

# Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare

Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag

von

Prof. Dr. Christian Berger, Godehard Kayser, Klaus Pannen

1. Auflage

Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare – Berger / Kayser / Pannen

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Festschriften



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 60905 3

Geändert hat sich allerdings die Rechtslage im Vorfeld der Insolvenz. Zwar bleibt es im Verhältnis der Gesellschaft zum Kreditgeber dabei, dass dieser zwischen den ihm gestellten Sicherheiten frei wählen kann. Etwas anders gilt aber im Verhältnis der GmbH zum Gesellschafter. Der Gesetzgeber hat nämlich durch eine Ergänzung des § 30 Abs. 1 GmbHG um einen neuen Satz 3 die „Rechtsprechungsregeln“ abgeschafft.<sup>14</sup> Damit kann heute jedenfalls nicht mehr von einem gesellschaftsrechtlichen<sup>15</sup> Freistellungsanspruch der GmbH gegen ihren Gesellschafter ausgegangen werden.

## 2. Bereits erfüllte Kreditforderung

Hat die GmbH den gesellschafterbesicherten Kredit vor Insolvenzeröffnung bereits ganz oder teilweise zurückgezahlt, so kann der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens den gezahlten Betrag vom Gesellschafter zurückverlangen.

### a) Rechtslage vor dem 1. 11. 2008

Im alten GmbH-Recht ergab sich das aus § 32b GmbHG. Die Vorschrift gab dem Insolvenzverwalter einen Erstattungsanspruch für Zahlungen aus dem letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder aus der Zeit nach dem Insolvenzantrag, begrenzt durch den Wert des vom Gesellschafter gestellten Sicherungsgutes bzw. einen etwaigen Höchstbetrag bei der Bürgschaft. Es bestand Einigkeit darüber, dass es sich hier der Sache nach um eine Anfechtungsvorschrift handelte,<sup>16</sup> ohne freilich an die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen gebunden zu sein. Mit ihr sollte erreicht werden, dass der Gesellschafter, der durch die Kredittilgung von der Haftung als Sicherungsgeber frei geworden ist, nachträglich doch noch herangezogen werden kann.<sup>17</sup>

Außerhalb der Insolvenz ergab sich ein vergleichbarer Anspruch aus den „Rechtsprechungsregeln“, also aus einer analogen Anwendung des § 31 GmbHG. Die GmbH konnte, sofern die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzrechts erfüllt waren, von dem Gesellschafter folglich auch solche Kredittilgungen ersetzt verlangen, die sie außerhalb des in § 32b GmbHG a. F. genannten Jahreszeitraums erbracht hatte.<sup>18</sup>

In beiden Fällen bestand allerdings nur ein einfacher Erstattungsanspruch. Er war nur auf Zahlung gerichtet, nicht auf Naturalrestitution, und er war ungesichert. Die GmbH hatte weder gegen den Kreditgeber einen Anspruch auf Übertragung der von dem Gesellschafter gestellten Sicherheit<sup>19</sup> noch gegen diesen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung.

<sup>14</sup> Vgl. Begr. RegE § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG, BT-Drs. 16/6140, S. 42.

<sup>15</sup> Zu einem allgemeinen zivilrechtlichen Freistellungsanspruch aus § 426 BGB vgl. unten III. 6. b).

<sup>16</sup> So schon die Gesetzesbegründung zu § 32b RegE, BT-Drs. 8/1347, S. 40.

<sup>17</sup> Begr. § 32b RegE, BT-Drs. 8/1347, S. 41.

<sup>18</sup> Vgl. nur BGH ZIP 2009, 1806 Rdnr. 9, 15.

<sup>19</sup> BGH ZIP 1986, 30, 31; Thonfeld (Fn. 4), S. 92.

b) *Rechtslage nach dem 1. 11. 2008*

Durch das MoMiG ist § 32b GmbHG in das Insolvenzanfechtungsrecht versetzt worden. Die Vorschrift findet sich heute – nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser unverändert<sup>20</sup> – in § 135 Abs. 2 InsO und § 143 Abs. 3 InsO. Allerdings setzt die Norm weiterhin die Insolvenzeröffnung voraus und beschränkt die Anfechtung auf Zahlungen, die nicht länger als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag zurückliegen. Da die „Rechtsprechungsregeln“ abgeschafft sind, kann somit für weiter zurückliegende Zahlungen heute nicht mehr Erstattung verlangt werden.

### III. *Doppelbesicherung*

Auf dieser Grundlage kann nun die Doppelbesicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter näher in den Blick genommen werden. Knüpft man zunächst einmal an § 44a InsO an, dann stellt sich die Frage, ob sich dieser Norm die Wertung entnehmen lässt, dass die Bank in der Insolvenz der GmbH vorrangig die Gesellschaftersicherheit verwerten muss und auf die Gesellschaftssicherheit nur zugreifen darf, wenn und soweit sie beim Gesellschafter ausfällt. Zum früheren Eigenkapitalersatzrecht ist diese Frage ganz überwiegend verneint worden.<sup>21</sup> Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die §§ 32a, 32b GmbHG zielten nicht auf den Kreditgeber, sondern auf den Gesellschafter. Daher müsse die für den Kreditgeber schonendste Lösung gewählt werden.<sup>22</sup> Werde der aber vorrangig auf den Gesellschafter verwiesen, dann trage er das Ausfall- und Kostenrisiko.<sup>23</sup> Außerdem gehe es in erster Linie um Kapital- und Liquiditätsschutz, und diesem Aspekt könne bereits dadurch Rechnung getragen werden, dass man der GmbH einen Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter zubillige.<sup>24</sup> Dass sich dieser Anspruch als undurchsetzbar erweisen könne, weil der Gesellschafter ebenfalls insolvent ist, sei hinzunehmen<sup>25</sup>, solange nicht der Gesetzgeber ausdrücklich anders entscheide.<sup>26</sup> Diese Argumente können jedenfalls heute nicht mehr überzeugen.

#### 1. *Kapital- und Liquiditätsschutz*

Der These, es gehe beim Recht der Gesellschafterdarlehen um Kapital- und Liquiditätsschutz, hat der Gesetzgeber durch das MoMiG jede Grundlage entzogen. Die

<sup>20</sup> Vgl. Begr. ReGE § 135 und § 143 InsO, BT-Drs. 16/6140, S. 57. Vgl. aber unten III. 5.

<sup>21</sup> Vgl. zu den Nachweisen oben in Fn. 2 ff.

<sup>22</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich (Fn. 3), § 30 Anh Rdnr. 100; v. Gerkan/Hommelhoff/Fleischer (Fn. 3), Rdnr. 6.39.

<sup>23</sup> BGH ZIP 1985, 158, 159; Ulmer/Habersack/Winter/Habersack (Fn. 3), §§ 32a/b Rdnr. 174.

<sup>24</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich (Fn. 3), § 30 Anh Rdnr. 100; v. Gerkan/Hommelhoff/Fleischer (Fn. 3), Rdnr. 6.39; Roth/Altmeyen (Fn. 3), § 32a Rdnr. 57.

<sup>25</sup> Ulmer/Habersack/Winter/Habersack (Fn. 3), §§ 32a/b Rdnr. 174.

<sup>26</sup> Eine gesetzgeberische Entscheidung verlangt schon BGH ZIP 1985, 158, 159.

einschlägigen Vorschriften finden sich nicht mehr im Gesellschaftsrecht, sondern im Insolvenzrecht. Die Abschaffung der „Rechtsprechungsregeln“ durch § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG hat auch zur Folge, dass mit dem Gedanken der Kapitalerhaltung nicht mehr argumentiert werden kann. Ratio legis ist daher heute allein der Schutz der Insolvenzgläubiger. Das aber zwingt dazu, auch die Behandlung des doppeltbesicherten Drittdarlehens neu zu überdenken.

## 2. Ausfallrisiko

Das Argument des BGH, man mute dem Kreditgeber das Ausfallrisiko zu, wenn man ihn zwingt, zunächst die Gesellschaftersicherheit zu verwerten, war niemals richtig und ist es auch heute nicht. Hat der Gesellschafter eine Sachsicherheit gestellt, kann das Ausfallrisiko ohnehin nur darin liegen, dass diese für die Befriedigung des Kreditgebers nicht reicht. Ein wirkliches Ausfallrisiko besteht vordergründig nur bei einer Personalsicherheit, insbesondere in dem Fall, dass der Gesellschafter selbst insolvent ist. In beiden Fällen bleibt dem Kreditgeber dann aber immer noch der Rückgriff auf die von der Gesellschaft gewährte Sicherheit. Dass der Kreditgeber den Gesellschafter vorrangig in Anspruch nehmen muss, bedeutet nicht, dass er auf die Gesellschaftssicherheit gar nicht zurückgreifen darf. Diese haftet weiter, aber eben nur subsidiär. Einen Ausfall hat der Kreditgeber nur dann zu befürchten, wenn beide Sicherheiten nicht ausreichen.

Verweist man den Kreditgeber daher zunächst auf die Gesellschaftersicherheit, dann nützt das der Gesellschaft und ihrem Insolvenzverwalter, wenn die Gesellschaftersicherheit ausreicht. Und es schadet dem Kreditgeber nur im umgekehrten Fall, wenn die Gesellschaftersicherheit nicht ausreicht. Denn dann muss er, um vollständig befriedigt zu werden, auch noch die Gesellschaftssicherheit verwerten, was für ihn dann besonders ärgerlich ist, wenn von vornherein absehbar war, dass die Gesellschaftssicherheit für die vollständige Befriedigung ausgereicht hätte. Hält man daran fest, dann weist man dem Kreditgeber aber kein besonderes Ausfallrisiko, sondern ausschließlich ein Kostenrisiko zu. Man verlangt ihm lediglich einen prozeduralen Beitrag ab, ohne seine Befriedigungsaussichten zu vermindern. Es kann daher auf gar keinen Fall überzeugen, in dieser Konstellation einen so schweren Eingriff zu sehen, dass er einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers bedürfte.<sup>27</sup>

## 3. Kostenrisiko

Richtig ist dagegen, dass der Kreditgeber u. U. ein erhöhtes Kostenrisiko hat, wenn er zunächst den Gesellschafter in Anspruch nehmen muss. Höhere Kosten entstehen zum einen dann, wenn die Verwertung einer für die Befriedigung ausreichenden Gesellschaftersicherheit teurer ist als die Verwertung einer ebenfalls ausreichen-

---

<sup>27</sup> So aber BGH ZIP 1985, 158, 159.

den Gesellschaftssicherheit, und zum anderen dann, wenn die Gesellschaftersicherheit im Gegensatz zur Gesellschaftssicherheit nicht ausreicht, so dass der Kreditgeber zwei Sicherheiten verwerten muss, wo auch die Verwertung einer, nämlich der Gesellschaftssicherheit genügt hätte. Hingegen entstehen durch eine vorrangige Verweisung auf den Gesellschafter keine besonderen Kosten, wenn der Kreditgeber zwei vollwertige und mit demselben Aufwand zu verwertende Sicherheiten hat oder wenn ohnehin beide Sicherheiten verwertet werden müssen, um die Kreditforderung zu decken.

Der Hinweis auf die potentiell höheren Kosten erweist sich allerdings bei näherem Hinsehen als trügerisch, weil er sich allein auf die unmittelbaren Verwertungskosten bezieht. Dass dies zu kurz gesprungen ist, belegt schon ein Blick auf die Praxis. Sie lehrt, dass die Kreditgeber nicht selten schon deshalb ganz unabhängig von den reinen Verwertungskosten auf die Gesellschaftssicherheit zugreifen, weil sie den Gesellschafter schonen wollen. Sie haben die Gesellschaft als Geschäftspartner abgeschrieben, wollen aber mit dem Gesellschafter und seinen Unternehmungen weiterhin Geschäfte machen und deshalb das „Klima“ nicht belasten. Dass der Gesellschafter über den Rückgriff des Insolvenzverwalters letztlich doch in Anspruch genommen wird, ist auf dieser atmosphärischen Ebene nebensächlich. Der eingangs<sup>28</sup> referierte BGH-Fall zeigt dies anschaulich: Die Verwertung der von der GmbH zur Sicherheit übertragenen Immaterialgüterrechte erfolgte dort durch Veräußerung an eine vom Gesellschafter gegründete Auffanggesellschaft, die dann mit diesen Immaterialgüterrechten das Geschäft der insolventen GmbH am Markt fortsetzen konnte. Die Aussicht, mit dieser Auffanggesellschaft weiterhin Geschäfte machen zu können, war für die Bank aus ökonomischer Sicht offensichtlich weit aus bedeutsamer als die Frage der Verwertungskosten.

Vor diesem Hintergrund können einige Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts fruchtbar gemacht werden. Sie würde zunächst konstatieren, dass die Bank für den Fall, dass ihr die freie Wahl zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftssicherheit verwehrt wird, mit höheren Transaktionskosten zu rechnen hat. Sie kann allerdings selbst dazu beitragen, diese Kosten niedrig zu halten, etwa indem sie sich gleich bei Erteilung einer Bürgschaft eine vollstreckbare Urkunde ausstellen lässt. Das verbleibende Kostenrisiko würde die Bank in die Kalkulation der Kreditkosten einbeziehen, die sie freilich mit absichern könnte, so dass sie diesen Effekt externalisieren, also letztlich auf die Gläubiger der Sicherungsgeber abwälzen könnte. Externe Effekte entstehen aber auch dann, wenn man der Bank die freie Wahl lässt. Sie kann dann nämlich die bei Inanspruchnahme des Gesellschafters höheren Transaktionskosten durch Inanspruchnahme der Gesellschaftssicherheit vermeiden und sie indirekt auf die Gläubiger der GmbH abwälzen. Denn es kann zwar in diesem Fall der Insolvenzverwalter der GmbH bei dem Gesellschafter Regress nehmen. Er hat dann aber seinerseits zusätzliche Transaktionskosten, die zulasten der Masse gehen. Selbst wenn er diese Kosten vom Gesellschafter erstattet verlangen kann, bleibt ihm doch das Ausfallrisiko, denn sein Regressanspruch gegen den Gesellschafter ist im Gegensatz zur Kreditforderung der Bank ungesichert und bei

---

<sup>28</sup> S. bei Fn. 1.

Insolvenz des Gesellschafters wertlos. Man sieht also, dass die Risiken durch ein freies Wahlrecht des Kreditgebers nicht nur verlagert, sondern sogar erhöht werden, was ein aus ökonomischer Sicht unerwünschter Effekt ist.

Das gilt noch verstärkt, wenn man sich vor Augen führt, dass das von der Gesellschaft gestellte Sicherungsgut nicht selten für die Betriebsfortführung benötigt wird. Auch das zeigt anschaulich der eingangs<sup>29</sup> referierte BGH-Fall: Ohne die als Sicherheit gestellten Immaterialgüterrechte war die GmbH am Markt nicht handlungsfähig und musste liquidiert werden. Daran ändert ein Regressanspruch gegen den Gesellschafter nichts, denn der schuldet nach der Verwertung der Gesellschaftssicherheit nur Geld und nicht etwa Rückkauf des Sicherungsgutes.<sup>30</sup> Hätte hingegen die Bank den Gesellschafter als Bürgen herangezogen, dann wären die Immaterialgüterrechte für die Gesellschaft frei geworden. Ihr Betrieb hätte zunächst fortgeführt werden können und es hätte eine Sanierung, jedenfalls eine übertragende Sanierung versucht werden können. Selbst im ungünstigsten Fall hätte der Insolvenzverwalter einen verwertbaren Vermögenswert in der Masse gehabt, und dieser Verwertungserlös wäre deutlich sicherer gewesen als der Regressanspruch gegen den Gesellschafter. Man sieht also, dass das freie Verwertungswahlrecht für den Kreditgeber in hohem Maße externe Effekte zulasten der Gesellschaftsläubiger zeitigt.<sup>31</sup>

Nun könnte man diesem letzten Argument möglicherweise aus juristischer Sicht entgegen halten, dass der Gesetzgeber in §§ 166 ff. InsO Regelungen geschaffen hat, mit denen der organisatorische Verbund des Unternehmens zusammengehalten werden soll, indem zwar nicht die Verwertung untersagt, wohl aber das Verwertungsrecht in gewissen Grenzen dem Insolvenzverwalter übertragen wird, so dass mit diesen Normen entschieden ist, in welchem Maße der Aspekt der Betriebsfortführung berücksichtigt werden kann. Dieser Hinweis verfängt indessen nicht. Denn zum einen ändern diese Regeln nichts daran, dass das Sicherungsgut verwertet werden muss. Der im vorliegenden Zusammenhang problematische Regress – die Bank wird aus der von der GmbH gestellten Sicherheit befriedigt und der Insolvenzverwalter nimmt den Gesellschafter in Regress – wird also nicht vermieden, ja nicht einmal adressiert. Und zum anderen haben die genannten Regeln den hier vorliegenden Sonderfall der Doppelbesicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter nicht im Blick. Man wird daher annehmen können, dass die speziellere Wertung des § 44a InsO die allgemeinere der §§ 166 ff. InsO modifiziert.

---

<sup>29</sup> Bei Fn. 1.

<sup>30</sup> Es greift daher zu kurz, wenn man nur auf die Masseschonung abstellt (wie es beispielsweise bei *Thonfeld* (Fn. 4), S. 90 ff. geschieht). Unter dem Aspekt der Betriebsfortführung kommt es häufig genug auf das Sicherungsgut selbst und nicht nur auf den in ihm verkörperten materiellen Wert an.

<sup>31</sup> Aus makro-ökonomischer Sicht muss man diese Aussage freilich etwas präzisieren: Der Einsatz des Sicherungsgutes in einem neuen Unternehmen ist volkswirtschaftlich neutral, wenn es dort denselben oder gar einen höheren Ertrag bringt. Allerdings müssen insoweit auch die Begleitkosten (Auseinanderreißen eines funktionierenden organisatorischen Verbundes, Umrüst- und Einarbeitungskosten, etc.) in Rechnung gestellt werden. In den meisten Fällen wird sich daher nicht darstellen lassen, dass der Markt durch den Einsatz in der neuen Unternehmung genauso gut oder besser bedient wird.

In der Summe führt also ein Verweis auf die vorrangige Inanspruchnahme des Gesellschafters aus ökonomischer Sicht zwar zu höheren Transaktionskosten für den Kreditgeber. Dieser kann die Kosten aber einpreisen, während das freie Wahlrecht nicht nur zu höheren Transaktionskosten bei der GmbH und ihrem Insolvenzverwalter führt, sondern zu erheblichen zusätzlichen negativen Effekten für die Gläubiger der GmbH und damit zu Opportunitätskosten, die von den meisten Gläubigern<sup>32</sup> weder eingepreist noch anderweitig ausgeglichen werden können. Der durch das freie Wahlrecht bei der GmbH und ihren Gläubigern erzeugte Nachteil ist daher größer als der korrespondierende Vorteil bei der Bank. Umgekehrt ist der durch einen Ausschluss des Wahlrechts bei der GmbH und ihren Gläubigern erzeugte Vorteil so groß, dass es sich lohnt, die von der Bank in Rechnung gestellten höheren Kreditkosten zu akzeptieren. Unter Effizienzgesichtspunkten spricht daher viel für den Ausschluss des Wahlrechts. Denn es ist eine Verschwendung von Ressourcen und damit ökonomisch ineffizient, wenn man einem Kreditgeber, der sich genauso gut oder mit verhältnismäßig geringem Zusatzaufwand auch anders befriedigen könnte, den uneingeschränkten Zugriff auf ein Sicherungsgut erlaubt, das für den Einsatz im Unternehmen dringend benötigt wird.

#### 4. Stoßrichtung des Gesetzes

Diese ökonomischen Argumente müssten freilich zurücktreten, wenn das freie Wahlrecht dem Willen des Gesetzgebers entspräche. In diese Richtung zielt die bisher herrschende Meinung, wenn sie darauf abstellt, belastet werden solle letztlich nur der Gesellschafter, und deshalb sei mangels einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers die für den Kreditgeber schonendste Lösung zu wählen. Dem ist indessen entgegen zu halten, dass sich schon aus § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. bzw. § 44a InsO ergibt, dass der Gesetzgeber keineswegs unter allen denkbaren Umständen die für den Kreditgeber schonendste Lösung will. Vielmehr folgt aus dieser Norm schon für den Grundfall, dass dem Kreditgeber in der Insolvenz der GmbH seinerseits zugemutet wird, die für die Gläubiger der GmbH schonendste Lösung zu wählen. Auch diese Vorschrift zwingt den Kreditgeber, sich zunächst einmal an die Gesellschaftersicherheit zu halten und erst in zweiter Linie auf das GmbH-Vermögen zuzugreifen. Dass er dies im wohlverstandenen Interesse eigentlich ohnehin tun sollte, ändert nichts daran, dass ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Regeln gelten, die das freie Wahlrecht des Kreditgebers einschränken. Man kann daher dieser Norm jedenfalls die Wertung entnehmen, dass der Gesetzgeber dem Kreditgeber in der Insolvenz der GmbH eine feste Befriedigungsreihenfolge zumutet.

Es liegt nahe, diese Wertung im Wege der Analogie auch auf den Fall der Doppelbesicherung zu übertragen. Der Wille des Gesetzgebers steht dem jedenfalls

---

<sup>32</sup> Sicher hat auch die GmbH antizipierende Gläubiger, die solche Risiken einpreisen. Aber es gibt viele andere, die dazu nicht imstande sind, etwa die kleinen Lieferanten, Handwerker, Arbeitnehmer und vor allem die gesetzlichen Gläubiger.

nicht entgegen, denn der Spezialfall der Doppelbesicherung ist weder bei der Einführung noch bei der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts behandelt worden, also auch weder im Sinne einer analoge Anwendung des § 44a InsO<sup>33</sup> noch diese ablehnend. Man wird daher von einer unbewussten Regelungslücke ausgehen dürfen, so dass die Entscheidung letztlich vom Normzweck und der Vergleichbarkeit der Interessenlagen abhängt.

### 5. Tragweite der §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO

Die bislang herrschende Meinung zum alten Eigenkapitalersatzrecht baute ganz entscheidend darauf auf, dass der Insolvenzverwalter der GmbH nach Inanspruchnahme der von ihr gestellten Sicherheit beim Gesellschafter Regress nehmen konnte. Angesichts dessen ist vorrangig zu prüfen, ob dieser Regress auch heute noch möglich ist. Sollte das nämlich nicht der Fall sein, wird man kaum noch von einem freien Wahlrecht des Kreditgebers ausgehen können; jedenfalls wäre dann der herrschenden Meinung ihr stärkstes Argument aus der Hand geschlagen.

Bis zum Inkrafttreten des MoMiG stand die Regressmöglichkeit völlig außer Frage. Sie ergab sich ohne weiteres aus § 32b GmbHG a. F. selbst sowie ergänzend gemäß den „Rechtsprechungsregeln“ aus einer Analogie zu § 31 GmbHG a. F. Im heutigen Recht ist diese Regressmöglichkeit hingegen außer Sicht geraten. Als Anspruchsgrundlage kommt spezialgesetzlich nur § 135 Abs. 2 InsO in Betracht, dessen Voraussetzungen indessen in der hier zu untersuchenden Konstellation aus zwei Gründen nicht vorliegen:

#### a) Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung

§ 135 Abs. 2 InsO ist eine anfechtungsrechtliche Norm. Jede Insolvenzanfechtung setzt nach § 129 Abs. 1 InsO voraus, dass die anzufechtende Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung stattgefunden hat, wobei für die zeitliche Zuordnung gemäß § 140 Abs. 1 InsO der letzte für die Wirksamkeit erforderliche Teilakt maßgeblich ist. In der vorliegenden Konstellation soll die Befriedigung des Kreditgebers durch Verwertung der von der Gesellschaft gestellten Sicherheit angefochten werden. Verwertung und Befriedigung finden hier aber nach Verfahrenseröffnung statt. Daher ist dieser Vorgang nicht nach § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar.<sup>34</sup>

Diesem Ergebnis kann man auch nicht dadurch entgegen, dass man auf den Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung abstellt. Denn das widerspäche der völlig unstreitigen und § 135 Abs. 1 InsO zugrunde liegenden Auffassung, dass Sicherheitenbestellung und Sicherheitenverwertung anfechtungsrechtlich zwei völlig selbstständige Rechtshandlungen sind, die man nicht im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung als gestreckten Gesamtvorgang betrachten kann. Daran ändert sich

<sup>33</sup> So aber *Schröder/Grau* ZInsO 2007, 353, 354.

<sup>34</sup> Ebenso *HambKommInsO-Lüdtke* (Fn. 5), § 44a Rdnr. 16; wohl auch *Kübler/Prütting/Bork/Preuß* (Fn. 3), § 44a Rdnr. 13; a. M. *HambKommInsO-Schröder* (Fn. 5), § 135 Rdnr. 47; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 155.

nichts, wenn man die anfechtbare Rechtshandlung in der Auslösung der vom Gesellschafter gestellten Sicherheit sieht,<sup>35</sup> denn auch die hat erst nach Verfahrenseröffnung stattgefunden, und im Übrigen würde das nicht zu der Ergänzung des § 135 Abs. 2 InsO durch § 143 Abs. 3 InsO passen. Denn aus dem Zusammenspiel beider Normen ergibt sich, dass die Rechtshandlung im Verhältnis der Gesellschaft zum Kreditgeber zu suchen ist und dass durch § 143 Abs. 3 InsO nur der Anfechtungsgegner ausgetauscht wird. Schließlich wird § 135 Abs. 2 InsO durch diese zeitliche Abgrenzung auch nicht obsolet, denn die Norm behält ihren Anwendungsbereich für den eigentlich geregelten Fall, dass die GmbH den Kredit vor Verfahrenseröffnung zurückzahlt. Nur der Fall der Doppelbesicherung mit Verwertung der Gesellschaftssicherheit nach Verfahrenseröffnung wird nicht erfasst.

### b) Gläubigerbenachteiligung

Ebenfalls aus § 129 Abs. 1 InsO folgt, dass jede Anfechtung eine Gläubigerbenachteiligung voraussetzt. Auch daran fehlt es in der hier zu untersuchenden Konstellation.<sup>36</sup> Es ist anerkannt, dass die Verwertung einer Sicherheit die Gläubiger nicht benachteiligt, wenn die Sicherheit ihrerseits in unanfechtbarer Weise bestellt wurde.<sup>37</sup> Kann die Gewährung der Sicherheit nicht mehr angefochten werden, dann kann es auch die spätere Verwertung der Sicherheit nicht. Denn der im Sicherungsgut verkörperte Vermögenswert ist für die Insolvenzgläubiger bereits mit der Bestellung der Sicherheit verloren, und die spätere Verwertung, gleich, ob sie vor oder nach Verfahrenseröffnung stattfindet, benachteiligt die Gläubiger nicht noch einmal zusätzlich.

Ob die Absicherung der Bank aus dem Vermögen der GmbH anfechtbar ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach §§ 130, 131 InsO einerseits und § 133 InsO andererseits. Dem braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn wenn schon das Sicherungsgeschäft angefochten werden kann, kommt es zu der hier zu untersuchenden Konstellation in den meisten Fällen nicht mehr, weil sich der Kreditgeber aus der anfechtbar bestellten Sicherheit nicht befriedigen kann.

### c) Ergebnis zu 5.

Das Ergebnis lautet also: Befriedigt sich der doppelt besicherte Kreditgeber auf der Grundlage der bisher herrschenden Meinung nach Verfahrenseröffnung aus der Gesellschaftssicherheit, so hat der Insolvenzverwalter gegen den Gesellschafter keinen Regressanspruch aus §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO.

<sup>35</sup> So z. B. *Altmeppen* NJW 2008, 3601, 3607; *K. Schmidt*, BB 2008, 1966, 1969.

<sup>36</sup> Im Ansatz ebenso *Spliedt* ZIP 2009, 149, 155, der dann zu der nicht überzeugenden Hilfskonstruktion greift, die Gläubigerbenachteiligung liege darin, dass der Gesellschafter, hätte er die Bank befriedigt, als nachrangiger Insolvenzgläubiger auf die Sicherheit nicht hätte zugreifen können. – Übrigens verfängt der Einwand mangelnder Gläubigerbenachteiligung im Grundfall des § 135 Abs. 2 InsO nicht, denn wenn die GmbH selbst keine Sicherheit gestellt hat, führt schon die Zahlung an die Bank (Kreditrückführung) zu einer Gläubigerbenachteiligung.

<sup>37</sup> Vgl. nur BGH ZIP 2008, 2224 R.dnr. 22; 2008, 1488 R.dnr. 8; 2008, 796 R.dnr. 6, 13; *Kübler/Prütting/Bork/Bork* (Fn.), § 147 Anh. I R.dnr. 49 m. w. N.