

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.:** 169122

**letzte Aktualisierung:** 28. Mai 2019

**GmbHG § 30; InsO §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135, 133, 134**

**Bestellung einer Sicherheit durch eine Gesellschaft für Kaufpreisforderung des Gesellschafters gegen den Erwerber von dessen Geschäftsanteilen; Leveraged-Buy-Out bei der GmbH & Co. KG**

**I. Sachverhalt**

A ist alleiniger Kommanditist der A-GmbH & Co. KG und alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin A-Verw. GmbH. Wesentliches Vermögen dieser A-KG ist die Immobilie FlSt. 1, die an H verpachtet ist.

A will aus der A-KG zumindest teilweise aussteigen und plant den Verkauf von 76 % der Anteile an der A-KG und der A-Verw. GmbH (*share deal*) an den H gegen lebenslange Leibrentenzahlung an den A.

Da A im Falle der Insolvenz des H abgesichert sein soll, ist geplant, diese Leibrentenzahlungsverpflichtung an dem FlSt. 1 durch Reallast an dem Grundstück der A GmbH & Co. KG abzusichern, da H ihm keine andere Sicherheit stellen kann. Die Stellung der Sicherheit der Kaufpreiszahlung erfolgt also durch die zu erwerbende Gesellschaft. A fürchtet, dass im Falle der Insolvenz des H oder der A-KG die Stellung der Sicherheit nach der InsO anfechtbar oder die Forderung zumindest nachrangig wäre, zumindest dann, wenn er Gesellschafter der A-KG bliebe.

Alternativ ist angedacht, dass die KG das Grundstück direkt an den Erwerber veräußert (*asset deal*).

**II. Fragen**

1. Ist bei einem *share-deal* (Anteilserwerb) die Sicherung einer Ratenzahlung des Kaufpreises durch Vermögen der erworbenen Gesellschaft, konkret durch eine Reallast oder Hypothek am Grundstück der Zielgesellschaft, im Falle der Insolvenz des Käufers oder der Zielgesellschaft insolvenzfest?
2. Ist im Falle des *share-deals*, also des Verkaufs der Immobilie der Gesellschaft, welche das wesentliche Vermögen der Gesellschaft darstellt, die Absicherung der Kaufpreistraten an der verkauften Immobilie im Falle der Insolvenz des Eigentümers/Käufers insolvenzfest?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Vorbemerkung

Für die Beantwortung der Fragen sind zwei unterschiedliche Fallkonstellationen zu unterscheiden. Verkauft der Gesellschafter seine Anteile an der Gesellschaft (sog. *share deal*) und stellt die Gesellschaft für die Kaufpreisforderung des Gesellschafters eine Sicherheit in Form einer Reallast, kann es sich um eine nachrangige Forderung bzw. um eine anfechtbare Rechtshandlung handeln (vgl. hierzu unter 2.). Unter ganz anderen Vorzeichen stellt sich die Situation dar, wenn die Gesellschaft ihren wesentlichen Vermögensgegenstand (hier: das Grundstück) im Wege des sog. *asset deals* an einen Erwerber veräußert und zur Sicherung der Kaufpreisforderung der Gesellschaft an dem veräußerten Grundbesitz eine Reallast bestellt wird (hierzu unter 3.).

#### 2. Anteilsveräußerung (*share deal*)

##### a) Einlagenrückgewähr

Verkauft A seine Gesellschaftsanteile an der A GmbH & Co. KG (im Folgenden: die Zielgesellschaft) an H gegen Zahlung eines Kaufpreises auf Leibrentenbasis und bestellt die Zielgesellschaft mit der Reallast eine Sicherheit an dem ihr gehörenden Vermögen, könnte die Sicherheitenbestellung eine Einlagenrückgewähr darstellen.

##### aa) Kapitalerhaltungsregime bei der GmbH & Co. KG

Da wir es im vorliegenden Fall mit einer GmbH & Co. KG zu tun haben, fragt sich, ob die Vorschriften über die Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter der **KG** Anwendung finden. Nach der Rechtsprechung des BGH findet auf eine Zahlung aus dem Vermögen der KG an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH und Kommanditisten nicht nur § 172 Abs. 4 HGB, sondern auch § 30 Abs. 1 GmbHG Anwendung (BGH NZG 2015, 225 Tz. 8; NZG 2017, 658 Tz. 12; NJW 1973, 1036, 1038; zust. etwa Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 30 Rn. 68; Heidinger, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 160). Eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung liegt vor, wenn das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird. Die GmbH haftet für die Verbindlichkeiten der KG mit ihrem Vermögen (§§ 161 Abs. 2, 128 HGB). Im Innenverhältnis hat die GmbH einen **Freistellungsanspruch**. Ist der Anspruch nicht mehr durchsetzbar, kann bei der GmbH eine Unterbilanz oder Überschuldung entstehen (BGH NZG 2015, 225 Tz. 8; NJW 1973, 1036, 1038). Der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG steht nach Ansicht des BGH der KG zu (BGH NZG 2015, 225 Tz. 12).

##### bb) Einlagenrückgewähr

Die Bestellung einer aufsteigenden Sicherheit durch die Gesellschaft für einen Anspruch des Sicherungsnehmers gegen einen Gesellschafter ist eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung zulasten des Stammkapitals, wenn der Gesellschafter voraussichtlich nicht zur Rückzahlung in der Lage ist und die Stammkapitalziffer unterschritten wird (BGH NZG 2017, 658 Tz. 13). Der BGH stellt die **Bestellung einer Sicherheit** am Vermögen der KG einer **direkten Finanzierung**

**des Gesellschafters** durch ein Darlehen gleich (BGH NZG 2017, 658 Tz. 15). Etwas anderes gilt nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG nur, wenn der Gesellschafter zur Rückzahlung in der Lage ist (BGH NZG 2017, 344 Tz. 18; NZG 2017, 658 Tz. 19). Der Anspruch muss vollwertig, der Ausfall des Gesellschafters mithin unwahrscheinlich sein (BGH NZG 2017, 658 Tz. 19). Maßgeblich ist insoweit die *ex ante*-Perspektive im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit; eine spätere Verschlechterung der Vermögenslage des Gesellschafters ist ohne Bedeutung (BGH NZG 2017, 658 Tz. 21).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Bestellung einer Reallast am Gesellschaftsvermögen der KG für die Verbindlichkeit des neuen Gesellschafters H gegen den Altgesellschafter A eine verbotene Einlagenrückgewähr nach § 30 Abs. 1 GmbHG analog darstellen kann, wenn hierdurch bei der GmbH die Stammkapitalziffer unterschritten würde.

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall auch eine Auszahlung an einen **Gesellschafter** vorliegen würde. Problematisch ist, dass der Sicherungsnehmer mit der Gewährung der Sicherheit aus der Gesellschaft ausscheidet und der begünstigte Gesellschafter im Zeitpunkt der Sicherheitenstellung noch nicht Gesellschafter ist.

Ist der Gesellschafter im Zeitpunkt der **Auszahlung nicht mehr Gesellschafter**, ist er dennoch Adressat der Kapitalerhaltungsvorschriften, wenn zwischen der Auszahlung und der Gesellschafterstellung ein wirtschaftlicher oder rechtlicher Zusammenhang besteht (OLG Hamburg NZG 2013, 137, 138; KG NZG 2001, 989, 990; MünchKommGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 150). So hat der BGH bereits entschieden, dass die Besicherung einer Kaufpreisforderung des ausscheidenden Gesellschafters an den neuen Gesellschafter eine Einlagenrückgewähr an den Veräußerer sein kann (BGH NZG 2007, 704 Tz. 12; vgl. auch bereits BGH NJW 1954, 1157, 1158). Für den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr macht es daher keinen Unterschied, ob der Gesellschafter A ganz aus der Gesellschaft ausscheidet oder einen Teil der Beteiligung zurückbehält.

Auch ein **zukünftiger Gesellschafter** kann bereits als Auszahlungsempfänger angesehen werden, wenn er eine Absprache mit dem Anteilsveräußerer über die Stellung von Sicherheiten aus dem Vermögen der Gesellschaft trifft (BGH NZG 2007, 704 Tz. 12; MünchKommGmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 151; Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 30 Rn. 69).

Sowohl der **Zessionar als auch der Zedent** der Geschäftsanteilsveräußerung sind in diesem Fall Schuldner des Anspruchs aus §§ 30, 31 GmbHG. Beide würden als **Gesamtschuldner** (§ 421 BGB) haften (BGH NZG 2007, 704 Tz. 14).

Die h. M. geht davon aus, dass sich der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG auf die **Rückgewähr des übertragenen Gegenstands** *in natura* richtet (BGH WM 2008, 925 Tz. 9; Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbke, § 31 Rn. 23 m. N. auch zur Gegenauffassung). Für den Gesellschafter A würde dies bedeuten, dass er zur Rückgewähr der Sicherheit und Aufgabe der Reallast (§ 875 BGB) verpflichtet wäre. Erfolgte die Übertragung des Gegenstands jedoch nur zum Teil aus dem nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundenen Vermögen, soll dem Gesellschafter eine Ersetzungsbefugnis zustehen: Er kann die Rückgewähr des Gegenstands dadurch abwenden, dass er den zur Auffüllung des Stammkapitals erforderlichen Wert erstat-

tet (Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, § 31 Rn. 25; Heidinger, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, § 33 Rn. 33; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 31 Rn. 16). Dies soll wiederum aber dann nicht gelten, wenn die Gesellschaft auf den Gegenstand in besonderer Weise angewiesen ist. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht soll die Gesellschafter dazu zwingen, den Gegenstand im Ganzen herauszugeben (Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, § 31 Rn. 25; Pentz, § 31 Rn. 16). Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass der Gesellschafter A nicht die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand betreiben, wohl aber von der Gesellschaft die Zahlung von Beträgen verlangen könnte, die im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals geführt hätten.

## b) Insolvenzanfechtung in der Insolvenz der Gesellschaft

Fällt die GmbH & Co. KG in die Insolvenz, stellt sich die Frage, ob der (vormalige) Gesellschafter A aus der Reallast noch vollstrecken kann. Bei dem Anspruch auf die fällig werdenden Leistungen aus der Reallast (§ 1108 BGB) handelt es sich nicht um Masseverbindlichkeiten, sondern um einfache Insolvenzforderungen i. S. v. § 38 InsO, auch wenn sie erst nach der Insolvenzeröffnung fällig werden (vgl. BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 1.11.2018, § 9 ErbbauRG Rn. 4.1; Keller, NZI 2012, 777, 780). Die Reallast gewährt jedoch im Hinblick auf die dingliche Haftung des Grundstücks (§ 1107 BGB) ein insolvenzfestes **Recht zur abgesonderten Befriedigung** nach § 49 InsO (vgl. BGH NJW-RR 2006, 188 Tz. 19; Braun/Bäuerle, InsO, 7. Aufl. 2017, § 49 Rn. 9; Münch-KommInsO/Ganter, 3. Aufl. 2013, § 49 Rn. 55; Goebel, in: Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 3. Aufl. 2019, § 33 Rn. 4; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl. 2019, § 49 Rn. 62; BeckOK-BGB/Maaß, § 9 ErbbauRG Rn. 4.1). Ein Recht zur Kündigung der Reallast nach § 108 InsO besteht nicht, weil es sich bei der Reallast nicht um ein kündbares Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. BGH NJW-RR 2006, 188 Tz. 14).

Wir erlauben uns jedoch, auf einen nicht unerheblichen Nachteil der Reallast hinzuweisen. Betreibt der Gläubiger aus dem dinglichen Anspruch die Zwangsversteigerung, fällt die Reallast in das geringste Gebot (§§ 44, 52 Abs. 1 S. 1 ZVG) und erlischt mit der Erteilung des Zuschlags gem. § 91 ZVG (vgl. Keller, NZI 2012, 777, 780; Staudinger/Reymann, BGB, 2017, § 1105 Rn. 62, Einl. §§ 1105 ff. Rn. 50 ff.). Eine abweichende Regelung wie in § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG gilt für die Reallast nicht. In der Literatur werden insoweit mehrere Ausweichstrategien diskutiert (Staudinger/Reymann, Einl. §§ 1105 ff. Rn. 50-57; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1816-1821 ff. – für Bestellung einer zusätzlichen nachrangigen vollstreckbaren Grundschuld).

Dem Grunde nach ist die Reallast also insolvenzfest. Fraglich ist jedoch, ob der Insolvenzverwalter die Bestellung der Reallast nach den §§ 129 ff. InsO anfechten könnte.

### aa) Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO)

Zunächst fragt sich, ob die GmbH & Co. KG die Bestellung der Sicherheit an ihrem Grundstück nach § 135 InsO anfechten könnte. Nach dieser Vorschrift ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die für die **Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens** i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO eine Sicherung in-

nerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewährt hat.

Die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO setzt voraus, dass ein Gesellschafterdarlehen oder ein einem Darlehen wirtschaftlich entsprechender Finanzierungsbeitrag i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorliegt (vgl. allg. Preuß, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 5/2013, § 135 Rn. 13; K. Schmidt, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 135 Rn. 13). Charakteristikum des Gesellschafterdarlehens ist, dass die Gesellschaft Darlehensnehmerin ist (K. Schmidt/Herchen, § 39 Rn. 52). Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten der Gesellschaft kein Darlehen gewährt. In der Sicherheitenbestellung könnte allenfalls eine Rechtshandlung gesehen werden, die einem Darlehen wirtschaftlich entspricht. Eine solche Rechtshandlung liegt vor, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft Kredit gewährt und durch eine Finanzierungsleistung aus seinem Vermögen stützt, etwa im Fall der Stundung oder der Nichtgeltendmachung einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung (BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner, Stand: 26.10.2018, § 39 Rn. 88 f.; MünchKommInsO/Ehricke, 3. Aufl. 2013, § 39 Rn. 43; Braun/Bäuerle, § 39 Rn. 21; Habersack, ZIP 2007, 2145, 2150; Baumbach/Hueck/Fastrich, Anh. § 30 Rn. 36, 47 ff.).

Im vorliegenden Fall führen **die Gesellschafter der Gesellschaft kein Fremdkapital zu**. Die Gesellschaft hat lediglich zur Absicherung einer darlehensähnlichen Forderung ihres Gesellschafters eine Sicherheit bestellt.

Hierin liegt kein mit der Gewährung eines Gesellschafterdarlehens vergleichbarer wirtschaftlicher Sachverhalt einer Kreditgewährung zugunsten der Gesellschaft, sondern der Abfluss von Vermögen zulasten der Gesellschaft an die Gesellschafter. Hintergrund des § 135 InsO ist, dass der Gesellschafter die Gesellschaft während einer Krise nicht durch die Gewährung von Darlehen am Leben halten soll. Tut er dies dennoch, darf er sich nach dem Gedanken der Finanzierungsfolgenverantwortung nicht so behandeln lassen, als habe er der Gesellschaft Fremdkapital gewährt. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO behandelt entsprechende Kredite als nachrangige Insolvenzforderungen, § 135 InsO sichert die Durchsetzung dieses Nachrangs ab (vgl. BGH NZG 2013, 469 Tz. 18; MünchKommInsO/Gehrlein, 3. Aufl. 2013, § 135 Rn. 8; Dahl/Linnenbrink, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Systematische Darstellung 6 Rn. 26). Wenn die Gesellschaft lediglich eine Sicherheit für eine Forderung des Gesellschafters stellt, ist hierin keine Darlehensgewährung des Gesellschafters an die Gesellschaft zu erblicken. Die Sicherheitenbestellung ist daher nicht nach § 135 Abs. 1 InsO anfechtbar.

Da es sich bei der Sicherheitenbestellung um kein Gesellschafterdarlehen handelt, ist die **Forderung auch nicht nachrangig i. S. v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO**.

Nach § 135 Abs. 2 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte. Die Vorschrift ist nur einschlägig, wenn die **Gesellschaft** Schuldnerin einer Darlehensverbindlichkeit ist und der **Gesellschafter** für die Gesellschaft eine **Sicherheit** bestellt hat. Gegenstand der Anfechtung ist die Befreiung des Gesellschafters von seiner Sicherheit (Uhlenbruck/Hirte, § 135 Rn. 17; K. Schmidt, § 135 Rn. 25; Braun/de Bra, § 135 Rn. 16-18). Im vorliegenden Fall ist die Gesellschaft

nicht Schuldnerin eines Darlehens, für das der Gesellschafter eine Sicherheit gestellt hat. Es liegt der umgekehrte Fall vor, dass die Gesellschaft für die Schuld eines Gesellschafters eine Sicherheit stellt. Eine Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO scheidet daher aus.

Ob A daher weiterhin Gesellschafter ist oder nicht, spielt keine Rolle, da eine Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO ausscheiden dürfte. Auch ein Nachrang der Forderung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dürfte nicht bestehen.

#### **bb) Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung (§ 134 InsO)**

Die Bestellung der Sicherheit könnte jedoch nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sein. Hiernach ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, wenn die Rechtshandlung innerhalb der letzten **vier Jahre** vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde.

Bestellt eine Gesellschaft eine Sicherheit für eine Verbindlichkeit eines Gesellschafters (sog. aufsteigende Sicherheit), liegt hierin grundsätzlich eine unentgeltliche Leistung (Brinkmann, in: Kübler/Bork/Prütting, InsO, Stand: 1/2017, Anh. § 135 Rn. 21). Die Besicherung einer fremden Verbindlichkeit ist nur entgeltlich, wenn der Sicherungsgeber zur Bestellung der Sicherheit aufgrund einer entgeltlich begründeten Verpflichtung gehalten war (BGH NZI 2006, 524 Tz. 7; Wienberg, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 9 Rn. 159). Selbst wenn die Gesellschaft ein eigenes Interesse an der Verbindlichkeit ihres Gesellschafters haben sollte, schließt dies die Unentgeltlichkeit nicht aus (BGH NZI 2006, 524 Tz. 7; Brinkmann, Anh. § 135 Rn. 23; K. Schmidt/Ganter/Weinland, § 134 Rn. 55).

Im vorliegenden Fall ist die Gesellschaft nicht aufgrund einer entgeltlichen Abrede zur Gewährung der Sicherheit verpflichtet. Es liegt daher ein Fall einer **unentgeltlichen Leistung** vor.

Eine Anfechtung kommt auch nicht nur gegenüber dem Gesellschafter, dessen Verbindlichkeit gesichert wird, sondern auch gegenüber dem Sicherungsnehmer (hier: dem ausscheidenden Gesellschafter A) in Betracht (vgl. Brinkmann, Anh. § 135 Rn. 23).

Es besteht somit das Risiko, dass bei einer Insolvenzantragstellung innerhalb der nächsten vier Jahre eine Insolvenzanfechtung der Bestellung der Sicherheit nach § 134 Abs. 1 InsO erfolgt.

#### **cc) Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)**

In Betracht kommt außerdem eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO. Hiernach ist eine innerhalb der letzten **zehn Jahre** vor dem Insolvenzantrag vorgenommene Rechtshandlung des Schuldners anfechtbar, wenn der Schuldner mit **Gläubigerbenachteiligungsvorsatz** gehandelt hat und der andere Teil zur Zeit der Handlung diesen Vorsatz kannte.

Die Bestellung einer Sicherheit ist eine Rechtshandlung, die die Gläubiger der Gesellschaft benachteiligt. Fraglich ist aber, ob ein Benachteiligungsvorsatz vorliegt.

Dies ist der Fall, wenn der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt (BGH NJW 2009, 1601 Tz. 10; K. Schmidt/Ganter/Weinland, § 133 Rn. 34). Die Entziehung von Haftungsmasse durch die Stellung von Sicherheiten begründet jedoch noch keinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (BGH NJW 2009, 1601 Tz. 13; MünchKommInsO/Kayser, § 133 Rn. 13a). Eine Leistung an eine nahestehende Person kann zwar indizielle Bedeutung für den subjektiven Tatbestand haben (BGH NJW 2013, 695 Tz. 7). Dabei handelt es sich aber nur um ein Indiz, das im Zusammenspiel mit anderen Indizien zu betrachten ist (Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 4/2017, § 133 Rn. 55).

Geht der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung davon aus, auch ohne die Sicherheit sämtliche Gläubiger befriedigen zu können und bestehen keine ernsthaften Zweifel an seiner Liquidität, fehlt es an dem für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht erforderlichen Wissensmoment (vgl. BGH NZI 2004, 201, 204; NZI 2005, 329, 331). Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner eine unentgeltliche Leistung vorgenommen hat. Ging der Schuldner etwa bei der Stellung einer Sicherheit davon aus, sämtliche Gläubiger befriedigen zu können, fehlt es an einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (BGH NZI 2005, 678; MünchKommInsO/Kayser, § 133 Rn. 15). Mithin würde es somit darauf ankommen, wie sich die derzeitige und prognostizierte künftige Liquiditätslage der Gesellschaft im Verhältnis zu den gegenwärtigen und künftigen Gläubigern darstellen wird. Ausreichend für eine Benachteiligungsabsicht ist dabei, dass es der Schuldner für möglich hielt, dass künftige Gläubiger hinzukommen, für deren Befriedigung das künftige Vermögen nicht ausreichen wird (Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 133 Rn. 44).

Es erscheint gut möglich, dass in der vorliegenden Fallkonstellation kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gegeben ist. Sollte der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bestehen, wäre weitere Voraussetzung für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO, dass der andere Teil den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kannte. Diese Kenntnis ist spiegelbildlich zum Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu ermitteln (BGH NZI 2014, 66 Tz. 13; MünchKommInsO/Kayser, § 133 Rn. 38b).

Die Anfechtungsfrist beträgt nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO grundsätzlich **zehn Jahre**. Etwas anderes gilt seit der Verabschiedung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit von Anfechtungen (BGBl. I 2017, S. 654) nunmehr für Rechtshandlungen, die dem **anderen Teil eine Sicherung gewährt** haben. Hierunter fallen auch inkongruente Maßnahmen (vgl. BT-Drs. 18/7054, S. 13; Braun/de Bra, § 133 Rn. 28; Huber, ZInsO 2017, 517, 518, 520; Pape, ZInsO 2018, 296, 299). Für sie gilt eine Anfechtungsfrist von **vier Jahren** (§ 133 Abs. 2 InsO). Fraglich ist jedoch, ob es sich im vorliegenden Fall der Bestellung einer Sicherheit durch einen Dritten (hier: die Gesellschaft) um einen Anwendungsfall des § 133 Abs. 2 InsO n. F. handelt. Die Bestellung der Sicherheit dürfte als solche zwar eine Deckungshandlung i. S. v. § 133 Abs. 2 InsO sein. Denn sie führt zu einer Befriedigung des Anspruchs auf eine Leistung aus dem Sicherungsvertrag (vgl. in diesem Sinne zum Begriff der Befriedigung Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 8/2013, § 130 Rn. 17). Von der Bestellung der Sicherheit ist jedoch die Begründung der **Verpflichtung zur Stellung** derselben zu unterscheiden. Wird ein gläubigerbenachteiligender Sicherungsvertrag geschlossen, dürfte dieser innerhalb der zehnjährigen Anfechtungsfrist nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sein. Konsequenz der Anfechtung ist, dass die für die Schuld geleistete Erfüllung zurückzuge-

währen ist (vgl. BGH NJW 2003, 315, 317; Jacoby, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 9/17, § 143 Rn. 26). Dabei ist das Verhältnis der Anfechtung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft nicht ganz klar. Würde man für die Frage der Rückforderung auf die Anfechtbarkeit des Deckungsgeschäfts abstellen, käme man wiederum zu § 133 Abs. 2 InsO, der für die Rückforderung des in Erfüllung der Verbindlichkeit Geleisteten eine abschließende Sperrwirkung entfalten könnte. Richtigerweise wird man von einer solchen Sperrwirkung aber nicht ausgehen können, da sonst die Anfechtung der Schuldbegründung im Ergebnis leer laufen würde. Vielmehr wird man einen **Rückforderungsanspruch** nach §§ 812 ff. BGB bejahen müssen, wenn nur die Verbindlichkeit, nicht aber die erbrachte Sicherung oder Erfüllung anfechtbar ist (Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 143 Rn. 186a, § 129 Rn. 103; MünchKommInsO/Kayser, § 129 Rn. 57; Rogge/Leptien, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, § 143 Rn. 40; i. Erg. auch Jacoby, in: Kübler/Prütting/Bork, § 143 Rn. 26).

Im Ergebnis wird man daher zu einer **zehnjährigen Anfechtungsfrist** nach § 133 Abs. 1 InsO kommen, wenn die Gesellschaft mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht handeln sollte.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Sollte innerhalb von vier Jahren nach der Bestellung der Sicherheit das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG eröffnet werden, dürfte das Risiko einer Insolvenzanfechtung sehr hoch sein. Soweit ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz besteht, würde die Anfechtungsfrist sogar zehn Jahre betragen.

### c) Insolvenzanfechtung in der Insolvenz des Anteilserwerbers

Zu prüfen ist, ob die Bestellung der Reallast am Vermögen der KG in der Insolvenz des Erwerbers der Gesellschaftsanteile (hier: H) nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist. Dies würde voraussetzen, dass es sich bei der Bestellung der Sicherheit um eine **Gläubigerbenachteiligung durch den Erwerber der Anteile** handeln würde (vgl. § 129 Abs. 1 InsO). Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird (BGH NJW 2007, 2325 Tz. 22; NZI 2018, 22 Tz. 22).

Ob die Bestellung einer Sicherheit für eine Forderung der Obergesellschaft in der Insolvenz der Untergesellschaft anfechtbar ist, ist umstritten:

Nach einer Auffassung soll dies der Fall sein. Denn mit einer Bestellung einer Sicherheit am Vermögen der Tochtergesellschaft vermindere sich der Wert der Beteiligung der Obergesellschaft an der Tochtergesellschaft. Es liege damit eine Gläubigerbenachteiligung vor (für die Zahlung einer Tochtergesellschaft auf eine Bürgschaft der Obergesellschaft Rogge/Leptien, § 129 Rn. 119; Hirte, ZInsO 2004, 1161, 1165; Schade/Nissen, NZI 2015, 1010, 1012). Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch eine vielzitierte Entscheidung des OLG Celle (Urt. v. 16.12.2010 – 13 U 98/10, NZI 2011, 115). In dem zugrunde liegenden Fall bestellte die Tochtergesellschaft eine Sicherheit für einen Sicherungsnehmer. Dieser hatte Forderungen gegen die Obergesellschaft. Das OLG Celle sah hierin eine Rechtshandlung, die der Obergesellschaft als Alleingesellschafterin zugerechnet werden könne. Außerdem beeinträchtige die Rechtshandlung den Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft (NZI 2011, 115, 116).

Vorzugswürdig ist u. E. die Gegenauffassung (vgl. eingehend Brinkmann, in: Kübler/Prütting/Bork, Anh. § 135 Rn. 27-31; MünchKommInsO/Kayser, § 129 Rn. 170b). Zum einen erscheint schon fraglich, worin die Rechtshandlung der Obergesellschaft liegen soll. Denn an der Bestellung der Sicherheit ist die Obergesellschaft rechtsgeschäftlich überhaupt nicht beteiligt. Außerdem fehlt es am Massebezug zwischen betroffenem Vermögen und der Insolvenzmasse der Obergesellschaft. Betroffen von der Rechtshandlung ist lediglich das Vermögen der Tochtergesellschaft, nicht das Vermögen der Obergesellschaft. Aus deren Vermögen fließt kein Wert ab. Es liegt lediglich eine rein wirtschaftliche Betroffenheit vor.

Selbst wenn man der strengeren Auffassung folgt, dürfte man im vorliegenden Fall jedoch nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 129 InsO kommen. Denn maßgeblich ist auch nach der strengen Ansicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Die Sicherheit würde zwar am Vermögen der Tochtergesellschaft bestellt, ist aber *conditio sine qua non* für den Erwerb der Anteile durch die Obergesellschaft. Die Obergesellschaft erwirbt die Anteile **von vornherein mit der wirtschaftlichen Belastung des Vermögens der Tochtergesellschaft**. Die Situation ist mit der Konstellation vergleichbar, dass der spätere Insolvenzschuldner einen mit einem vorbehaltenen Recht belasteten Vermögensgegenstand erwirbt. In diesem Fall liegt in der Bestellung des vorbehaltenen Rechts keine Gläubigerbenachteiligung durch den Erwerber (für die Vormerkung BGH NZI 2018, 22 Tz. 25; NZI 2008, 428 Tz. 18; Reul, DNotZ 2007, 649, 660; Amann, DNotZ 2008, 520, 521; Uhlenbruck, FS Rheinisches Notariat, 1998, S. 125, 131). Etwas anderes würde man nur dann annehmen können, wenn der Vertrag

teilbar wäre und gezielt für den Fall der Insolvenz den späteren Schuldner benachteiligt. In diesem Fall kommt eine isolierte Betrachtung der Bestellung des vorbehaltenen Rechts in Betracht (vgl. BGH NZI 2008, 428 Tz. 16; NJW 2007, 2325 Tz. 32 [zum Heimfall beim Erbbaurecht]). Da die Reallast nur die Verbindlichkeiten des Erwerbers allgemein und nicht nur für den Fall der Insolvenz sichert und ein Sicherungsverlangen nicht unbillig sein dürfte, ist von einer Teilbarkeit im vorliegenden Fall aber nicht auszugehen.

Wir gehen daher davon aus, dass die Bestellung der Reallast durch die Gesellschaft in der Insolvenz des Anteilserwerbers nicht isoliert anfechtbar ist.

### **3. Veräußerung des Grundstücks durch die Gesellschaft (*asset deal*)**

Von vornherein anders stellt sich die Situation dar, wenn die GmbH & Co. KG das Grundstück an den Erwerber im Wege des Ratenzahlungskaufs verkauft.

#### **a) Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Ratenzahlungskauf**

Fällt der Erwerber in die Insolvenz, fragt sich, ob der Insolvenzverwalter des Erwerbers die ausstehenden Zahlungen verweigern bzw. die geleisteten Zahlungen zurückfordern könnte. Dem Insolvenzverwalter könnte ein Lösungsrecht nach § 103 Abs. 1 InsO zustehen, wenn der Vertrag noch nicht erfüllt worden sein sollte. Das Insolvenzverwalterwahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO scheidet jedoch aus, wenn einer der beiden Vertragsteile den Vertrag vollständig erfüllt hat (BGH NZI 2018, 16 Tz. 16; BeckOK-InsO/Berberich, Stand: 26.10.2018, § 103 Rn. 82; Salzig, MittBayNot 2008, 446, 448). Hat die Gesellschaft dem Erwerber das Eigentum am Grundstück und den Besitz verschafft, kommt das Insolvenzverwalterwahlrecht nicht mehr in Betracht. Eine vollständige Erfüllung liegt außerdem bereits vor, wenn der Käufer ein antragsgestütztes Anwartschaftsrecht erlangt hat (MünchKommInsO/Huber, 3. Aufl. 2013, § 103 Rn. 132).

Die offenen Forderungen aus dem Ratenkaufvertrag nach der Insolvenzeröffnung würden einfache Insolvenzforderungen i. S. v. § 38 InsO sein (vgl. Grotheer, RNotZ 2012, 355, 366). Allerdings kann der Gläubiger aus dem Grundpfandrecht vorgehen und ist insoweit Absonderungsberechtigt nach § 49 InsO (vgl. oben unter 2.).

#### **b) Insolvenzanfechtung**

Es fragt sich, ob im Falle einer Insolvenz des Käufers dessen Insolvenzverwalter den Grundstückskaufvertrag anfechten könnte. In Betracht käme eine Anfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO wegen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Dies würde voraussetzen, dass es sich beim Abschluss des Vertrags um eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung i. S. v. § 129 Abs. 1 InsO handeln würde. Der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts ist eine Rechtshandlung i. S. v. § 129 Abs. 1 InsO (vgl. Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 11/2008, § 129 Rn. 41). Eine Benachteiligung liegt allerdings nur vor, wenn die Rechtshandlung einen Nachteil für die Masse bzw. die Verwertungsaussichten der Gläubiger gebracht hat (vgl. Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 129 Rn. 198). Eine bloße Vermögensumschichtung begründet jedoch keine Gläubigerbenachteiligung. Erhält der Schuldner für sein Vermögensopfer eine vollwertige Gegenleistung, fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung (BGH NZI 2003, 315, 316; NJOZ 2003, 1737, 1738 f.; K. Schmidt/Ganter/Weinland, § 132 Rn. 26). Maßgeblich

sind insoweit die Marktverhältnisse. Insbesondere bei einem Erwerb zu einem überhöhten Wert durch den Schuldner kommt eine Anfechtung nach § 132 InsO in Betracht (Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 132 Rn. 9; K. Schmidt/Ganter/Weinland, § 132 Rn. 28).

Sollten Leistung und Gegenleistung ausgewogen sein, würde es an einer Gläubigerbenachteiligung fehlen. Eine Anfechtung würde dann nicht in Betracht kommen.

Eine andere Frage ist, ob die einzelnen Kaufpreisteilzahlungen anfechtbar sind. Die Befriedigungshandlung ist jedoch nicht anfechtbar, wenn ein unanfechtbares Absonderungsrecht entstanden ist, das mit der Kaufpreiszahlung abgelöst wird. In diesem Fall handelt es sich um einen wirtschaftlich neutralen Vorgang (BGH NZI 2010, 58 Tz. 16; Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 129 Rn. 211). Die Bestellung des Grundpfandrechts dürfte jedoch nicht anfechtbar sein, wenn sie anfänglich im Vertrag zur Sicherung der offenen Gegenleistungspflicht vereinbart wird (vgl. Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 131 Rn. 25). Es liegt insbesondere kein Fall einer inkongruenten Deckung i. S. v § 131 InsO vor, wenn die Sicherung von vornherein als Bestandteil des Vertrags geschuldet war.

#### 4. Ergebnis

Besichert die KG die Kaufpreisforderung des Anteilsveräußerers gegen den Anteilserwerber, kann hierin eine Ausschüttung nach §§ 30, 31 GmbHG liegen. Eine Anfechtung eines Gesellschafterdarlehens nach § 135 InsO in der Insolvenz der KG dürfte nicht in Betracht kommen. Demgegenüber ist das Risiko einer Anfechtung wegen einer unentgeltlichen Leistung (§ 134 InsO) als sehr hoch einzuschätzen. In Betracht kommt außerdem eine Anfechtung wegen einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht (§ 133 InsO), wobei die Ermittlung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht im Einzelfall stets Schwierigkeiten bereitet. Fällt demgegenüber lediglich der Erwerber in die Insolvenz, halten wir das Risiko einer Anfechtung für tendenziell eher gering, wenn auch nicht für vollkommen ausgeschlossen.

Veräußert die KG das Grundstück im Wege eines *asset deals* an den Erwerber, stellt sich die insolvenzrechtliche Situation unter ganz anderen Vorzeichen. Eine Anfechtung in der Insolvenz des Erwerbers dürfte grundsätzlich nur möglich sein, wenn das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung den Erwerber benachteiligt.