

Prof. Dr. Georg Bitter

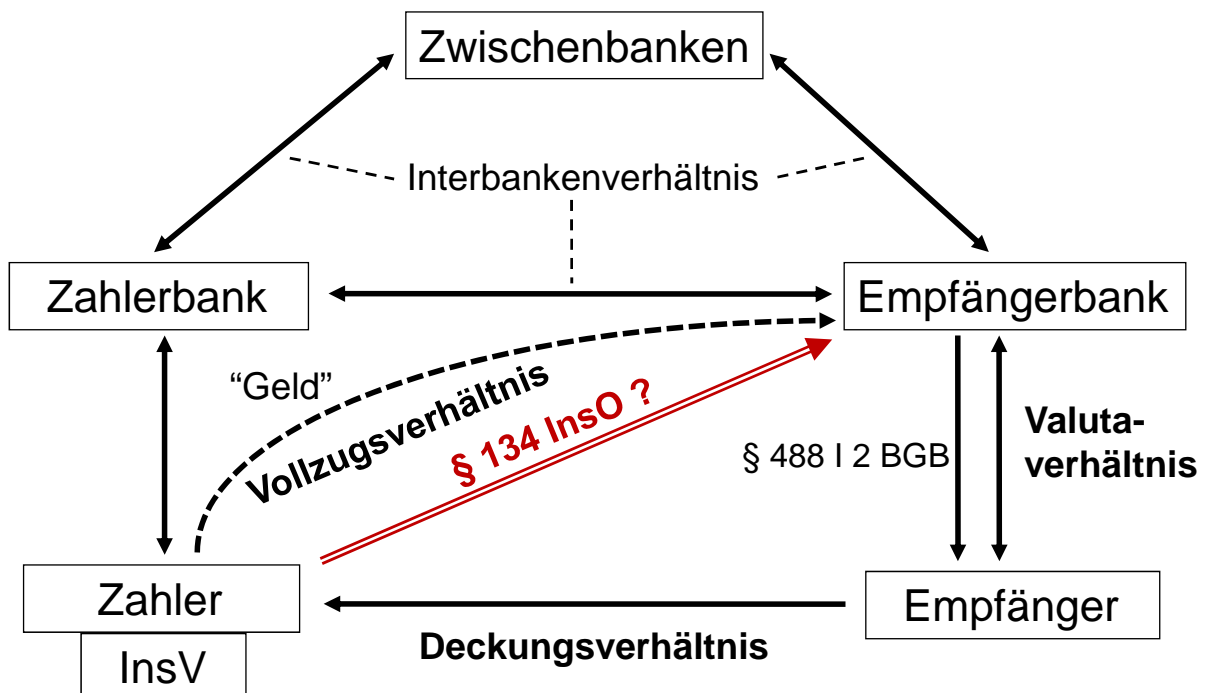
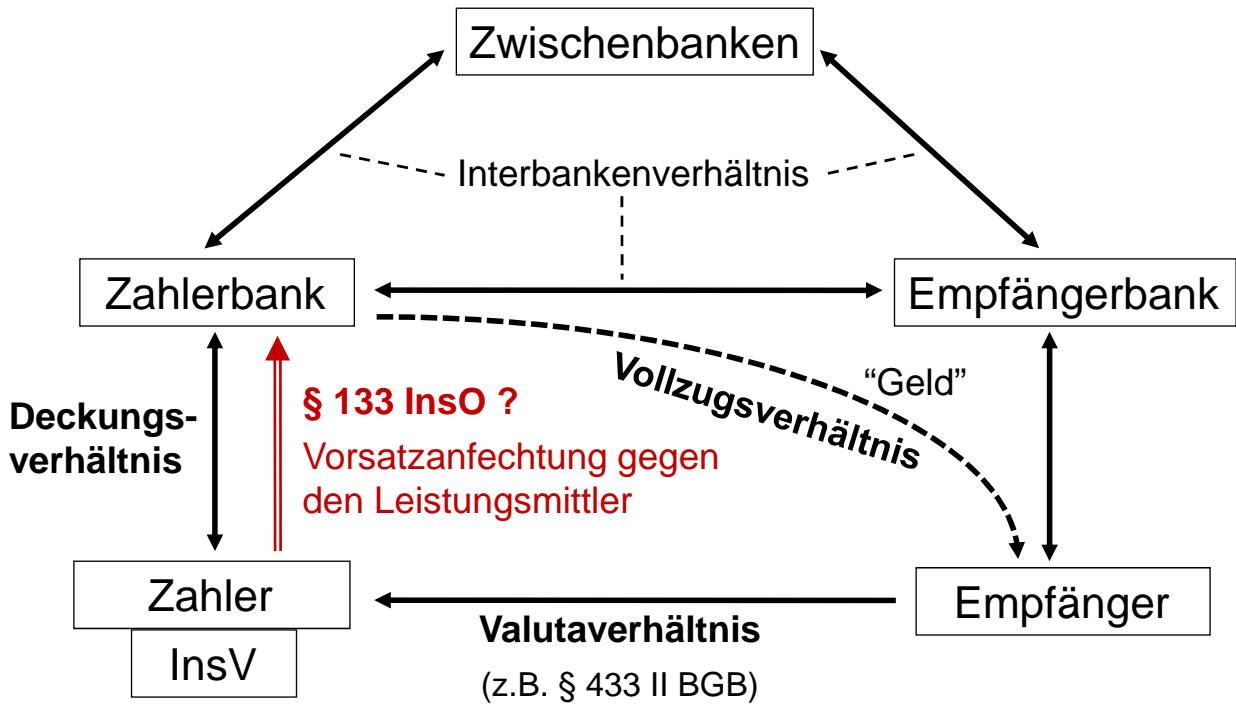
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

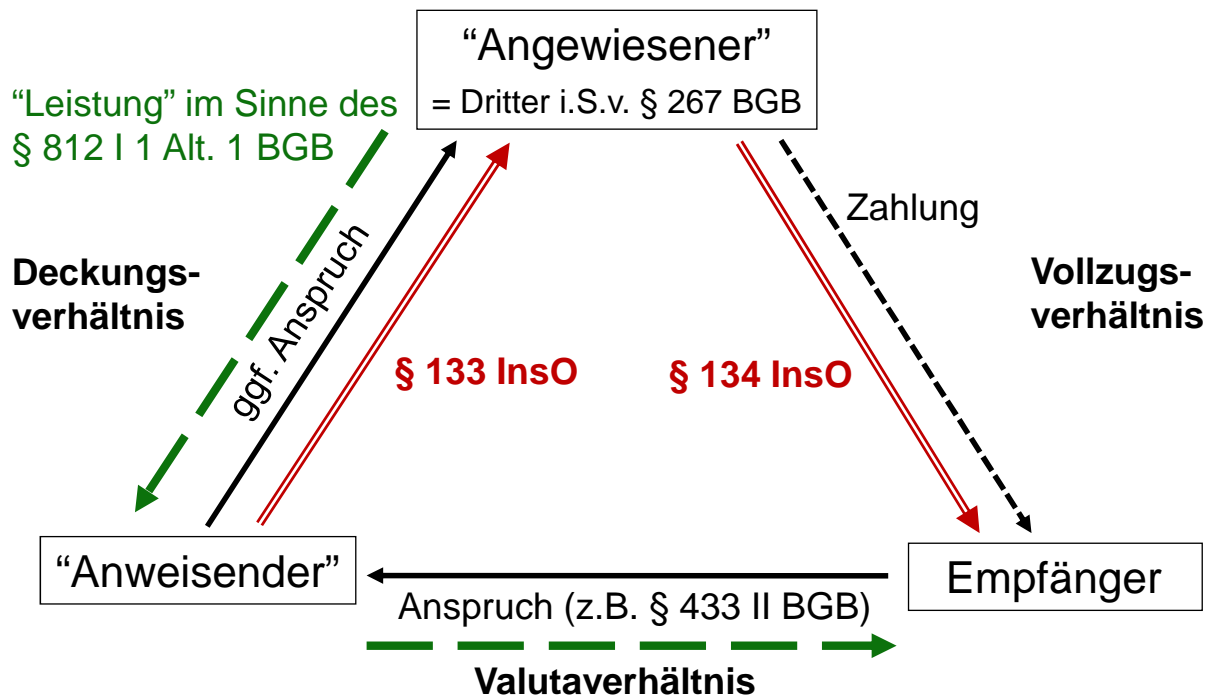
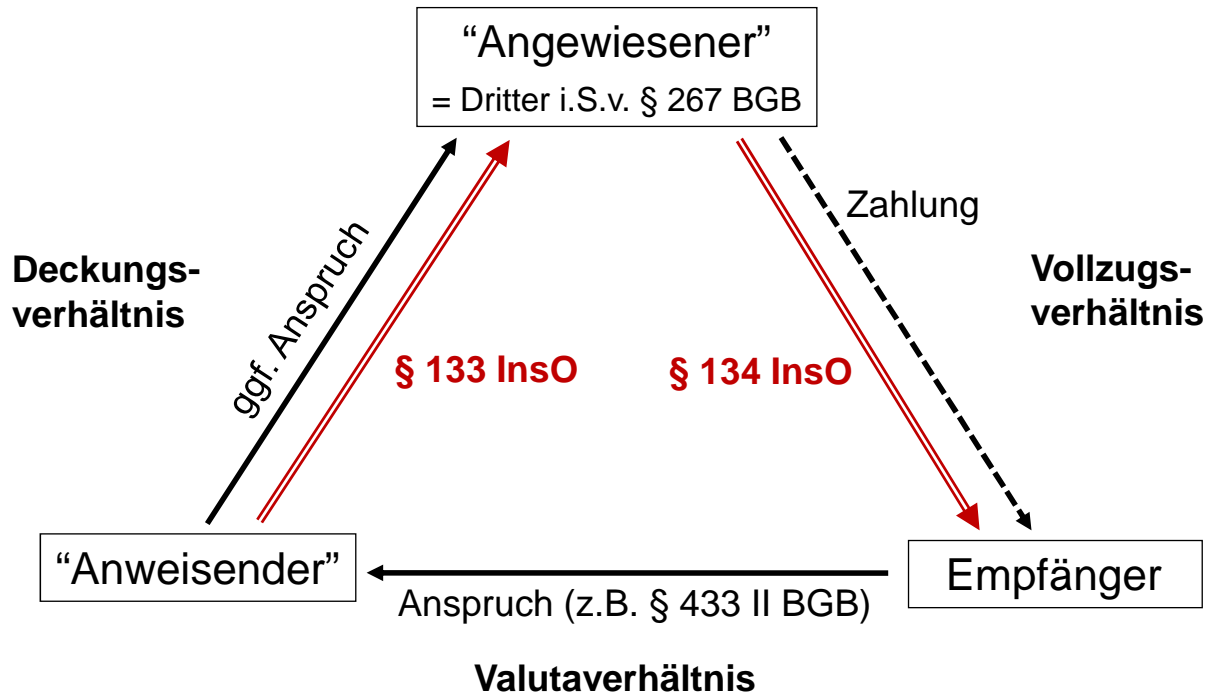
Insolvenzanfechtung gegenüber Banken – Aktuelle Entwicklungen –

Vortrag beim Bankrechtstag
am 28. Juni 2013

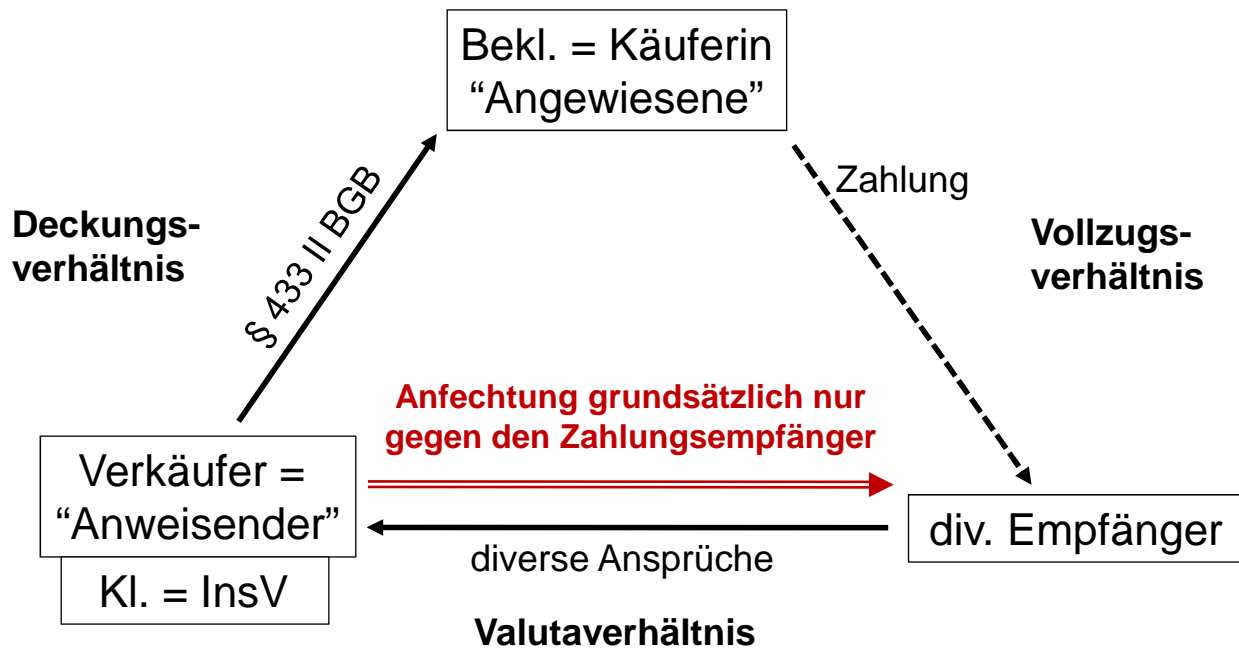
Gliederung

1. Einführung
2. Insolvenzanfechtung gegen die Bank als Leistungsmittler
⇒ Rechtsprechung zu § 133 InsO
3. “Schenkungsanfechtung” im Leistungsdreieck: Die Bank als Empfängerin von “Drittzahlungen”?
⇒ Rechtsprechung zu § 134 InsO
4. Anhang: Neue Rechtsprechung zum Gesellschafterdarlehensrecht mit Bezug zur Praxis der Kreditinstitute





1. BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284 = WM 1999, 2179



1. BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284 = WM 1999, 2179

- Leitsatz: Hat der Gemeinschuldner als Verkäufer nach Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit seinem Vertragspartner nachträglich vereinbart, daß dieser den Kaufpreis an einen Dritten zahlt und hat der Käufer diese Verpflichtung erfüllt, **richtet sich der Anfechtungsanspruch des Verwalters in der Regel ausschließlich gegen den Dritten, sofern für diesen die Zuwendung als Leistung des Gemeinschuldners erkennbar war.**
- Gründe: „Hat der Gemeinschuldner eine Zwischenperson eingeschaltet, die für ihn im Wege einer einheitlichen Handlung eine Zuwendung an einen Dritten bewirkt und damit zugleich unmittelbar das den Insolvenzgläubigern haftende Vermögen vermindert hat, so richtet sich die Anfechtung allein gegen den Dritten als Empfänger, wenn es sich für diesen erkennbar um eine Leistung des Gemeinschuldners handelte. ... **Die Zuordnungskriterien entsprechen denen des Leistungsbegriffs im bereicherungsrechtlichen Sinne (...).**“

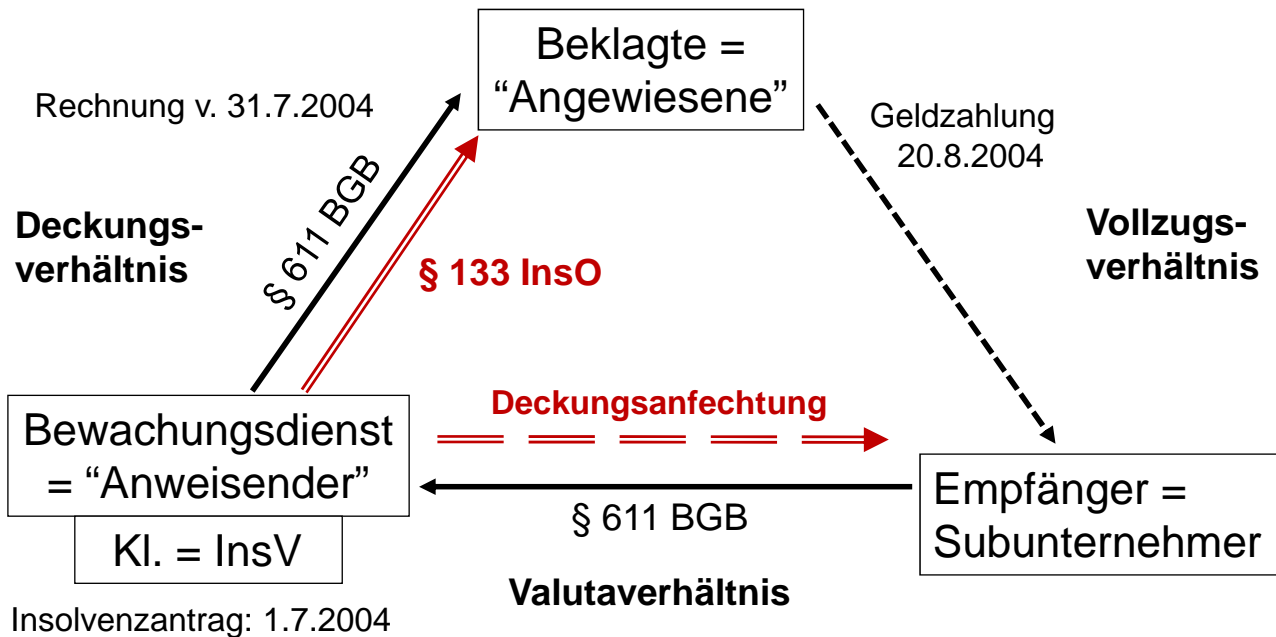
1. BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284 = WM 1999, 2179

- „Der Senat hat dem anfechtungsberechtigten Gläubiger [= Gläubiger des „Anweisenden“] einen Wertersatzanspruch gegen den Treuhänder [= „Angewiesener“] versagt, wenn jener die formelle Rechtsposition wegen Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht mehr herauszugeben vermag und sich das Treugut wirtschaftlich nicht zugeführt hat. Maßgebend dafür war vor allem die Erwägung, daß durch die Treuhand nur eine formelle Rechtsposition aus dem Schuldnervermögen weggegeben wurde und der Anfechtungsgläubiger bei einem Durchgriff gegen den Treuhänder eine doppelte Befriedigungsmöglichkeit erhalte, ohne daß dafür ein anzuerkennendes Bedürfnis bestände (BGHZ 124, 298, 302 f.). **Die der Beklagten durch die Verrechnungsabrede zugewachsene Befugnis ist damit vergleichbar. Sie besteht ebenfalls in einer im wesentlichen formellen Rechtsposition, die ihr keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil brachte.**“

1. BGH v. 16.9.1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284 = WM 1999, 2179

- „Der Ausschluß des Anspruchs gegen die Beklagte benachteiligt die Masse nicht unbillig. Vielmehr entspricht es dem Inhalt und Schutzzweck der gesetzlichen Regeln zur Konkursanfechtung, daß **der Verwalter Rückgewähr grundsätzlich nur von demjenigen verlangen kann, dem der Vorteil zugeflossen ist, welcher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Masseschmälerung ausmacht.**“

2. BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 = WM 2008, 223



2. BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 = WM 2008, 223

Leitsätze:

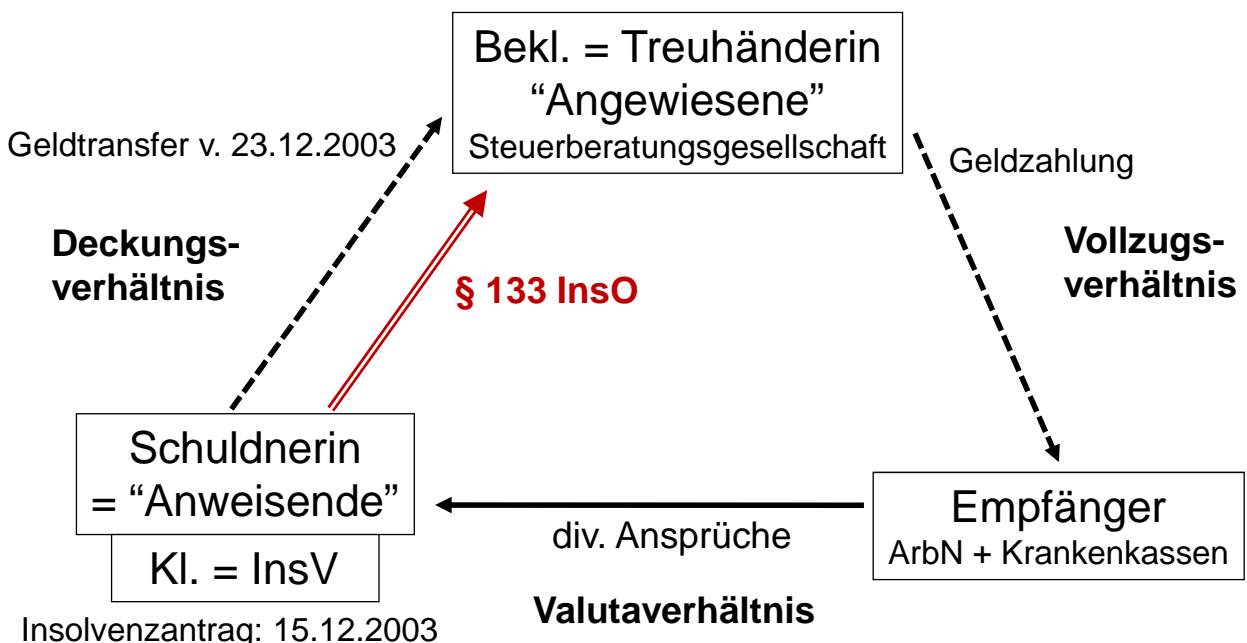
1. Veranlasst der spätere Insolvenzschuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz seinen Schuldner, unmittelbar an seinen Gläubiger zu zahlen, kommt die Vorsatzanfechtung auch gegen den Angewiesenen in Betracht (Abgrenzung zu BGH v. 16. September 1999 – IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284).
2. Die Anfechtungsansprüche gegen den Angewiesenen und den Zuwendungsempfänger stehen im Verhältnis der Gesamtschuld zueinander.
3. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kann im Valuta- und im Deckungsverhältnis nur einheitlich bestimmt werden.
4. Die Kenntnis des Angewiesenen von der Inkongruenz der Deckung im Valutaverhältnis begründet kein Beweisanzeichen für die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

2. BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 = WM 2008, 223

Begründung:

- **BGHZ 142, 284 bezieht sich nur auf die Deckungsanfechtung** (heute §§ 130, 131 BGB); insoweit gilt weiterhin die Abwicklung „über das Dreieck“ = Anfechtung gegen den Zahlungsempfänger. (Rdn. 14 + 19)
- **Motive zur KO: Die Vorsatzanfechtung betrifft auch die Erfüllung einer Schuld.** Folge: Der Zahlende (hier: der Angewiesene) kann sich nicht auf das Erlöschen seiner Schuld berufen. (Rdn. 18 f.)
- **Gefahr doppelter Inanspruchnahme des Angewiesenen** (bei Ausfall des Leistungsempfängers = zweiter Gesamtschuldner) ist „**vom Gesetz gewollt und billig**“. „Wer ... **kollusiv** mit dem Schuldner zusammenwirkt, um die Insolvenzgläubiger zu benachteiligen, erscheint wenig schutzwürdig.“ (Rdn. 24)

3. BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 74/11, ZIP 2012, 1038 = WM 2012, 999



3. BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 74/11, ZIP 2012, 1038 = WM 2012, 999Leitsätze:

1. Ein uneigennütziger Treuhänder unterliegt der Vorsatzanfechtung, wenn er nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ihm überlassene Geldbeträge vereinbarungsgemäß an bestimmte, bevorzugt zu befriedigende Gläubiger des Schuldners weiterleitet.
2. Ein uneigennütziger Treuhänder, der anfechtbar erlangte Gelder des Schuldners weisungsgemäß an dessen Gläubiger auszahlt, ist zum Wertersatz verpflichtet, ohne sich auf einen Wegfall der Bereicherung berufen zu können (Aufgabe von BGHZ 124, 298, 301 ff.).

3. BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 74/11, ZIP 2012, 1038 = WM 2012, 999Begründung:

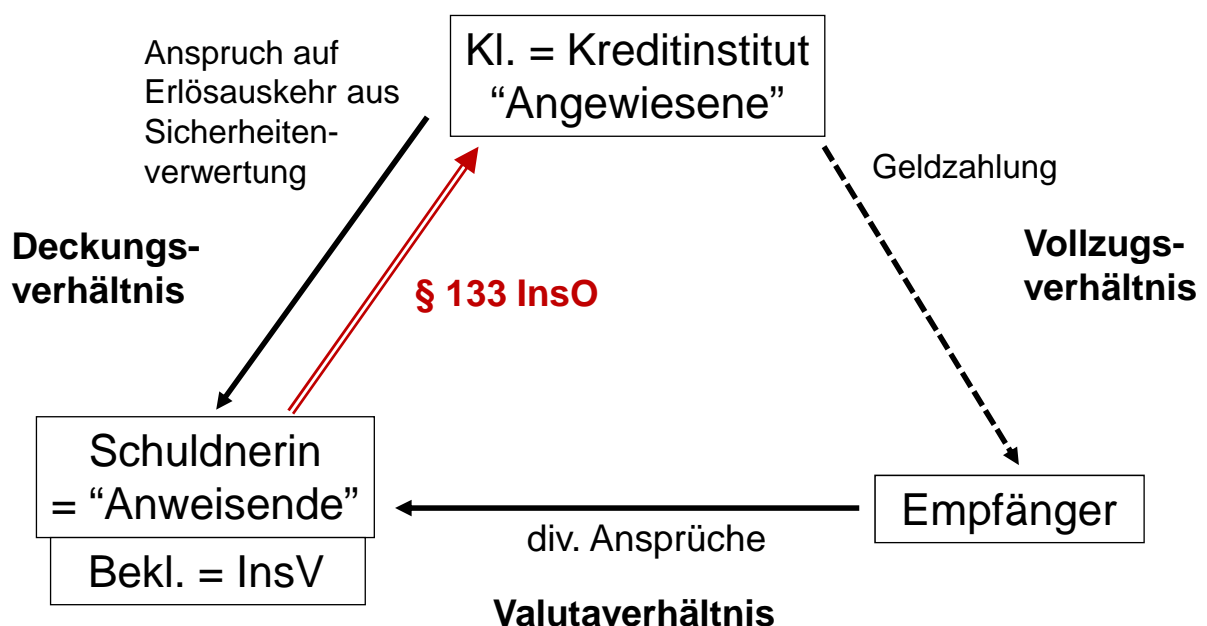
- Keine Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO) gegen den Leistungsmittler, weil dieser kein Insolvenzgläubiger ist. (Rdn. 8 f.)
- „Der zahlungsvermittelnde Verwaltungstreuhänder ist nicht schutzwürdig.“ „[D]urch die Ausführung einer vorsätzlich gläubigerbenachteiligenden Weisung, die der Verwaltungstreuhänder als solche erkennt, wird er anfechtungsrechtlich nicht entschuldigt.“ (Rdn. 15)
- Regressanspruch aus Gesamtschuld gegen den Zahlungsempfänger, der im Innenverhältnis allein haftet, „mildert das anfechtungsrechtliche Haftungsrisiko eines nach § 133 Abs. 1 InsO bösgläubigen Verwaltungstreuhänders des Schuldners in interessengerechter Weise.“ (Rdn. 15)
- Benachteiligungsvorsatz folgt i.d.R. aus Zahlungsunfähigkeit (Rdn. 17)

3. BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 74/11, ZIP 2012, 1038 = WM 2012, 999

Begründung:

- **Abgrenzung zur Einschaltung eines Leistungsmittlers als „bloßer Zahlstelle“ des Schuldners ohne eigenen Vorteil** (Rdn. 21 ff.)
- Der Zahlungsdienstleister ist gemäß § 675o Abs. 2 BGB zur Ausführung von Zahlungsaufträgen verpflichtet. (Rdn. 22 f.)
- Bei alltäglichen Geschäftsvorfällen kann die Zahlstelle nicht erkennen, ob ein Zahlungsvorgang zu beanstanden ist: Die Befriedigung der Gläubiger kann insolvenzfest sein, z.B. wegen einer Sicherung, Zahlung aus unpfändbarem Vermögen oder eines Bargeschäfts. (Rdn. 24)
- Aber: Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes beim Mittler (Bank) bei aktiver Mitwirkung an der Gläubigerbenachteiligung (Rdn. 21) = Verfolgung von Sonderinteressen = Kollusion, z.B. selektive Befriedigung einzelner Gläubiger oder der Bank selbst (Rdn. 26)

4. BGH v. 24.1.2013 – IX ZR 11/12, ZIP 2013, 371 = WM 2013, 361



4. BGH v. 24.1.2013 – IX ZR 11/12, ZIP 2013, 371 = WM 2013, 361

Leitsätze:

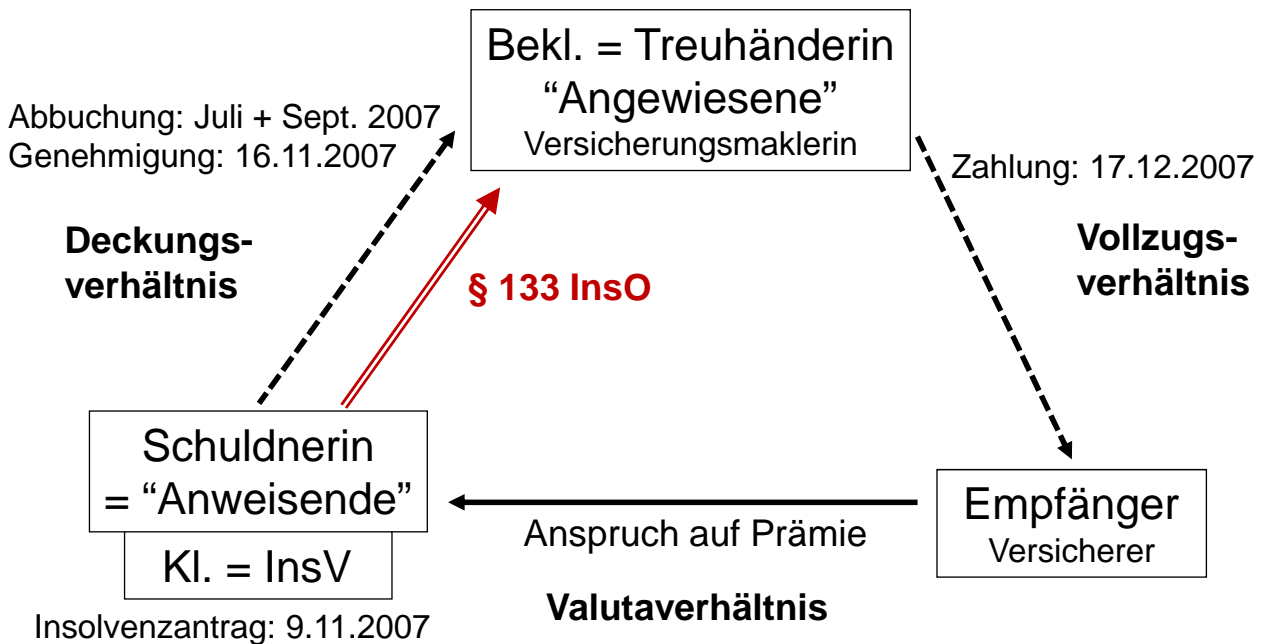
1. Die Vorsatzanfechtung gegenüber einem Leistungsmittler setzt nicht die Anfechtbarkeit der Leistung auch gegenüber dem Leistungsempfänger voraus.
2. Die für die Vorsatzanfechtung von Zahlungen des Schuldners an Dritte gegenüber seiner kontoführenden Bank als Leistungsmittlerin erforderliche Kenntnis der Bank vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners liegt nicht allein deshalb vor, weil die Bank die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt.

4. BGH v. 24.1.2013 – IX ZR 11/12, ZIP 2013, 371 = WM 2013, 361

Begründung:

- „Der Zahlungsmittler ist nicht schutzwürdig, wenn er sich infolge seiner Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners die in der Zahlung an Dritte liegende Gläubigerbenachteiligung zurechnen lassen muss.“ (Rdn. 21)
- Vorsatzanfechtung ist unabhängig von Deckungsanfechtung (Rdn. 21)
- Starkes Beweisanzeichen für Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit (Rdn. 23 f.)
- Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz: Grundsätzlich reicht Kenntnis der Umstände, aus denen sich die (drohende) Zahlungsunfähigkeit ergibt (Rdn. 28); aber **Ausnahme bei Kreditinstitut** wegen § 675o Abs. 2 BGB + rein zahlungstechnischer Umsetzung der Kundenaufträge (Rdn. 30 f.)

5. BGH v. 25.4.2013 – IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 = ZIP 2013, 1127



5. BGH v. 25.4.2013 – IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 = ZIP 2013, 1127

Begründung:

- Deckungsanfechtung nur gegen Empfänger, hier der Versicherer (Rdn. 11)
- Der Schuldner hat sich neben seiner Bank (erste Zahlungsmittlerin) der Beklagten (zweite Zahlungsmittlerin) für die Zahlung bedient. (Rdn. 12)
- Rechtshandlung = Genehmigung der Lastschriften (Rdn. 19 ff.)
 - ⇒ Hinweis: hier noch altes Einzugsermächtigungsverfahren
- Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners wegen Kenntnis der Bekl. vom Insolvenzantrag (Rdn. 28); keine bloß technische Zahlstellenfunktion (Rdn. 30), sondern Verfolgung von eigenen oder Schuldnerinteressen ohne die Ausnahme anfechtungsfreier Befriedigung des Empfängers (Rdn. 32); erheblicher eigener Handlungsspielraum (Rdn. 33 f.)

6. Kritik

- Widersprüche bezüglich der Verpflichtung zur Auftragsausführung
 - Verpflichtung der Bank aus § 675o Abs. 2 BGB soll grundsätzlich bedeutsam sein, bei Kollusion aber dann doch nicht mehr
 - Verpflichtung zur Auftragsausführung kann bei sonstigen Zahlungsmittlern (Treuändern) ebenso bestehen (vgl. BGH WM 2013, 1044, Rdn. 31)
- ⇒ privatautonome Eingehung einer Verpflichtung insgesamt irrelevant

6. Kritik

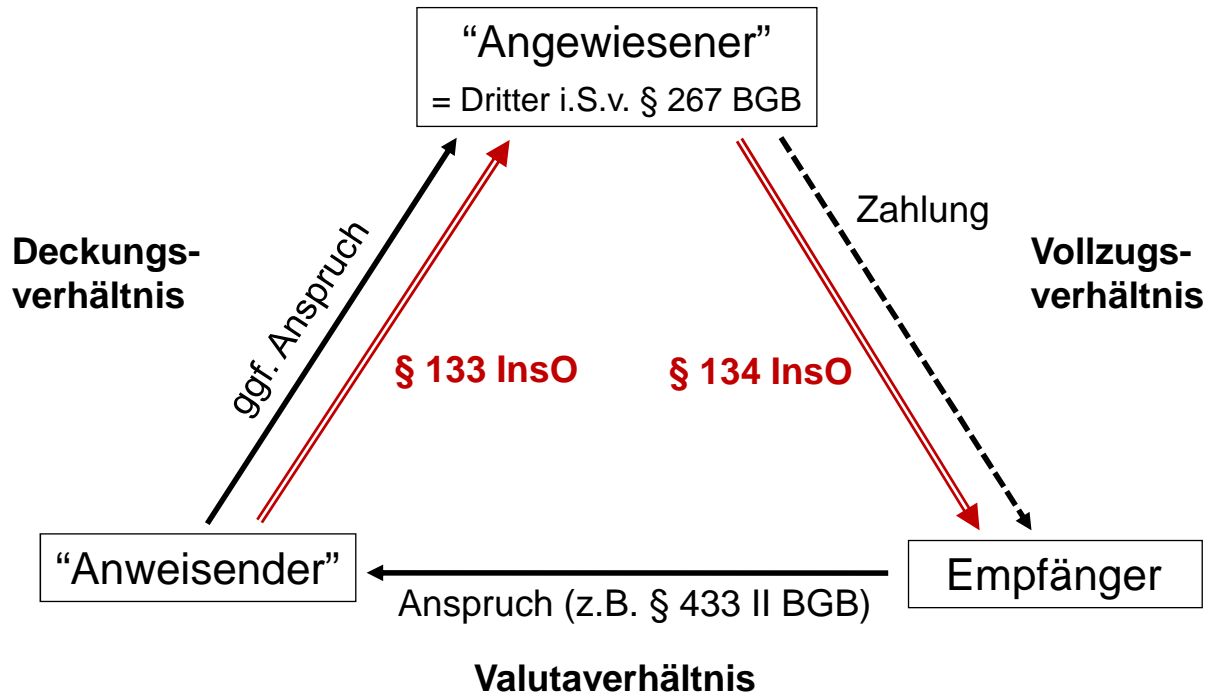
- Widersprüche bezüglich der Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz
 - sonstiger Zahlungsmittler kann über die Insolvenzfestigkeit der Befriedigung einzelner Gläubiger (z.B. wegen Sicherung oder Bargeschäfts) ebenso wenig informiert sein wie eine Bank
 - ❖ Rechtsprechung verlangt vom Mittler (zu Unrecht) detaillierte Kenntnisse im Insolvenzrecht (BGH WM 2013, 1044, Rdn. 32)
 - Tatbestand der Kollusion (= sittenwidriges Wollen) hat mit Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz (= Wissenselement) nichts zu tun
- ⇒ Kollusion für subj. Tatbestand des § 133 InsO insgesamt unerheblich (ganz h.M. für das Zwei-Personen-Verhältnis)

7. Eigener Ansatz

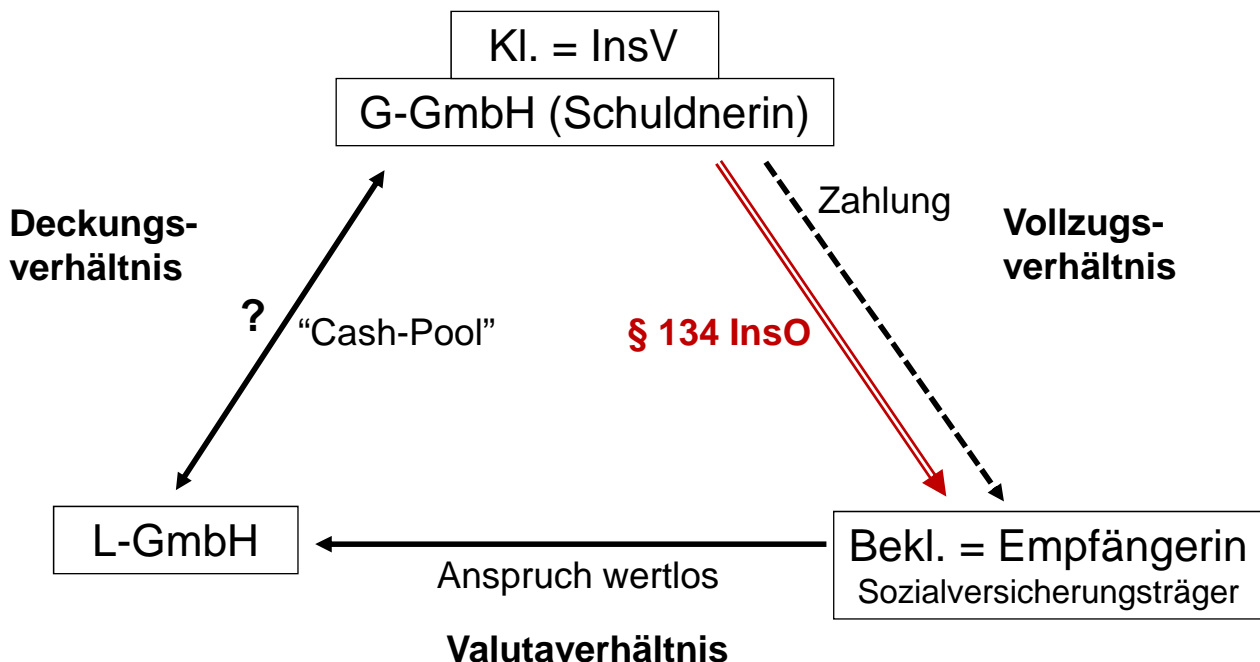
- Trennung zwischen Insolvenzanfechtung + Deliktsrecht
- Insolvenzanfechtung grundsätzlich nur auf Rückgewähr erlangter Vorteile gerichtet (Zuflussprinzip) – *Eckhardt*, in FS Gerhardt, 2004, S. 145 ff.
 - keine Insolvenzanfechtung bei fehlendem Vorteil des Gegners (Bank ebenso zu behandeln wie Treuhänder)
 - dafür Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) bei erlangtem Vorteil schon bei schlichter Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners

7. Eigener Ansatz

- Ersatz des beim Schuldner eingetretenen Verlustes nur nach Deliktsrecht, d.h. insbesondere nach § 826 BGB (Schadensersatz = Abflussprinzip)
 - Tatbestand der Kollusion gehört zu § 826 BGB
 - ⇒ Hinweis auf das Deliktsrecht bei BGHZ 124, 298, 304 (juris-Rdn. 28): § 823 II BGB i.V.m. §§ 288, 27 StGB und § 826 BGB
 - Historie: Absichtsanfechtung wurde als Deliktstatbestand begriffen (Herkunft: *actio pauliana*; betrifft fraudulöses Verhalten)
 - ⇒ *Eckhardt*, in FS Gerhardt, 2004, S. 145, 158 (*particeps fraudis*)
 - ⇒ Motive zur KO, S. 121: große Gefahr der Leistungsverweigerung durch die Schuldner des (späteren) Insolvenzschuldners bei leichter Anfechtbarkeit
 - Gesamtschaden vom Insolvenzverwalter einzuklagen (§ 92 InsO)



1. BGH v. 3.3.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276 = WM 2005, 853



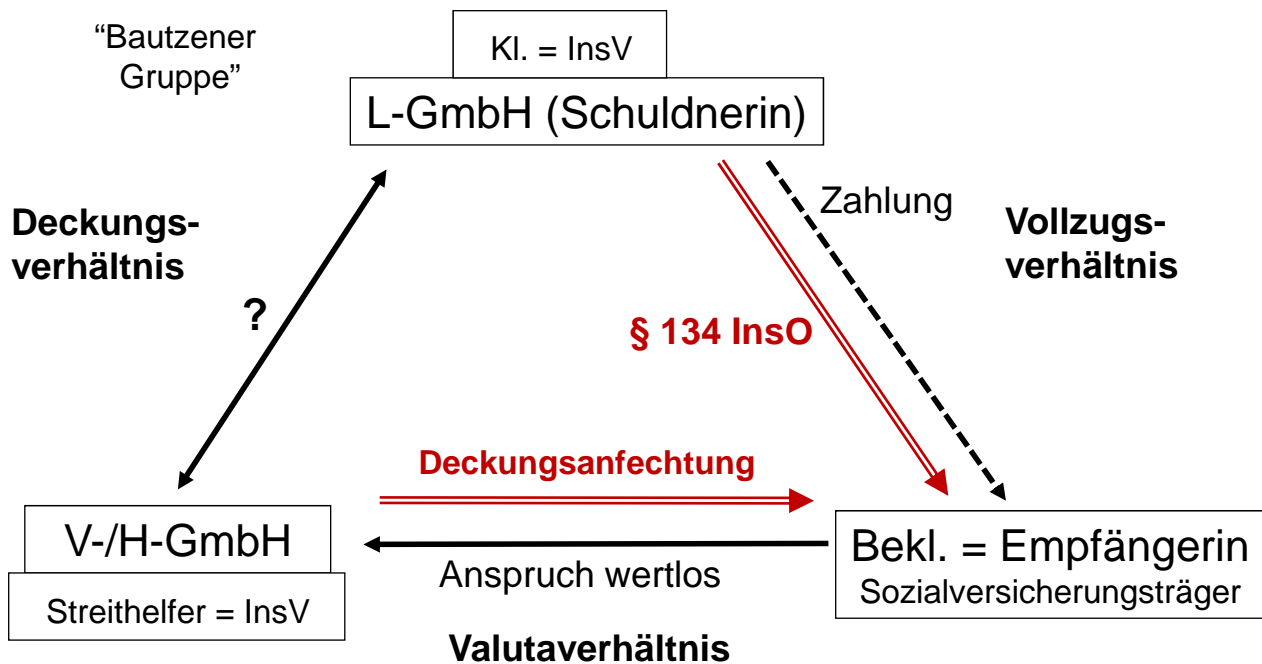
1. BGH v. 3.3.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276 = WM 2005, 853Leitsätze:

1. Eine Leistung, die der spätere Gemeinschuldner zur Tilgung einer nicht werthaltigen Forderung des Leistungsempfängers gegen einen Dritten erbringt, ist auch dann als unentgeltlich anfechtbar, wenn der Leistungsempfänger von der Wertlosigkeit seiner Forderung keine Kenntnis hat.
2. Eine Leistung, die der spätere Gemeinschuldner zur Tilgung einer nicht werthaltigen Forderung des Empfängers gegen einen Dritten erbringt, ist nicht schon deshalb entgeltlich, weil der Empfänger seinerseits Leistungen an den Dritten erbracht hat.
3. Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob der Leistungsempfänger an den Dritten eine werthaltige Gegenleistung erbracht hat, ist der Zeitpunkt der Vollendung seines Rechtserwerbs [= Zahlung des Leistungsmittlers].

1. BGH v. 3.3.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276 = WM 2005, 853Begründung:

- Trennung der Zwei- von den Drei-Personenverhältnissen
- Im Drei-Personenverhältnis liegt die „Gegenleistung“ des Empfängers im Verlust einer werthaltigen Forderung gegen seinen Schuldner.
- bei Wertlosigkeit der Forderung kein wirtschaftlicher Verlust des Empfängers
 - ⇒ Leistung auf fremde Schuld ist gemäß § 134 InsO anfechtbar
- Kenntnis von der Wertlosigkeit ist unerheblich

2. BGH v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 = WM 2008, 173



2. BGH v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 = WM 2008, 173

Leitsätze:

1. Veranlasst ein Schuldner einen Drittschuldner, seine Leistung nicht an ihn, sondern an einen seiner Gläubiger zu erbringen, oder überträgt der Schuldner die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel in das Vermögen des Dritten, der sodann die Verbindlichkeit erfüllt, und fechten, nachdem sowohl der Schuldner als auch der Dritte in die Insolvenz geraten sind, die Insolvenzverwalter beider – jeder für sich mit Recht – die Erfüllungshandlung an, **schließt die auf die mittelbare Zuwendung gestützte Deckungsanfechtung durch den Insolvenzverwalter des Schuldners eine Schenkungsanfechtung durch den Insolvenzverwalter des Dritten aus.**
2. Für die Anfechtbarkeit einer mittelbaren Zuwendung reicht aus, dass der Gegenwert für das, was über die Mittelsperson an den Gläubiger gelangt ist, aus dem Vermögen des Schuldners stammt (Fortführung von BGH WM 1955, 407, 409).
3. Der Anfechtungsbeklagte, der unter Hinweis auf den konkurrierenden Anfechtungsanspruch eines anderen Rechtsträgers die Sachbefugnis des Anfechtungsklägers bestreitet, die für den eingeklagten Anfechtungsanspruch gegeben ist, hat die Voraussetzungen des konkurrierenden Anfechtungsanspruchs darzulegen und zu beweisen.

3. BGH v. 5.6.2008 – IX ZR 163/07, ZIP 2008, 1385 = WM 2008, 1459Leitsatz:

Eine Leistung, die der spätere Insolvenzschuldner zur Tilgung einer Forderung des Leistungsempfängers gegen einen Dritten erbringt, ist nicht unentgeltlich, soweit der Empfänger anschließend die von ihm geschuldete ausgleichende Gegenleistung an den Dritten erbringt (Abgrenzung zu BGH v. 30.3.2006 – IX ZR 84/05, ZIP 2006, 957).

Frage: Gilt dies auch für erneutes Verfügenlassen des Kunden/Kreditnehmers über den an die Bank zurückgeführten Kontokorrentkredit?

4. BGH v. 22.10.2009 – IX ZR 182/08, ZIP 2009, 2303 = WM 2009, 2283Leitsatz 1:

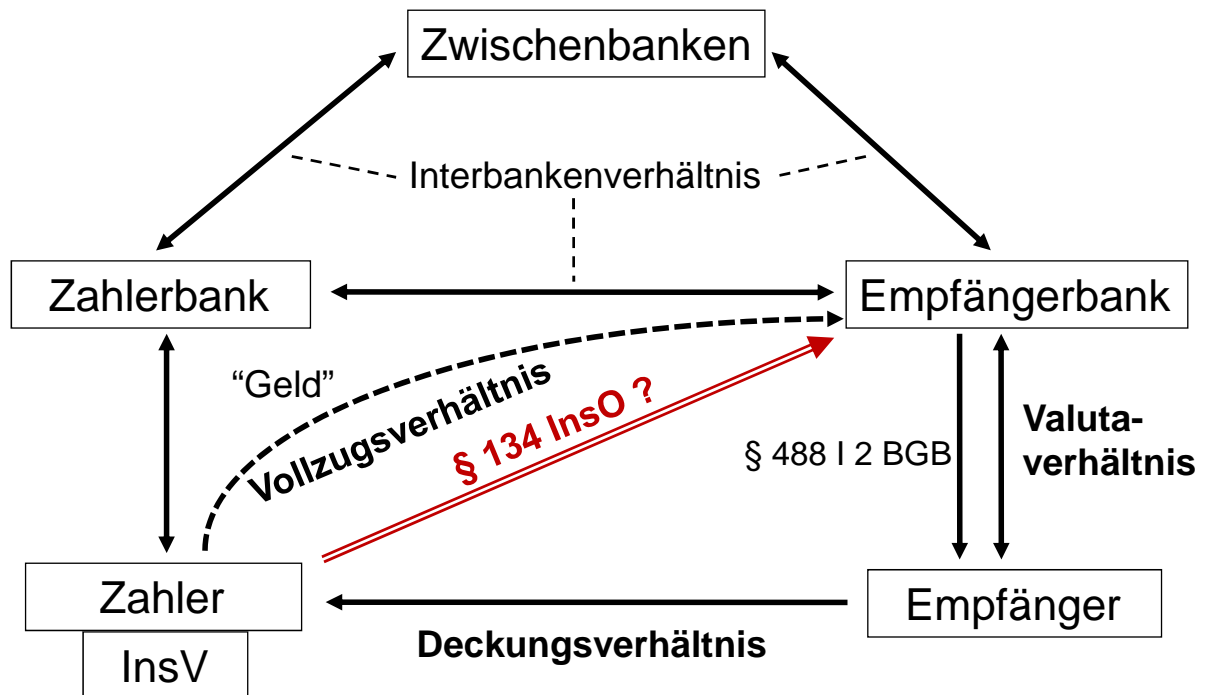
Eine Drittzahlung ist unentgeltlich, wenn der Schuldner des Leistungsempfängers im Zeitpunkt der Bewirkung der Leistung insolvenzreif war.

5. BGH v. 19.11.2009 – IX ZR 9/08, ZIP 2010, 36 = WM 2010, 129Leitsatz:

Begleicht der Schuldner die gegen einen Dritten gerichtete Forderung des Anfechtungsgegners, liegt eine unentgeltliche Leistung nicht vor, wenn dem Drittschuldner ein auf die Tilgung der Verbindlichkeit gerichteter werthaltiger Regressanspruch gegen den Schuldner zustand, auf den der Anfechtungsgegner hätte zugreifen können.

6. BGH v. 17.6.2010 – IX ZR 186/08, ZIP 2010, 1402 = WM 2010, 1421Leitsatz 1:

Begleicht der Schuldner die gegen einen insolvenzreifen Dritten gerichtete Forderung des Anfechtungsgegners, stehen werthaltige Außenstände des Dritten der Unentgeltlichkeit der Zuwendung nur entgegen, wenn der Anfechtungsgegner auf diese trotz der materiellen Insolvenz des Dritten insolvenzbeständig hätte zugreifen können.



7. Übertragbarkeit der o.g. Rechtsprechung auf Zahlungseingänge von Dritten auf einem debitorischen Bankkonto?

- *Wittig*, NZI 2005, 606, 609: keine Übertragbarkeit
 - keine Zahlung an das Kreditinstitut, sondern an den Darlehensnehmer
 - Kreditinstitut fungiert nur als Zahlstelle des Darlehensnehmers
 - Gleiches gilt auch bei Zahlung von (anderen) Konzernunternehmen im Rahmen eines Cash-Pools
- **Problem:** Der BGH abstrahiert bei § 134 InsO von der Leistung im Sinne des § 812 I 1 Alt. 1 BGB und sanktioniert faktische Zahlungsflüsse
 - buchungstechnischer Zufluss beim Kreditinstitut über die Zahlerbank und ggf. Zwischenbanken
 ⇒ Problematik der Rechtsprechung zu § 134 InsO liegt tiefer

8. Grundsatzkritik an der Rechtsprechung zu § 134 InsO

- Insolvenzzrisiken bei Zuwendung durch Dritte deutlich erhöht gegenüber direkter Zuwendung durch den Schuldner
 - Beispiel: Leistungserbringung durch Subunternehmer am Bau
 - selbst bei (unanfechtbaren) Bargeschäften ist der Empfänger für vier Jahre dem Insolvenzzrisiko des faktisch Zuwendenden ausgesetzt
 - keine Risikosteuerung durch den Gläubiger möglich (vgl. § 267 II BGB)
- ⇒ Entweder ist § 267 BGB verfassungswidrig oder die Rechtsprechung zu § 134 InsO ist falsch

8. Grundsatzkritik an der Rechtsprechung zu § 134 InsO

- Widersprüche beim Abstellen auf faktische Zahlungszuflüsse
 - faktischer Zahlungszufluss kommt nicht vom „Dritten“ i.S.v. § 267 BGB (Zahler), sondern von der Zahlerbank über Zwischenbanken und Gläubigerbank
 - Potenzierung des Insolvenzzrisikos bei vielen Zahlungsmittlern (hier: Insolvenz einer/mehrerer Banken in der Kette)
 - Unklarheit über den Empfänger der faktischen Zuwendung: (1) jeweils nächster Mittler, (2) Gläubigerbank, (3) Gläubiger, (4) alle ?
- ⇒ Mit dem Konzept der Rechtsprechung kommt man in „Teufels Küche“

8. Grundsatzkritik an der Rechtsprechung zu § 134 InsO

- Auch bei „Leistung durch Dritte“ i.S.v. § 267 BGB liegt eine Leistung des Schuldners vor (jedenfalls wenn der Schuldner den Dritten „anweist“)
 - Leistung durch Dritten ≠ Leistung des Dritten
 - Wortlaut des § 267 I BGB: Dritter kann „die Leistung bewirken“
 - „die Leistung“ ist die vom Schuldner zu erbringende
 - „bewirken“ = Erfüllung der Leistungspflicht des Schuldners
 - Wortlaut des § 267 II BGB: „Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht“ ⇒ Bezug „Schuldner“ – „Leistung“ ⇒ Schuldner bleibt Leistender trotz faktischer „Bewirkung“ durch Dritten
- ⇒ Dritter ist jedenfalls in Fällen der „Anweisung“ immer nur Zahl- oder Leistungsstelle des Schuldners
- ⇒ Vermögensverschiebung (nur) vom Schuldner zum Gläubiger

1. Die Bestimmung der „Zuwendungsverhältnisse“ im Insolvenzanfechtungsrecht sollte sich zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und wertungsmäßig unstimmigen Ergebnissen generell nicht vom Zivilrecht lösen, insbesondere nicht von den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.
2. Die bereicherungsrechtlichen Wertungen nehmen insbesondere die Insolvenzkrisen in den Blick, die im Insolvenzanfechtungsrecht erst recht berücksichtigt werden sollten, um (auch verfassungsrechtlich) bedenkliche Ergebnisse zu vermeiden.
3. Bei einer Orientierung an den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen erledigen sich im Recht der Insolvenzanfechtung die Probleme der Konkurrenz mehrerer Insolvenzverwalter ebenso wie die Gesamtschuld.
4. Eine Grundsatzkorrektur der Rechtsprechung zur Anwendung der §§ 133, 134 InsO im Mehrpersonenverhältnis ist auch zur Vermeidung von inneren Widersprüchen der bisherigen Rechtsprechung erforderlich.

Neue Rechtsprechung zum Gesellschafterdarlehensrecht mit Bezug zur Praxis der Kreditinstitute

1. Normzweck des Gesellschafterdarlehensrechts
2. Staffekredit – Kontokorrentkredit
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen
4. Banken als dem Gesellschafter gleichgestellte Dritte
5. Sanierungsprivileg

a) **BGH v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = WM 2011, 563**

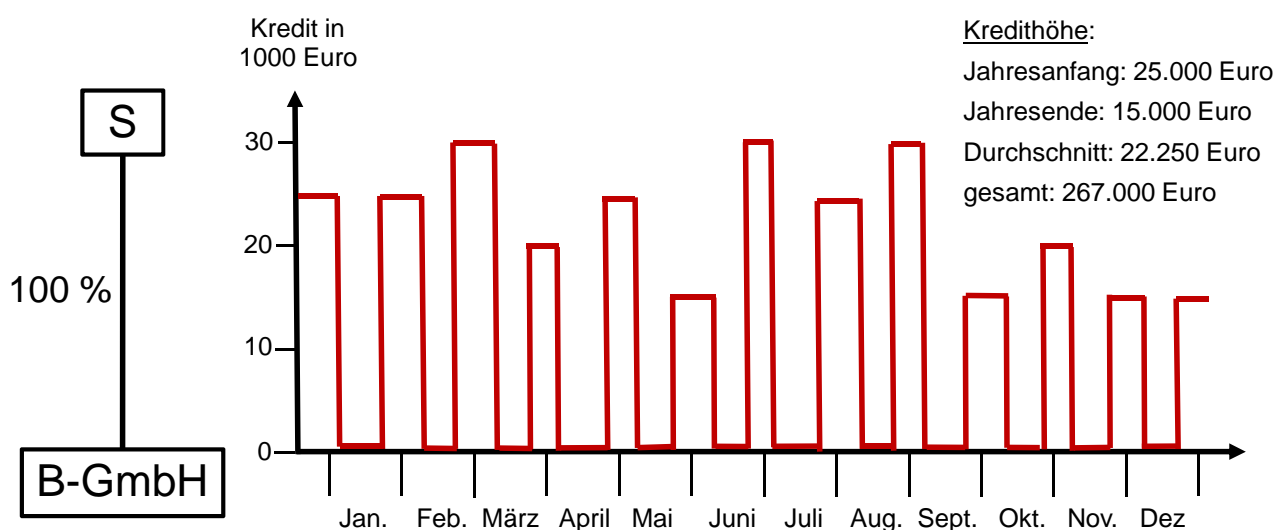
Rdn. 16: „Die ... umstrittene Frage, welcher Grundgedanke der gesetzlichen Neuregelung der Gesellschafterdarlehen zugrunde liegt, braucht aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden zu werden. ...“

Rdn. 17: „Jedenfalls ist nicht **der typischerweise gegebene Informationsvorsprung des Gesellschafters** der maßgebliche Grund für den Nachrang des von ihm gewährten Darlehens (...). Ein solcher **vermag zwar die Insolvenzanfechtung (§ 135 Abs. 1 InsO), nicht aber den gesetzlichen Nachrang noch offener Forderungen zu rechtfertigen** (...). Ein Informationsvorsprung kann zur Folge haben, dass ein gewährtes Darlehen vor der offenbar werdenden Insolvenz abgezogen wird; er führt aber gerade nicht dazu, dass ein mit den Verhältnissen der Schuldnerin besonders vertrauter "Insider" der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und er dieses vor der Insolvenz nicht mehr zurückfordert (...). Der Insidergedanke kann daher nicht herangezogen werden, um den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO über eine Anwendung des § 138 InsO zu erweitern.“

b) **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568**

Rdn. 18: „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 harmonisiert**. Diese Würdigung entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers, fragwürdige Auszahlungen an Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne 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 **wohininformierten Gesellschaftern die Möglichkeit zu versagen, der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kreditmittel zu Lasten der Gläubigersamtheit zu entziehen** (...), gilt infolge der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung gleichermaßen für verbundene Unternehmen.“

2. Staffelkredit – Kontokorrentkredit



- Frage: Anfechtbarkeit aller einzelnen Kreditrückführungen im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag?

➤ **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**

Leitsatz 1: „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.**“

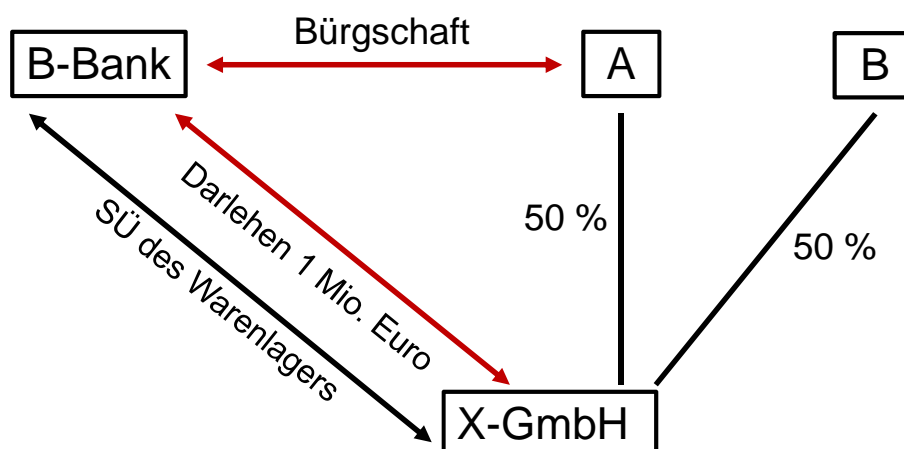
Rdn. 16: „In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. ... **Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen** daher nicht in ihrer Summe, sondern **nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze (...).** ...“

Rdn. 17: „Dieser Grundsatz ist hier einschlägig, weil die der Schuldnerin von der Beklagten [scl.: Gesellschafterin] fortlaufend gewährten Kredite durch ihre gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis nach der Art eines Kontokorrentkredits miteinander verbunden sind.“

➤ **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = WM 2013, 708**

Rdn. 26: „Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat noch unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, dass das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung gleichsteht (BGH, Urteil vom 28. November 1994 – II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24 f; vom 11. Oktober 2011 – II ZR 18/10, WM 2011, 2235 Rn. 10; vgl. auch OLG Hamburg, GmbHR 2006, 813, 814). Dieser Wertung kann in Anwendung des anfechtungsrechtlich ausgestalteten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht uneingeschränkt gefolgt werden (HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 33a; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 63a; aA Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a/b Rn. 43). Denn es kommt nicht mehr darauf an, in welcher Höhe die wiederkehrenden Darlehen der Beklagten an die Schuldnerin Eigenkapital ersetzend waren. Deshalb bestimmt sich der begründete Teil der Klageforderung auch nicht mehr nach dem durchschnittlich offenen Darlehensbetrag. **Bankguthaben oder Zahlungsmittel sind der Masse vielmehr im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden**, was dem von der Beklagten übernommenen Insolvenzrisiko entspricht.“

- Sicherung durch den Gesellschafter = Sonderfall einer dem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung
- Rechtsfolgen:
 - Der Drittkreditgeber muss (verfahrensmäßig) zunächst auf die Gesellschaftersicherheit zugreifen und kann erst anschließend an der Verteilung der Insolvenzmasse teilnehmen (§ 44a InsO).
 - ⇒ streitig, ob sodann – wie bei § 43 InsO – die Quote auf die volle ursprüngliche Forderung oder – wie bei § 52 InsO – nur auf die nach Verwertung der Gesellschaftersicherheit verbleibende Restforderung zu berechnen ist
 - Die Befreiung des Gesellschafters aus seiner Sicherheit durch Rückzahlung des Darlehens im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag ist anfechtbar (§ 135 Abs. 2 InsO). Der Gesellschafter haftet auf Erstattung zur Masse (§ 143 Abs. 3 InsO).



- Frage: Muss die B-Bank zunächst A in Anspruch nehmen, bevor sie abgesonderte Befriedigung aus dem Warenlager verlangen kann?

➤ **BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 = WM 2011, 2376**

Leitsatz: „Wird die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt, ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet.“

Rdn. 11: „In der Kommentar- und Aufsatzliteratur ... wird ... nahezu einhellig eine Regelungslücke angenommen (...). Will man sich nicht – wie das Berufungsgericht – mit diesem unbefriedigenden Rechtszustand abfinden, kann die vorrangige Haftung der Gesellschaftersicherheit auf zwei Wegen erreicht werden. Entweder ist der Drittgläubiger verpflichtet, zunächst die Gesellschaftersicherheit und dann erst die Gesellschaftssicherheit zu verwerten (§ 44a InsO analog; ...). Oder der Gläubiger bleibt – wie im früheren Recht – berechtigt zu wählen, welche Sicherheit er zieht; dem Insolvenzverwalter steht jedoch ein Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter zu, ...“

Rdn. 12: „Die aufgezeigte Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO zu füllen.“

Rdn. 13: „**Eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO kommt nach geltendem Recht nicht in Betracht.**“

a) Einbeziehung Dritter im alten und neuen Recht

- altes Recht: § 32a III 1 GmbHG
 - „Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.“
- neues Recht: § 39 I Nr. 5 InsO
 - „Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden ... berichtigt: ... nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“
 - Bezugnahme darauf für die Anfechtung in § 135 I InsO
- **keine Änderung des personellen Anwendungsbereichs gewollt**

b) Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 81, 311: Gesellschafter-Gesellschafter
 - Übernahme der Geschäftsanteile durch eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Bank
- BGHZ 106, 7 = WM 1989, 14: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter, der ähnlich wie ein Gesellschafter die Geschicke der GmbH bestimmt sowie an Vermögen und Ertrag beteiligt ist
- BGH WM 2006, 691: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter mit vermögensmäßiger Beteiligung und Einfluss auf die Geschicke der GmbH
- *Florstedt*, Der „stille Verband“, 2007

b) Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 119, 191: atypischer Pfandgläubiger (WestLB)
 - Pfandgläubiger am Gesellschaftsanteil mit Einräumung zusätzlicher Befugnisse, die es ihm ermöglichen, die Geschicke der Gesellschaft ähnlich einem Gesellschafter mitzubestimmen
 - ⇒ Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussansprüche
 - ⇒ Zustimmungsrecht bei Gewinnverwendungsbeschlüssen + Fusionen
 - ⇒ Übernahme der Geschäftsleitung durch Unternehmensberatungsgesellschaft als „gleichsam faktischer Geschäftsführer“
- *Fleischer*, ZIP 1998, 313: Covenants in Kreditverträgen
 - Frage: Kompensation fehlender Vermögensbeteiligung durch weitreichende Mitspracherechte?

c) **Rechtsprechung zum neuen Recht**

- BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568 (Gesellschafter-Gesellschafter)

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

Rdn. 21: „**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 (...).“

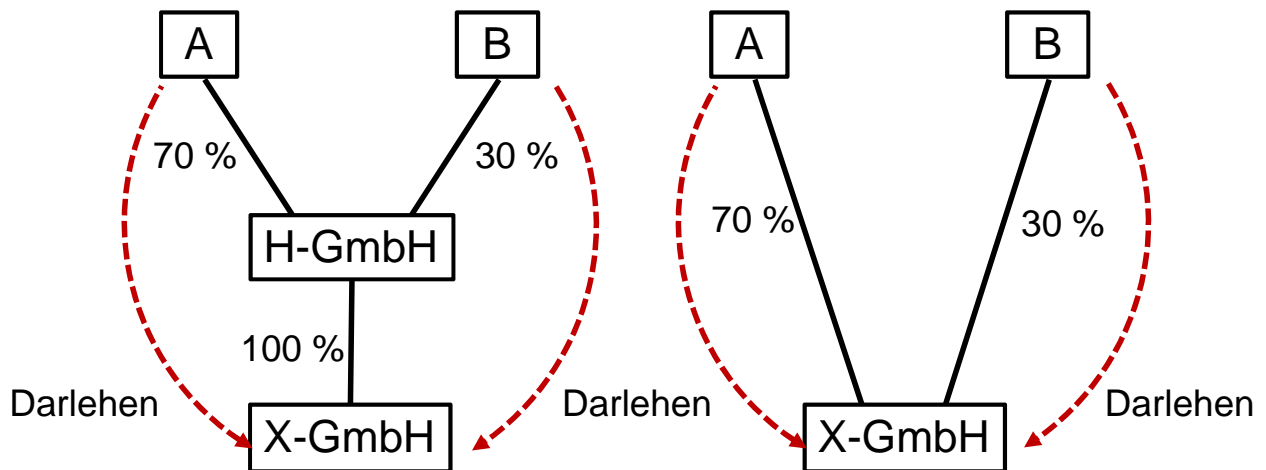
c) **Rechtsprechung zum neuen Recht**

- BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, ZIP 2013, 582 = WM 2013, 568 (Gesellschafter-Gesellschafter)

Rdn. 22: ... „Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse [scl.: jeweils Alleingesellschafterin] 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 (...).“

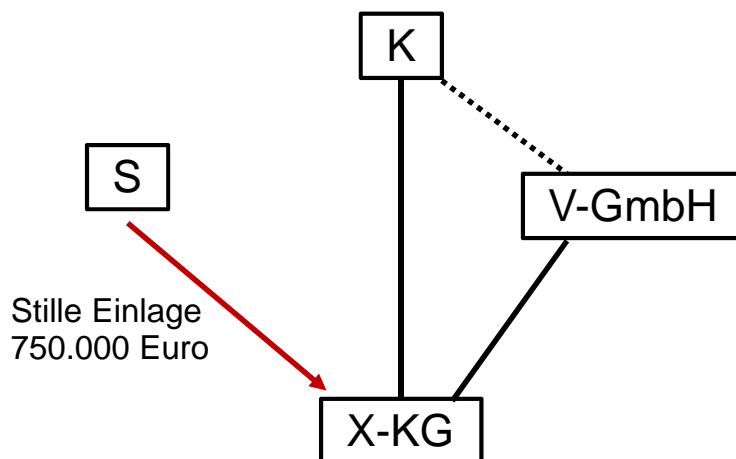
c) Rechtsprechung zum neuen Recht

- Gesellschafter-Gesellschafter



c) Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)



c) Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)

Leitsatz 1: „Der atypisch stille Gesellschafter einer GmbH & Co. KG steht mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleich, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis weitgehend angenähert ist.“

c) Rechtsprechung zum neuen Recht

- BGH v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 = ZIP 2012, 1869 = WM 2012, 1874 (Atypisch stille Gesellschaft = Innen-KG)

Leitsatz 2: „Der Nachrang von Ansprüchen des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz einer GmbH & Co. KG als Geschäftsinhaberin kann jedenfalls dann eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die **Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt** werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die **Mitwirkungsrechte des Stillen** in der Kommanditgesellschaft der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten zumindest in ihrer schuldrechtlichen Wirkung nahe kommen und die **Informations- und Kontrollrechte des Stillen** denen eines Kommanditisten nachgebildet sind.“

d) Konsequenzen für Banken im neuen Recht?

- Erfassung bei mittelbarer Beteiligung (Gesellschafter-Gesellschafter) von mehr als 10 %
 - mehrere (mittelbare) Beteiligungen werden zusammengerechnet
 - entscheidend ist im Ergebnis eine wirtschaftliche Beteiligung > 10 %
 - bei Geschäftsführungsrecht bzw. Einfluss auf die Geschäftsführung reicht eine kleinere (mittelbare) Beteiligung
- ansonsten Erfassung bei Zusammentreffen von Vermögens-/Gewinnbeteiligung und Einfluss (*Engert*, ZGR 2012, 835, 858 ff.)
 - (weitgehendes) Informationsrecht ohne Einfluss reicht nicht
 - alleiniger Einfluss auf die Unternehmensleitung ohne Vermögens-/Gewinnbeteiligung reicht nicht
 - ⇒ Problem in der Krise: variable Beteiligung am „Gewinn“ durch Aufwertung der Kreditrückzahlungsforderung

d) Konsequenzen für Banken im neuen Recht?

- Literatur (Auswahl):
 - *Breidenstein*, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273 ff.
 - *Hoffmann*, Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10 ff.
 - *Engert*, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber – Zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835 ff.
 - demnächst ausführlich *Laspeyres*, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft – Ein Plädoyer für ein am Schädigungspotential hybrider Kapitalgeber ausgerichtetes insolvenz- und liquidationsrechtliches Rechtsfolgenregime, 2013

a) Tatbestand

- Vorliegen eines Insolvenzgrundes: Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO)
- Anteilserwerb durch einen Gläubiger der Gesellschaft
- Sanierungszweck
BGHZ 165, 106 (Leitsatz 2): „Der Sanierungszweck i.S. von § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG erfordert, dass – neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen – nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilserwerbs die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.“
- Problem 1: Sanierungskonzept ⇒ pos. Prognose ⇒ Insolvenzgrund entfällt
- Problem 2: Beweislastumkehr im Rahmen des § 19 Abs. 2 InsO

b) Rechtsfolge

- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts

© 2013

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de

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