder die Forderung auf einen Nichtgesellschafter überträgt (BGH, Beschluss vom 15. November 2011 - II ZR 6/11, WM 2012, 78 Rn. 14 ff; HK-InsO/Kleindiek, 6. Aufl., § 39 Rn. 38; HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 15, 16; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 39 Rn. 46; Ahrens in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 39 InsO Rn. 32; Habersack, ZIP 2007, 2145, 2149).

26 Soweit bei Abtretung der Darlehensforderung an einen Nichtgesellschafter innerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Nachrangigkeit abgelehnt wird (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 30; HmbKomm-InsO/Lüdtke, 4. Aufl., § 39 Rn. 32), kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden, weil auch nach dem das Verständnis des neuen Rechts prägenden § 32a GmbHG aF (BT-Drucks. 16/6140 S. 56) der Zessionar den Eigenkapitalersatzcharakter einer abgetretenen Forderung gegen sich gelten lassen musste (BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 43; vom 2. Februar 2006 - IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rn. 12; vom 5. Dezember 2007 - XII ZR 183/05, WM 2008, 162 Rn. 29 ff). Überdies beugt allein diese Würdigung nicht billigenswerten Umgehungsversuchen vor, ein Gesellschafterdarlehen mit Hilfe einer Abtretung vor Antragstellung dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und dadurch im Falle einer Befriedigung außerdem der Anfechtung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu entziehen.

27 cc) Vor diesem Hintergrund unterliegt das von der Beklagten an die C. abgetretene Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, weil die Zession binnen eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin vereinbart wurde. Mit dem Nachrang

ist folgerichtig die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO verbunden. Wegen der ebenfalls binnen der Jahresfrist zu ihren Gunsten bewirkten Befriedigung ist die C. als Zessionarin auch der Anfechtung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterworfen (BGH, Urteil vom 28. September 1981 - II ZR 223/80, BGHZ 81, 365, 368; HmbKomm-InsO/Schröder, aaO; HK-InsO/Kleindiek, aaO, § 39 Rn. 38; MünchKomm-AnfG/Kirchhof, § 6 Rn. 51; Pentz in FS Hüffer, 2010, S. 747, 772 f; Altmeppen, NJW 2008, 3601, 3603 f; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., Anh. §§ 32a, b Rn. 30 f; im Ergebnis ebenso Kuntz in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 31 Rn. 18 sowie MünchKomm-GmbHG/Ekkenga, § 31 Rn. 30 unter Rückgriff auf § 812 BGB; anders aber nunmehr Ekkenga in FS Schapp, 2010, 125, 126 ff).

28 3. Wird die Forderung aus einem abgetretenen Gesellschafterdarlehen von der Gesellschaft durch Zahlung an den Zessionar getilgt, kann diese Befriedigung entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch gegenüber dem Gesellschafter angefochten werden. Der Zessionar und der Gesellschafter sind Gesamtschuldner der anfechtbaren Leistung.

29 a) Tritt ein Gesellschafter die gegen seine GmbH gerichtete Darlehensforderung ab und begleicht die GmbH die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, so wird verschiedentlich angenommen, dass nur den Zessionar und nicht auch den Gesellschafter eine anfechtungsrechtliche Erstattungspflicht trifft. Zur Begründung wird angeführt, dass allein der Zessionar Empfänger der Leistung sei (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., § 31 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl., § 31 Rn. 8). Demgegenüber wird überwiegend eine gesamtschuldnerische Haftung von Gesellschafter und Zahlungsempfänger befürwortet, wenn der Gesellschafter durch die Abtre-

tung der Darlehensforderung die Zahlung an den Zessionar als seine Geheißperson veranlasst hat (Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 30 Rn. 26, § 31 Rn. 4; Kuntz in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 31 Rn. 18; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 8. Aufl., § 31 Rn. 20; Haas in Sernetz/Haas, Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH, Rn. 405).

30 b) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend. Sie führt zu einer Inanspruchnahme der Beklagten, der die von der Schuldnerin an die C. bewirkte Zahlung anfechtungsrechtlich zuzuordnen ist. Die Beklagte ist Verpflichtete des hier geltend gemachten Anfechtungsanspruchs, weil sie im Wege von Abtretung und Forderungsverkauf die Zahlung der Schuldnerin an die C. veranlasst hat.

31 aa) Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 2005 - II ZR 103/02, WM 2005, 747, 748; Urteil vom 26. Juni 2006 - II ZR 133/05, WM 2007, 20 Rn. 10; vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, WM 2011, 314 Rn. 24; Thole, ZinsO 2012, 661, 665). Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2006 - IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rn. 12). Aus dieser Erwägung werden angesichts der schier unerschöpflichen Gestaltungsfantasie der Gesellschafter und ihrer Berater (Goette, Die GmbH, 2. Aufl., § 4 Rn. 8) im Rahmen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Umgehungstatbestände erfasst (BGH, Urteil vom 26. Juni 2000 - II ZR 21/99, WM 2000, 1697, 1698), denen bereits der allein an objektive Merkmale anknüp-

fende Tatbestand des § 135 InsO vorzubeugen sucht (vgl. Krolop, GmbHR 2009, 397, 399 f; Pentz in FS Hüffer, 2010, 747, 766). Deshalb ist aufgrund der im Rahmen dieser Vorschrift anzustellenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise (BGH, Urteil vom 20. Juli 2009 - II ZR 36/08, WM 2009, 1798 Rn. 16; vom 11. Januar 2011, aaO; vom 11. Oktober 2011 - II ZR 18/10, WM 2011, 2235 Rn. 18; vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16) die im Wege einer Abtretung ebenso wie die durch eine Anweisung (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 2000 - II ZR 118/98, WM 2000, 1445, 1449) bewirkte Drittzahlung als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend ist dabei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf eine der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgeht und sich darum auch als solche an ihn darstellt.

32 bb) Könnte sich der Gesellschafter durch eine mit dem Verkauf der Darlehensforderung verbundene Abtretung enthaften, wäre ihm die Möglichkeit eröffnet, zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil eine Forderung zu verwerten, die im Insolvenzverfahren zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Vermögen der GmbH zugeordnet bleiben muss (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dem Gesellschafter ist es jedoch versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens auf dem Rücken der Gläubiger zu spekulieren und das Anfechtungsrisiko auf sie abzuwälzen (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 1984 - II ZR 171/83, BGHZ 90, 381, 388; Kuntz in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 31 Rn. 18). Folglich ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte infolge der Anfechtbarkeit der Zahlung der Schuldnerin im Verhältnis zu der C. Rückgriffsansprüchen ausgesetzt war oder solche Ansprüche wegen eines Haftungsausschlusses nicht zu befürchten hatte (vgl. Ulmer/Habersack, aaO, § 31 Rn. 18; Thole, aaO S. 666). Würde auf die Haftungslage abgestellt, wäre einer missbräuchlichen Umgehung der An-

fechtung durch die Möglichkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung Tür und Tor geöffnet. Vor allem in Gestaltungen der vorliegenden - auf ein kollusives Zusammenwirken hindeutenden (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 1982 - II ZR 268/81, WM 1982, 1402; Ulmer/Habersack, aaO § 31 Rn. 19) - Art bestünde die Gefahr, dass durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar die Anfechtung ausgehöhlt wird. Auch zur Vermeidung eines solchen Nachteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft von den Folgen einer der insolvenzrechtlichen Verstrickung seiner Darlehensforderung widersprechenden Inanspruchnahme durch den Zessionar freizustellen (Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2009, § 39 Rn. 57).

III.

33 Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsge-

richts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Kayser Raebel Gehrlein

Grupp Möhring

Vorinstanzen:
LG Tübingen, Entscheidung vom 03.08.2011 - 7 O 594/10 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 08.02.2012 - 14 U 27/11 -