

*Prof. Dr. Georg Bitter*

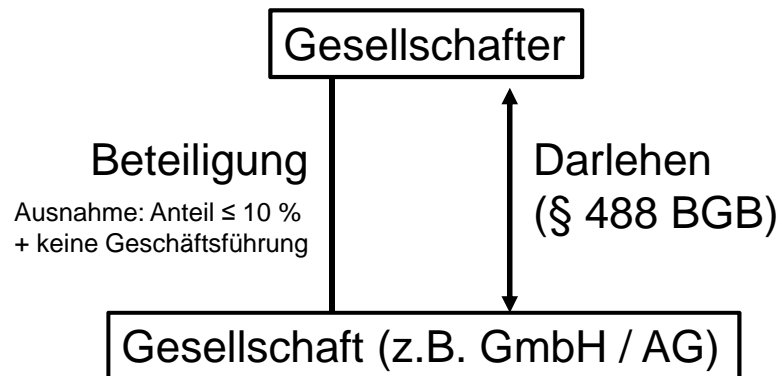
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen**

Vortrag beim 9. Mannheimer Insolvenzrechtstag  
am 21. Juni 2013

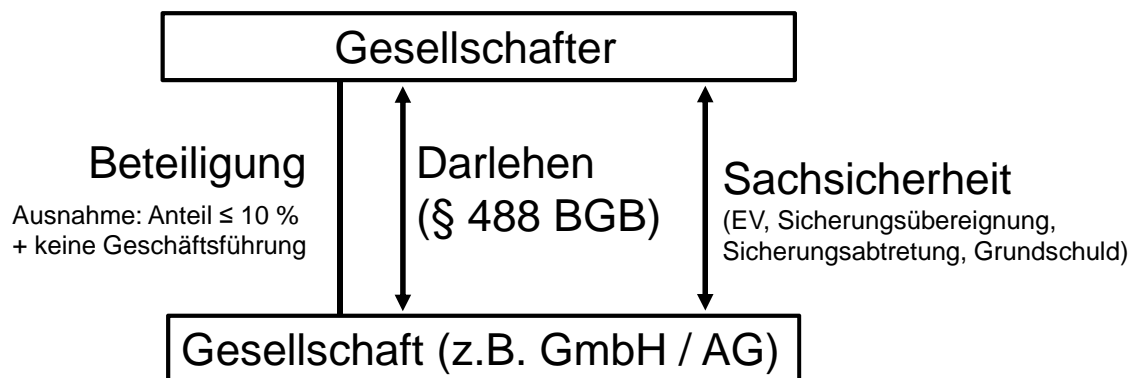
### **Gliederung**

1. Einführung
2. Sicherheiten im alten Eigenkapitalersatzrecht
3. Änderung der Rechtslage durch das MoMiG
4. Nachrang und Durchsetzbarkeit von Sicherheiten
5. Differenzierung der Anfechtbarkeit nach ursprünglicher und nachträglicher Besicherung



- Nachrang des Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)
- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei Befriedigung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag
- **Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei der Gewährung von Sicherheiten in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag**

## Übersicht: Sicherheit für Gesellschafterdarlehen



### 1. Fehlende Durchsetzbarkeit von Sicherheiten für eigenkapitalersetzende Kredite (unstreitig)

- Präventive Rückzahlungssperre (§ 30 Abs. 1 GmbHG a.F. analog)
- Folge für akzessorische Sicherheiten: Einrede gegen die Forderung wirkt auch als Einrede gegen die Sicherheit
- h.M.: nicht akzessorische Sicherheiten ebenfalls undurchsetzbar; Begründung streitig
  - Hinweis auf den Sicherungsvertrag
  - Wertungen des § 32a und § 30 Abs. 1 GmbHG a.F.
  - Einrede aus Bereicherung
- Anfechtbarkeit wegen fehlender Durchsetzbarkeit i.d.R. irrelevant

### 2. Aber vorrangige Frage: Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts bei gesicherten Krediten?

- Drittvergleich bei Kreditgewährung gegen Sicherheit
  - maßgeblich war die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft
  - BGH ZIP 1985, 158 (juris-Rdn. 7): „Wenn die Gesellschaft aus ihrem eigenen Vermögen für den Kredit ausreichende Sicherheiten stellen kann, wird dies im allgemeinen gegen ihre Kreditunfähigkeit sprechen ...“
  - Kreditwürdigkeit fehlt i.d.R., wenn die Gesellschaft noch werthaltige Sicherheiten bestellen kann ⇒ Drittvergleich: Auch jeder unabhängige Dritte gewährt Darlehen gegen (werthaltige) Sicherheit

## 2. Fortsetzung: Eingreifen des Eigenkapitalersatzrechts bei gesicherten Krediten?

- Nachträgliche Verhaftung durch Stehenlassen des Kredits?
  - von BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 unproblematisch bejaht
  - Gegenargumente:
    - ⇒ keine Finanzierungsentscheidung, da (außerordentliche) Kündigung im Umfang der Sicherheit unzulässig
    - ⇒ Stehenlassen bei ausreichender Sicherung hält dem Drittvergleich stand
  - Folge: Sicherung außerhalb der Krise i.d.R. nicht angreifbar

### 1. Aufhebung der Durchsetzungssperre

- keine (materielle) Undurchsetzbarkeit der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens, sondern nur noch (verfahrensmäßiger) Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
  - ⇒ keine Einrede gegen die Forderung i.S.d. Akzessorietätsregel  
+ keine Einrede aus dem Sicherungsvertrag

### 2. Allgemeine Regel der Anfechtbarkeit von Sicherheiten

- Bestellung in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag
  - ⇒ deutliche Ausweitung der Angreifbarkeit von Sicherheiten
    - Argumentation des Gesetzgebers zum Stehenlassen von (ungesicherten) Darlehen passt nicht
  - ⇒ keine Differenzierung zw. ursprünglicher + nachträglicher Besicherung

### 3. Meinungsstand zum neuen Recht

- keine Anfechtbarkeit bei Befriedigung aus der Sicherheit außerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Sperrwirkung)
- Rechtslage bei ausstehender Darlehensrückzahlung str.
  - ⇒ **h.M.: Sicherheiten wegen des Nachrangs nicht durchsetzbar**
    - kein Absonderungsrecht bei nachrangigen Forderungen
    - Wegfall des Sicherungszwecks
    - **Bedeutung der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO (10 Jahre) str.**
      - Meinung 1: Unerheblichkeit begrenzter Anfechtbarkeit wegen des Nachrangs der Forderung
      - Meinung 2: Privilegierungstatbestand
  - ⇒ **a.A.: Nachrang hindert Durchsetzung nicht, aber Anfechtbarkeit**
    - ⇒ Umfang der Anfechtbarkeit str.

### 3. Meinungsstand zum neuen Recht

#### **BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 (atypisch stille Gesellschaft = „Innen-KG“)**

Rdn. 25: „Mit dem Nachrang der klägerischen Forderung stand nach dem vor dem 1. November 2008 geltenden Recht zugleich fest, dass sie aus der Globalabtretung der Kundenforderungen gegenüber dem Beklagten kein Absonderungsrecht herleiten konnte und wegen seiner behaupteten Verletzung keine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO entstanden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1996 – IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 305). Das zieht die Revision nicht in Zweifel. Nach seinem Klagabweisungsantrag hat der Beklagte insoweit auch die Globalabtretung an die Klägerin nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nF durchgreifend angefochten, so dass offen bleiben kann, ob diese Bestimmung nach Art. 103d EGInsO anwendbar ist und dem Absonderungsrecht nach der gesetzlichen Neuregelung unabhängig von der Insolvenzanfechtung die Anerkennung zu versagen wäre.“

- Frage: Hindert der Nachrang einer Forderung die Durchsetzung eines für die Forderung bestellten Sicherungsrechts?

### 1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **BGH, 26.1.2009 – II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 = ZIP 2009, 471 (Rdn. 17)**:  
„Steht wie hier ... fest, dass der – in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte – Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.), dem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hat, **wegen der Höhe der Gläubigerforderungen** seine Rückzahlungsforderung dauerhaft nicht mehr durchsetzen und **keinerlei Zahlung erwarten kann**, ist er auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, die Sicherheit freizugeben (...). In einem solchen Fall **wird der Sicherheit die vertragliche Rechtsgrundlage entzogen, weil sich der Sicherungszweck erledigt hat**. Der Beklagte ist deshalb verpflichtet, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen und die Grundschuldbriefe herauszugeben.“

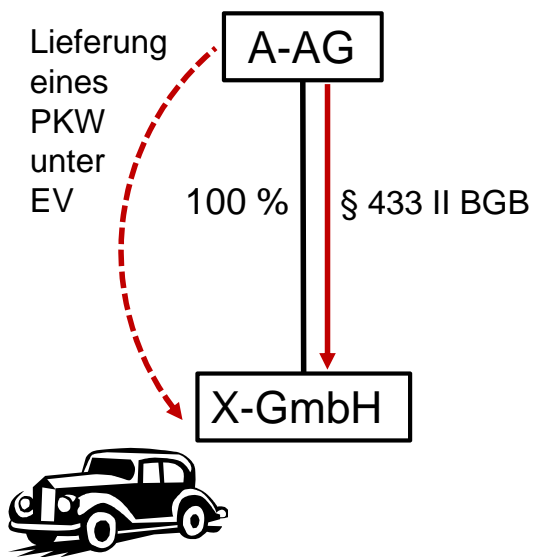
### 1. Gegenläufige Rechtsprechung des II. und IX. Zivilsenats

- **BGH, 17.7.2008 – IX ZR 132/07, ZIP 2008, 1539 = NJW 2008, 3064** für Zinsforderungen und Kosten gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO:  
„In Abkehr von § 63 Nr. 1 und 2 KO **sieht § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ausdrücklich vor, dass nach Insolvenzeröffnung bis zur Verwertung entstandene Zins- und Kostenforderungen am Insolvenzverfahren teilnehmen**. Trotz der Einstufung dieser Ansprüche als nachrangige Insolvenzforderungen sind sie – was die Revision verkennt – im Vergleich zur gänzlichen Nichtberücksichtigung unter dem früheren Rechtszustand günstiger gestellt worden. Im Lichte der Entscheidung BGHZ 134, 195, 197, die das Absonderungsrecht bereits auf diese nicht am Konkursverfahren teilnehmenden Forderungen ausgedehnt hatte, spricht die gewandelte Rechtslage nachdrücklich dafür, die **nunmehr ausdrücklich in das Insolvenzverfahren einbezogenen Zins- und Kostenforderungen weiterhin im Rahmen der abgesonderten Befriedigung zu beachten ...**“

## 2. Rechtsqualität des Nachrangs

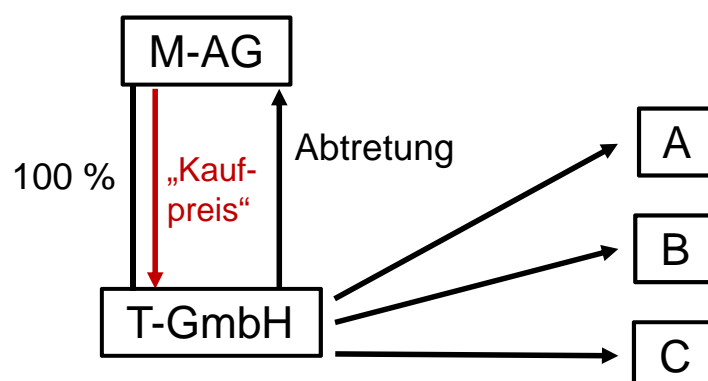
- reine Verteilungsregel (≠ materielle Einrede)
  - ⇒ §§ 768, 1137, 1211 BGB sind nicht anwendbar
- Sicherungszweck entfällt nicht mit dem Nachrang
  - ⇒ Sicherheiten werden für den Ausfall in der Insolvenz bestellt
  - ⇒ Ausfallwahrscheinlichkeit bei nachrangiger Forderung noch höher
  - ⇒ Vergleich zum Ausfall der regulären Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) bei Masseunzulänglichkeit i.S.v. § 208 InsO ⇒ auch dort kein Wegfall des Absonderungsrechts wegen fehlender Erwartbarkeit einer Zahlung
- keine Aushöhlung der klaren gesetzgeberischen Begrenzung der Anfechtbarkeit/Undurchsetzbarkeit auf 10 Jahre vor dem Antrag

1. **Frage:** Gibt es eine (verfassungsrechtliche) **Legitimation** dafür, dass Sicherheiten, die Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt werden, gegenüber dem Gesellschafter anfechtbar sind?
  - nachträgliche Besicherung = Vorwegnahme der Befriedigung
    - ⇒ Befreiung vom zuvor eingegangenen Insolvenzrisiko
  - ursprüngliche Besicherung: Gesellschafter ist bewusst kein Insolvenzrisiko eingegangen, an dem er festgehalten werden könnte
    - ⇒ Problemfall 1: Lieferung von Waren durch den Gesellschafter unter Eigentumsvorbehalt
    - ⇒ Problemfall 2: Unechtes Factoring durch Gesellschafter für Gesellschaft
    - ⇒ Problemfall 3: Darlehensgewährung gegen Grundschuldbestellung weit vor der Krise



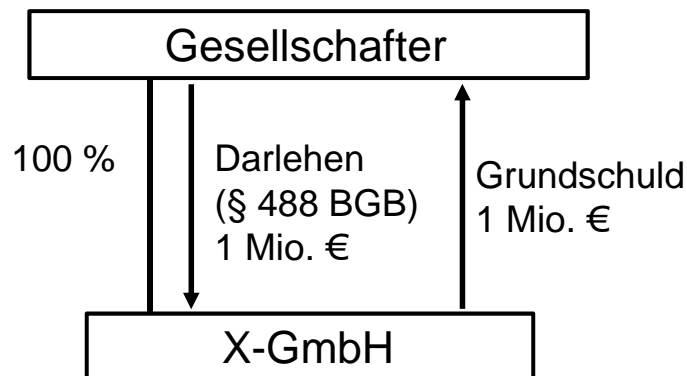
- 1.1.2012 Lieferung des PKW unter Eigentumsvorbehalt  
Kaufpreis: 40.000 Euro  
(10 Raten je 4.000 Euro)
- sodann: Zahlung von 5 Raten  
Rest: 20.000 Euro
- sodann: Insolvenz der X-GmbH

- Frage 1: Nachrang der Restkaufpreisforderung?
- Frage 2: Kann die A-AG den PKW gemäß § 47 InsO aussondern?



- Sachverhalt: Rückbelastungsrecht der M-AG gegenüber der T-GmbH bei Uneinbringlichkeit der Forderung (= unechtes Factoring)
- Frage: Anfechtung der Abtretungen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO möglich?





- Sachverhalt: Grundschuld wird (1) neun Jahre bzw. (2) sechs Monate vor der Insolvenz Zug um Zug gegen Darlehensgewährung bestellt
- Frage: Anfechtung der Grundschuldbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

## 2. Begründung der Differenzierung

- Begrenzte Finanzierungsentscheidung bei Darlehensvergabe gegen Sicherheit
  - ⇒ BGHZ 133, 298, 305 (juris-Rdn. 13): „§ 32a GmbHG setzt voraus, daß der Gesellschafter das Darlehen gewährt oder die diesem wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vollzogen hat. Die Vorschrift begründet ein Rückzahlungsverbot, nicht jedoch eine Verpflichtung, zugesagte, bisher nicht gewährte Leistungen im Konkursfall nachzuschließen.“
  - ⇒ BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 (Rdn. 26) – Staffekredit: Die vom Gesellschafter mehrfach gewährten und dann jeweils zurückgezählten Beträge sind „der Masse im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden, was dem [vom Gesellschafter] übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“

## 2. Begründung der Differenzierung

- Anwendung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO)
  - ⇒ Anerkennung außerhalb der Gesellschafterdarlehen (BGH NJW 1998, 2592, 2597 = ZIP 1998, 793, 798; insoweit nicht in BGHZ 138, 291)
  - ⇒ keine Ausnahme von § 142 InsO bei Gesellschafterdarlehen
  - ⇒ kein Bargeschäft bei nachträglicher Besicherung oder Wiederauffüllung einer zwischenzeitlich im Wert gesunkenen Sicherheit
  - ⇒ Sonderfall: Kreditgewährung gegen Sicherheit in der akuten Krise (im Jahreszeitraum des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)?
- alternativ: teleologische Reduktion des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
  - ⇒ so in der Sache BGH, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708 – Staffekredit
  - ⇒ Lösung für Fälle der Gläubigeranfechtung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG

© 2013

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)