

Norddeutsches Insolvenzforum 2. Juni 2014

Anfechtung im Konzern

Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M.
Institut für deutsches und internationales
Zivilprozessrecht sowie Konfliktmanagement
der Universität Bonn

Der Konzern als Phänomen

★ Der Konzern:

§ 3e RegE Konzerninsolvenzrecht (vgl. § 290 HGB):
*„Unternehmensgruppe
Eine Unternehmensgruppe besteht aus rechtlich selbständigen
Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen
Interessen im Inland haben und die unmittelbar oder mittelbar
miteinander verbunden sind durch die Möglichkeit der Ausübung
eines beherrschenden Einflusses oder eine Zusammenfassung
unter einheitlicher Leitung.“*

★ „Unternehmerische Einheit in rechtlicher Vielfalt“

★ Die Aufgabe:

**Anerkennung der unternehmerischen Einheit bei
haftungsrechtlicher Entflechtung**

Der Konzern im Insolvenzrecht

★ Der Konzern als unternehmerische Einheit

- Wissenszurechnung
- (Konzernverrechnungsklauseln)
- Konzerngesellschaften als nahestehende Personen
- Mittelbare Leistungen
- upstream guarantees

★ Der Konzern als rechtliche Vielfalt

- Insolvenzverfahrensrecht
- Konzerninterne Anfechtungssituationen, z.B.
 - Gesellschafterfinanzierung
 - insbesondere: Cash Pooling

Der Konzern als Einheit I. Wissenszurechnung im Konzern

- Ungeklärt!
 - Vorüberlegung: Wissenszurechnung im Verband
 - Wissen der GF-Organmitglieder sowie sonstiger Wissensvertreter, soweit es sich um typischerweise aktenmäßig festgehaltene Informationen handelt.
 - Wissen der Gesellschafter wird nicht allein aufgrund der Gesellschafterstellung zugerechnet.
- ➔ Bloße Konzernzugehörigkeit erlaubt nicht die Zurechnung von Wissen einer Gesellschaft zu einer anderen.
- ➔ **Rechtliche Selbständigkeit kann im Hinblick auf die Zurechnung von Informationen nur bei Hinzutreten weiterer Umstände überwunden werden.**

Der Konzern als Einheit I. Wissenszurechnung im Konzern

- Zurechnungsgründe
 1. **Handeln des GF auf Veranlassung der Gesellschafter** (arg. § 166 II BGB)
 2. i.Ü.: „Wertende Betrachtung im Einzelfall auf Basis der Gesamtumstände“
 - **Gemeinsame Wissensorganisation** (BGHZ 123, 224.)
 - **Organidentität?**
nach hM nur, „wenn die Wahrnehmung der Aufgaben der juristischen Person oder Gesamthandsgesellschaft so organisiert ist, daß ein Teil ihres Aufgabenbereichs auf eine natürliche Person oder eine selbständige juristische Einheit ausgegliedert ist.“ (BGH ZIP 2001, 26)

Der Konzern als Einheit II. Konzernverrechnungsklauseln

1. Funktion und Wirkung
 - Aufrechnung mit fremder Forderung gegen eigene Schuld
 - Aufrechnung mit eigener Forderung gegen fremde Schuld
2. Unzulässigkeit der Verrechnung trotz § 94?

§ 94 InsO

*Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes **oder auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung** berechtigt, so wird dieses Recht durch das Verfahren nicht berührt.*

Der Konzern als Einheit II. Konzernverrechnungsklauseln

1. Funktion und Wirkung
 - Aufrechnung mit fremder Forderung gegen eigene Schuld
 - Aufrechnung mit eigener Forderung gegen fremde Schuld
 2. Unzulässigkeit der Verrechnung trotz § 94 InsO?
 - BGHZ 160, 107: Wortlaut des § 94 InsO planwidrig zu weit. Nur bei Verfahrenseröffnung bereits entstandene Aufrechnungslagen sollen geschützt werden.
 - ➔ Verrechnung unter Berufung auf Konzernverrechnungsklausel nach Verfahrenseröffnung unzulässig, Analogie zu § 96 I Nr. 2 InsO.
 - ➔ Wenn Verrechnung schon vor Verfahrenseröffnung, kommt Unzulässigkeit nach § 96 I Nr. 3 iVm § 131 InsO in Betracht.
- ➔ **Konzernverrechnungsklauseln überwinden nicht die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften**

Der Konzern als Einheit III. Konzerngesellschaften als nahestehende Personen

- Betrifft die konzerninterne Anfechtung!
1. § 138 II Nr. 1
 - Var. 1: Mitglieder des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans
 - Var. 2:
persönlich haftende Gesellschafter d Schuldners
(GmbH & Co KG)
 - Var. 3:
Gesellschafter, der mit mind. 25 % beteiligt ist
(Mutter in der Insolvenz der Tochter),
 - ➔ Zusammenrechnung gem. § 16 IV AktG

Der Konzern als Einheit

III. Konzerngesellschaften als nahestehende Personen

2. § 138 II Nr. 2

Besondere Informationsmöglichkeiten aufgrund vergleichbarer gesellschaftsrechtlicher oder dienstvertraglicher Verbindung

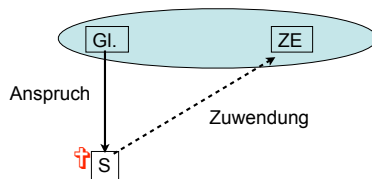
- Mitgesellschafter im Verhältnis zueinander grdsl. (-)
- Tochter als Insider in der Insolvenz der Mutter: (+), wenn tatsächliche Informationsmöglichkeit bestand (BGH NZI 2004, 449)
- Schwesterunternehmen zueinander: **hL** für Einbeziehung, so auch BGHZ 58, 25 bei Gesellschafteridentität. **A.A.** zB *Ropohl*, NZI 2006, 425

Der Konzern als Einheit

IV. Der Konzern in Anweisungsfällen

1. Konzern als Leistungsempfänger

a) Zuwendung an andere Konzerngesellschaft



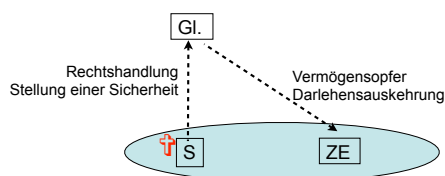
- ➔ Verwalter des S kann ggü Gl. anfechten, wenn Zuwendung an ZE auf Anweisung des Gl. beruhte oder ZE „Empfangsbeauftragter“ war (BGH ZIP 2009, 726; ZIP 2009, 2073).

Der Konzern als Einheit

IV. Der Konzern in Anweisungsfällen

1. Konzern als Leistungsempfänger

b) Zuwendung an andere Konzerngesellschaft iRv. § 134

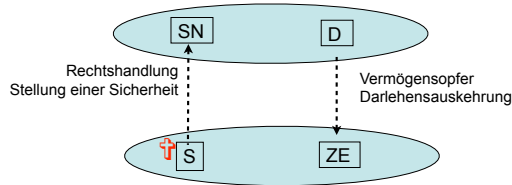


- ➔ Auch Leistung an Dritten kann Entgeltlichkeit der Rechtshandlung begründen

Der Konzern als Einheit IV. Der Konzern in Anweisungsfällen

1. Konzern als Leistungsempfänger

c) Zuwendung durch andere Konzerngesellschaft iRv. § 134

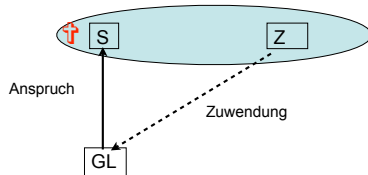


- ➔ Auch Zuwendung durch Dritten an Dritten kann Entgeltlichkeit der Rechtshandlung begründen, OLG Düsseldorf ZIP 2014, 837 (Revision anhängig unter IX ZR 257/13)

Der Konzern als Einheit IV. Der Konzern in Anweisungsfällen

2. Konzern als Leistender

a) Zuwendung durch andere Konzerngesellschaft

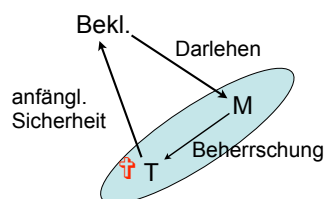


- ➔ Verwalter des S kann ggü. Gl. anfechten, weil Zuwendung des L dem S zugerechnet wird (BGHZ 182, 317), sofern dem Gl. der Charakter als Drittleistung erkennbar war.
- **HM:** Benachteiligung der Gläubiger des S nur bei Anweisung auf Schuld. Bei Anweisung auf Kredit soll nur neutraler Gläubigertausch vorliegen. **AA** KP/Brinkmann § 145 Anh. I Rz. 23

Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

Szenario 1)

Tochtergesellschaft T stellt für einen Kredit, der ihrer Mutter gewährt wird, eine Sicherheit. In der Insolvenz der Tochter wird die Sicherheit vom Sicherungsnehmer geltend gemacht.



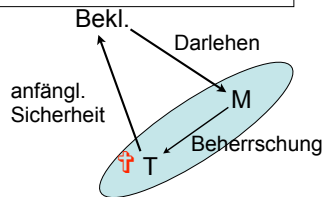
Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

Anfechtung T gg Bekl.

1. §§ 130/131 (-),
Sicherungsnehmer kein
Insolvenzgläubiger

2. § 134 (-),
Anfängl. Sicherheiten grds. nicht unentgeltlich.

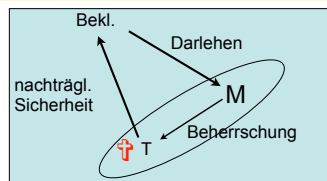
- BGH ZIP 2013, 223: *Rechtliche Verpflichtung des Sicherungsnehmers gegenüber dem Sicherungsgeber, das Darlehen an den Dritten auszureichen, muss nicht gegeben sein. Es genügt, wenn er für die Zuwendung des Schuldners eine ausgleichende Gegenleistung an diesen oder einen Dritten erbringt.*



Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

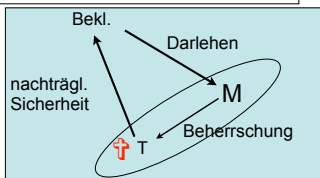
Szenario 2)

Tochtergesellschaft T stellt für einen Kredit, der ihrer Mutter gewährt wurde und nun notleidend ist, eine Sicherheit. In der Insolvenz der Tochter wird die Sicherheit vom Sicherungsnehmer geltend gemacht.



Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

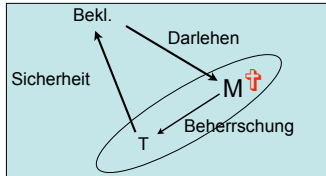
- Anfechtung gg Bekl. nach § 134
- Entgeltlichkeit (+)
bei Nachbesicherungsanspruch
gegen Tochter.
- Stehenlassen
unstr. kein Vermögensopfer,
wenn Forderung zum Besicherungszeitpunkt nicht mehr
werthaltig.
- Irrelevant ist „eigenes Interesse“ der Tochter an Kreditgewährung
(BGH ZIP 2006, 1362).
- Auch Stehenlassen einer werthaltigen Forderung soll kein
Vermögensopfer sein, wenn Forderung in diesem Moment noch
ungekündigt (aber kündbar) ist (BGH ZIP 2009, 1122; **aA** KP/B/
Brinkmann § 145 Anh I Rz. 89 f)



Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

Szenario 3)

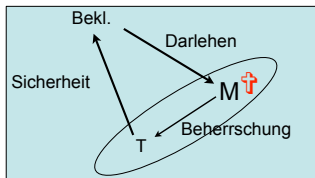
Tochtergesellschaft T stellt für einen Kredit, der ihrer Mutter gewährt wird, eine Sicherheit. Der Insolvenzverwalter der Mutter fragt sich, inwieweit dies von ihm angefochten werden kann.



Der Konzern als Einheit V. Upstream Guarantees

M gg. Bekl.

1. Rechtshandlung (des Schuldners):
Ggf Mitwirken am
Gesellschafterbeschluss
(OLG Celle ZIP 2011, 676)



2. Benachteiligung d Gläubiger der Mutter
 - **M1:** (+) „wirtschaftl. Betrachtungsweise“: Verringerung d. Werts d. Beteiligung (OLG Celle ZIP 2011, 676; *Hirte*, ZInsO 2004, 1161; HambKomm-Rogge/*Leptien* § 129 Rz. 109)
 - **M2:** (-) MüKo/*Kayser*, § 129 Rz. 170b: Handlung muss sich *unmittelbar* auf Schu-Vermögen auswirken; ähnlich K/P/B/*Brinkmann* § 135 Anh. I Rz. 28: Rechtshandlung muss „Massebezug“ haben.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

1. Marksteine der Rechtsprechung

- ★ Ur. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“

Urt. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“

1. 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.

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

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

1. Marksteine der Rechtsprechung

- ★ Urt. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“
- ★ Urt. v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12 „Staffelkredit“

Urt. v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12 „Staffelkredit“

Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

1. Marksteine der Rechtsprechung

- ★ Ur t. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“:
- ★ Ur t. v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12 „Staffelkredit“
 - ★ Beschl. v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13
„Abgrenzung Staffelkredit/mehrere
Darlehensverträge“

Ur t. v. 16.01.2014 - IX ZR 116/13 „Abgrenzung Staffelkredit/ mehrere Darlehensverträge“

Handelt es sich nicht um eine Vielzahl einander ablösender Staffelkredite, sondern lediglich um zwei Darlehensverträge, zwischen denen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht und die nicht auf einen bestimmten Zweck sondern lediglich auf den allgemeinen Liquiditätsbedarf des Schuldners bezogen waren, so kann diese Kreditgewährung nicht einem Kontokorrent gleichgestellt werden.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

1. Marksteine der Rechtsprechung

- ★ Ur t. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“:
- ★ Ur t. v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12 „Staffelkredit“
 - ★ Beschl. v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13
„Abgrenzung Staffelkredit/mehrere
Darlehensverträge“
- ★ Ur t. v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12 „Rückzahlung der
Rückzahlung“

Urt. v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12 „Rückzahlung der Rückzahlung“

Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung; erfolgt die Rückzahlung auf ein im Soll geführtes Konto der Gesellschaft bei einer Bank, für das der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet, kann die Rückführung des Saldos gemäß § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar sein.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

1. Marksteine der Rechtsprechung

- ★ Urt. v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12 „Abtretung“:
- ★ Urt. v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12 „Staffelkredit“
 - ★ Beschl. v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13 „Abgrenzung Staffelkredit/mehrere Darlehensverträge“
- ★ Urt. v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12 „Rückzahlung der Rückzahlung“
- ★ Urt. v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11 „Verwertung der Sicherheit“

Urt. v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11 „Verwertung der Sicherheit“

1. Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.

2. Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. Ausgewählte Fragen

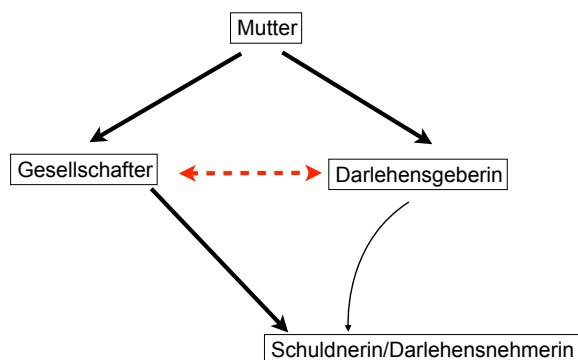
- Bestimmung der gesellschaftergleichen Dritten
- Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs iRv § 135 I
- Behandlung des Cash Pools
- Durchsetzbarkeit unanfechtbarer Sicherheiten

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

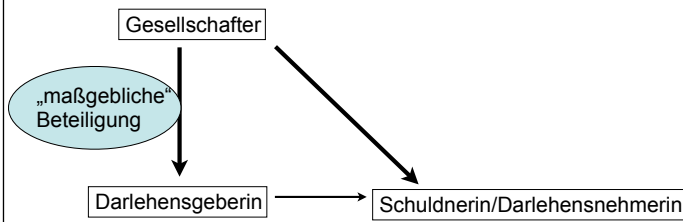
2. a) Bestimmung der gesellschaftergleichen Dritten

- Inwieweit unterfallen Darlehen von Nicht-Gesellschaftern den §§ 39 I Nr. 5, 135 I?
- Entgegen früheren Stimmen in der Literatur keine Änderung ggü dem alten Recht
- Dritte sind dann in den Anwendungsbereich der Regelung einbezogen, wenn sie „horizontal oder vertikal mit Gesellschafter verbunden sind“ („Abtretung“ Rz. 15).

horizontale Verbindung



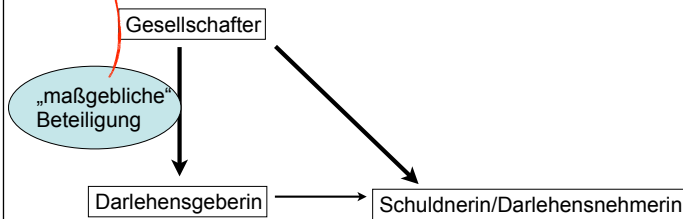
vertikale Verbindung I



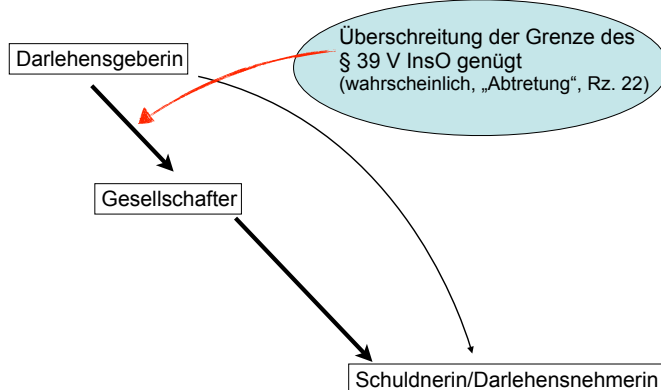
vertikale Verbindung I

Maßgeblichkeit wird bei GmbH bejaht, wenn

- Beteiligung mit >50%
- od.
- Beteiligung = 50% + Alleinvertretungsberechtigung („Verwertung von Sicherheiten“ Rz. 24)



vertikale Verbindung II



Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. b) Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs

★ Das Problem:

Kann insbesondere die Anfechtung einer anfänglichen Sicherheit nach § 142 unanfechtbar sein?

- **M1:** § 142 anwendbar (*Bitter* ZIP 2013, 1583) arg.:
 - nicht ausdrückl. ausgeschlossen
 - „eingeschränkte Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters“
 - Kreditgewährung gegen Sicherheit hält Drittvergleich stand
- **M2:** § 142 nicht anwendbar (*Hölzle* ZIP 2013, 1992; *K. Schmidt/K. Schmidt* InsO § 135 Rz. 15)

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. b) Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs

- Arg.: Anwendung von § 142 nicht ausdrücklich ausgeschlossen (anders als für § 133)
 - Unanwendbarkeit kann sich nur im Wege einer teleologischen Reduktion d. § 142 ergeben.
- Gegenargument
 - Gesetzgeber hat das Problem nicht gesehen.
 - Kein Bargeschäftsprivileg bei § 6 AnfG; insofern kommt auch *Bitter* nicht ohne Rechtsfortbildung aus.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. b) Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs

- Arg.: „eingeschränkte Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters“
 - Jenseits der Haftung für materielle Unterkapitalisierung dürfe der Gesellschafter nur insoweit in die Haftung genommen werden, wie er tatsächlich bereit ist, der Gesellschaft Kapital zur Verfügung zu stellen.
- Gegenargument:
 - Eine solche „Einschränkung“ liegt in der besicherten Kreditgewährung gerade nicht, denn die Finanzierungsentscheidung ist die Darlehensgewährung, nur auf diese kommt es an, denn diese hat die Kapitalausstattung zur Folge (ob mit oder ohne Sicherheit).
 - Sicherheit schränkt insofern nicht die Finanzierungsentscheidung ein, sondern ist vielmehr mit einer „ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar“ („Verwertung von Sicherheiten“ Rz. 19).

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. b) Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs

- Arg.: Kreditgewährung gegen Sicherheit hält Drittvergleich stand.
 - Warum soll Gesellschafter nicht wie ein Dritter auch seiner Gesellschaft Kredit gewähren können?
- Gegenargument:
Weil bei nur bei ihm Fehlanreize im Hinblick auf das Eingehen von Risiken zu erwarten sind.
Gerade diese sollen durch §§ 39 I Nr. 5, 44a, 135 I ausgeschlossen werden.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. c) Behandlung des Cash Pools

★ Das Problem:

Inwieweit sind die Saldorückführungen im Rahmen eines konzernweiten Cash Managements als Befriedigungen von Gesellschafterdarlehen zu erfassen?

- ★ **Frage 1:** Inwieweit liegt überhaupt „Darlehensgewährung“ vor?
 - Nahe liegt Anwendung der „Staffelkredit“-Entscheidung:
 - Keine Aufsummierung der einzelnen Saldorückführungen
 - „Darlehen“ nur i.H.d. des höchsten Sollsaldos während des Jahreszeitraums

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. c) Behandlung des Cash Pools

★ Das Problem:

Inwieweit sind die Saldorückführungen im Rahmen eines konzernweiten Cash Managements als Befriedigungen von Gesellschafterdarlehen zu erfassen?

- ★ **Frage 2:** Ergibt sich Anfechtungsfestigkeit aus § 142?
 - Starke Ansicht in Lit spricht sich für Anwendung des § 142 aus, insbes. beim Cash Pool.
 - Dagegen spricht aber die gerade gezeigte generelle Unanwendbarkeit des § 142 iRd § 135 InsO und des § 6 AnfG.

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. c) Behandlung des Cash Pools

★ Das Problem:

Inwieweit sind die Saldorückführungen im Rahmen eines konzernweiten Cash Managements als Befriedigungen von Gesellschafterdarlehen zu erfassen?

- ★ **Frage 3:** In welcher Höhe ergibt sich ein Anfechtungsanspruch?
 - Summe der einzelnen Rückzahlungen bis zur Höhe der vereinbarten Obergrenze
 - Differenz zw. höchstem Sollsaldo und niedrigstem Sollsaldo (im Anfechtungszeitraum)
 - Differenz zw. höchstem Saldo und Saldo am Tag d. Verfahrenseröffnung

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. d) Durchsetzbarkeit unanfechtbarer Sicherheiten

- **M1:** Verwalter kann dem Absonderungsrecht die Nachrangigkeit der gesicherten Forderung entgegenhalten. Aus §§ 39 I Nr. 5 iVm § 44a ergebe sich Durchsetzungssperre für Sicherheiten (*Hölzle* ZIP 2013, 1992, 1995; *Karsten Schmidt/Ganter/Weinland* § 142 Rz. 10; *K/S/H/Schäfer* § 142 Rn. H 72)
- **M2:** Sicherheit ist durchsetzbar (*Bitter*, ZIP 2013, 1497) arg.:
 - Andere nachrangige Forderungen können wirksam besichert werden.
 - Welchen Sinn soll Unanfechtbarkeit sonst haben?

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. d) Durchsetzbarkeit unanfechtbarer Sicherheiten

- Arg.: Andere nachrangige Forderungen können wirksam besichert werden (BGH NZI 2008, 542 für Grundpfandrecht im Hinblick auf Zinsen und Kosten der Zwangsvollstreckung, § 39 I Nr. 1)
 - Gründe, zw. Nr. 1 und Nr. 5 andererseits zu unterscheiden:
 - Wertungen des § 169 einerseits / des § 199 S. 2 andererseits
 - telos des Nachrangs ist ein völlig anderer:
 - Bei Nr. 1 stehen Praktikabilitätsabwägungen im Vordergrund (Quoten müssten nach jedem Zinstermin neu berechnet werden).
 - Bei Nr. 5 geht es um die Vermeidung von Fehlanreizen, die erst recht drohen, wenn Sicherung möglich.

BGH v. 18.7.2013 Rz. 19

Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). **Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar** (Engert, aaO).

Der Konzern als rechtliche Vielfalt Gesellschafterfinanzierungen

2. d) Durchsetzbarkeit unanfechtbarer Sicherheiten

- Arg.: Welchen Sinn soll Unanfechtbarkeit sonst haben?
 - Die vom Gesetzgeber vorgesehene Frist würde sonst faktisch umgangen.
 - contra legem!
- Gegenarg.: Undurchsetzbarkeit ist nicht gleich Anfechtbarkeit, zwar besteht bei auch Undurchsetzbarkeit ggf ein Rückgewähranspruch (aus Sicherungsabrede), dieser ist aber uU schwerer zu durchzusetzen.

➔ **Argumente für Durchsetzbarkeit überzeugen nicht (jedenfalls rechtspolitisch), auch unanfechtbar bestellte Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen sind in der Insolvenz nicht durchsetzbar.**

Norddeutsches Insolvenzforum 2. Juni 2014

Anfechtung im Konzern

Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M.
Institut für deutsches und internationales
Zivilprozessrecht sowie Konfliktmanagement
der Universität Bonn