BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 219/11

Verkündet am:
18. Juli 2013
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2

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

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 1

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

BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11 - OLG Köln
LG Köln

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Fischer, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 1. September 2011 im Kostenpunkt voll und im Übrigen teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Die Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 15. Dezember 2010 werden zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten beider Rechtsmittelzüge und die außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtsmittelverfahren tragen der Kläger und die Beklagte zu 1 je zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 in beiden Rechtsmittelverfahren trägt der Kläger, die der Beklagten zu 1 diese selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 6. Juni 2009 über das Vermögen der L. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 1. Oktober 2009 eröffneten Insolvenzverfahren. Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin ist der Beklagte zu 2.

2 Die in der Rechtsform einer GmbH & Co KG geführte Beklagte zu 1, an welcher der Beklagte zu 2 und dessen Bruder als Gesellschafter der Komplementär-GmbH und als Kommanditisten je zur Hälfte beteiligt sind, gewährte der Schuldnerin ab dem Jahre 2001 mehrere Darlehen, die sich zuletzt auf 100.016,51 € beliefen. Zur Sicherung der Darlehensforderung trat die Schuldnerin am 15. Juli 2004 der Beklagten zu 1 eine ihr gegen die D. GmbH (nachfolgend: B. GmbH) zustehende Forderung über 400.000 € in Höhe von 130.000 € im Rang vor der verbleibenden Restforderung ab. Am 29. Juni 2007 zahlte die B. GmbH, die sich durch einen gerichtlichen Vergleich gegenüber der Schuldnerin zur Zahlung von 57.500 € verpflichtet hatte, auf deren Weisung einen Betrag über 40.766,49 € an die Beklagte zu 1. Bereits am 13. März 2007 hatte der Beklagte zu 2 für die seit dem Jahre 2003 mindestens bilanziell überschuldete Schuldnerin die eidesstattliche Versicherung abgegeben.

3 Der Kläger nimmt die Beklagte zu 1 unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung und den Beklagten zu 2, der die Einrede der Verjährung erhebt, nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf Erstattung dieses Betrages in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagte zu 1 stattgegeben und sie gegen den Beklagten zu 2 abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung des Klägers die

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Klage insgesamt abgewiesen. Mit seiner von dem Berufungsgericht uneingeschränkt zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision des Klägers hat teilweise Erfolg und führt zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

I.

5 Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Abtretung der Forderung gegen die B. GmbH durch die Schuldnerin an die Beklagte zu 1 könne nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO aF angefochten werden, weil die Beklagte zu 1 nicht Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen sei. Die Beklagte zu 1 habe auch nicht unter der Herrschaft eines Gesellschafters gestanden, weil der Beklagte zu 2 keine Beteiligung von mehr als 50 v.H. an der Beklagten zu 1 gehabt habe. Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO greife ebenfalls nicht durch, weil es an den subjektiven Voraussetzungen der Vorschrift fehle. Der Beklagte zu 2 sei nicht gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zur Schadensersatzleistung verpflichtet, weil es sich mangels Gesellschafterstellung der Beklagten zu 1 bei der Abtretung nicht um eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Zahlung gehandelt habe.

II.

6 Diese Ausführungen halten, soweit die gegen die Beklagte zu 1 gerichtet Klage abgewiesen wurde, rechtlicher Prüfung nicht stand. Der gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 40.766,49 € findet seine Grundlage in § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Im Streitfall ist gemäß Art. 103d Satz 1 EGInsO die Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) anwendbar, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin am 1. Oktober 2009 und mithin nach dem am 1. November 2008 erfolgten Inkrafttreten der Vorschrift eröffnet wurde (BGH, Urteil vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 10). Anfechtbar ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters aus einem Darlehen oder für eine gleichgestellte Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag eine Sicherung gewährt hat.

7 1. Die allgemeinen Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind erfüllt.

8 a) Die Schuldnerin hat ihre gegen die B. GmbH begründete Forderung der Beklagten zu 1 am 15. Juli 2004 zur Sicherung von deren Darlehensforderung abgetreten. Auch die Sicherungszession wird von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erfasst (HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 30; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 19; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 3. Aufl., § 135 Rn. 10). Mit der Abtretung hat sich als notwendige weitere Voraussetzung des Anfechtungstatbestandes (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011

- IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 Rn. 20) eine Gläubigerbenachteiligung verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rn. 9).

9 b) Im Blick auf den am 6. Juni 2009 gestellten Insolvenzantrag ist die Anfechtungsfrist von zehn Jahren gewahrt. Für die Anfechtbarkeit ist es ohne Bedeutung, dass die Sicherung infolge des Einzugs der abgetretenen Forderung durch die Beklagte zu 1 im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr bestand. Gegenteiliges ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO (vgl. aber Altmeppen, NZG 2013, 441, 442). Danach ist vielmehr allein entscheidend, dass eine Sicherung für eine Forderung bestellt wurde, die im Fall einer späteren Insolvenz als nachrangig zu behandeln wäre (zutreffend Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 19). Darum gestattet § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO auch die Anfechtung einer innerhalb der Anfechtungsfrist für eine nachrangige Forderung gewährten Sicherung, auf die der Gesellschafter zur Befriedigung seiner Forderung vor Verfahrenseröffnung zugegriffen hat.

10 c) Die Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist auch nicht deshalb unanwendbar, weil die Beklagte zu 1 die ihr gewährte Sicherung außerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Befriedigung ihrer Forderung versilbert hat.

11 aa) Laut einer im Schrifttum vertretenen Auffassung kommt bei der Verwertung einer Sicherung durch den Gesellschafter wegen der darin liegenden Befriedigung nur eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Betracht, weil eine Sicherung eine bloße Vorstufe der auf ihrer Grundlage bewirkten Befriedigung darstelle und darum § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Verhältnis zu § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Sperrwirkung entfalte (Bork/Schäfer/Thiessen, GmbHG, 2. Aufl.,

Anhang zu § 30 Rn. 68; Saenger/Inhester/Kolmann, GmbHG, Anhang § 30 Rn. 177; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anhang § 30 Rn. 64; Reuter in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 531, 535 f; wohl auch Altmeppen, NZG 2013, 441, 442). Demgemäß scheiterte vorliegend eine Anfechtung, weil sich die Beklagte zu 1 außerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus der ihr gewährten Sicherung befriedigt hat.

12 bb) Diesem Verständnis kann schon mit Rücksicht auf allgemeine anfechtungsrechtliche Grundsätze nicht beigetreten werden.

13 (1) Nach ständiger Rechtsprechung ist jede Rechtshandlung selbständig auf ihre Ursächlichkeit für gläubigerbenachteiligende Folgen zu überprüfen und gegebenenfalls in deren Anfechtung einzubeziehen, selbst wenn sich die Rechtshandlungen wirtschaftlich ergänzen (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 Rn. 25). Da die einzelne anfechtbare Rechtshandlung ein eigenes selbständiges Rückgewährschuldverhältnis begründet, ist der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens zu beurteilen (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rn. 11). Darum kann die Gewährung einer Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und die Gewährung einer Befriedigung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) innerhalb der für sie jeweils maßgeblichen Frist selbständig angefochten werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2000 - IX ZR 138/99, WM 2000, 1071 f; Urteil vom 9. Oktober 2008, aaO). Einen Rechtsgrundsatz, dass mehrere von einer Rechtshandlung verursachte Wirkungen nur insgesamt oder gar nicht anfechtbar seien, gibt es auch für solche Folgen nicht, die im Kausalverlauf ferner liegen als nähere, unanfechtbare Folgen (BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, WM 2009, 1750 Rn. 32). Folgerichtig steht der Anfechtbarkeit einer innerhalb von zehn Jahren vor Antrag-

stellung gewährten Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nicht entgegen, dass eine spätere, in der Verwertung liegende Befriedigung außerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unanfechtbar wäre.

14 (2) Die Anfechtung einer Befriedigung scheidet ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) aus, wenn eine für die Verbindlichkeit gewährte Sicherung nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen - etwa wegen Fristablaufs - unanfechtbar ist (BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - IX ZR 39/03, BGHZ 157, 350, 353; vom 9. November 2006 - IX ZR 133/05, ZIP 2007, 35 Rn. 8 mwN; Beschluss vom 19. März 2009 - IX ZR 39/08, WM 2009, 812 Rn. 13). Aus dieser Erwägung kann die Befriedigung eines Gesellschafterdarlehens innerhalb eines Jahres vor Antragstellung nicht gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) verfügt (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 135 Rn. 10). Hingegen kann die Anfechtung einer Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nicht deshalb verneint werden, weil eine an ihrer Stelle zeitgleich bewirkte Befriedigung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) unanfechtbar wäre. Die Unanfechtbarkeit der Befriedigung lässt auch unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung die Anfechtbarkeit einer Sicherung unberührt. Eine Gläubigerbenachteiligung kann nicht mit der Erwägung verneint werden, bei Unterbleiben der angefochtenen Handlung hätte der Gläubiger auf den Gegenstand ebenfalls zugreifen können, weil dann über ihn in nicht anfechtbarer Weise verfügt worden wäre (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rn. 15). Eine Saldierung der Vor- und Nachteile findet im Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht statt; eine Vorteilsausgleichung nach schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ist im Insolvenzanfechtungsrecht grundsätzlich nicht zulässig. Vielmehr ist der Eintritt der Gläubigerbenachteili-

gung isoliert in Bezug auf die konkret bewirkte Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung der Passiva des Schuldners zu beurteilen (BGH, Urteil vom 7. Mai 2013 - IX ZR 191/12, WM 2013, 1132 Rn. 7 mwN).

15 cc) Die unterschiedlichen Anfechtungsfristen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO und die darum bei wortlautgemäßem Verständnis der Vorschrift abweichenden Rechtsfolgen der Anfechtung einer Sicherung und der Anfechtung einer Befriedigung sind auch deshalb zu beachten, weil sie Teil des von dem Gesetzgeber verfolgten Regelungsmodells sind.

16 Die Vorschrift des § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO differenziert tatbestandlich in Anlehnung an die allgemeine Deckungsanfechtung zwischen Sicherung und Befriedigung (Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 398) und sieht überdies unterschiedliche Anfechtungsfristen vor. Sowohl bei einer Sicherung als auch bei einer Befriedigung greift der Gläubiger auf Schuldnervermögen zu, wobei die Besicherung einen Vorteil bietet, welcher wirtschaftlich der Befriedigung gleichkommt (Thole, aaO). Nur wenn die Sicherung in jeder Hinsicht unanfechtbar ist, unterliegt die hieraus unmittelbar erlangte Deckung ebenfalls keiner Anfechtung. Umgekehrt gilt das nicht. Der tatbestandliche Gleichlauf mit der Deckungsanfechtung spricht deshalb auch dagegen, die Anfechtung einer Sicherung wegen der daraus erlangten Befriedigung zu beschränken.

17 Aus den Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks 8/1347 S. 40 f; BT-Drucks 8/3908 S. 60, 74; BT-Drucks. 12/2443 S. 161; BT-Drucks. 16/6140 S. 57) ergibt sich kein Hinweis, dass die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Verhältnis zu derjenigen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO Vorrang genießen soll (vgl. Bangha-Szabo, ZIP 2013, 1058, 1062). Da schon unter der Geltung des Eigen-

kapitalersatzrechts ein eigenständiger Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO aF verschiedentlich bezweifelt worden war (vgl. Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl., § 32a Rn. 101; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl., § 32a Rn. 69) und dem Gesetzgeber diese Kritik bekannt sein musste, kann die Aufrechterhaltung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nur dahin gedeutet werden, auch mit Hilfe dieses Tatbestandes ein konsequentes Anfechtungsregime einzurichten (vgl. BT-Drucks. 16/6140 S. 26; BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, WM 2013, 568 Rn. 18). Dazu ist erforderlich, die Anfechtung einer Sicherung unabhängig von der Anfechtbarkeit einer Befriedigung zu gestatten. Aus der Interessenlage der durch den Anfechtungstatbestand geschützten Gläubigergesamtheit besteht ohnehin kein wertungsmäßiger Unterschied, ob eine Sicherung als masseschmälerndes Absonderungsrecht bei Verfahrenseröffnung noch besteht oder sich infolge ihrer Verwertung bereits vorher masseverkürzend ausgewirkt hat.

18 dd) Es wird schließlich nicht in unverhältnismäßiger Weise (Art. 20 Abs. 3 GG) in Rechte des Gesellschafters (Art. 14 Abs. 1 GG) eingegriffen, soweit § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Verwertung einer Sicherung innerhalb von zehn Jahren vor Antragstellung der Anfechtung unterwirft.

19 (1) Kann eine mit geringem Stammkapital gegründete Gesellschaft (vgl. § 5a Abs. 1 GmbHG) überhaupt nur aufgrund ihr gewährter Gesellschafterdarlehen ihren Geschäftsbetrieb aufnehmen, besteht bei Gewährung einer Sicherung durch die Gesellschaft die Gefahr, dass ab Aufnahme der werbenden Tätigkeit bis zu einer etwaigen Insolvenz praktisch ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Gläubiger dem Gesellschafter vorbehalten bleibt. Bei einer solchen Vorgehensweise dürfte sich die Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO als zu kurz erweisen (Lüneborg, Das neue Recht der Gesellschafter-

darlehen, 2010, S. 159). Die Inanspruchnahme einer Sicherung für ein Gesellschafterdarlehen belegt, dass der Gesellschafter, der in die Rolle eines außenstehenden Dritten einzurücken sucht, die Übernahme einer Finanzierungsverantwortung ablehnt (Lüneborg, aaO S. 154). Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).

20 (2) Der Gesellschafter ist im Gegensatz zu externen Gläubigern über die als Sicherung in Betracht kommenden Vermögensgegenstände seines Unternehmens unterrichtet (Mylich, ZHR 176 (2012), 547, 569 f). Eine Besicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO), die - wie der Streitfall belegt - vielfach nachträglich gewährt wird, weil die Gesellschaft einem Erfüllungsverlangen nicht nachkommen kann, setzt den Gesellschafter in den Stand, ungeachtet der für ihn erkennbar ungünstigen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und - im Unterschied zu Befriedigungshandlungen im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO - ohne die Notwendigkeit einer Einflussnahme auf die Geschäftsführung durch Inanspruchnahme der Sicherung selbst über den Zeitpunkt der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu befinden. Als rechtlich bevorzugter Sicherungsnehmer steht er nicht in Konkurrenz zu sonstigen Gläubigern, die Befriedigung allein aus dem

- mitunter bereits außerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unzureichenden - Gesellschaftsvermögen suchen müssen. Der Gesellschafter kann eine Befriedigung aus der Sicherung sogar noch erlangen, obwohl bereits kein freies Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist.

21 (3) Diese im Falle der Gewährung einer Sicherung die Gläubigergesamtheit treffenden speziellen Risiken und Nachteile und die regelmäßig in der Person des Gesellschafters gegebenen besonderen Umstände rechtfertigen es bei typisierender Betrachtung, die Anfechtungsfrist deutlich länger als bei der Gewährung einer Befriedigung zu bemessen, zumal die Vorgängerregelung des § 32a KO über Jahrzehnte unbeanstandet gar keine Anfechtungsfrist vorsah. Darum scheidet eine Anfechtung gegenüber dem für seine Forderung gesicherten Gesellschafter nur aus, wenn er außerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO tatsächlich von der Gesellschaft selbst befriedigt wird und deshalb von der ihm gewährten Sicherung keinen Gebrauch macht (vgl. Spliedt, ZIP 2009, 149, 153). Hingegen besteht auch von Verfassungs wegen kein Grund, bei der Verwertung einer Sicherung außerhalb der zeitlichen Grenzen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO für unanwendbar zu erklären. Hat sich der Gesellschafter aus einer für seine Darlehensforderung bestellten Sicherung befriedigt, scheidet auf der Grundlage des maßgeblichen § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Anfechtung nur aus, wenn die Sicherung länger als zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag und mithin anfechtungsfest bestellt wurde (vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 135 Rn. 11; ebenso bereits Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 32a Rn. 86; Schäfer in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, H 74; Bangha-Szabo ZIP 2013, 1058, 1062; Scholz/Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b Rn. 34, 41; anders wohl Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 135 Rn. 17).

22 2. Die Beklagte zu 1 ist ferner als Gesellschafterin im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anzusehen.

23 a) Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, IX ZR 32/12, WM 2013, 568 Rn. 15). Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 16). Mithin können die hierzu im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts entwickelten Grundsätze (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 ff; vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff) auch bei Anwendung des § 135 Abs. 1 InsO fruchtbar gemacht werden.

24 b) Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist. Dazu genügt bei einer GmbH - vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmmacht in der Satzung - eine Beteiligung von mehr als 50 v.H. (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008, aaO Rn. 10; Urteil vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 18). Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH zwar nur zu genau 50 v.H. an der hil-

feleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; vom 28. Februar 2012, aaO Rn. 20).

25 So verhält es sich im Streitfall, weil der Beklagte zu 2 als Alleingesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der Beklagten zu 1 beteiligt und deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist. Dabei ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung - ohne Bedeutung, ob die Beklagte zu 1 nach ihrem Gesellschaftszweck zu einer Darlehensgewährung berechtigt war. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers wird nicht durch den Gesellschaftszweck begrenzt (Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 35 Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl., § 35 Rn. 9; Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl., § 35 Rn. 22) und umfasst auch die Gewährung von Krediten (Scholz/Schneider, aaO).

26 3. Der aus § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO folgende Rückgewähranspruch (§ 143 Abs. 1 InsO) ist darauf gerichtet, die anfechtbar gewährte Sicherung freizugeben (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 Rn. 17; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 3. Aufl., § 135 Rn. 12). Wurde eine anfechtbar abgetretene Forderung eingezogen, ist im Wege des Wertersatzes der erlangte Betrag - mithin hier die Klageforderung über 40.766,49 € - zu erstatten (RGZ 48, 148, 149 f; Jaeger/Henckel, InsO, § 135 Rn. 11; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 143 Rn. 90 mwN).

27 4. Da die Sicherungsabtretung als anfechtbare Rechtshandlung vor dem Inkrafttreten des MoMiG vorgenommen wurde, unterliegt sie gemäß Art. 103d Satz 2 EGInsO nur der Anfechtung, wenn dies auch nach dem bisherigen Recht

galt. Diese Voraussetzung ist gegeben. Die Gewährung der Sicherung war gegenüber der Beklagten zu 1 auch nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO aF anfechtbar.

28 a) Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift unterlag die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens nur dann der Anfechtung, wenn das Darlehen eigenkapitalersetzend war. In dem Verzicht auf dieses Merkmal liegt eine Verschärfung des nunmehr geltenden Rechts (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, WM 2013, 568 Rn. 10). Eine Krise, die zur Einstufung einer Kredithilfe als kapitalersetzend führt, ist außer bei Insolvenzreife der Gesellschaft auch dann gegeben, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig ist (BGH, Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 332/05, WM 2006, 1150 Rn. 7). Eine auf Kreditunwürdigkeit beruhende Krise der Gesellschaft liegt vor, wenn sie von dritter Seite einen zur Fortführung ihres Unternehmens erforderlichen Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhält und sie deshalb ohne die Gesellschafterleistung liquidiert werden müsste (BGH, Urteil vom 12. Juli 1999 - II ZR 87/98, WM 1999, 1828, 1830). Ebenso verhält es sich mit einem noch unter wirtschaftlich gesunden Verhältnissen gegebenen Darlehen, das der Gesellschafter bei Eintritt der Kreditunwürdigkeit stehen lässt (BGH, Urteil vom 24. März 1980 - II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 330 f; vom 19. September 1988 - II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 187; vom 26. Januar 2009 - II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 Rn. 16).

29 b) Danach war das der Schuldnerin gewährte Darlehen in dem Zeitpunkt als kapitalersetzend einzustufen, als die Beklagte zu 1 am 29. Juni 2007 durch Inanspruchnahme der B. GmbH auf die ihr hierfür abgetretene Sicherung zugegriffen hat.

30 aa) Eine bilanzielle Überschuldung bildet ein Indiz für die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, WM

2004, 1075, 1077; Ulmer/Habersack, GmbHG, §§ 32a/b Rn. 65; Scholz/Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rn. 41; Gehrlein/Witt, GmbH-Recht in der Praxis, 2. Aufl., Kap. 9 Rn. 25). Ferner deuten insolvenzbezogene Krisenmerkmale wie Vollstreckungen auf eine Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft hin (Scholz/Schmidt, aaO).

31 bb) Die Schuldnerin war bereits seit dem Jahr 2003 bilanziell überschuldet. Außerdem hatte der Beklagte zu 2 vor der Zahlung der B. GmbH an die Beklagte zu 1 für die Schuldnerin die eidesstattliche Versicherung abgegeben. Ferner hat die Beklagte zu 1 durch das Vorbringen, ihr Darlehen habe allenfalls durch Pfändung der Forderung der Schuldnerin gegen die B. GmbH erfüllt werden können, selbst eingeräumt, dass die Schuldnerin von dritter Seite keinen Kredit zu marküblichen Bedingungen erhalten hätte. Angesichts dieser Umstände hatte infolge der Kreditunwürdigkeit der Schuldnerin das ihr gewährte Darlehen den Charakter von Eigenkapitalersatz gewonnen, was die Anfechtung der für das Darlehen gewährten Sicherung auch nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO aF rechtfertigt.

III.

32 Die Klage ist zudem - entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts - gegen die Beklagte zu 1 aus Vorsatzanfechtung unter dem Gesichtspunkt der Inkongruenz (§ 133 Abs. 1 InsO) begründet.

33 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet eine inkongruente Deckung in der Regel ein Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und für die Kenntnis des Gläubigers von diesem Vor-

satz, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintreten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 117/11, WM 2012, 2251 Rn. 13; vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, WM 2013,174 Rn. 46).

34 2. Die der Beklagten zu 1 für ihre ab dem Jahr 2001 erworbenen Darlehensforderungen am 15. Juli 2004 von der Schuldnerin gewährte Sicherungszession bildet eine inkongruente Sicherung, weil der Beklagten zu 1 aus der ursprünglichen Vereinbarung kein Anspruch auf diese Sicherung zustand (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 2010 - IX ZR 57/09, WM 2010, 851 Rn. 11). Bei der Schuldnerin war seit dem Jahr 2003 eine Unterbilanz gegeben; Forderungen aus gegen sie erwirkten Vollstreckungstiteln konnte sie nicht begleichen, so dass die Liquidität der Schuldnerin bereits bei Abtretung der Forderung Zweifeln begegnete.

IV.

35 Es kann dahinstehen, ob im Streitfall dem Grunde nach ein aus § 43 Abs. 3 GmbHG aF herzuleitender Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 wegen verbotener Rückzahlung einer kapitalersetzenden Leistung durchgreift. Ein solcher Anspruch ist jedenfalls - wie das Berufungsgericht im Rahmen des § 64 Abs. 2 GmbHG aF zutreffend und von der Revision unangegriffen ausgeführt hat - wegen Ablauf der fünfjährigen Frist des § 43 Abs. 4 GmbHG verjährt.

36 1. Die Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer einer GmbH beginnt gemäß § 43 Abs. 2, 4 GmbHG mit der Entstehung des Anspruchs, das heißt mit Eintritt des Schadens dem Grunde nach, ohne dass der Schaden in dieser Phase schon bezifferbar sein muss; es genügt die Möglichkeit einer Feststellungsklage. Auf die Kenntnis der Gesellschafter oder der Gesellschaft von den anspruchsbegründenden Tatsachen kommt es - selbst bei deren Verheimlichung durch den Geschäftsführer - nicht an (BGH, Urteil vom 29. September 2008 - II ZR 234/07, ZIP 2008, 2217 Rn. 16). Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist der Zeitpunkt, in dem durch den letzten Akt der Maßnahme der Anspruch der Gesellschaft entstanden, das heißt der Schaden dem Grunde nach eingetreten ist. Hierfür genügt jede Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft, die schon durch die Begründung der Verpflichtung zur Zahlung eintreten kann (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2008 - II ZR 202/07, ZIP 2008, 1675 Rn. 12).

37 2. Im Streitfall ist die Sicherung des von der Beklagten zu 1 gewährten Darlehens bereits im Rahmen der am 15. Juli 2004 vereinbarten Forderungsabtretung erfolgt. Infolge der Abtretungsvereinbarung ist eine Verschlechterung der Vermögenslage der Schuldnerin eingetreten, so dass der später veranlassten Auszahlung keine eigenständige Bedeutung zukommt. Mithin begann die Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkt zu laufen. Die vorliegende Klage ist erst am 8. Februar 2010 eingereicht und dem Beklagten zu 2 am 11. März 2010 zugestellt worden. Zu beiden Zeitpunkten war die Frist des § 43 Abs. 4 GmbHG längst verstrichen. Deshalb erweist sich die von dem Beklagten zu 2 erhobene Verjährungseinrede als begründet.

V.

38 Da sich die Sache als zur Endentscheidung reif erweist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist das angefochtene Urteil teilweise aufzuheben und die Entscheidung des Landgerichts wiederherzustellen.

Kayser Gehrlein Fischer

Grupp Möhring

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 15.12.2010 - 91 O 32/10 -
OLG Köln, Entscheidung vom 01.09.2011 - 18 U 82/11 -