



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 88/23 = 6 O 1319/22 Landgericht Bremen

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Beklagter,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch ...

am 07.03.2024 beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 22.06.2023 (...) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2. Die Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 3 Wochen.

I.

Die zulässige Berufung hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Das landgerichtliche Urteil beruht weder auf einem Rechtsfehler noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

1.

Der Kläger begehrt die Feststellung einer Forderung im Rang nach § 38 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen der 34. P. GmbH & Co. KG.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Bremen vom 27. Januar 2021 (Az. ...) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der 34. P. GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Bremen vom 7. Juni 2021 (Az. ...) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der 120. P. GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger auch hier zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Beklagte wurde in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der 34. P. GmbH & Co. KG mit Beschluss des Amtsgerichts Bremen vom 11. April 2022 (Az. ...) zum Sonderinsolvenzverwalter mit dem folgenden Aufgabenkreis bestellt:

„Wahrnehmung der weiter erforderlichen (Rechts-)Handlungen, ggfs. auch bei prozessualer Geltendmachung der angemeldeten Forderung seitens der anmeldenden Gläubigerin 120. P. GmbH & Co. KG (Ifd. Nr. 16), im Zusammenhang mit der Feststellung des anzuerkennenden Umfangs der angemeldeten und bislang bestrittenen Forderung.“

Die 120. P. GmbH & Co. KG und die 34. P. GmbH & Co. KG gehören derselben Unternehmensgruppe, der G. Group, an, deren Geschäftsbetrieb mittlerweile eingestellt wurde. Über das Vermögen eines Großteils der Gruppengesellschaften wurde mittlerweile ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet. Kommanditistin beider Gesellschaften war unter anderem die A. G. Group GmbH, deren Alleingesellschafterin die G. Group Ltd. war, deren Alleingesellschafter wiederum Herr S. war. Dieser war ferner vom 24. Oktober 2018 bis zum 24. August 2020 als Komplementär der 120. P. GmbH & Co. KG und vom 25. Oktober 2018 bis zum 19. August 2020 als Komplementär der 34. P. GmbH & Co. KG im Handelsregister eingetragen. Andere natürliche Personen sind und waren nicht Komplementäre dieser Gesellschaften. Zwischen beiden Gesellschaften kam es zu der Ausreichung von Darlehen. Die 120. P. GmbH & Co. KG überwies in dem Zeitraum von Februar bis April 2018 darlehensweise mehrere Teilbeträge an die 34. P. GmbH & Co. KG, die insgesamt jedenfalls 1.021.135 € betragen. Aufgrund der ausge-

reichten Darlehen zuzüglich Zinsen meldete die 120. P. GmbH & Co. KG mit Forderungsanmeldung vom 10. März 2021 einen Anspruch in Höhe von 2.124.074,11 € zur Insolvenztabelle der 34. P. GmbH & Co. KG an. Der Beklagte widersprach der Feststellung zur Insolvenztabelle auch unter Verweis auf den Nachrang der Forderung.

Der Kläger hat behauptet, über den unstreitigen Betrag hinaus seien weitere Teilbeträge in Höhe von 640.000 € und 200.000 € darlehensweise der 34. P. GmbH & Co. KG überwiesen worden. Insgesamt seien für das Darlehen Zinsen in Höhe von 262.939,11 € vereinbart worden.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Forderung auf Rückgewähr des Darlehens sei nicht nachrangig gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO. Die Nachhaftung des ausgeschiedenen Komplementärs S. schließe die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nach § 39 Abs. 4 S. 1 InsO aus. Es komme nicht darauf an, ob im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch ein persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter vorhanden sei. Maßgeblich sei allein, ob das Darlehen vor dessen Austritt gewährt wurde und er für die Rückgewähr des Darlehens genauso wie für alle übrigen vor seinem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten im Insolvenzverfahren der darlehensnehmenden Gesellschaft hafte. Dies sei hier der Fall, weil der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1, 160 Abs. 1 HGB in der bis zum 1. Januar 2024 geltenden Fassung persönlich und unbeschränkt auch für die vor seinem Ausscheiden begründeten Darlehensrückgewähransprüche hafte. Der Grund für die Anordnung des Nachranges gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO liege nämlich allein in der Haftungsbeschränkung zugunsten des Gesellschafters. Der Nachrang sei eine Kompensation für diese Haftungsbeschränkung, welcher es nicht bedürfe, wenn und soweit ein Gesellschafter den Gläubigern persönlich hafte.

Vorsorglich hat der Kläger geltend gemacht, dass, sofern ein Nachrang der Darlehensrückgewährforderung angenommen werde, die Forderung der Schenkungsanfechtung gemäß § 134 Abs. 1 InsO unterliege.

Der Kläger hat beantragt,

die in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der 34. P. GmbH & Co. KG vom Kläger zur Insolvenztabelle zur lfd. Tabellen-Nr. 16 angemeldete Forderung der 120. P. GmbH & Co. KG in Höhe eines Betrages von 2.124.074,11 € im Rang des § 38 InsO zur Insolvenztabelle festzustellen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat sich hinsichtlich der vom Kläger behaupteten weiteren Teilbeträge in Höhe von 640.000 € und 200.000 € und Zinsen mit Nichtwissen erklärt.

Der Beklagte hat vorgetragen, die geltend gemachte Forderung sei jedenfalls nachrangig gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO. Eine Aufforderung zur Anmeldung nachrangiger Forderungen sei bisher nicht erfolgt, sodass diese aktuell nicht festzustellen seien. Ein Darlehen, das eine Gesellschaft einem verbundenen Unternehmen gewähre, sei bereits dann nachrangig gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 4 S. 1 InsO, wenn die Insolvenzschuldnerin bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter habe, selbst wenn zuvor eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter gewesen sei.

Für die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts im Übrigen wird auf das angefochtene Urteil verwiesen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die streitgegenständliche Forderung bestehe in Höhe von 2.124.074,11 €. Sie sei jedoch nachrangig im Sinne des § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO. Der sachliche Anwendungsbereich der Norm sei eröffnet. Die Regelung erfasse auch Darlehen, die von gesellschaftergleichen Dritten gewährt würden. Hierzu zählten auch horizontal verbundene Gesellschaften. Eine solche Verbindung habe zwischen der 120. P. GmbH & Co. KG und der 34. P. GmbH & Co. KG bestanden, weil sie unmittelbare Schwestergesellschaften gewesen seien, welche dieselben Komplementäre und Kommanditisten gehabt hätten. Der persönliche Anwendungsbereich von § 39 Abs. 4 InsO sei hingegen nicht eröffnet. Bei der Darlehensnehmerin sei zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft, die eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter habe, persönlich haftender Gesellschafter gewesen. Auf eine Nachhaftung des früheren Komplementärs könne nicht abgestellt werden. Der Wortlaut der Regelung beziehe sich eindeutig auf den gegenwärtigen Zeitpunkt. Auch die Systematik des Insolvenzrechts, nach der die rechtliche und wirtschaftliche Situation zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Hinblick auf unterschiedlichste Rechtsfolgen relevant werde, bestätige dies. Der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung stelle eine grundlegende Zäsur in einer Vielzahl von Regelungen der Insolvenzordnung dar und werde insbesondere bei der Abgrenzung von Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten relevant. Dies müsse sich auch bei der Einordnung von Insolvenzforderungen und nachrangigen Insolvenzforderungen auswirken. Es sei auch nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber übersehen habe, dass

Veränderungen des Gesellschafterkreises üblich und häufig seien. Auch das Konzept der Nachhaftung sei ein präsent Thema, dessen Geltung der Gesetzgeber hier hätte klarstellen können, wenn er dies gewünscht hätte. Vielmehr gehe aus der Gesetzesbegründung hervor, dass auch die Kommanditgesellschaft vom sachlichen Anwendungsbereich der Norm erfasst sein solle. Sofern hier die Nachhaftung hätte Berücksichtigung finden sollen, müsse davon ausgegangen werden, dass ein entsprechender Hinweis aufgenommen worden wäre. Außerdem sei eine Vereinfachung der Rechtspraxis beabsichtigt worden. Der Zweck der Vorschrift könne nur dahingehend verstanden werden, dass durch eine eindeutige Regelung Klarheit im Hinblick auf die Nachrangigkeit geschaffen werden und eine Aufarbeitung der gesamten gesellschaftsrechtlichen Historie der Schuldnerin in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht erforderlich werden sollte. Daher komme es in zeitlicher Hinsicht für die Anwendung von § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 4 S. 1 InsO allein auf die Rechtsform zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an. Auch bestehe keine Möglichkeit der Schenkungsanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO. Es fehle bereits an einer unentgeltlichen Leistung der 120. P. GmbH & Co. KG, da es sich bei der Ausreichung von Darlehen grundsätzlich um ein entgeltliches Geschäft handle, auch wenn unter Umständen letztlich die Gegenleistung in Form von Zinsen und Rückzahlung ausgeblieben sei.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Gegen dieses Urteil, das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 26. Juni 2023 zugestellt worden ist, wendet sich der Kläger mit seiner Berufung vom 13. Juli 2023, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist. Der Kläger hat die Berufung mit Schriftsatz vom 26. September 2023, der am selben Tag bei Gericht eingegangen ist, innerhalb der verlängerten Frist des § 520 Abs. 2 ZPO begründet.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Klagebegehren uneingeschränkt weiter.

Das Urteil des Landgerichts beruhe auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung von § 39 Abs. 4 InsO. Die Insolvenzschuldnerin habe entgegen der Auffassung des Landgerichts für die Forderung eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter. Herr S. sei bis zum 19. August 2020 als persönlich haftender Gesellschafter der 34. P. GmbH & Co. KG eingetragen gewesen und hafte damit für den im Jahre 2018 entstandenen Darlehensrückzahlungsanspruch der 120. P. GmbH & Co. KG. Eine Nachrangigkeit für eine Verbindlichkeit, für die eine natürliche Person persönlich hafte, solle es nach dem

Willen des Gesetzgebers gerade nicht geben, wie sich aus § 39 Abs. 4 InsO ergebe. Der Gesetzgeber habe die vorliegende Situation nicht übersehen. Der Begriff des persönlich haftenden Gesellschafters in der Gesetzesbegründung sei im Sinne einer unbeschränkten Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu verstehen. Eine formale aktuelle Mitgliedschaft sei aber nicht nötig. Maßgeblich sei allein die aus der Gesellschafterstellung resultierende persönliche Haftung, die mit Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht ende. Das Handelsgesetzbuch spreche auch in haftungsrechtlichen Zusammenhängen noch vom „Gesellschafter“, wenn dieser bereits ausgeschieden sei. Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung sei dies auch im Rahmen der Insolvenzordnung zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber habe auch ausdrücklich Bezug auf die §§ 129a, 172a HGB aF Bezug genommen. Nach der damaligen Rechtslage komme es aber gerade auf die Haftung und nicht auf die aktuelle Mitgliedschaft an.

Die Auffassung des Landgerichts führe auch innerhalb des Insolvenzrechts zu sinnwidrigen Ergebnissen. Gemäß § 93 InsO dürften Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter während des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. § 93 InsO sei auf ausgeschiedene Gesellschafter anwendbar, weil es dem Sinn und Zweck der Vorschrift nach um die aus der Gesellschafterstellung resultierende persönliche Haftung gehe, die gemäß § 160 HGB aF auch für ausgeschiedene Gesellschafter gelte. Daher überzeuge das Argument des Landgerichts nicht, es würde im Insolvenzrecht immer wieder auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ankommen. Werde der Rechtsansicht des Landgerichts Bremen gefolgt, so könnte der Insolvenzverwalter den streitgegenständlichen Anspruch zwar gegen den persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen, der Gläubiger selbst würde jedoch mit seiner Forderung dem Nachrang unterfallen und im Ergebnis faktisch leer ausgehen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bremen vom 22. Juni 2023, Aktenzeichen 6 O 1319/22, abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, die in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der 34. P. GmbH & Co. KG vom Kläger zur Insolvenztabelle zur lfd. Tabellen-Nr. 16 angemeldete Forderung der 120. P. GmbH & Co. KG in Höhe eines Betrages von 2.124.074,11 € im Rang des § 38 InsO zur Insolvenztabelle festzustellen.

Die Beklagte beantragt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze verwiesen.

2.

Die Berufung ist unbegründet.

Die nach den §§ 38, 179 Abs. 1, 180 Abs. 1 InsO zulässige Feststellungsklage ist begründet, wenn die von dem Kläger angemeldeten Insolvenzforderungen bestehen und nicht nachrangig im Sinne des § 39 Abs. 1 InsO sind. Entgegen der Auffassung des Klägers werden diese Voraussetzungen nur teilweise erfüllt. Zwar besteht die angemeldete Gesamtforderung in Höhe von 2.124.074,11 €, sie ist jedoch gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 4 S. 1 InsO nachrangig.

a) Ein Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens in Höhe 1.861.135,00 € sowie auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 262.939,11 € folgt aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Zwischen der 120. P. GmbH & Co. KG und der 34. P. GmbH & Co. KG ist nach den erstinstanzlichen Feststellungen ein entsprechender Darlehensvertrag zustande gekommen. Der Beklagte hat zwar die Teilbeträge in Höhe von 640.000 € und 200.000 € sowie den Zinsanspruch mit Nichtwissen bestritten; dies war jedoch gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig. Der Insolvenzverwalter muss die Geschäftsunterlagen des Schuldners sichten und erforderlichenfalls den Schuldner befragen. Erst wenn seine Erkundigungen keinen Aufschluss erbracht haben, darf sich der Insolvenzverwalter unter nachvollziehbarer Darlegung der von ihm unternommenen Bemühungen pauschal mit Nichtwissen erklären (BGH, Urteil vom 15. März 2012 – IX ZR 249/09 –, Rn. 16, juris). Der Beklagte hat die erforderlichen Bemühungen nicht dargelegt. Vielmehr hat er sich allein darauf beschränkt, seine Erklärung mit Nichtwissen darauf zu stützen, dass sich die geltend gemachten Positionen nicht aus den von dem Kläger vorgelegten Unterlagen ergäben. Es wird hingegen aus dem Beklagtenvortrag nicht ersichtlich, dass der Beklagte die Geschäftsunterlagen der Schuldnerin gesichtet oder ihren Geschäftsführer befragt hätte.

b) Nach § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO werden nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger berichtet.

Die streitgegenständliche Forderung ist eine Forderung aus einer Rechtshandlung, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht. Die 120. P. GmbH & Co. KG war und ist nicht selbst Gesellschafterin der Schuldnerin. Rechtshandlungen Dritter werden in § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO zwar nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch sollte

durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen werden. Daher unterfallen der Neuregelung in § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO auch Rechtshandlungen Dritter, die der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12 –, Rn. 15, juris). Demnach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter sowohl an der darlehensnehmenden als auch maßgeblich an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt ist. Bei einer GmbH genügt eine Beteiligung von mehr als 50 Prozent (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 – IX ZR 219/11 –, Rn. 24, juris). Eine solche Beteiligung liegt hier vor. Die Beteiligungen an der 120. P. GmbH & Co. KG und an der 34. P. GmbH & Co. KG waren identisch. Beide Gesellschaften gehörten diversen Gesellschaften der gemeinsamen Unternehmensgruppe, der G. Group, an. Die deutsche Hauptgesellschaft der Unternehmensgruppe war die A. G. Group GmbH mit der Alleingesellschafterin G. Group Ltd., deren Alleingesellschafter und director Herr S. war, wodurch er jedenfalls mittelbar über zahlreiche weitere Gesellschaften maßgeblich an den beiden hier relevanten Gesellschaften beteiligt war.

c) Gemäß § 39 Abs. 4 InsO gilt § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Im maßgeblichen Zeitpunkt hatte die Schuldnerin jedoch weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, weil der Gesellschafter S. noch vor Insolvenzeröffnung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Maßgeblicher Zeitpunkt ist, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (so auch Mylich, in: Jäger, Insolvenzordnung, 2. Auflage 2023, § 39 InsO, Rn. 167; wohl auch Bitter, in: Scholz, GmbHG, 13. Auflage 2022, Anhang zu § 64, Rn. 55). Gegen diese Auffassung wendet sich der Kläger ohne Erfolg.

aa) Bereits der Wortlaut des § 39 Abs. 4 S. 1 InsO spricht dafür, dass es hinsichtlich des Gesellschafterkreises auf den gegenwärtigen und nicht auf einen früheren Zeitpunkt ankommt, denn die Vorschrift ist im Präsens formuliert.

bb) Auch systematische Erwägungen stützen diese Annahme.

Die Vorschriften des § 39 InsO stehen in Zusammenhang mit der Vorschrift des § 38 InsO. Nach § 38 InsO dient die Insolvenzmasse zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Maßgebliche Bedeutung für die Qualifikation als Insolvenzgläubiger kommt demnach dem Eröffnungszeitpunkt zu. Da die Rechtsstellung der Gläubiger auch vom Rang ihrer Forderung abhängt, erscheint es zweckmäßig, dass sowohl die Qualifikation als Insolvenzgläubiger als auch die Feststellung des Ranges ihrer Forderungen zu einem einheitlichen Zeitpunkt beurteilt werden.

Damit steht insbesondere die Anwendung des § 39 Abs. 5 InsO in Einklang. Da § 39 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 InsO in § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO gleichrangig nebeneinander genannt werden, legt eine kohärente Gesetzesauslegung nahe, dass sowohl bei der Anwendung des § 39 Abs. 4 S. 1 InsO als auch des § 39 Abs. 5 InsO derselbe Zeitpunkt maßgebend ist. Insoweit verhält es sich so, dass hinsichtlich des sogenannten Kleinbeteiligtenprivilegs gemäß § 39 Abs. 5 InsO es entsprechend § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf die Verhältnisse während des letzten Jahres vor Insolvenzantragsstellung ankommt. Ein Gesellschafter darf danach in diesem Zeitraum zu keinem Zeitpunkt zu mehr als 10 Prozent am Haftkapital der Gesellschaft beteiligt sein, um in den Genuss des Kleinbeteiligtenprivilegs zu gelangen (BGH, Urteil vom 20. April 2023 – IX ZR 44/22 –, Rn. 10 ff., juris, m.w.N.). Übertragen auf die Vorschrift des § 39 Abs. 4 S. 1 InsO bedeutet dies, dass die Schuldnerin jedenfalls im Zeitraum der Insolvenzeröffnung eine natürliche Person oder eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben muss, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

cc) Es kommt auch keine erweiternde Auslegung in dem Sinne in Betracht, wonach der Wortlaut des § 39 Abs. 4 S. 1 InsO auch die persönliche Haftung des – ausgeschiedenen – Gesellschafters erfasst, weil dieser gemäß §§ 128, 160 Abs. 1 HGB aF für die bis zu seinem Austritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft zunächst weiterhin haftet. Eine solche Auslegung entspricht nicht der Ratio der Norm, nach der das Vorhandensein einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person die Anwendung des Nachrangs ausschließt. An dieser Voraussetzung würde es fehlen, wenn auch der ausgeschiedene Gesellschafter zu berücksichtigen wäre. Denn mit dem Austritt aus der Gesellschaft endet die unbeschränkte Haftung, da sich die Haftung dann nur noch auf die zu diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten erstreckt, wobei die Nachhaftung darüber hinaus zeitlich beschränkt ist.

Die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) stehen ebenfalls einer erweiternden Auslegung entgegen. Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff „persönlich haftender Gesellschafter“ ausdrücklich im Sinne einer unbeschränkten Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu verstehen sein, wobei auch ein Verweis auf § 161 Abs. 1 HGB aF erfolgt (BT-Drs. 16/6140, 57). Ein ausgeschiedener Gesellschafter haftet nach § 160 Abs. 1 HGB aber gerade nicht unbeschränkt. Selbst wenn im Einzelfall die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters die Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten umfasst, für die im Eröffnungszeitpunkt auch ein nicht ausgeschiedener persönlich haftender Gesellschafter haften würde, widerspräche es dem Zweck des MoMiG, den ausgeschiedenen Gesellschafter unter § 39 Abs. 4 S. 1 InsO zu subsumieren. Der Gesetzgeber hat unter anderem beabsichtigt, Unsicherheiten im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen zu vermeiden, die nach der alten Rechtslage gegeben waren (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2023 – IX ZR 44/22 –, Rn. 14, juris). Damit lässt sich nicht vereinbaren, nunmehr andere Unsicherheiten in das Insolvenzverfahren einzuführen, indem bei der Feststellung des Ranges einer Forderung zunächst der konkrete Umfang der Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters aufgeklärt werden müsste.

Soweit der Kläger einen Wertungswiderspruch zur Auslegung des Begriffs der persönlichen Haftung eines Gesellschafters in § 93 InsO sieht, vermag dies keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Da sich bereits die Regelungsgegenstände der Vorschriften unterscheiden, kann eine gleichlaufende Auslegung nicht erwartet werden kann. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass mit dem Austritt der natürlichen Person aus der Gesellschaft auch Vorteile verbunden sind, da sich deren Haftung dann auf die bis zu diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten beschränkt und auch zeitlich eine Haftungsbegrenzung stattfindet.

d) Der Kläger kann dem Einwand der Nachrangigkeit keine Anfechtbarkeit der Leistung der 120. P. GmbH & Co. KG an die Schuldnerin im Wege einer Gegeneinrede nach § 146 Abs. 2 InsO entgegenhalten. Die Auszahlung der Darlehen an die Schuldnerin stellt keine unentgeltliche Leistung der 120. P. GmbH & Co. KG dar. Die Ausreichung eines Darlehens ist grundsätzlich ein entgeltliches Rechtsgeschäft, weil der Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet, einen vereinbarten Zins zu zahlen, jedenfalls aber das zur Verfügung gestellte Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen ist. Handelt es sich nach diesen Grundsätzen um ein entgeltliches Geschäft, kann die erbrachte Zuwendung nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil die

Gegenleistung ausgeblieben ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 – IX ZR 184/14 –, Rn. 12 ff., juris).

II.

Der Beschluss beruht auf § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die fehlende Erfolgsaussicht offensichtlich ist. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt nicht vor.

III.

Aus den dargelegten Gründen regt der Senat an, die Berufung zurückzunehmen und weist vorsorglich darauf hin, dass bei einer eventuellen Rücknahme der Berufung sich die Gebühren nach Nr. 1220, 1222 der Anlage 1 des Gerichtskostengesetzes von vier auf zwei Gebühren ermäßigen.

IV. Da Erfolgsaussichten der Berufung nicht gegeben sind, scheidet auch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren aus.

Dr. Pellegrino

Dr. Kramer

Martin