



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

IX ZR 229/12

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

InsO § 129 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 135 Abs. 2, § 143

- a) Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung; erfolgt die Rückzahlung auf ein im Soll geführtes Konto der Gesellschaft bei einer Bank, für das der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet, kann die Rückführung des Saldos gemäß § 135 Abs. 2 InsO anfechtbar sein.
- b) Führt die Gesellschaft durch die Zahlung des Gesellschafters auf das debitorische Konto das besicherte Drittdarlehen nur teilweise zurück und kann der Gesellschafter weiterhin aus der von ihm bestellten Sicherheit von der Bank in Anspruch genommen werden, darf die Summe aus dem Anfechtungsanspruch nach § 135 Abs. 2 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit den Höchstbetrag der eingegangenen Sicherheitsverpflichtungen des Gesellschafters nicht übersteigen.

EGInsO Art. 103d Satz 2; GmbHG aF §§ 32a, 32b

Die vormaligen Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aF sind im Sinne der Übergangsvorschrift zum MoMiG als Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzusehen.

BGH, Versäumnisurteil vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12 - OLG München  
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. April 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 5. März 2009 beantragten und am 24. April 2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der G GmbH (fortan: Schuldnerin). Der Beklagte war zu 50 v.H. deren Gesellschafter sowie deren Geschäftsführer.
- 2 Die Schuldnerin erwirtschaftete 2003 bis 2007 fortlaufend durch Eigenkapital nicht gedeckte Fehlbeträge von jeweils über 700.000 €. Der Beklagte gewährte der Schuldnerin fortlaufend Darlehen. Im Zeitraum vom 23. Mai 2008

bis 5. Februar 2009 zahlte die Schuldnerin in 13 Teilbeträgen insgesamt 55.000 € an den Beklagten zur Begleichung seiner Darlehensforderungen. Die Zahlungen erfolgten von einem bis höchstens zur eingeräumten Kreditlinie von 140.000 € ständig im Soll stehenden, im Kontokorrent geführten Konto der Schuldnerin bei der C.

3 Im Zeitraum vom 5. September 2008 bis 9. Februar 2009 zahlte demgegenüber der Beklagte an die Schuldnerin auf dasselbe Konto insgesamt 75.500 €. Für das Konto hatte der Beklagte gegenüber der Bank eine Bürgschaft bis zum Betrag von 40.000 € übernommen sowie ein eigenes Wertpapierdepot bis zu einer Höhe von 100.000 € verpfändet. Der Kläger hat ursprünglich die Erstattung der an den Beklagten erfolgten Darlehensrückzahlungen in Höhe von 55.000 € zur Masse begehrt. Zuletzt hat er seinen unveränderten Zahlungsantrag auch auf die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin in Höhe von 75.500 € gestützt.

4 Der Kläger behauptet, die Schuldnerin habe sich im Zeitraum der streitbefangenen Hin- und Herzahlungen in der Krise befunden. Der Beklagte behauptet, seine Zahlungen in Höhe von insgesamt 75.500 € seien erfolgt, weil ihm sein Steuerberater gesagt habe, dass die an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen anfechtbar sein könnten. Deshalb habe er 75.500 € zurückgezahlt.

5 Das Landgericht hat der Klage in voller Höhe stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zur Zahlung von 17.000 € nebst Zinsen verurteilt, die Klage im Übrigen abgewiesen und die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe:

6 Da der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war, ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber nicht auf der Säumnis, sondern auf einer umfassenden Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82; vom 10. Januar 2013 - IX ZR 172/11, WM 2013, 471 Rn. 4).

7 Danach ist die Revision begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. Jedoch kann mangels Spruchreife nicht in der Sache selbst entschieden werden.

I.

8 Das Berufungsgericht hat gemeint, die Darlehen des Beklagten an die Schuldnerin hätten eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt. Die Schuldnerin habe sich im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts in der Krise befunden, auch wenn man die Darlehensansprüche der Gesellschafter wegen Rangrücktritts unberücksichtigt lasse.

9 Die Auszahlungen der Gesellschaft an den Beklagten seien nach altem wie neuem Insolvenzrecht anfechtbar. Für die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026; MoMiG) folge dies aus § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO. Hinsichtlich der früheren Zahlungen folge die Anfechtbarkeit aus den Rechtsprechungs- und Novellenregeln. Hiergegen wende sich der Beklagte auch nicht. Vielmehr wende er ein, dass er die Schuld durch seine Zahlungen von 75.500 € mehr als getilgt habe, während der Kläger

diese Darlehen als neuerliche eigenkapitalersetzende Darlehen ansehe. Dies könne dahingestellt bleiben. Denn gegen den Beklagten bestehe wegen seiner erneuten Zahlungen ein Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO. Es sei unstreitig, dass der Beklagte für das Konto bei der C. eine Bürgschaft bestellt und ein Wertpapierdepot bis zu einem Betrag von 100.000 € verpfändet gehabt habe. Durch die Einzahlungen des Beklagten auf das Konto sei der Beklagte von seiner Sicherheitenverpflichtung befreit worden. Für die Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG gelte dasselbe gemäß § 32b GmbHG aF.

- 10 Der Anspruch des Klägers richte sich indessen nicht auf den Gesamtbetrag derjenigen Auszahlungen, welche die Schuldnerin an den Beklagten vorgenommen habe. Hierdurch habe sich die Bürgschaftslast des Beklagten erhöht, während durch die Rückzahlungen des Beklagten sich die Bürgschaftslast reduziert hätte. Auf diesen Fall seien die zu § 135 Abs. 1 InsO entwickelten Regeln zum Cash-Pooling anwendbar. Der Beklagte habe das Konto der Gesellschaft bei der C. wie ein Kontokorrent behandelt, also je nach Bedarf beziehungsweise Leistungsfähigkeit dort Beträge abgerufen oder einbezahlt. Die Hin- und Herzahlungen stellten sich der Sache nach als Ausreichungen und Rückzahlungen kurzfristiger Überbrückungskredite dar. Deshalb sei nicht auf den Durchschnittssaldo abzustellen, sondern auf die Differenz zwischen dem Höchstbetrag und dem Endstand. Da der Saldo zu Lasten des Beklagten vom 5. Dezember 2008 den Höchststand mit 54.500 € erreicht habe, während der Saldo am 9. Februar 2009 37.500 € betragen habe, sei die Differenz in Höhe von 17.000 € anfechtbar.

II.

11 Die Revision meint, der Anfechtung unterlägen auch, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt habe, gemäß § 135 Abs. 2 InsO sämtliche Zahlungen des Beklagten auf das Konto in Höhe von 75.500 €, weshalb sich der Kläger die entsprechende Klageerhöhung vorbehalten habe. Ohnehin seien die Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten anfechtbar. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Saldierung greife nicht durch. Im Insolvenzanfechtungsrecht sei jede Rechtshandlung für sich auf ihre Anfechtbarkeit hin zu prüfen. Zwar könnten auf § 135 Abs. 1 und 2 InsO die Grundsätze der kurzfristigen Überbrückungskredite anwendbar sein. Solche lägen jedoch hier nicht vor. Das ergebe sich hinsichtlich der Zahlungen der Gesellschaft schon aus der Natur der Sache. Bei den Zahlungen des Beklagten sei weder festgestellt noch ersichtlich, dass mit einer kurzfristigen Rückzahlung objektiv habe gerechnet werden können. Im Gegenteil habe der Beklagte behauptet, dies sei die Rückgewähr von Zahlungen der Schuldnerin im Hinblick auf ein drohendes Insolvenzverfahren gewesen. Rückzahlungen hätten zudem nicht an die Schuldnerin, sondern nach Eröffnung an den Insolvenzverwalter geleistet werden müssen. Periodische Verrechnungen hätten nicht stattgefunden. Von einem Cash-Pool könne keine Rede sein.

III.

12 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

- 13            1. Zutreffend hat allerdings das Berufungsgericht auch einen Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO erwogen. Dem Streit der Parteien über den Rechtsgrund der von dem Beklagten an die Schuldnerin geleisteten Zahlungen ist der Kläger dadurch begegnet, dass er seinen Klagantrag auch auf die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin gestützt und sich insoweit die Behauptung des Beklagten zu eigen gemacht hat, es habe sich um Rückzahlungen der an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen gehandelt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 197/92, NJW-RR 1994, 1405 f mwN). Zum Streitgegenstand gehören deshalb auch die Zahlungen des Beklagten an die Schuldnerin. Auch auf diese ist die rechtliche Prüfung zu erstrecken.
- 14            2. Ob der Kläger sein Rechtsschutzziel durch einen Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO verwirklichen kann, lässt sich derzeit nicht abschließend beantworten. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Erstattungsanspruch bestehe nur in Höhe von 17.000 €, begegnet auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen durchgreifenden Bedenken.
- 15            a) Mit Recht hat allerdings das Berufungsgericht angenommen, die Rückführung des Kontokorrentkredits infolge der Zahlungen des Beklagten auf das im Soll geführte Konto bei der C.            beruhe auf einer von § 135 Abs. 2 InsO vorausgesetzten Rechtshandlung der Schuldnerin. Der Begriff der Rechtshandlung ist weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst (BGH, Urteil vom 5. Februar 2004 - IX ZR 473/00, WM 2004, 932, 933; vom 12. Februar 2004 - IX ZR 98/03, NJW 2004, 1660 f; vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 Rn. 21).

- 16 Die Zahlungen des Beklagten auf das Konto der Schuldnerin erfolgten zwar zur Rückführung der Darlehenstilgungen. Tätig wurde der Beklagte in eigener Sache als Gesellschafter und nicht als Geschäftsführer der Schuldnerin. Dass es durch die Einzahlungen des Beklagten auf das im Soll geführte Konto infolge Verrechnung zu einer Rückführung des Kontokorrentkredits kam, beruhte jedoch (auch) auf der zwischen der Schuldnerin und der C. getroffenen Kontokorrentabrede (vgl. hierzu Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 12 Rn. 4 f). Die Kontokorrentabrede ist demnach die Rechtshandlung im Sinne des § 135 Abs. 2 InsO.
- 17 b) Einem Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO steht bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung auch nicht entgegen, dass der Beklagte die Rückzahlungen auf das im Soll geführte Konto aus seinem Vermögen vorgenommen hat. Allerdings darf es einem Gesellschafter, der für die Gesellschaft ein Drittdarlehen besichert, anfechtungsrechtlich regelmäßig nicht zum Nachteil gereichen, wenn er das Darlehen aus eigenen Mitteln zurückführt und damit das im Verhältnis zur Gesellschaft Versprochene erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, WM 2007, 973 Rn. 13). Anders liegt der Fall, wenn der Gesellschafter die zur Rückführung des Drittdarlehens erforderlichen Leistungen zwar aus seinem eigenen Vermögen erbringt, damit aber zugleich einen (anderen) gegen ihn gerichteten Anspruch der Gesellschaft erfüllt (BGH, Urteil vom 14. März 2005 - II ZR 129/03, WM 2005, 695, 696).
- 18 Im Streitfall hat der Beklagte durch die Zahlungen an die Schuldnerin zwar keinen gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO erfüllt. Sämtliche Zahlungen erfolgten noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ein etwaiger Rückgewähranspruch entstand erst mit Verfahrenseröffnung (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2007



- IX ZR 96/04, BGHZ 171, 38 Rn. 20 mwN; st. Rspr.). Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ist jedoch die mit der Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage einhergehende Verhinderung der Entstehung eines Anspruchs anfechtungsrechtlich dessen Erfüllung gleichzustellen. Dem Gesellschafter muss es verwehrt sein, durch ein und dieselbe Zahlung zugleich die Entstehung eines gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruchs zu verhindern und sich von einer für ein Drittdarlehen bestellten Sicherheit zu befreien. Er kann insoweit durch die vorweggenommene Befriedigung des Rückgewähranspruchs nicht besser stehen, als wenn er diesen erst nach dessen Entstehung erfüllt hätte. Dann aber hätte die Sicherheit fortbestanden und wäre gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 aE InsO in voller Höhe als einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechender Vorgang zu behandeln gewesen.

19 c) Durchgreifenden Bedenken begegnet indes die Ansicht des Berufungsgerichts, der dem Kläger zuerkannte Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO bestehe nur in Höhe von 17.000 €. Die vom Berufungsgericht bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen lassen eine derartige Beschränkung des Anspruchs der Höhe nach nicht zu. Das Berufungsgericht trägt Sinn und Zweck des Anfechtungstatbestands des § 135 Abs. 2 InsO nicht hinreichend Rechnung.

20 aa) Der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) neugeschaffene § 135 Abs. 2 InsO übernimmt rechtsformneutral die bisher in § 32b GmbHG enthaltene Regelung (BT-Drucks. 16/6140 S. 57). Der Erstattungsanspruch aus § 32b GmbHG, bei dem es sich der Sache nach um einen Anfechtungstatbestand handelte (BT-Drucks., aaO), beruhte auf folgenden Erwägungen: Zahlte der Gesellschafter selbst aufgrund der Sicherheiten an

den Gläubiger, konnte er gegen die Gesellschaft keinen Rückgriff nehmen. Diese Lage durfte sich für ihn nicht verbessern, wenn die Gesellschaft von sich aus den Gläubiger befriedigte und dadurch den Gesellschafter von seiner Verpflichtung aus der Sicherheit befreite; gegebenenfalls musste er der Gesellschaft den gleichsam für ihn verauslagten Betrag erstatten. Führte die Zahlung der Gesellschaft nicht zur Befreiung des Gesellschafters von der bestellten Sicherheit, bestand dagegen kein Grund, den Gesellschafter zur Erstattung zu verpflichten. Die eine kapitalersetzende Leistung darstellende Sicherheit durfte nicht durch den Erstattungsanspruch der Gesellschaft nach § 32b GmbHG erhöht werden (BGH, Urteil vom 2. April 1990 - II ZR 149/89, NJW 1990, 2260, 2261; vom 2. Juni 1997 - II ZR 211/95, NJW 1997, 3171, 3172; vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, WM 2004, 1075, 1078).

21            Diese Erwägungen gelten entsprechend auch für die Neuregelung in § 135 Abs. 2 InsO. Im maßgeblichen Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter (vgl. Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 30; K. Schmidt, BB 2008, 1966, 1969 f) verspricht letzterer, für die besicherten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe der übernommenen Sicherheit einzustehen. Wird er durch den Gläubiger der Gesellschaft aus der Sicherheit in Anspruch genommen, unterliegt sein Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 Rn. 9).

22            Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestimmt und begrenzt den Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO; dieser kann nicht über das hinausgehen, was der Gesellschafter aus der übernommenen Sicherheit geschuldet hätte. Dies regelt § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO nur unvollständig. Nicht allein die Verpflichtung des Gesellschafters aus § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO

ist auf die Höhe der Bürgschaft beziehungsweise den Wert der Sicherheit begrenzt, sondern die Eintrittspflicht des Gesellschafters insgesamt. Führt die Gesellschaft das besicherte Drittdarlehen nur teilweise zurück und kann es deshalb weiterhin zur Inanspruchnahme des Gesellschafters durch den Gläubiger der Gesellschaft kommen, darf die Summe aus dem Anspruch gemäß § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit dessen ohne die teilweise Rückführung des Darlehens bestehende Verpflichtung nicht überschreiten (HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., § 143 Rn. 38; Jacoby in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 143 Rn. 80 f; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 3. Aufl., § 143 Rn. 31).

23           bb) Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Anspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO besteht, kann demnach im Falle einer nur teilweisen Rückführung des besicherten Drittdarlehens durch die Gesellschaft und einer der Höhe nach beschränkten Sicherheit nur beantwortet werden, wenn Feststellungen dazu getroffen sind, in welcher Höhe der Gesellschafter dem Gläubiger aus der Sicherheit weiterhin verpflichtet geblieben ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Februar 2004, aaO). An derartigen Feststellungen fehlt es, sie werden nachzuholen sein.

24           d) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Zahlungen, die der Beklagte vor dem 1. November 2008 an die Schuldnerin geleistet hat. Auch insoweit bestimmt sich die Rechtslage nach den seit dem 1. November 2008 geltenden Vorschriften. Gemäß Art. 103d Satz 2 EGIInsO sind auf vor dem 1. November 2008 vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen nur dann anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen

Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

25           aa) Der nach Art. 103d Satz 2 EGIInsO maßgebliche Zeitpunkt der Rechtshandlung ist gemäß § 140 InsO zu bestimmen (vgl. HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., Art. 106 EGIInsO Rn. 7). Danach ist im Streitfall nicht der Zeitpunkt der Kontokorrentabrede maßgeblich, sondern der Eintritt der Verrechnungslage mit Eingang der jeweiligen Rückzahlung auf dem Konto bei der Bank (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - IX ZR 144/05, NZI 2008, 539 Rn. 12 mwN). Vor dem 1. November 2008 sind auf dem Konto die Rückzahlungen vom 18., 22. und 23. September 2008 in Höhe von insgesamt 56.500 € eingegangen (vgl. Anlage 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 20. Oktober 2010). Diese Rückzahlungen wären von dem Beklagten gemäß § 32b GmbHG aF in gleichem Umfang zu erstatten, wie nach § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO. Unter Berücksichtigung der Feststellungen des Berufungsgerichts wurden die von dem Beklagten bestellten Sicherheiten in der Krise begeben beziehungsweise stehen gelassen.

26           bb) § 32b GmbHG aF ist auch eine Vorschrift der Insolvenzordnung im Sinne des Art. 103d Satz 2 EGIInsO. Die Novellenregeln, zu denen auch der Anspruch aus § 32b GmbHG aF rechnet, waren insolvenzrechtlicher Natur (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, ZIP 2011, 1775 Rn. 27 ff). Der Anspruch aus § 32b GmbHG aF war der Sache nach ein Anfechtungstatbestand des Insolvenzrechts (BT-Drucks. 16/6140 S. 57). Die vormaligen Novellenregeln müssen deshalb im Sinne des Art. 103d Satz 2 EGIInsO als Vorschriften der Insolvenzordnung alten Rechts verstanden werden. Art. 103d Satz 2 EGIInsO ist insoweit offensichtlich unvollständig formuliert.

IV.

- 27 Das angefochtene Urteil kann folglich keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Unter Zugrundelegung der rechtlichen Beurteilung, die zur Aufhebung geführt hat, wird das Berufungsgericht nunmehr Feststellungen dazu zu treffen haben, in welcher Höhe der Beklagte von der Bank aus den von ihm bestellten Sicherheiten in Anspruch genommen worden ist oder weiterhin haftet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, WM 2004, 1075, 1078).
- 28 1. Sollte der Kläger mit seinem Klagantrag danach weiterhin nicht vollständig durchdringen, wird das Berufungsgericht zunächst einen Rückgewähranspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO auf der Grundlage des streitigen Vorbringens zu prüfen haben. Diesbezüglich weist der Senat auf Folgendes hin:
- 29 a) Nach dieser Bestimmung ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite, die ein Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin gewährt, anfechtbar. Der Gesetzgeber hat in dem in § 135 InsO in Bezug genommenen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung von Art. 9 Nr. 5 MoMiG bewusst auf das Merkmal kapitalersetzend verzichtet und verweist jedes Gesellschafterdarlehen bei Eintritt der Gesellschaftsinsolvenz in den Nachrang (BT-Drucks. 16/6140 S. 56). Dasselbe gilt für § 135 InsO. Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen sind innerhalb der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO stets anfechtbar (BT-Drucks. 16/6140 S. 57). Die Anfechtung beschränkt sich nicht mehr auf solche Fälle, in denen zurückbezahlte Gesellschaftsdarlehen eigenkapitalerset-

zend waren. Deshalb werden nach der Neuregelung auch kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite erfaßt (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 14).

30 Für die Zeit vor dem 1. November 2008 war für besonders gelagerte Ausnahmefälle anerkannt, dass kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite eines Gesellschafters den Eigenkapitalregeln nicht uneingeschränkt unterlagen. Dies kam nur in Betracht, wenn die Gesellschaft zwar für kurze Zeit dringend auf die Zuführung von Geldmittel angewiesen war, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage aber mit der fristgerechten Rückzahlung objektiv gerechnet werden konnte. Die zeitliche Grenze für einen solchen Überbrückungskredit betrug längstens drei Wochen (BGH, Urteil vom 26. April 2010 - II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 Rn. 17 mwN; vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, ZIP 2011, 1775 Rn. 67 mwN). Der kapitalersetzende Charakter von Überbrückungsdarlehen war jedoch gleichwohl zu bejahen, wenn ohne sie bereits in diesem Zeitpunkt die Insolvenz nicht hätte vermieden werden können (BGH, Urteil vom 27. November 1989 - II ZR 310/88, ZIP 1990, 95, 97).

31 b) Im Umfang der von dem Beklagten behaupteten Rückführung der an ihn erfolgten Darlehensrückzahlungen kann die zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung nachträglich beseitigt worden sein. Nach dem Vortrag des Beklagten war die Rückführung zu dem Zweck erfolgt, der Schuldnerin den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben und damit eine Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen zu machen. Von der Zweckbestimmung her hätte es sich damit um eine vorweggenommene Befriedigung eines individuellen Rückgewähranspruchs gehandelt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rn. 19; vom 13. Januar 2011 - IX ZR 13/07, WM 2011, 365 Rn. 12; Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rn. 184; MünchKomm-InsO/Kirchhof,

2. Aufl., § 129 Rn. 178; HK-InsO/Kreft, 6. Aufl. § 129 Rn. 62; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 129 Rn. 129). Für die nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung ist der Anfechtungsgegner darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011, aaO).

32 c) Sollte sich eine nachträgliche Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung nicht feststellen lassen, wäre eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO zu prüfen.

33 aa) 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. Nach der Kreditabrede stehen dort die Leistungen des Schuldners an den Gläubiger in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit der dem Schuldner eingeräumten Möglichkeit, einen neuen Kredit zu ziehen. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern nur bis zu der eingeräumten Kreditobergrenze (BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO Rn. 16; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 129 Rn. 174 a).

34 bb) Diese Grundsätze wären hier entsprechend anwendbar, weil die der Schuldnerin vom Beklagten fortlaufend im fraglichen Zeitraum gewährten Zahlungen durch ihre gleichbleibenden Bedingungen nach der Art eines Kontokorrents miteinander verbunden waren.

35 Bei der Beurteilung fällt zum einen entscheidend ins Gewicht, dass die Handhabung des Kreditverhältnisses in der Art eines Kontokorrents durch wechselseitige Ein- und Auszahlungen verlief. Die Zahlungen erfolgten auf das

beziehungsweise von dem Geschäftskonto der Schuldnerin bei der C. , auf dem ein auf 140.000 € beschränkter Kredit zur Verfügung stand. Im fraglichen Zeitraum führte der Beklagte der Schuldnerin mehr Mittel zu, als er von ihr erhielt. Zum anderen standen die Ein- und Auszahlungen auch in ständiger Wechselwirkung zu der Haftung des Beklagten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bei der Bank. Auszahlungen durch die Gesellschaft erhöhten seine Haftung, Einzahlungen durch den Beklagten verminderten sie.

36 cc) Die anfechtungsrechtliche Gleichbehandlung der Finanzierungshilfen des Beklagten und ihre Rückführung mit einem Kontokorrentkredit ist auch aus dem zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten bestehenden Gesellschaftsverhältnis gerechtfertigt. Ein Gesellschafterdarlehen kommt grundsätzlich mit Rücksicht auf das gesellschaftliche Band zwischen dem Gesellschafter und seiner Gesellschaft zustande und dient dem Zweck, die Belange der Gesellschaft zu fördern. Die neben dem Kreditverhältnis bestehende gesellschaftliche Treuepflicht kann es einem Gesellschafter verbieten, gegenüber seiner Gesellschaft einen Anspruch auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens durchzusetzen, wenn die Gesellschaft dadurch in eine Krise geriete (RG, JW 1937, 1986; OLG Koblenz, ZIP 1984, 1352, 1354 f; Raiser in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. § 14 Rn. 98). Fordert der Gesellschafter das seiner GmbH gewährte Darlehen zurück, kann er auch wegen einer möglichen Verletzung der Treuepflicht Ansprüchen der Gesellschaft auf Fortsetzung der Kredithilfe ausgesetzt sein. Deshalb hatte der Beklagte bei der Rückzahlung des Darlehens durch die Gesellschaft seinerseits auf die Liquiditätsslage der Schuldnerin Acht zu nehmen. Erneuert der Gesellschafter das ihm zurückerstattete Darlehen, sind die Vorgänge untrennbar miteinander verknüpft. Entsprechendes gilt für Folgedarlehen. Deshalb werden in rascher Folge erfolgte Rück- und Auszah-



lungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in einem einheitlichen Kreditverhältnis verbunden (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO Rn. 23 ff).

37            dd) Die aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO herzuleitende Klageforderung beschränkte sich dann auf einen Betrag von 23.000 €.

38            Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat unter Geltung des Eigenkapitalersatzrechts angenommen, das ständige Stehenlassen von fälligen Forderungen stehe einem fortlaufend bestehenbleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung gleich (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). Dieser Wertung kann in Anwendung des anfechtungsrechtlich ausgestalteten § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht uneingeschränkt gefolgt werden (BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO Rn. 26; HmbKomm-InsO/Schröder, 4. Aufl. § 135 Rn. 33 a; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 63 a). Denn es kommt nicht mehr darauf an, in welcher Höhe die wiederkehrenden Darlehen des Beklagten an die Schuldnerin eigenkapitalersetzend waren. Deshalb bestimmt sich der begründete Teil der Klageforderung insoweit nicht mehr nach dem durchschnittlich offenen Darlehensbetrag. Bankguthaben sind der Masse vielmehr im Umfang des höchsten an den Beklagten zurückgeführten Darlehensstandes entzogen worden, was dem von dem Beklagten im fraglichen Zeitraum übernommenen Insolvenzrisiko entspricht (BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO). Dieser Stand war hier ausweislich der Anlage 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 20. Oktober 2010 am 5. September 2008 mit 23.000 € erreicht.

39            2. Auch unter Berücksichtigung des streitigen Vorbringens kommt ein Erstattungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 Abs. 3 InsO in Betracht, zu des-

sen Voraussetzungen und Begrenzung der Senat oben unter III. das Nötige ausgeführt hat.

40            3. Kann der Kläger mit seinem Klagantrag auch nicht auf der Grundlage des streitigen Vorbringens vollständig durchdringen, wird das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 GmbHG aF) zu prüfen haben. Nimmt es diesen an, geben Feststellungen zum Wert des zu titulierenden Rückforderungsvorbehalts Aufschluss darüber, ob etwa bestehende anfechtungsrechtliche Ansprüche hinter dem gegen den Beklagten als Geschäftsführer gerichteten Erstattungsanspruch zurückbleiben.

Kayser

Raebel

Vill

Lohmann

Fischer

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 10.06.2011 - 34 O 23667/09 -

OLG München, Entscheidung vom 17.04.2012 - 5 U 2663/11 -