
Datum: 27.10.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 34/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:1027.18U34.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 195/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln, 11. Kammer, vom 12.01.2010 (91 O 195/09), wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin, ein Investmentfonds, verlangt von dem Beklagten, dem Insolvenzverwalter der Firma Q. GmbH & Co. KG, die Feststellung von Forderungen zur Insolvenztabelle, die ihr die Insolvenzschuldnerin aus einer mit „Beteiligungsvertrag“ überschriebenen Vereinbarung schulden soll. Daneben begehrt die Klägerin Informationen des Beklagten über Forderungen der Insolvenzschuldnerin gegenüber Dritten, die nach ihrer Ansicht die vorgenannten

3

Ansprüche absichern, eine anschließende Auszahlung auf diese sowie die Feststellung ihrer Absonderungsberechtigung.

Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Schuldnerin ist der Beteiligungsvertrag über die Errichtung einer atypischen stillen Gesellschaft vom 23.11.2007, der sich in Ablichtung bei den Akten befindet (Anl. K6, Bl. 27). Auf die tatbestandlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil vom 12.01.2011 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17.02.2011 einschließlich der Sachanträge der Parteien wird Bezug genommen. Mit diesem Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es hat die Abweisung damit begründet, dass die streitigen Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig seien, was sich auch auf die von der Klägerin angenommenen Absonderungsrechte auswirke. 4

Hiergegen richtet sich die am 11.02.2011 eingelegte und mittels eines am 13.04.2011 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes begründete Berufung. 5

Sie trägt vor, dass das Feststellungsbegehren zu Unrecht nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO abgewiesen worden sei. Als einschlägig sei vom Landgericht zutreffend die Neufassung der Vorschrift nach Inkrafttreten des MoMiG angesehen worden. Auf die von diesem vorgenommene Unterscheidung zwischen einem Kreditgeber- und einem Unternehmerinteresse komme es hingegen nicht an. Die Klägerin sei nicht Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen. Sie stehe einer solchen auch nicht gleich im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5, 2. Var. InsO. Vielmehr sei sie Dritte gewesen und daher nicht in den Anwendungsbereich der Norm einzubeziehen. Insoweit sei die gesetzliche Neuregelung in § 39 InsO restriktiv auszulegen. Eine Grundlage für diese Auffassung sieht die Klägerin in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.2.2011 (IX ZR 131/10 - NJW 2011, S. 1503). Dort sei die Übertragbarkeit früherer Erkenntnisse in das neue Recht ausdrücklich offen gelassen worden. Demgemäß müsse bezweifelt werden, ob die zum alten Recht entwickelte Kasuistik übernommen werden könne. Dies sei am ehesten denkbar für den Fall, dass das vom Dritten hergegebene Kapital bei wirtschaftlicher Betrachtung aus dem Vermögen eines Gesellschafters stamme. 6

Selbst bei anderer Auffassung seien die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Voraussetzungen der Einbeziehung von Darlehen eines stillen Gesellschafters in das Eigenkapitalersatzrecht nicht erfüllt. Es liege ein partiarisches Darlehen vor. Die Klägerin habe sich nicht in einer gesellschaftergleichen Stellung befunden. In § 4 des Beteiligungsvertrages seien alleine die finanziellen Interessen der Klägerin geregelt; Einfluss auf die Geschicke der Schuldnerin habe sie nach Art einer gesellschaftlicher Position nicht nehmen können. Informations- und Kontrollrechte, wie der Vertrag sie ihr einräumte, seien auch in Kreditverträgen üblich und reichten daher für die Annahme einer gesellschaftergleichen Stellung nicht aus. Das ergebe sich auch aus der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Die Fälle, in denen der Bundesgerichtshof bislang eine Gleichstellung des Stillen mit einem Gesellschafter angenommen habe, seien anders gelagert gewesen. Insbesondere habe bei der Schuldnerin kein in den entschiedenen Sachen vorhanden gewesener Beirat bestanden, der die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich beeinflussen konnte. Damit seien die Voraussetzungen für eine zusprechende Entscheidung insgesamt gegeben. 7

Im Hinblick auf die von ihr angenommene Absonderungsberechtigung ist die Klägerin schließlich noch der Ansicht, dass selbst bei Annahme eines Nachranges der gesicherten Forderungen eine Anfechtung des Beklagten bezüglich der vorgenommenen 8

Sicherungsabtretungen erforderlich wäre, die bisher nicht erfolgt sei.

Die Klägerin beantragt,	9
das mit der Berufung umfänglich angefochtene Urteil abzuändern und	10
I. 1. die Forderungen der Klägerin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Q. GmbH & Co. KG, L. 00, 00001 M. (AG Köln – Az.: 73 IN 575/08) zur Insolvenztabelle unter laufender Tabellen-Nr. 503 in Höhe eines Betrages von 600.013,45 Euro sowie 66.946,79 Euro, insgesamt 666.960,24 Euro festzustellen;	11
2. hilfsweise, im Wege der Stufenklage	12
a) den Beklagten zu verurteilen, der Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz für die zwischen der Klägerin und der Q. GmbH & Co. KG, L. 00, 00001 M., bestehenden stillen Gesellschaft gem. § 14 des Gesellschaftsvertrages vom 23.11.2007 auf den Tag der Beendigung (04.12.2008, hilfsweise 18.12.2008) unter zusätzlicher Berücksichtigung der am Tag der Beendigung schwebenden Geschäfte zum Zwecke der Ermittlung der Schlussforderung der Klägerin auf Kosten der Masse, hilfsweise unter hälftiger Kostentragung zwischen den Parteien, durch einen von der Industrie- und Handelskammer E. zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer zuzustimmen und die vom Wirtschaftsprüfer erbetenen Auskünfte zu erteilen sowie Einsicht in die von ihm erbetenen Unterlagen zu gestatten,	13
b) die sich aus dem Gutachten ergebende Schlussforderung der Klägerin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Q. GmbH & Co. KG, L. 00, 00001 M. (AG Köln – Az.: 73 IN 575/08) zur Insolvenztabelle festzustellen.	14
II. 1. den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin unter Angabe von Namen, Anschriften, Forderungsgrund, -höhe und etwaigen Eigentumsvorbehaltsrechten Auskunft darüber zu erteilen, welche offenen Forderungen gegen Kunden der Q. GmbH & Co. KG, L. 00, 00001 M., am 04.12.2008 sowie am Tag der Insolvenzeröffnung (01.03.2009) bestanden.	15
2. – auf zweiter Stufe – an die Klägerin Zahlungen in einer nach Auskunftserteilung noch zu bestimmenden Höhe – höchstens den Betrag der nach Ziff. I festzustellenden Forderung – nebst 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz daraus seit Rechtshängigkeit zu leisten.	16
III. festzustellen, dass die Klägerin hinsichtlich der gem. Ziff. II. festzustellenden Forderungen absonderungsberechtigt ist.	17
Der Beklagte beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Der Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts. Die Änderung des Gesetzes habe nicht zu einer Änderung der Anforderungen geführt, die an die Geltung der Kapitalersatzregeln zu stellen seien. Die Klägerin habe die Stellung einer atypischen stillen Gesellschafterin. Aufgrund ihrer Einflussmöglichkeiten nach § 4 des Vertrages stehe sie einer Gesellschafterin gleich. Auch ihre Informations- und Kontrollrechte sprächen für dieses	20

Ergebnis. Sie sei zu allem an Gewinn und Verlust beteiligt gewesen.

II.	21
Die form- und fristgerecht eingelegte und mit Gründen versehene Berufung ist unbegründet. Der Klägerin steht weder ein Anspruch auf Feststellung der Darlehensrückzahlungsforderung bzw. eine Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben zu, noch hat sie Ansprüche auf Auskunft in Bezug auf die Debitoren der Insolvenzschuldnerin, da ihr ein Absonderungsrecht ebenfalls nicht zur Seite steht.	22
Der Hauptantrag zu I. auf Feststellung der Darlehensrückzahlung i.H.v. insgesamt 666.960,24 Euro, hilfsweise Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz unter Feststellung der sich hieraus ergebenden Schlussforderung, besteht nicht, da die geltend gemachten Forderungen der Klägerin gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO jedenfalls nachrangig sind. Die Voraussetzung für eine Anmeldung nachrangiger Forderungen, namentlich eine entsprechende Aufforderung durch das Insolvenzgericht gemäß § 174 Abs. 3 S. 1 InsO, liegt nicht vor.	23
Von der Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO werden Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, erfasst und als nachrangige Forderungen behandelt.	24
Eine der Darlehensgewährung entsprechende „Rechtshandlung“ i.S. der vorgenannten Norm liegt in der Erbringung der Einlage i.H.v. 750.000,- Euro nach § 3 Abs. 1 des Beteiligungsvertrags.	25
Die Beteiligung der Klägerin an der Schuldnerin ist nicht als partiarisches Darlehen einzustufen; vielmehr ist im Einklang mit Überschrift und Präambel des Beteiligungsvertrags von einer atypischen stillen Gesellschaft auszugehen. Gegen die Annahme eines partiarischen Darlehens spricht bereits, dass zwischen den Vertragspartnern nicht allein eine Gewinn-, sondern auch eine Verlustbeteiligung vereinbart wurde, wie sich aus § 9 Abs. 3 des Beteiligungsvertrages ergibt. Eine solche führt zum Ausschluss eines partiarischen Rechtsverhältnisses und zur Qualifizierung als Gesellschaft (Palandt-Sprau, 68. Aufl. 2009, § 705 Rn. 9 m.w.N.).	26
Die Klägerin unterfällt des Weiteren dem persönlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Dem steht nicht entgegen, dass sie formal nicht regulärer GmbH-Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin wurde. Denn sie ist aufgrund der Ausgestaltung ihrer Rechte im Beteiligungsvertrag einem regulären GmbH-Gesellschafter gleichzusetzen.	27
In der Rechtsprechung zu den §§ 30 ff. GmbHG a.F. war anerkannt, dass ein stiller Gesellschafter in Bezug auf die Kapitalerhaltungsregeln wie ein GmbH-Gesellschafter zu behandeln ist, wenn seine Rechtsstellung auf Grund der vertraglichen Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses hinsichtlich der vermögensmäßigen Beteiligung wie seines Einflusses auf die Geschicke der GmbH weitgehend der eines GmbH-Gesellschafters entspricht (sog. atypische stille Gesellschaft; vgl. dazu BGH NJW 1989, 982 f.; NJW-RR 2006, 760 [762]; KG NZG 2010, 463). Die Voraussetzungen einer solchen Gleichstellung liegen hier vor.	28
Das gilt zunächst im Hinblick auf die vermögensmäßige Beteiligung der Klägerin an der Insolvenzschuldnerin. Wie sich aus § 1 Abs. 3 des Beteiligungsvertrages ergibt, war sie am Ergebnis, dem Vermögen und an den offenen und stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt,	29

wobei das Vermögen der Gesellschaft im Innenverhältnis wie gemeinschaftliches behandelt werden sollte. Damit erreichte die Klägerin zumindest auf schuldrechtlicher Ebene eine der formalen Gesellschafterstellung gleichrangige Vermögensposition. Hierbei ist auch zu beachten, dass sich das Auseinandersetzungsguthaben der Klägerin gemäß § 14 Abs. 2 lit. b des Beteiligungsvertrages u.a. nach dem Geschäftswert des Unternehmens berechnen sollte, was beim typischen stillen Gesellschafter regelmäßig nicht der Fall ist (dazu Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 230 Rn. 1).

Auch die Einflussmöglichkeiten der Klägerin auf die Geschicke der Gesellschaft entsprachen in der Zusammenschau der maßgeblichen Vertragsklauseln mit deutlicher Annäherung der Stellung eines GmbH-Gesellschafters. 30

Ausschlaggebend hierfür ist zunächst § 4 Abs. 2 des Beteiligungsvertrages, wonach Entscheidungen von erheblichem Gewicht der Zustimmung der Klägerin bedurften, die Geschäftsführungsbefugnis der Insolvenzschuldnerin dementsprechend eingeschränkt war. Das gilt insbesondere für die Zustimmungspflicht zur Aufnahme neuer Gesellschafter (§ 4 Abs. 2 lit. e), wodurch die besondere Nähe der Klägerin zum Kreis der Gesellschafter unterstrichen wurde. Hervorzuheben sind außerdem der Erwerb und die Beteiligung an anderen Unternehmen, was nach der Bestimmung des § 4 Abs. 2 lit. c unabhängig von der Größe der erworbenen Beteiligung eine Zustimmungspflicht auslösen sollte, sowie die Zustimmungspflicht für die Errichtung von Zweigniederlassungen des Unternehmens (Abs. 2 lit. g) – wiederum unabhängig von ihrer Größe. Hierbei verkennt der Senat nicht, dass auch bei der typischen stillen Gesellschaft Zustimmungsrechte des stillen Gesellschafters für Handlungen, die die wesentlichen Grundlagen des Geschäftsbetriebs betreffen, anerkannt sind (vgl. K. Schmidt in: MüKo/HGB, 2. Aufl. 2007, § 230 Rn. 137 m.w.N.). Bei den vorgenannten Punkten handelt es sich indes nicht pauschal um solche, die Grundlagen des Geschäftsbetriebs betreffende Maßnahmen, so dass ihre unterschiedslose Erfassung von der Zustimmungspflicht der Klägerin zur Begründung einer besonderen, von der typischen stillen Gesellschaft abweichenden Einflussnahmemöglichkeit in der Gesamtwürdigung durchaus herangezogen werden kann. 31

Demgegenüber ist es nicht erheblich, dass eine Verweigerung der Zustimmung nach dem Vertragstext nicht zu einem Verbot der Durchführung entsprechender Maßnahmen führen sollte. Denn die Klägerin hätte gemäß § 4 Abs. 3 S. 4 des Vertragstextes in diesem Fall jedenfalls einen Anspruch darauf gehabt, wirtschaftlich so gestellt zu werden, als sei die Maßnahme nicht erfolgt. Das machte die Realisierung eines solchen Vorhabens ohne Zustimmung der Klägerin für die Schuldnerin wie für den je nach Gestaltung eintretenden Drittbeteiligten der Maßnahme zumindest faktisch unattraktiv. Blieb nämlich die wirtschaftliche Position der Klägerin im Innenverhältnis unangetastet, war jedweder Ertrag der Änderungsmaßnahme für die Schuldnerin wie für einen Dritten von vornherein gemindert. Das reicht aus, dem vertraglichen Zustimmungserfordernis ein über den Wortlaut der Vereinbarung hinausgehendes, der bindenden Wirkung nahe kommendes Gewicht beizumessen. 32

Zusätzlich sind die in § 5 des Beteiligungsvertrages geregelten Kontrollrechte hervorzuheben, welche die durch die vorgenannte Vertragsklausel angelegte Stellung der Klägerin weiter verstärken. Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Regelung in § 5 Abs. 3, wonach die Insolvenzschuldnerin im Fall einer signifikanten Verschlechterung der wirtschaftlichen Entwicklung „unverzüglich“ zur Einrichtung eines Beirates verpflichtet werden konnte, in den ein von der Klägerin zu benennender Vertreter zu entsenden war. Durch diese Regelung wird deutlich, dass sich die Klägerin weitere, zumindest faktische Einflussnahmemöglichkeiten 33

vorbehalten wollte, um für den Fall einer wirtschaftlichen Gefährdung ihrer Investitionen eingreifen zu können. Dass ein solcher Beirat tatsächlich nicht eingerichtet wurde, ist für die Bewertung unerheblich.

Ebenso kommt es nicht entscheidend darauf an, dass der Klägerin in einem zu errichtenden Beirat mit höchster Wahrscheinlichkeit keine beherrschende Stellung zugekommen wäre, da der Vertragstext lediglich die Entsendung eines einzigen Vertreters vorsah. Mag auch in den bisher vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen der atypische stille Gesellschafter im Beirat eine beherrschende Stellung eingenommen haben (vgl. BGH NJW 1989, 982 [983]; NJW-RR 2006, 760 [762]), so ist damit doch nicht gesagt, dass hierin ein Kriterium läge, das die gesellschaftergleiche Stellung des Stillen prägt. Die Gleichstellung mit einem beherrschenden Gesellschafter ist für die Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO nicht erforderlich. Es kann nur verlangt werden, dass dem atypischen stillen Gesellschafter eine Einflussmöglichkeit zukommt, die seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen entspricht. 34

Es wirkt sich nicht zugunsten der Klägerin aus, dass in der Vertragsklausel des § 5 Abs. 2 die Kompetenzen des zu errichtenden Beirats nicht näher bestimmt worden sind. Dabei verkennt der Senat keineswegs, dass einem als „Beirat“ umschriebenen Organ weder im Recht der Personen- noch der Kapitalgesellschaften ein rechtlich verbindlicher Aufgabenkreis zugewiesen ist. Die Gesellschafter sind in der Ausgestaltung der Befugnisse eines Beirates frei, wobei oftmals auch eine rein beratende Funktion in Betracht kommt. Dass eine solche rein beratende Funktion aber auch im konkreten Fall von den Parteien, insbesondere der Klägerin, intendiert gewesen wäre, kann nicht angenommen werden. Dem steht bereits die Überschrift der maßgeblichen Vertragsklausel des § 5 des Beteiligungsvertrages entgegen, der mit „Informations- und Kontrollrechte“ überschrieben ist; des Weiteren haben die Vertragschließenden in § 5 Ziff. 3 S. 3 sich auf eine den üblichen Gepflogenheiten entsprechende Beiratsordnung verständigt. Das ist im Lichte der zitierten Urteile des Bundesgerichtshofs wie auch nach den Erfahrungen des erkennenden Gerichts im Sinne einer Regelung zu verstehen, die darauf angelegt war, der Klägerin über ein Beiratsmandat weitergehende Kontroll- und Mitwirkungsrechte zu vermitteln, als sie die vorstehend bereits erörterten Vertragsregelungen eröffneten. 35

In die gleiche Richtung weisen die Umstände, die als Bedingung für den Eintritt der Beiratsentsendung formuliert sind, nämlich eine signifikante Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Insolvenzschuldnerin. Vor diesem Hintergrund kann kaum angenommen werden, dass sich die Klägerin mit einer bloß beratenden Stellung zufrieden gegeben hätte, welche über die ohnehin vereinbarten Befugnisse nicht hinausreichten. 36

Angesichts dessen mag dahinstehen, ob für den noch einzurichtenden Beirat von typischen Funktionen auszugehen gewesen wäre, die neben beratenden und kontrollierenden Tätigkeiten auch Zustimmungskompetenzen, etwa zu außergewöhnlichen Geschäften, umfassten (näher Reichert in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 18 Rn. 28, 61 ff.) oder ob man ihn wegen der intendierten Überwachungsfunktion als regulären fakultativen Aufsichtsrat i.S. des § 52 Abs. 1 GmbHG deutet (dazu Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 52 Rn. 401). Für die vorstehend zu treffenden Feststellungen reicht die Erkenntnis aus, dass im Fall einer negativen Entwicklung der wirtschaftlichen Lage die Befugnisse der Klägerin ausgeweitet werden sollten. Näheres konnte aus Sicht der Beteiligten bei Vertragsschluss einer noch offenen Regelung überlassen bleiben. 37

Dem gegen die Annahme einer gesellschaftergleichen Stellung vorgebrachten Einwand der Klägerin, wonach unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.02.2011 – IX ZR 131/10 – (NJW 2011, 1503 = ZIP 2011, 575 = BB 2011, 851) im Hinblick 38

auf die Neufassung des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG künftig von einer restriktiven Auslegung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F. auszugehen sei, so dass die bisherige Rechtsprechung zur Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter nicht mehr aufrecht erhalten werden könne, folgt der Senat nicht.

In der zitierten Entscheidung wird zwar ausdrücklich offengelassen, ob an den bisherigen Voraussetzungen zur Einbeziehung Dritter im Anwendungsbereich des neuen Gesellschaftsinsolvenzrechts festzuhalten ist (BGH NJW 2011, 1503 [1504]). Andererseits wird im angegebenen Urteil eine solche Einbeziehung auch nicht in einer irgendwie konkretisierten Form ausgeschlossen. Im Gegenteil widerspricht einer solchen Sichtweise die ausdrückliche Hervorhebung des Willens des Gesetzgebers in der vorgenannten Entscheidung, wonach für den durch das MoMiG geänderten § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO der Anwendungsbereich der aufgehobenen Vorschrift des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG a.F. in personeller Hinsicht übernommen werden sollte (BGH a.a.O. unter Hinweis auf BT-Drs. 16/6140, S. 56; vgl. dazu auch die Anmerkung von Spahlinger/Müller BB 2011, 853 [854]).

Die tragenden Erwägungen der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs beziehen sich i.Ü. allein auf das Verhältnis zwischen § 138 InsO, der die nahestehende Person i.S. des Anfechtungsrechts definiert, zur Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Damit wurde aber über eine gegenüber dem hier zu beurteilenden Sachverhalt gänzlich andere Konstellation entschieden. Dementsprechend kann auch nicht der Auffassung der Klägerin gefolgt werden, die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, der maßgeblich darauf abstellt, ob die Darlehensgewährung eines Dritten einem regulären Gesellschafter zugerechnet werden kann, deuteten darauf hin, dass im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F. künftig allein diese Zurechnung eine Rolle spielen soll. Vielmehr sind die hierauf bezogenen Ausführungen des Bundesgerichtshofs erkennbar der spezifischen Situation des entschiedenen Sachverhaltes geschuldet, in welchem der in Rede stehende Dritte keine Beteiligungen an der Insolvenzschuldnerin hielt, sondern nur über ein Verwandtschaftsverhältnis mit einem regulären Gesellschafter verbunden war. Demgegenüber äußert sich der Bundesgerichtshof nicht zur vorliegend einschlägigen Konstellation, dass ein stiller Gesellschafter aufgrund der konkreten Ausgestaltung seiner Beteiligungsposition als gesellschaftergleicher Teilhaber an der Schuldnerin zu behandeln ist.

Soweit die Klägerin auf das Anliegen des Gesetzgebers verweist, mit der Neufassung der Regelungen über Gesellschafterdarlehen eine einfache und rechtssichere Handhabung zu ermöglichen, kann hieraus auf einen eingeschränkten Anwendungsbereich der Vorschriften bei Rechtshandlungen Dritter nicht geschlossen werden. Denn dies widerspricht der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Willensentscheidung des Gesetzgebers, die Vorschrift des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG a.F. in personeller Hinsicht fortzuführen. Wenn die Klägerin zusätzlich annimmt, dass der Vereinfachungsgedanke des Gesetzgebers wenigstens der Schöpfung neuer Fallgruppen der Einbeziehung Dritter entgegenstehe, ist dem entgegenzuhalten, dass durch die oben dargelegte Qualifikation der Klägerin als gesellschaftergleiche Person keine neue Fallgruppe geschaffen, vielmehr die bereits bestehende Fallgruppe der Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter ausgefüllt wird.

Schließlich lässt sich auch mit Stellungnahmen aus der Literatur die von der Klägerin favorisierte Einschränkung des neuen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO überwiegend nicht belegen. So wird im Hinblick auf die modernisierte Fassung der Norm regelmäßig auf die fortbestehende Möglichkeit der Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter hingewiesen (vgl. etwa Lüttke in: Schmidt, Hamburger Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2009, § 39 Rn. 37; Preuß in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Lieferung 5/09, § 39 Rn. 61; Hirte in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl.

2010, § 39 Rn. 43). Die gilt namentlich auch für den von der Klägerin als Gegenauffassung zitierten Aufsatz von G., der eine Anwendung des neuen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf stille Beteiligungen ausdrücklich befürwortet (NZG 2009, 928 [931]). Lediglich Huber (in: Festschrift für Priester, 2007, S. 259 [281]) zieht die Einbeziehung atypischer stiller Gesellschafter explizit in Zweifel und verweist hierzu auf die spezielle Anfechtungsregel des § 136 InsO, der die Anfechtbarkeit der Einlagenrückgewehr an einen stillen Gesellschafter erfasst. Dass die Existenz dieses Anfechtungsgrundes der Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entgegenstehen sollte, ist hingegen nicht zu erkennen. Die Regelung erfasst nämlich unterschiedslos alle stillen Gesellschafter, ist also nicht speziell auf den atypischen stillen Teilhaber, der eine besondere Einflussmacht geltend machen kann, ausgerichtet, so dass eine Argumentation mit einer *lex specialis* für diese Personengruppe als fragwürdig erscheint. Wenn der Gesetzgeber mit der Einbeziehung ähnlicher „Rechtshandlungen“ auch die Erfassung bestimmter Dritter durch die Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F. gewährleisten wollte, ist nicht ersichtlich, wieso der atypische stille Gesellschafter, der nach den vorgenannten Erwägungen eher einem Vollgesellschafter als einem typischen stillen Gesellschafter gleicht, nicht dem für letzteren geltenden Normenregime unterworfen werden sollte, sondern stattdessen „lediglich“ eine Anfechtung von vor Insolvenzeröffnung gewährten Beträgen fürchten müsste.

Nach dem zuvor Ausgeführten steht der Klägerin, wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, auch kein Absonderungsrecht entsprechend ihrem Antrag zu II. zu, da die Nachrangregelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO andernfalls leer liefe, was dem Zweck der Kapitalersatzregelungen widerspräche. Soweit die Klägerin annimmt, dass es nach neuem Recht jedenfalls der Geltendmachung einer Anfechtung der Sicherheitsleistung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bedürfe, kann eine solche durchaus in dem Hinweis auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabtretung wegen Unbestimmtheit gesehen werden. Denn hiermit hat der Beklagte jedenfalls zum Ausdruck gebracht, dass er die Hingabe von Sicherheiten nicht zu Lasten der Masse gelten lassen will. Diese Einwendung kann nach dem Hinweis des Landgerichts auf die Einschlägigkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch auf die dieser Norm entsprechende Anfechtungsvorschrift bezogen werden.

43

Aus dem Vorstehenden ergibt sich auch die Unbegründetheit des Antrags zu III.

44

Die Entscheidung betreffend der Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 2 ZPO.

45

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 ZPO. Da der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 17.2.2011 – IX ZR 131/10 – die Frage der Übertragbarkeit der hergebrachten Erkenntnisse in das neue Gesellschaftsinsolvenzrecht ausdrücklich offengelassen hat, geht der Senat von einer klärungsbedürftigen Grundsatzfrage aus.

46

Streitwert: 666.960,24 Euro

47