

Professor Dr. Peter Krebs

Gutachten:

A. Ansprüche des Insolvenzverwalters I gegen den Gesellschafter C

[Hinweis: Die Prüfung mit den Ansprüchen gegen C zu beginnen, drängt sich in der vorliegenden Fallkonstellation geradezu auf. Zum einen kann nur so der Ausschlussgrund des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG angeführt werden. Zum anderen ist zu beachten, dass A sich in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, so dass der Insolvenzverwalter zunächst eher gegen die liquiden Gesellschafter B und C vorgehen wird. Da schließlich auch noch danach gefragt wird, ob I das Grundstück des A weiter nutzen darf, empfiehlt es sich, die Ansprüche gegen C voranzustellen, um dann die Probleme bezüglich des kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens bei der Prüfung „Ansprüche gegen B“ zu diskutieren, so dass schließlich dargestellt werden kann, unter welchen Voraussetzungen Kapitalersatz vorliegt, wenn ein Gesellschafter an die GmbH Wirtschaftsgüter vermietet.

Schließlich legt die Fallfrage diese Prüfungsreihenfolge auch sehr nahe.]

I. Anspruch des I gegen C auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € nach § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter I könnte gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Gesellschafterdarlehens i.H.v. 10.000,-- € gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO zustehen.

1. Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf I nach § 80 Abs. 1 InsO

Zunächst müsste I berechtigt sein, Ansprüche der Gesellschaft gegen Drittschuldner geltend zu machen. Nach § 80 Abs. 1 InsO geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter über. I ist Insolvenzverwalter und nicht nur vorläufiger Insolvenzverwalter nach § 22 InsO. Folglich müsste nach § 27 Abs. 1 S. 1 InsO das Insolvenzverfahren bereits eröffnet sein.

Mithin ist I nach § 80 Abs. 1 InsO berechtigt, Ansprüche der A & B GmbH gegen Drittschuldner geltend zu machen.

2. Anspruch auf Darlehensrückzahlung nach § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG

Fraglich ist, ob Insolvenzverwalter I gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Gesellschafterdarlehens i.H.v. 10.000,-- € gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG zusteht.

a) Anfechtungserklärung nach § 129 Abs. 1 InsO

I müsste zunächst gemäß § 129 Abs. 1 InsO die erforderliche Anfechtung erklären.

Als anzufechtende Handlung kommt dabei die Rückzahlung des Darlehens durch die A & B GmbH an C i.H.v. 10.000,-- € in Betracht.

[Hinweis: Die Anfechtung nach der InsO darf weder mit der Anfechtung von Willenerklärungen nach den §§ 119 f. BGB noch mit der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen im Gesellschaftsrecht verwechselt oder gleichgesetzt werden. Sie hat nicht die Aufgabe, Rechtshandlungen zu beseitigen, die der Schuldner so nicht wollte; vielmehr besteht ihr Zweck allein darin, „eine rechtswirksam eingetretene Schmälerung des Schuldnervermögens oder der Konkursmasse im Interesse der Gläubiger wieder rückgängig zu machen“ (BGHZ 128, 184 [191]).]

b) Benachteiligung der Insolvenzgläubiger

Des Weiteren müsste nach § 129 Abs. 1 InsO durch die angefochtene Handlung eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger eingetreten sein. Eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger ist anzunehmen, wenn die Aussicht der Insolvenzgläubiger auf Befriedigung aus der Insolvenzmasse durch die anzufechtende Rechtshandlung im Ergebnis vereitelt, verkürzt, erschwert oder wenigstens verzögert wird. Durch die Rückzahlung des Darlehens an C hat sich das Vermögen der A & B GmbH um 10.000,-- € gemindert. Hierdurch hat sich die Aussicht der übrigen Gesellschaftsgläubiger auf (vollständige) Befriedigung ihrer noch offenen Forderungen gegen die A & B GmbH verschlechtert. Mithin lag hier auch eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger i. S. d. § 129 Abs. 1 InsO vor.

c) Anfechtungsgrund nach § 135 Nr. 2 InsO i.V.m. § 32a GmbHG

Ferner müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen.

Ein Anfechtungsgrund könnte sich hier aus § 135 Nr. 2 InsO i.V.m. § 32a GmbHG ergeben. Dies setzt voraus, dass die A & B GmbH mit der Zahlung der 10.000,-- € an C ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt hat und diese Handlung spätestens im letzten Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgenommen wurde.

Fraglich ist, ob es sich bei der Darlehensgewährung des C an die A & B GmbH um ein eigenkapitalersetzendes Darlehen handelt. Wann ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen vorliegt, bestimmt die Norm des § 32a GmbHG.

§ 32a GmbHG setzt zunächst voraus, dass der Darlehensgeber Gesellschafter der Darlehensnehmerin ist. Diese Voraussetzung ist hier in der Person des C erfüllt.

Es stellt sich allerdings die Frage, wie sich der Umstand auswirkt, dass C nur mit 10 % am Stammkapital beteiligt ist. Nach dem Wortlaut des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG gelten die Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 % oder weniger am Stammkapital beteiligt ist.

Die Regelung ist rechtspolitisch umstritten. Fraglich ist, ob daher der Anwendungsbereich dieser Regelung eingeschränkt werden kann.

Grenze der Auslegung ist die Grenze des möglichen Wortsinns. Aufgrund des klaren Wortlauts ist eine einschränkende Auslegung nicht zulässig.

Eine teleologische Reduktion einer Regelung setzt voraus, dass eine Norm nach ihrem Wortlaut einen weiteren Anwendungsbereich hat als dies dem Zweck der Norm entspricht. Der Gesetzgeber wollte kleinere Beteiligungen bis zehn Prozent privilegieren. Dies mag angesichts der damit verbundenen Einschränkung des Gläubigerschutzes rechtspolitisch bedenklich sein. Wortlaut und Normzweck weichen jedoch nicht voneinander ab, wie dies für eine teleologische Reduktion erforderlich ist.

Eine Rechtsfortbildung contra legem (gegen den Willen des Gesetzgebers) ist grundsätzlich unzulässig. Die Richter sind an das Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 GG). Selbst verfassungswidrige Gesetze, die nachkonstitutionell sind (ab 1949 erlassen oder geändert), dürfen gemäß Art. 101 GG nur zur Entscheidung über die Verfassungskonformität dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden. Eine eigenmächtige Nichtanwendung dieser nachkonstitutionellen Regelung ist daher grundsätzlich nicht möglich. Die juristische Methodenlehre kennt nur in zwei Fällen generell die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung contra legem. Nach der sog. Radbruchschen Formel kann das Gesetz den Richter nicht hindern, wenn es derart gravierend ungerecht ist, dass die mit der Befolgung von Gesetzen verbundene Rechtssicherheit nicht mehr als Gerechtigkeits Gesichtspunkt ins Gewicht fällt. Ein solcher Fall liegt hier weder nach den Rechtsfolgen für den Einzelnen noch für alle Betroffenen vor (Beispiel für die Radbruchsche Formel: Rechtswidrigkeit des DDR-Schießbefehls). Der andere Fall, dass quasi die Geschäftsgrundlage der Gesetze z.B. aufgrund grundlegender Änderungen der Tatsachen entfallen ist, liegt ebenfalls nicht vor.

Die rechtspolitische Kritik an der Regelung ist daher unbeachtlich.

[Hinweis: In einer Klausur wird eine derart ausführliche Erörterung nicht erwartet. Die vorliegende Darstellung der Rechtsfortbildungsmöglichkeiten verfolgt primär didaktische Zwecke.]

Folglich gilt die Regelung des § 32a GmbHG für C nur, wenn er geschäftsführender Gesellschafter der A & B GmbH ist. Die A & B GmbH wird von A und B als Geschäftsführer geleitet. Daher sind die Regelungen über den Eigenkapitalersatz auf C auch nicht anwendbar.

Die Kreditgewährung durch C ist somit nicht als eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen nach § 32a GmbHG zu klassifizieren.

Ein Anfechtungsgrund nach § 135 Nr. 2 InsO i.V.m. § 32a GmbHG liegt hier folglich nicht vor.

Ergebnis:

Mangels eines Anfechtungsgrundes nach § 135 Nr. 2 InsO steht Insolvenzverwalter I gegen C daher kein Anspruch auf Rückzahlung der 10.000,-- € nach § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG zu.

II. Anspruch des I gegen C auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG (analog)

Insolvenzverwalter I könnte gegen Gesellschafter C ein Anspruch auf Rückzahlung des bereits gewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € gemäß § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG (analog) zustehen.

Dies würde zunächst voraussetzen, dass eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen wie echtes Eigenkapital den allgemeinen Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG zu unterstellen sind. Ob eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen auch nach Inkrafttreten der §§ 32a, b GmbHG -weiterhin- nach den Regeln der Kapitalerhaltung, das heißt nach §§ 30, 31 GmbHG, zu beurteilen sind, ist streitig (für die Weitergeltung: seit BGHZ 90, 370 [376 ff.] st. Rspr. des BGH; diese Rspr. befürwortend h.M. in Lit. [vgl. Roth/Altmeppen - *Altmeppen*, GmbHG, § 32a Rn. 107 ff.; *Timm* JuS 1991, 652 [653 f.] – kritisch gegenüber dieser Rspr. des BGH: z.B. Kübler, Gesellschaftsrecht, § 17 VI 3; umfassend hierzu: Wenzel, Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen – Eine rechtsmethodische Untersuchung [*erste juristische Promotion im Fachbereich*])).

Diese Streitfrage ist vorliegend jedoch nicht entscheidungsrelevant, wenn eine Haftung des C nach § 31 Abs. 1 GmbHG (analog) auch bei entsprechender Zugrundelegung der Rechtsprechungsgrundsätze des BGH nicht in Betracht kommt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers gilt die in § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG eingeführte Privilegierung von Kleinbeteiligten auch für nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundene Darlehen, was aus dem Begriff „Regeln“ zu entnehmen ist (vgl. Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 75; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 56).

Folglich ist eine Haftung des C als nicht geschäftsführender Gesellschafter der A & B GmbH mit einer nur 10 % - igen Beteiligung am Stammkapital nach § 31 Abs. 1 GmbHG (analog) ausgeschlossen.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I hat gegen C keinen Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG (analog).

[Hinweis: Vom Ansatz des BGH ausgehend sind die §§ 30, 31 GmbHG unmittelbar anzuwenden. In der Literatur wird demgegenüber teilweise nur die analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften befürwortet. In der Fallbearbeitung können sie dies mangels Erheblichkeit offenlassen.]

III. Anspruch des I gegen C auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog wegen Vereinbarung eines Finanzplankredits

[Hinweis: Zunächst wurde die Rückzahlung unter dem Aspekt der Anwendbarkeit der Kapitalersatzregeln analysiert. Nun geht es um die Frage, ob eine Rückforderung aufgrund der aus den vertraglichen Vereinbarungen resultierenden Folgen möglich ist. Für sog. Finanzplankredite, die von vornherein von den Gesellschaftern zur dauerhaften Finanzierung der Gesellschaft gegeben wurden, wird diskutiert, ob aufgrund der Darlehenszusage und dem Finanzierungsbedarf der Gesellschaft und aus Gründen des Gläubigerschutzes diese Darlehensversprechen in der Insolvenz zu Lasten der Gesellschafter wirken.]

Insolvenzverwalter I könnte gegen C einen Anspruch auf Zahlung des bereits zurückgewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog haben.

Fraglich ist jedoch, ob der A & B GmbH gegen C ein Anspruch auf Rückgewähr der Darlehensrückzahlung i.H.v. 10.000,-- € zusteht.

Gemäß § 4 des Gesellschaftsvertrages hatten sich die Gesellschafter A, B und C verpflichtet, der A & B GmbH 1.000.000,-- € als festes Darlehen zu gewähren.

Mithin könnte sich hier ein Rückforderungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG analog ergeben.

1. Vorliegen der Analogievoraussetzungen

Dazu müssten vorliegend die Voraussetzungen einer Gesetzesanalogie erfüllt sein.

[Hinweis: Aus didaktischen Gründen werden hier die Analogievoraussetzungen in voller Länge behandelt.]

a) Regelungslücke

Die analoge Anwendung einer Norm setzt zunächst das Vorliegen einer Regelungslücke, also einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus. Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn es für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält.

Das Gesetz normiert in § 30 Abs.1 GmbHG das Verbot der Einlagenrückgewähr. Zahlungen, welche der Vorschrift des § 30 GmbHG zuwiderlaufen, müssen nach § 31 Abs. 1 GmbHG zurückgewährt werden. Bei der Rückzahlung an C handelt es sich nicht um eine unzulässige Einlagenrückgewähr nach § 30 GmbHG.

Eine Gesetzeslücke läge jedoch trotzdem nicht vor, wenn die vorliegende Fallkonstellation über § 32a GmbHG (i.V.m. § 135 Nr. 2 InsO) erfasst würde. Beim Eigenkapitalersatz i.S.v. § 32a GmbHG geht es um eine gesetzliche bzw. in Analogie zu § 30 GmbHG herausgearbeitete Rückzahlungssperre bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen.

Vorliegend könnte in § 4 des Gesellschaftsvertrages ein sog. Finanzplankredit vereinbart worden sein, welcher nicht als besonderer Fall des Eigenkapitalersatzrechts nach § 32a GmbHG anzusehen ist (BGHZ 142, 116; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 169). Beim sog. Finanzplankredit stellen Gesellschafter nach dem Finanzplan der Gesellschaft zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks notwendige Mittel als Gesellschafterkredit ergänzend zum Eigenkapital zur Verfügung. Der Finanzplankredit unterliegt dem § 32a GmbHG nur nach den allgemeinen Regeln, kann jedoch aufgrund seines einlageähnlichen Charakters besonderen Bindungen unterliegen (BGHZ 142, 116 [120 f.]). Bezüglich dieser besonderen Bindungen schweigt das Gesetz. Fehlt es bereits an einer gesetzlichen Normierung bezüglich der Bindungswirkung beim sog. Finanzplankredit, so ist auch im Hinblick auf eine etwaige Rückforderungsmöglichkeit eine Lücke im Gesetz festzustellen.

[Hinweis: Wichtig ist, dass sie feststellen, dass der sog. Finanzplankredit keinen Niederschlag im Gesetz findet. Früher wurde der Finanzplankredit als eine Variante des eigenkapitalersetzenden Darlehens verstanden. Dieser Sichtweise ist der BGH ausdrücklich entgegengetreten (BGHZ 142, 116). Auch in der Lit. wird sie so auch kaum mehr vertreten.]

b) Planwidrigkeit

Weiterhin müsste diese Unvollständigkeit auch planwidrig sein. Unterstellt man den Finanzplankrediten eine besondere Bindungswirkung, so wird man nicht davon ausgehen können, dass eine entsprechende Rückforderungsmöglichkeit ausgeschlossen sein soll. Mithin liegt hier eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor.

[Hinweis: Berechtigterweise könnte man hier zweifeln, ob das Gesetz nicht sogar bewusst schweigt, mithin keine besondere Bindungswirkung des Finanzplankredits anerkennt. Gerade im Hinblick auf die Novelle von 1980 – mit der entsprechenden Normierung des § 32a GmbHG- wird man schwerlich davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber die Figur des Finanzplankredits übersehen hat. Trotz dieser Zweifel sollten Sie im Rahmen der Fallbearbeitung von einer Planwidrigkeit ausgehen; dies um so mehr, als auch der BGH eine solche Bindung anerkennt.]

c) Ähnlichkeit der Interessenlage

Die Ausfüllung der Regelungslücke muss entsprechend den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden. Somit müsste hier zwischen dem unregelmäßigten Fall der Rückforderungsmöglichkeit bei Finanzplankrediten und dem Fall des § 31 Abs. 1 GmbHG eine so ähnliche Interessenlage bestehen, dass eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist. Aufgrund des „einlageähnlichen“ (BGHZ 142, 116) Charakters des Finanzplankredits ist diese Vergleichbarkeit hier gegeben. (a.A. sehr gut vertretbar)

Mithin sind die Voraussetzungen einer Analogie zu § 31 Abs. 1 GmbHG hier erfüllt.

2. Vorliegen eines Finanzplankredits

Fraglich ist, ob den Leistungen der Gesellschafter ein sog. Finanzplan zugrunde lag. Ein solcher könnte sich hier aus § 4 des Gesellschaftervertrages ergeben. Dies setzt voraus, dass die Darlehensgewährung durch die Gesellschafter nach § 4 des Gesellschaftervertrages einlageähnlichen Charakter haben sollte, mithin die Pflicht begründen sollte, auch bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft das Darlehen zu erfüllen.

Eine ausdrückliche Bindung der Mittel auch für den Fall der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse ist § 4 des Gesellschaftervertrages nicht zu entnehmen.

Allerdings kann sich die Frage, ob ein Finanzplankredit vorliegt, auch aus den zugrunde liegenden Gesamtumständen ergeben.

Wichtige Indizien für die Annahme eines Finanzplankredits sind dabei die besonders günstigen Konditionen der Darlehensgewährung, die niedrige Verzinsung, lange oder unbegrenzte Laufzeiten, enge Kündigungsbeschränkungen für die Gesellschafter oder die Unentbehrlichkeit der Darlehensgewährung für die Verwirklichung des Gesellschaftsziels zumindest nach Vorstellung der Gesellschafter (dazu BGHZ 104, 33 [41]; Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 46b; *Habersack* ZHR 161 (1997), 457 [481 ff.]). Ausdrücklich bestimmt der Gesellschaftervertrag, dass das Darlehen der Finanzierung der Entwicklung einer Bodenwaschanlage dienen soll. Weiterhin fußt auch die wirtschaftliche Basis der GmbH auf der Produktion dieser Waschanlage. Eine Kündigungsmöglichkeit der Gesellschafter sieht § 4 nicht vor. Schließlich erfolgte die Darlehensgewährung mit einer Verzinsung von 3 % über dem Hauptrefinanzierungssatz der Europäischen Zentralbank auch unter günstigen Bedingungen.

Folglich lag hier ein Finanzplankredit der Gesellschafter A, B und C vor.

3. Unzulässiger Abzug

Des Weiteren müsste die Rückgewähr des Darlehens an C unzulässig gewesen sein.

Zulässig ist die Rückzahlung eines Darlehens, wenn die dem Finanzplankredit eigenständige Bindung nicht mehr besteht. Vorliegend wurde vor der Rückzahlung des Darlehens an die Gesellschafter § 4 des Gesellschaftsvertrages formgerecht aufgehoben.

Fraglich ist jedoch, ob diese Aufhebung wirksam war. Zweifel diesbezüglich könnten sich daraus ergeben, dass die Aufhebung zu einer Zeit erfolgt war, als die Gesellschaft sich bereits in der Krise befand. Aufgehoben werden kann eine einlageähnlich wirkende Darlehenszusage ohne Einschränkungen vor Eintritt der Gesellschaftskrise. Ob die Aufhebung auch nach Eintritt der Krise möglich ist, ist umstritten.

Während eine Mindermeinung in der Lit. eine Aufhebung der gewillkürten Bindung ohne Einschränkungen auch während der Krise befürwortet (so *K. Schmidt* ZIP 1999, 1241 [1249 f.]; *Altmeyden* NJW 1999, 2812 [2813]), soll nach Meinung des BGH (BGHZ 142, 116 [121]) und der h.M. in der Lit. (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 46b; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 32a/b Rn. 181) eine Aufhebung der Darlehenszusage in der Krise nur unter Einschränkung möglich sein, insbesondere wenn zuvor sämtliche Gläubiger befriedigt sind.

Der BGH begründet dieses Ergebnis durch eine sinnentsprechende Heranziehung der gesetzlichen Regeln über eingegangene, aber nicht vollständig erfüllte Einlagepflichten. „Wie sich aus § 19 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG ergibt, bedarf es für den Erlass der Einlagepflicht, dem materiell die Aufhebung einer einlageähnlichen Darlehenszusage entspricht, einer Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG, die jedenfalls gegen den Willen der Gläubiger der Gesellschaft nicht durchgeführt werden kann.“ (BGHZ 142, 116 [121])

Für die Ansicht des BGH lässt sich sowohl der Gedanke des Gläubigerschutzes wie auch der Aspekt heranziehen, dass die Rückzahlung gegenüber der ursprünglichen Zusage ein widersprüchliches Verhalten darstellt. Daher ist hier der h.M. zu folgen. (a.A. sehr gut vertretbar)

Vorliegend hat vor der Aufhebung des § 4 durch die Gesellschafter A, B und C eine Gläubigerbefriedigung nicht stattgefunden. Mithin war die Aufhebung der Darlehenszusage unzulässig und daher auch unwirksam.

Das Darlehen der Gesellschafter war folglich gebunden. Die Rückzahlung an diese ist somit in unzulässiger Weise erfolgt.

4. Relevanz der Kleinbeteiligungsschwelle nach § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG

Fraglich ist, ob hier die Privilegierung des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG einschlägig ist, mit der Folge, dass ein Anspruch des Insolvenzverwalters I gegen C nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog nicht begründet wäre.

Die Kleinbeteiligungsschwelle des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG soll jedoch anders als bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen für die rechtsgeschäftliche Bindung des Finanzplankredits irrelevant sein, da der Finanzplan an die persönliche Handlung des Gesellschafters anknüpft und damit jedem Gesellschafter zumutbar sein soll (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 46b; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 180). (a.A. gut vertretbar)

Mithin ist der Ausschlussgrund des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG hier nicht einschlägig.

5. Keine Verjährung nach § 31 Abs. 5 GmbHG analog

Des Weiteren dürfte der Anspruch der GmbH gegen C nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht verjährt sein (gemäß § 31 Abs. 5 GmbHG analog). Seit der Rückzahlung des Darlehens sind noch keine zehn Jahre vergangen. Daher ist der Anspruch der A & B GmbH gegen C auch nicht verjährt.

Folglich steht der A & B GmbH gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € nach § 31 Abs. 1 GmbHG analog zu.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I hat gegen C einen Anspruch auf Zahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 10.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog.

IV. Anspruch des I gegen C auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 30.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m § 4 des Gesellschaftervertrages wegen Vereinbarung eines Finanzplankredits

Insolvenzverwalter I könnte gegen C einen Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 30.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftervertrages haben.

Gemäß § 4 des Gesellschaftervertrages hatten sich die Gesellschafter verpflichtet, entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital der Gesellschaft 1.000.000,-- € als festes Darlehen zur Verfügung zu stellen. Der Abruf des Darlehens sollte nach Bedarf in Tranchen á 100.000,-- € erfolgen.

Sieben der vereinbarten Darlehenstranchen sind bereits geleistet worden, mithin stehen noch drei Tranchen, also 30.000,-- € bei C offen.

Fraglich ist, ob der Anspruch des Insolvenzverwalters I gegen C auf Zahlung von 30.000,-- € auch fällig ist.

Ist ein Finanzplankredit zwar vereinbart, jedoch nicht vollständig erfüllt, kann in der Krise bzw. Insolvenz Restzahlung eingefordert werden, soweit dies zur Befriedigung vorrangiger Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn 46b; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 183).

Ein Finanzplankredit ist vorliegend vereinbart worden. Mithin müsste die Restzahlung erforderlich sein, um die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen. Hiervon ist vorliegend auszugehen. Dies ist Konsequenz der von der h.M. angenommenen Unzulässigkeit der Aufhebung der Darlehensverpflichtung in der Krise (vgl. oben).

Ergebnis:

Somit steht dem Insolvenzverwalter I gegen C ein Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 30.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftervertrages zu.

V. Anspruch des I gegen C auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. einem Anfechtungsgrund nach §§ 130-134 InsO

Insolvenzverwalter I könnte gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. einem Anfechtungsgrund nach §§ 130-134 InsO i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO zustehen.

1. Anfechtungserklärung nach § 129 Abs. 1 InsO

Wie bereits dargelegt müsste I gemäß § 129 Abs. 1 InsO die erforderliche Anfechtung erklären. Als anzufechtende Handlung kommt dabei die Rückzahlung des Darlehens durch die A & B GmbH an C i.H.v. 10.000,-- € in Betracht.

2. Benachteiligung der Insolvenzgläubiger

Des Weiteren lag hier auch eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger vor.

3. Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach §§ 130-134 InsO

Fraglich ist, ob hier ein Anfechtungsgrund nach den §§ 130-134 InsO vorliegt.

a) Anfechtungsgrund nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedung gewährt oder ermöglicht, anfechtbar, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgenommen worden ist. Die Rückzahlung erfolgte hier einen Tag vor Einreichung des Insolvenzantrages wegen Zahlungsunfähigkeit. § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO setzt jedoch des Weiteren voraus, dass zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war. Nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Gemäß den Sachverhaltsangaben verfügte die A & B GmbH einen Tag vor Antragstellung mindestens über ein Barkapital i.H.v. 107.000,-- €. Angesichts der Tatsache, dass die Darlehensrückgewährung aufgrund der Bindung über den Finanzplankredit noch nicht fällig war, wird man nicht davon ausgehen können, dass die A

& B GmbH zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig war (a.A. aufgrund entsprechender Sachverhaltsauslegung vertretbar).

Mithin liegt hier kein Anfechtungsgrund nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor.

b) Anfechtungsgrund nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Auch nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO wird Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Handlung vorausgesetzt, die hier nicht vorlag. Überdies werden über § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur solche Rechtshandlungen erfasst, die nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden sind. Vorliegend erfolgte die Rückzahlung des Darlehens bereits vor dem Eröffnungsantrag durch die A & B GmbH.

c) Anfechtungsgrund nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO

§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO setzt eine Rechtshandlung voraus, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wenn die Handlung im letzten Monat vor oder nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist.

Demnach setzt § 131 Abs. 1 InsO zunächst das Vorliegen einer sog. „**inkongruenten Befriedigung**“ voraus. Eine Befriedigung ist nach § 131 Abs. 1 InsO inkongruent, wenn sie nicht „zu der Zeit“ oder nicht „in der Art“ zu beanspruchen ist. Nicht zu der Zeit zu beanspruchen ist eine Befriedigung, die nicht fällig, befristet oder betagt ist. Vorliegend war das Darlehen wie bereits erörtert durch den Finanzplankredit gebunden. Die Rückzahlung des Darlehens war somit noch nicht fällig. Mithin lag hier eine inkongruente Befriedigung vor.

Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO müsste die Rückzahlung durch die A & B GmbH im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sein. Dies ist hier der Fall.

Ein Anfechtungsgrund nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO liegt hier damit vor.

d) Anfechtungsgrund nach § 132 InsO

Fraglich ist, ob hier auch ein Anfechtungsgrund nach § 132 InsO vorliegt.

Die Anfechtungstatbestände nach § 132 InsO setzen voraus, dass der Schuldner zur Zeit der Rechtshandlung zahlungsunfähig war. Dies ist wie bereits dargelegt hier nicht der Fall. Folglich scheidet eine Anfechtung nach § 132 InsO aus.

e) Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 1 InsO

Die Anfechtung einer Rechtshandlung nach § 133 Abs. 1 InsO setzt kumulativ dreierlei voraus: in objektiv Hinsicht bedarf es einer Gläubigerbenachteiligung, in subjektiver Hinsicht bedarf es auf Seiten des Schuldners des Vorsatzes, die Gläubiger zu benachteiligen und auf Seiten des Gläubigers der Kenntnis des schuldnerischen Benachteiligungsvorsatzes.

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt wie bereits dargelegt vor.

Fraglich ist, ob die A & B GmbH Kenntnis von dieser Gläubigerbenachteiligung hatte.

Dabei ist auf die Kenntnis des jeweiligen Geschäftsführers, hier also A und B abzustellen. A und B wussten von der eingeschränkten Liquidität des Unternehmens. Insofern wird man davon ausgehen können, dass sie die Benachteiligung der Gläubiger durch die Rückzahlung des Darlehens zumindest billigend in Kauf genommen haben. Hieran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass A und B u.U. angenommen haben, dass eine Rückzahlung aufgrund des Rückzahlungsbeschlusses zulässig ist.

Dieser Benachteiligungsvorsatz war dem C bekannt.

Mithin sind die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO erfüllt (a.A. vertretbar).

Ein Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 1 InsO liegt vor.

f) Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO

§ 133 Abs. 2 InsO erleichtert die Anfechtung entgeltlicher Verträge, die der Schuldner mit ihm nahe stehenden Personen innerhalb von zwei Jahren vor dem Eröffnungsantrag geschlossen hat, wenn durch den Vertrag Gläubiger benachteiligt wurden. Der Begriff der „nahe stehenden Personen“ ist in § 138 InsO definiert. Vorliegend handelt es sich bei dem Schuldner, also der A & B GmbH, um eine juristische Person, so dass sich der Begriff der „nahe stehenden Person“ nach § 138 Abs. 2 InsO bestimmt. Bei Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten nichtrechtsfähigen Vereinen gelten die Mitglieder von Vertretungs- und Aufsichtsorganen nach § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO als nahe stehende Personen. Die A & B GmbH wird von A und B als Geschäftsführer geleitet. Demnach wäre C nicht als nahe stehende Person i.S.d. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO zu betrachten. Nahestehende Personen sind nach § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch solche, die an dem Kapital des Schuldners mit mehr als 25 % beteiligt sind. Der Anteil des C am Kapital der A & B GmbH beträgt hier jedoch lediglich 10 %, so dass er auch hiernach nicht in den Personenkreis des § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO einzubeziehen ist.

Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO scheidet hier aus.

g) Anfechtungsgrund nach § 134 InsO

Schließlich kommt auch § 134 InsO mangels Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung der A & B GmbH als Anfechtungsgrund nicht in Betracht.

Folglich liegen hier die Anfechtungsgründe nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO und nach § 133 Abs. 1 InsO vor. Eine Anfechtung durch I ist damit zulässig.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht daher gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. § 131 Abs. 1 Nr. 1 und § 133 Abs. 1 InsO i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO zu.

[Hinweis: Beachten Sie bitte, dass der Anfechtungsanspruch gemäß § 146 Abs. 1 InsO i.V.m. § 195 BGB in drei Jahren verjährt.]

VI. Anspruch des I gegen C auf Rückzahlung des Darlehens nach § 826 BGB

Insolvenzverwalter I könnte gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 826 BGB zustehen.

Nach § 826 BGB macht sich schadensersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt.

Ob hier ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, kann dahinstehen, soweit C den Schaden der übrigen Insolvenzgläubiger nicht vorsätzlich herbeigeführt hat.

Nach § 826 BGB ist erforderlich, dass der sittenwidrig Handelnde Kenntnis der Umstände hat, die sein Verhalten sittenwidrig machen.

C kann hier kein Vorsatz bezüglich der Schadenszufügung unterstellt werden. Vielmehr ging er davon aus, dass die Rückzahlung aufgrund des Rückzahlungsbeschlusses rechtmäßig war. (a.A. vertretbar)

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht gegen C somit kein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 826 BGB zu.

B. Ansprüche des Insolvenzverwalters I gegen den Gesellschafter B

I. Anspruch des I gegen B auf Rückzahlung des zurückgewährten Gesellschafterdarlehen i.H.v. 45.000,-- € nach § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter I könnte gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Gesellschafterdarlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 135 Nr. 2 InsO, 32a GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO zustehen.

1. Anfechtungserklärung nach § 129 Abs. 1 InsO

I müsste zunächst gemäß § 129 Abs. 1 InsO die erforderliche Anfechtung erklären.

Als anzufechtende Handlung kommt dabei die Rückzahlung des Darlehens durch die A & B GmbH an B i.H.v. 45.000,-- € in Betracht.

2. Benachteiligung der Insolvenzgläubiger

Von einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO ist hier auszugehen.

3. Anfechtungsgrund

Ferner müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen.

Ein Anfechtungsgrund könnte sich hier aus § 135 Nr. 2 InsO i.V.m. § 32a Abs. 1 GmbHG ergeben. Dies setzt voraus, dass die A & B GmbH mit der Zahlung der 45.000,-- € an B ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt hat und diese Handlung spätestens im letzten Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgenommen wurde.

Fraglich ist somit, ob es sich bei der Darlehensgewährung des B an die A & B GmbH um ein eigenkapitalersetzendes Darlehen handelt.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Privilegierung nach § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG vorliegend nicht in Betracht kommt.

a) Eigenkapitalersatz gemäß § 32a Abs. 1 GmbHG

Bei der Darlehensgewährung durch den Gesellschafter B könnte es sich um ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen nach § 32a Abs. 1 GmbHG handeln.

Gemäß § 32a Abs. 1 GmbHG ist eine Darlehenshingabe an eine GmbH als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren, wenn ein Gesellschafter der GmbH das Darlehen in der Krise, also zu einer Zeit gewährt hat, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten.

[Hinweis: Entgegen des insoweit eher irreführenden Wortlauts des § 32a Abs. 1 GmbHG beurteilt sich die Frage, wann ein ordentlicher Kaufmann seiner Gesellschaft Eigenkapital zuführt, nicht nach einem auf das Verhalten des Gesellschafters bezogenen Kriteriums („ordentlicher Kaufmann“). Vielmehr ist der Tatbestand normativ zu verstehen und entscheidend vom Merkmal der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft bestimmt. Der Gesetzgeber wollte durch die Formulierung „Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns“ und „Krise der Gesellschaft“ nur Bezug nehmen auf die bisherige Rspr. und Lit. zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (Rechtsausschuss BT-Drucks 13/10 38).]

Eine Darlehensgewährung ist danach eigenkapitalersetzend, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, in welcher die GmbH nicht kreditwürdig ist und deshalb ohne Zuführung von Eigenkapital hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 76, 326 [329 f.]; 109, 55 [62]; 127, 1 [5]).

Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft liegt nach der Rspr. des BGH vor, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist oder wenn sie den zur Fortführung notwendigen Kapitalbedarf im gleichen Zeitpunkt nicht durch entsprechende Kredite von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte decken können (BGHZ 76, 326 [330]; 81, 252 [255]; 81, 298, [317 f.]; 90, 381 [390]).

Weder zum Zeitpunkt der in § 4 des Gesellschaftsvertrages getroffenen Abrede noch zum Zeitpunkt der Gewährung der einzelnen Darlehenstranchen sind Anhaltspunkte erkennbar, welche auf eine Kreditunwürdigkeit der A & B GmbH schließen lassen.

[Hinweis: Insofern erübrigt sich auch die Frage, ob als maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Kapitalersatzfunktion der Zeitpunkt der tatsächlichen Kredithingabe oder derjenige der rechtsverbindlichen Kreditusage anzusehen sind.]

Es handelt sich daher bei dem Darlehen des B zunächst um ein gewöhnliches Gesellschafterdarlehen gleich einem Drittdarlehen, das keinen eigenkapitalersetzenden Charakter hatte.

b) „Belassen“ des Darlehens in der Krise als eigenkapitalersetzendes Finanzierungsverhalten

Fraglich ist allerdings, ob das gewährte Darlehen dadurch, dass B von einer Rückzahlung absah, obwohl bereits die wirtschaftliche Basis des Unternehmens aufgrund der Lizenzverweigerung entfallen war, so dass sich die Gesellschaft gemäß § 32a Abs. 1 GmbHG in der Krise befand, zum eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen nach § 32a GmbHG geworden ist.

Ein Gesellschafterdarlehen, das gewährt wurde, solange die Gesellschaft wirtschaftlich noch gesund war, kann zum eigenkapitalersetzenden Darlehen werden, wenn das Unternehmen später insolvenzreif oder kreditunwürdig wird, der Gesellschafter das Darlehen aber trotzdem stehen lässt (BGHZ 75, 334; 76, 326 [331]; 81, 311 [318]; 105, 168 [185 f.]).

Ob diese Kreditbelassung unter den Tatbestand des § 32a Abs. 1 GmbHG fällt oder eher § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG zuzuordnen ist, wird kontrovers beurteilt. Diese Streitfrage braucht hier (und auch sonst) mangels praktischer Relevanz nicht diskutiert zu werden.

Mithin müsste das Verhalten des B als „Stehen lassen“ eines Darlehens aufzufassen sein.

aa) Reaktionsmöglichkeit des Gesellschafters

Zunächst ist für die nachträglich Bindung ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienender Gesellschaftermittel erforderlich, dass der Gesellschafter mindestens objektiv in der Lage ist, auf den Eintritt der Krise durch Abzug der Mittel oder Liquidation der Gesellschaft zu reagieren. Erst wenn ein Darlehen fällig oder kündbar ist oder die Gesellschaft liquidiert werden kann, kann es der Gesellschafter der Gesellschaft aufgrund eigener Finanzierungsentscheidung „belassen“.

Vorliegend hatten die Gesellschafter der A & B GmbH in § 4 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich festgelegt, dass eine Rückzahlung des Darlehens erst bei Liquidation oder Ausscheiden aus der Gesellschaft erfolgen sollte. Daher war der Rückforderungsanspruch des B zum Krisenzeitpunkt noch nicht fällig.

Fraglich ist, ob zum besagten Zeitpunkt eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit vorlag.

Ausdrücklich wurde ein Kündigungsrecht der Gesellschafter für den Fall des Eintritts einer Gesellschaftskrise nicht statuiert.

Man könnte jedoch der Auffassung sein, dass hier ein Sonderkündigungsrecht der Gesellschafter für den Fall, dass die Gesellschaft in die Krise gerät, gegeben ist. Mangels ausdrücklicher Regelung könnte diese Möglichkeit über eine ergänzende Vertragsauslegung (diese wird teilweise mit den §§ 133, 157, 242 BGB gerechtfertigt) hergeleitet werden.

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt das Vorliegen einer regelungsbedürftigen Lücke voraus. Geht man davon aus, dass die Gesellschafter bei Vereinbarung des § 4 (Gesellschaftervertrag) den Umstand, dass die wirtschaftliche Basis der GmbH entfallen könnte, nicht bedacht haben, so wird man annehmen können, dass eine entsprechende Regelungslücke vorliegt.

Diese Regelungslücke ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend zu schließen, dass ermittelt wird, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht bedachten Umstand berücksichtigt und hierbei die Gebote von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte beachtet hätten. Angesichts der Tatsache, dass sämtliche Gesellschafter der Gesellschaft in § 4 des Gesellschaftsvertrages einen Kredit rechtsverbindlich zugesagt haben, wird man davon ausgehen können, dass es in ihrem Interesse lag, ein Sonderkündigungsrecht für den Fall der Gesellschaftskrise zu statuieren, um ihr Darlehen möglichst vollständig zurückzuerlangen. Mithin käme man durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass ein Sonderkündigungsrecht des B bestand, so dass er die Möglichkeit hatte, auf den Eintritt der Krise entsprechend zu reagieren.

Allerdings ist der Sachverhalt an dieser Stelle nicht eindeutig. So könnte man die Abrede des Gesellschaftsvertrages in § 4 auch dahingehend auslegen, dass die Gesellschafter bewusst die Entscheidung getroffen haben, der Gesellschaft den Kredit auch in der Krise zu belassen. Folgerichtig könnte man die Auffassung vertreten, dass dem B keine Reaktionsmöglichkeit auf die Gesellschaftskrise eingeräumt worden war. Dementsprechend wäre der Verzicht des B auf die Rückzahlung des Darlehens nicht als Belassen zu qualifizieren, so dass der Kreditbelassung des B auch kein eigenkapitalersetzenden Charakter zugesprochen werden könnte.

Diese Sichtweise hätte jedoch zur Folge, dass die Gesellschafter durch vollständigen Ausschluss des Rechts zur Kündigung die Anwendbarkeit der Regeln über den Eigenkapitalersatz vermeiden und sich dadurch auch während der Krise die volle Finanzierungsfreiheit sichern könnten (*Habersack ZGR 1999, 457 [483]*).

Die Kapitalersatzregeln stehen jedoch nicht zur Disposition der Gesellschafter. Vielmehr gelten sie unabhängig davon, dass die Gesellschafter beteuern, sie seien gerade aufgrund ihrer Darlehensvereinbarung daran gehindert gewesen, vom außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Gesellschafter die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit bei Vertragsschluss bewusst ausschließen wollten, wird man in dem Kündigungsausschluss eine vorweggenommene Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter zu sehen haben, welche die Anwendung des Kapitalersatzrecht rechtfertigt (*K. Schmidt*, GesellschaftsR, § 37 IV 2. a) cc); *Altmeyden* NJW 1999, 2812).

Festzuhalten bleibt, dass auch bei Zugrundelegung der zweiten Sachverhaltsalternative die Anwendbarkeit des Kapitalersatzrechts nicht ausgeschlossen ist.

[Hinweis: Natürlich ist – mit entsprechendem Argumentationsaufwand- auch die Auffassung vertretbar, welche die Anwendung des Kapitalersatzrechts hier ausschließt. Allerdings sollten sie an dieser Stelle klausurtaktisch vorgehen, da sie sich ansonsten sämtliche Folgeprobleme abschneiden würden.]

bb) Weitere Voraussetzungen

Schließlich müsste die Kreditbelassung des B die weiteren Voraussetzungen, unter welchen das „Stehen lassen“ eines Darlehens einer Kreditgewährung nach § 32a Abs. 1 GmbHG gleichzusetzen ist, erfüllen.

Streitig ist jedoch, welche weiteren Erfordernisse für die Bindung „stehen gelassener“ Kredit zu stellen sind.

Der BGH hält es für erforderlich, aber auch für ausreichend, dass der Gesellschafter jedenfalls von der Finanzsituation der Gesellschaft Kenntnis nehmen konnte und trotzdem den Kredit weder zurückverlangt noch einen Insolvenzantrag gestellt hat (BGHZ 81, 252 [257]; 109, 55 [60 f.]).

In der Literatur wird darüber hinausgehend teilweise eine ausdrückliche oder konkludente Finanzierungsabrede gefordert (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 47 mwN). Eine Entscheidung zwischen den beiden Ansichten wird sich jedoch zumeist erübrigen, da der regelmäßig vorhandenen Kenntnis des Gesellschafters von der Krise indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer solchen Abrede beigemessen wird (*Timm/Schöne*, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, S. 262).

Auch vorliegend könnte sich ein Streitentscheid erübrigen, wenn die Rückforderung des Darlehens durch B innerhalb einer angemessenen Überlegungszeit erfolgt ist. Denn erst

nach dem ungenutzten Verstreichen der Überlegungszeit tritt die Umqualifizierung in Eigenkapital ein (BGHZ 121, 31 [36]; BGH NJW 1995, 658 [659]).

Fraglich ist, ob die Überlegungszeit hier durch B eingehalten worden ist.

In Anlehnung an die Norm des § 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG hält der BGH die Überlegungsfrist von zwei bis drei Wochen für nicht unangemessen (BGH NJW 1995, 658 [659]). Nur unter besonderen Umständen kann eine Überschreitung der Maßstäbe des § 64 Abs. 1 GmbHG zulässig sein (BGH NJW 1998, 3200 [3201]).

Im vorliegenden Fall erfolgte die Rückzahlung des Darlehens innerhalb der Überlegungsfrist.

Mithin kann vorliegend auch nicht von einem „Stehen lassen“ des Darlehens durch B gesprochen werden.

Folglich erfüllt weder die Darlehensgewährung noch die Darlehensbelassung die Kriterien des kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehens nach § 32a GmbHG.

Mangels Vorliegen eines Anfechtungsgrundes ist auch hier eine Anfechtung durch den Insolvenzverwalter I nach § 129 Abs. 1 InsO nicht möglich.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht gegen B kein Anspruch auf Zahlung des zurückgewährten Darlehens nach § 143 Abs. 1 InsO zu.

II. Anspruch des I gegen B auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG

Fraglich ist, ob dem Insolvenzverwalter I gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG zusteht.

Die Tatbestände des § 32a GmbHG und die der §§ 30, 31 GmbHG (nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zu den eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen) sind im Wesentlichen gleich. Unterschiede bestehen lediglich insofern, als § 32a GmbHG nur für die Finanzierung in der Krise gilt, während eine Eigenkapitalbindung von Kapitalersatz außerhalb der Krise nur über §§ 30, 31 GmbHG möglich ist (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 75.)]

Auch nach den weitergehenden Grundsätzen des BGH zu den eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen gemäß §§ 30, 31 GmbHG (s.o.) scheidet ein Anspruch des I gegen B auf Rückzahlung des Darlehens aus.

Ergebnis: Insolvenzverwalter I steht gegen B kein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG zu.

III. Anspruch des I gegen B auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehen i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog wegen Vereinbarung eines Finanzplankredits

Insolvenzverwalter I könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog haben.

Dies setzt voraus, dass die Rückzahlung der Gesellschaft an B unzulässig war. Wie bereits dargelegt lag der Zahlung der einzelnen Darlehenstranchen durch B ein sog. Finanzplankredit zugrunde. Dieser in § 4 des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Finanzplankredit war zum Zeitpunkt der Rückzahlung auch nicht wirksam aufgehoben worden. Aufgrund der daraus resultierenden Bindungswirkung für die Gesellschafterleistungen war die Rückzahlung des Darlehens an B i.H.v. 45.000,-- € unzulässig.

Ergebnis:

Folglich steht dem Insolvenzverwalter I gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog zu.

IV. Anspruch des I gegen B auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 135.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m § 4 des Gesellschaftsvertrages wegen Vereinbarung eines Finanzplankredits

Insolvenzverwalter I steht gegen B (wie gegen C – vgl. oben) ein Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 135.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m § 4 des Gesellschaftsvertrages zu.

V. Anspruch des I gegen B auf Rückzahlung des Darlehens gemäß § 143 Abs. 1 InsO wegen einer nach §§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO anfechtbaren Handlung

Insolvenzverwalter I könnte gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO zustehen.

1. Anfechtungserklärung nach § 129 Abs. 1 InsO

Wie bereits dargelegt müsste I gemäß § 129 Abs. 1 InsO die erforderliche Anfechtung erklären. Als anzufechtende Handlung kommt dabei die Rückzahlung des Darlehens durch die A & B GmbH an B i.H.v. 45.000,-- € in Betracht.

2. Benachteiligung der Insolvenzgläubiger

Des Weiteren lag hier auch eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger vor.

3. Vorliegen eines Anfechtungsgrundes

Weiterhin müsste ein Anfechtungsgrund nach den §§ 130 ff. InsO vorliegen.

a) Anfechtungsgrund nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Zunächst ist festzustellen, dass hier ein Anfechtungsgrund nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorliegt.

[Hinweis: Diesbezüglich kann hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.]

b) Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 1 InsO

Weiterhin sind hier auch die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO erfüllt.

Ein Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 1 InsO liegt vor.

c) Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO

Fraglich ist jedoch, ob hier ein Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO vorliegt.

Dann müsste es sich bei B um eine nahe stehende Person i.S.d. § 138 InsO handeln. Vorliegend handelt es sich bei dem Schuldner, also der A & B GmbH, um eine juristische Person, so dass sich der Begriff der „nahe stehenden Person“ nach § 138 Abs. 2 InsO bestimmt. Bei Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten nichtrechtsfähigen Vereinen gelten die Mitglieder von Vertretungs- und Aufsichtsorganen nach § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO als nahestehende Personen. Die A & B GmbH wird von A und B als Geschäftsführer geleitet. Demnach ist hier B als Geschäftsführer eine nahe stehende Per-

son i.S.d. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Er würde auch nach der zweiten Fallgruppe aufgrund einer Beteiligung von mehr als 25 % als nahe stehende Person gelten.

Angesichts der Tatsache, dass hier auch die weiteren Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 InsO erfüllt sind, liegt hier ein Anfechtungsgrund nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO.

Vorliegend sind die Anfechtungsgründe nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, nach § 133 Abs. 1 InsO und nach § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 InsO einschlägig.

Eine Anfechtung durch I ist damit zulässig.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht daher gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO zu.

C. Ansprüche des Insolvenzverwalters I gegen den Gesellschafter A

I. Ansprüche des I gegen A auf Zahlung des Darlehens

Hinsichtlich dieser Ansprüche besteht kein Unterschied gegenüber den Ansprüchen von I gegen B. I steht demnach gegen A ein Anspruch auf Rückzahlung des zurückgewährten Darlehens i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog wegen der Vereinbarung eines Finanzplankredits zu.

Des Weiteren besteht ein solcher Anspruch des I gegen A aus § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

Überdies hat der Insolvenzverwalter I gegen A einen Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 135.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftsvertrages.

II. Anspruch des I gegen A auf Nutzung des Grundstücks nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG in Verbindung mit einer Rechtsfortbildung extra legem hinsichtlich der Rechtsfolgen

Insolvenzverwalter I könnte gegen A ein Anspruch auf weitere Nutzung des Betriebsgrundstücks nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG in Verbindung mit einer Rechtsfortbildung extra legem hinsichtlich der Rechtsfolgen zustehen.

1. Nutzungsüberlassung nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG

Dies setzt voraus, dass die Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter A den Tatbestand des § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG erfüllt.

a) Nutzungsüberlassung als Rechtshandlung i.S.d. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob eine Nutzungsüberlassung die eigenkapitalersatzrechtlichen Bindungen gemäß § 32a GmbHG überhaupt nach sich ziehen kann. Mit hin ist fraglich, ob eine Vergleichbarkeit nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG zwischen einer Darlehensgewährung und einer Nutzungsüberlassung bestehen kann.

Zweifel diesbezüglich könnten sich daraus ergeben, dass die Darlehenssumme oder die mit ihr beschafften Wirtschaftsgüter als Eigentum der Gesellschaft deren Aktivvermögen vermehren, während eine Gebrauchsüberlassung diese Änderung der dinglichen Rechtslage nicht kennt (vgl. dazu - mit weiterführender Argumentation - *K. Schmidt*, GesellschaftsR, § 37 IV 3. b)).

Diese Zweifel wären jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die Fortsetzung der sanierungsreifen, kapitalbedürftigen Gesellschaft in der Krise durch andere Gesellschafterleistungen als solche, die ins Eigentum der Gesellschaft übergehen, nicht möglich wäre.

Zwar beseitigt die Gebrauchsüberlassung nicht eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit der GmbH; sie ermöglicht der GmbH aber den Fortbestand in einer Zeit, während der ein außen stehender Dritter ihr weder die Nutzung des Wirtschaftsguts noch einen Kredit zu dessen Ankauf zur Verfügung stellen würde. In einem solchen Fall verhindert der Gesellschafter durch die Gebrauchsüberlassung des benötigten Wirtschaftsguts die anderenfalls nicht abzuwendende Liquidation der Gesellschaft ebenso wirkungsvoll, wie wenn er dieser durch die darlehensweise Überlassung der erforderlichen Zahlungsmittel ermöglicht hätte, die Investition selbst durchzuführen.

Von der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit von Darlehen und Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG ist folglich auszugehen (BGHZ 109, 55; 121, 31; 127, 1; 127, 17 [21]; Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 32). (a.A. vertretbar)

b) Voraussetzungen für die Qualifizierung der Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz

Des Weiteren müsste die Gebrauchsüberlassung durch A die weiteren Voraussetzungen für die Qualifizierung der Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG erfüllen.

Die Erfordernisse für die Qualifizierung der Gebrauchs- bzw. Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz entsprechen grundsätzlich denjenigen für Darlehen nach § 32a Abs. 1 GmbHG (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 32a). Dabei tritt an die Stelle der „Kreditwürdigkeit“ das Kriterium der „Überlassungswürdigkeit“ (BGHZ 109, 55 [64], 121, 31 [39]).

Mithin müsste A der Gesellschaft das Grundstück zu einem Zeitpunkt zur Nutzung überlassen haben, als dies ein vernünftig handelnder Dritter, der sich an den üblichen Bonitätskriterien des betreffenden Marktes orientiert, nicht mehr getan und die Gesellschaft von dritter Seite kein Investitionsdarlehen mehr erhalten hätte, mit dem sie den betreffenden Gegenstand hätte erwerben und bezahlen können.

Nachdem bereits die wirtschaftliche Basis des Unternehmens entfallen war, hat A den Mietvertrag mit der Gesellschaft um 2 Jahre verlängert. Zu dieser Zeit hätte ein vernünftig handelnder Dritter der Gesellschaft ein Grundstück nicht mehr zur Nutzung überlassen. Man wird auch nicht davon ausgehen können, dass die Gesellschaft von dritter Seite ein Investitionsdarlehen erhalten hätte, mit welchen sie den betreffenden Gegenstand hätte erwerben können.

Folglich liegen hier die Voraussetzungen für die Qualifizierung der Nutzungsüberlassung durch A als Eigenkapitalersatz nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG vor. _

c) Rechtsfolge

Fraglich ist, welche Rechtsfolge eingreift, wenn davon auszugehen ist, dass die Gebrauchsüberlassung einem Darlehen i.S.v. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG entspricht.

Dies ist insbesondere deshalb umstritten, weil bei der Gebrauchsüberlassung anders als beim Darlehen das Eigentum an der zum Gebrauch überlassenen Sache beim Gesellschafter verbleibt.

Vertreten wird, die dingliche Zuordnung in der Weise zu durchbrechen, dass im Falle des Zusammenbruchs der Gesellschaft dem Gesellschafter der Anspruch auf Aussonderung gemäß § 47 InsO versagt und dem Insolvenzverwalter ein Verwertungsrecht gegeben wird (so *Braun* ZIP 1983, 1175 [1181]; *Schulze-Osterloh* ZGR 1983, 123 [142]; *Timm* JuS 1991, 738 [740]).

Andere wollen die Substanz der Sache in der Weise einbeziehen, dass sie der Gesellschaft ein Wertersatzanspruch in Höhe des Substanzwertes und dem Gesellschafter das Recht zuerkennen, sich durch Preisgabe der Sache an die Gesellschaft von dieser Ersatzpflicht zu befreien (so v. *Gerkan* GmbH 1986, 218 [233]; *Bäcker* ZIP 1989, 681 [691]; *Timm* aaO als Alternative).

Der BGH (BGHZ 127, 17 [24]; 127, 1 [12 f.]) und die h.M. in der Lit. (Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 59b; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 146 f.) lehnen jedoch beides ab. Eine in der Inanspruchnahme der Sachsubstanz liegende Durchbrechung der dinglichen Vermögenszuordnung findet in den gesetzlichen Kapitalersatzregeln keine Grundlage. Vielmehr sind diese allein auf die Bindung und Erhaltung von in der Krise gewährten bzw. belassenen Gesellschafterleistungen gerichtet und verhindern dementsprechend deren Abzug, verpflichten aber nicht zur Zuführung weiterer Mittel (BGHZ 127, 17 [27]). Dementsprechend ist der Gesellschafter nicht gehalten, der Gesellschaft über der von ihm gewährten Nutzung des Grundstücks hinaus dessen Substanzwert unmittelbar zur Verwertung oder mittelbar durch Wertersatz zukommen zu lassen.

Allein das Recht zur Nutzung und zum Gebrauch des überlassenen Gegenstandes ist bei der Nutzungsüberlassung Gegenstand der kapitalersetzenden Leistung des Gesellschafters; nur diesbezüglich entfalten die Kapitalersatzregeln Bindungswirkung.

In entsprechender Anwendung dieser Grundsätze würde dem Insolvenzverwalter I gegen A lediglich ein Nutzungsrecht bezüglich des Grundstücks zustehen.

Es stellt sich die Frage, für welchen Zeitraum diese Bindung besteht.

Man könnte annehmen, dass das Nutzungsrecht für die gesamte Dauer der Krise bzw. im Insolvenzfall bis zur vollständigen Gläubigerbefriedigung besteht.

Eine solche Sichtweise würde allerdings entgegen der h.M. zumindest bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern zur Inanspruchnahme der ganzen Sachsubstanz führen.

Insofern kann für die Dauer der Bindung des Nutzungsrecht allein die Parteivereinbarung maßgeblich sein (BGHZ 127, 1 [10]). Vorliegend wurde der Mietvertrag zwischen den Parteien für einen weiteren Monat verlängert.

Fraglich ist, ob diese vertragliche Vereinbarung hier wirksam und somit auch bindend ist.

Einer vertraglich vereinbarten zeitlichen Begrenzung ist nur insoweit eine Wirkung beizumessen, als sie ernstlich gewollt sowie sachlich begründet ist und ihrerseits nicht gegen das Kapitalersatzrecht verstößt (BGHZ 121, 31 [40]; 127, 1 [10]).

Zweifel diesbezüglich könnten sich daraus ergeben, dass hier der relativ kurze Zeitraum von einem Monat vereinbart worden ist. Gerade bei einem Mietverhältnis zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft über ein Betriebsgrundstück ist laut Sachverhalt eine Nutzungsdauer von fünf Jahren nicht unüblich.

Dieser Zeitraum ist vorliegend massiv unterboten worden, so dass die Befristung sich als rechtmisbräuchlich darstellt. Mithin entfaltet sie auch keine Bindungswirkung für den vorliegenden Fall.

Ist die vertragliche Vereinbarung – wie im vorliegenden Fall – unwirksam, so ist der Vertrag nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen (BGHZ 127, 1 [11]).

Wie bereits dargelegt ist eine Nutzungsdauer von fünf Jahren bei einer Grundstücksüberlassung durch den Gesellschafter nicht unüblich, so dass der Mietvertrag vorliegen gemäß einer ergänzenden Vertragsauslegung auf fünf Jahre befristet ist.

Das Nutzungsrecht des Insolvenzverwalters I nach § 32a Abs. 3 S.1 GmbHG in der Rechtsfolgenanwendung extra legem würde folglich für den Zeitraum von fünf Jahren bestehen.

2. Beschränkung des Nutzungsrechts durch Einsetzung der Zwangsverwaltung

Fraglich ist, ob das Nutzungsrecht des Insolvenzverwalters I durch die Einsetzung einer Zwangsverwaltung für das Grundstück des A beschränkt wird.

Wie sich aus den Vorschriften der §§ 57, 157 Abs. 2 ZVG ergibt, wird die Nutzung eines Grundstückes durch den vertraglich Berechtigten durch die Zwangsversteigerung bzw.

Zwangsverwaltung nicht berührt. Daher kann die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter die Grundstücksnutzung fortsetzen, auch wenn das Grundstück im Rahmen der Zwangsverwaltung beschlagnahmt wird (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 157).

Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Insolvenzverwalter I das Nutzungsentgelt für die Nutzungen entrichten muss.

Für die eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung entfällt der Anspruch des Gesellschafters auf Nutzungsentgelt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. BGH NJW 1993, 2179 [2180]; BGH NJW 1997, 3026 – insbesondere zum Miet- und Pachtzins).

Insofern könnte man annehmen, dass der Grundpfandrechtsgläubiger die kraft Gesetzes eintretenden Folgen des Kapitalersatzes in gleicher Weise hinzunehmen habe (*Gehrlein* NZG 1998, 845 [848]; *Heublein* ZIP 1998, 1899 [1902]).

Demnach bräuchte I im vorliegenden Fall den Mietzins nicht zu zahlen.

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass der Gesetzgeber mit den aufeinander abgestimmten Regelungen der §§ 1123 f. BGB und §§ 148, 152 Abs. 2 ZVG bereits Anordnungen getroffen hat, die die Interessen des Grundrechtspfandgläubigers wie diejenigen des Grundstückseigentümers zu einem gerechten Ausgleich bringen und zugleich den Mieter oder Pächter des Grundstücks davor bewahren, das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung doppelt entrichten zu müssen.

Diese Regelungen lassen sich auch auf den Fall der kapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung entsprechend übertragen (BGHZ 140, 147 [152]). Denn die Verstrickung der eigenkapitalersetzenden Grundstücksüberlassung lässt nicht den Miet- oder Pachtzinsanspruch des Gesellschafters entfallen, sondern verwehrt bloß dessen Durchsetzung (BGH GmbHR 1999, 177). Das entspricht im Grundpfandrecht der Situation, dass der Miet- oder Pachtzinsanspruch gestundet wird.

Folglich wird das Nutzungsentgelt für die Nutzung mit der Wirksamkeit des Beschlagnahmeentschlusses entsprechend der Norm § 1124 Abs. 2 BGB entsperrt, so dass der Zwangsverwalter für die Zukunft Nutzungsentgelt nach den vertraglichen Vereinbarungen verlangen kann (BGHZ 140, 147; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32a/b Rn. 156; Baumbach/Hueck - *Fastrich*, GmbHG, § 32a Rn. 59e).

Mithin müsste der Insolvenzverwalter I eine Monatsmiete von 7.000,-- € an den Zwangsverwalter des Grundstücks abführen.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht gegen A ein Anspruch auf Nutzung des Betriebsgrundstücks nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG in Verbindung mit einer Rechtsfortbildung extra legem hinsichtlich der Rechtsfolgen für die Dauer von 5 Jahren zu - wobei die Monatsmiete 7.000,-- € beträgt -.

III. Anspruch des I gegen A auf Rückzahlung des Mietzinses i.H.v. 7.000,-- € nach § 80 Abs.1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog

Insolvenzverwalter I könnte gegen A ein Anspruch auf Rückerstattung des bereits gezahlten Mietzinses nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog zustehen.

Dies würde allerdings voraussetzen, dass sich die Mietzahlung der A & B GmbH an A auf einen Zeitraum bezog, zu welchem die Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung zu Eigenkapital nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG bereits stattgefunden hatte. Wie sich aus § 579 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB ergibt, ist die Miete für ein Grundstück am Ende des jeweils vereinbarten Zeitabschnitts zu entrichten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkt im Sachverhalt ist vorliegend davon auszugehen, dass sich die Mietzinszahlung der A & B GmbH an A auf den vergangenen Monat bezog. Zu dieser Zeit waren die Voraussetzungen einer Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG nicht erfüllt.

Ergebnis:

Insolvenzverwalter I steht gegen A kein Anspruch auf Rückerstattung des bereits gezahlten Mietzinses nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog zu.

[Hinweis: Ein Insolvenzanfechtungsanspruch liegt ebenfalls nicht vor.]

Gesamtergebnis:

Insolvenzverwalter I steht gegen C ein Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 10.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog wegen der Vereinbarung eines Finanzplankredits zu.

Ein solcher Anspruch ergibt sich ferner aus § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. § 131 Abs. 1 Nr. 1 und § 133 Abs. 1 InsO i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO.

Überdies hat I gegen C wegen der Vereinbarung des Finanzplankredits einen Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 30.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftsvertrages.

Gegen B steht dem Insolvenzverwalter aufgrund des Finanzplans sowohl ein Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 45.000,-- € gemäß § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog bzw. gemäß § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO als auch ein Anspruch auf Zahlung der restlichen Darlehenstranchen i.H.v. 135.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftsvertrages zu.

Aufgrund des Finanzplans steht Insolvenzverwalter I gegen A ein Rückzahlungsanspruch i.H.v. 45.000,-- € nach § 80 Abs. 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 GmbHG analog zu.

Ein solcher Anspruch ergibt sich ferner aus § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 133 Abs. 1 InsO und § 133 Abs. 2 InsO i.V.m. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

I steht gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 135.000,-- € nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 4 des Gesellschaftsvertrages zu.

Schließlich hat I gegen A auch einen Anspruch auf Nutzung des Betriebsgrundstücks für die Dauer von 5 Jahren nach § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG in Verbindung mit einer Rechtsfortbildung extra legem hinsichtlich der Rechtsfolgen – wobei die Monatsmiete 7.000,-- € beträgt.