



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 106/10

vom

31. Mai 2011

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 32b aF, § 31 Abs. 5; InsO § 146

Der Anspruch auf Erstattung des Wertes einer Gesellschaftersicherheit nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln verjährt gemäß § 31 Abs. 5 GmbHG in fünf Jahren. Auf diesen Anspruch ist § 146 InsO auch dann nicht anwendbar, wenn zugleich der Tatbestand des § 32b GmbHG aF erfüllt ist.

BGH, Beschluss vom 31. Mai 2011 - II ZR 106/10 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 31. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 26. Mai 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 157.071,32 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die Beschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung der Überschuldung der M. Bauunternehmen GmbH & Co. KG (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt.
- 2 1. Noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auf den Fall §§ 32a, 32b GmbHG aF und die so genannten Rechtsprechungs-

regeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zur Anwendung kommen, weil das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008 eröffnet worden ist (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 9 ff. - Gut Buschow). Nach diesen Regeln wird eine Sicherheit für eine Gesellschaftsverbindlichkeit u.a. dann wie Eigenkapital behandelt, wenn der Gesellschafter diese Sicherheit außerhalb einer Krise bestellt hat und bei Eintritt der Krise weder entzieht, obwohl dies möglich ist, noch die Gesellschaft in die Liquidation führt. Eine Krise in diesem Sinne liegt vor, wenn die Gesellschaft insolvenzreif oder kreditunwürdig ist (BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21). Bei einer GmbH & Co. KG - wie hier - gilt gemäß § 172a HGB dasselbe, wenn ein Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder ein Kommanditist eine Sicherheit zugunsten der Kommanditgesellschaft bestellt (BGH, Urteil vom 27. September 1976 - II ZR 162/75, BGHZ 67, 171, 182 f.; Urteil vom 13. Juli 1981 - II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 255 ff.).

3 2. Das Berufungsgericht hat jedoch jedenfalls bei seiner Annahme, eine Insolvenzzreife in Form einer Überschuldung könne nicht festgestellt werden, Vortrag des Klägers außer Acht gelassen.

4 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats trägt der Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast für den objektiven Tatbestand einer haftungsbegründenden Insolvenzzerschleppung und damit auch für die Überschuldung der Gesellschaft. Für die Feststellung, dass die Gesellschaft insolvenzrechtlich überschuldet ist, bedarf es grundsätzlich der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz, in der die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerten auszuweisen sind. Hingegen kommt einer Handelsbilanz für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich

indizielle Bedeutung zu. Legt der Anspruchsteller für seine Behauptung, die Gesellschaft sei überschuldet gewesen, nur eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt, hat er jedenfalls die Ansätze dieser Bilanz darauf zu überprüfen und zu erläutern, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind. Ist der Anspruchsteller diesen Anforderungen nachgekommen, ist es Sache des beklagten Gesellschafters, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (BGH, Urteil vom 15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 33 m.w.N. für den vergleichbaren Fall des Geschäftsführers).

5 Danach reicht der Vortrag des Klägers hier aus, um eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne darzulegen. Der Kläger hat eine - von ihm gefertigte - Handelsbilanz zum 31. Dezember 2003 vorgelegt. Weiter hat er sowohl in der Klageschrift als auch später behauptet, es seien bei der Insolvenzschuldnerin keine stillen Reserven vorhanden gewesen.

6 Die vom Kläger erstellte Handelsbilanz weist allerdings die rechnerische Überschuldung nicht offen aus. Die Gesellschafterdarlehen in Höhe von rund 1,5 Mio. € sind unzutreffend auf der Aktivseite gebucht. Richtig müssen sie entweder auf der Passivseite aufgeführt werden oder - bei einem qualifizierten Rangrücktritt - bei der Feststellung der Überschuldung unberücksichtigt bleiben. In beiden Fällen ist das bereinigte Aktivvermögen aber geringer als die Summe der Verbindlichkeiten und Rückstellungen. Es liegt also eine rechnerische Überschuldung vor.

7 3. Der Verfahrensfehler des Berufungsgerichts ist auch entscheidungs-
erheblich.

8 a) Für die Annahme einer Überschuldung kommt es hier nicht darauf an,
ob eine Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend
wahrscheinlich war. Davon hängt nach § 19 Abs. 2 InsO in der bis zum
17. Oktober 2008 geltenden und hier zur Anwendung kommenden Fassung nur
ab, ob die rechnerische Überschuldung anhand der Fortführungs- oder der Li-
quidationswerte zu ermitteln ist. Der Kläger hat eine Handelsbilanz vorgelegt,
also Fortführungswerte zugrunde gelegt. Da diese regelmäßig höher sind als
die Liquidationswerte, ist damit die Überschuldung unabhängig von der Fortfüh-
rungsprognose dargelegt.

9 Im Übrigen obliegt dem in Anspruch genommenen Gesellschafter, die
Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unter-
nehmen trotz der rechnerischen Überschuldung fortzuführen (BGH, Urteil vom
15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 31). Dieser Darlegungslast,
deren Erfüllung eine umfassende Einschätzung der Unternehmenslage voraus-
setzt (vgl. zu den Substantiierungsanforderungen BGH, Urteil vom 18. Oktober
2010 - II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400 Rn. 13 - Fleischgroßhandel), ist die Be-
klagte nicht nachgekommen.

10 b) Dass die Beklagte als Mehrheitsgesellschafterin der Komplementär-
GmbH die Insolvenzreife zumindest hätte erkennen können, ist ohne weiteres
anzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1995 - II ZR 128/94,
ZIP 1996, 273, 275).

11 c) Weiter müsste die Beklagte die Möglichkeit gehabt haben, in der Zeit zwischen dem 1. Januar 2004, als Insolvenzreife eintrat, und dem 20. Februar 2004, als der Insolvenzantrag gestellt wurde, die Grundschuld an ihrem Grundstück zu "kündigen" oder die Kommanditgesellschaft in die Liquidation zu führen. Eine Kündigungsmöglichkeit ist nicht festgestellt und erscheint auch fern liegend. Die Beklagte hätte aber durch Geltendmachen ihres Freistellungsanspruchs oder durch Anweisung an die GmbH-Geschäftsführer darauf dringen können, dass ein Insolvenzantrag gestellt wird. Dazu hatte sie auch eine ausreichend lange Überlegungszeit, nämlich mehr als die insoweit anzusetzenden höchstens drei Wochen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1995 - II ZR 128/94, ZIP 1996, 273, 275).

12 d) Der Erstattungsanspruch ist nicht verjährt.

13 Dabei kann offen bleiben, ob die für den Anspruch aus § 32b GmbHG geltende zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 146 Abs. 1 InsO in der bis zum 14. Dezember 2004 anzuwendenden Fassung i.V.m. § 32b Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG aF abgelaufen ist (für einen Verjährungsbeginn erst nach Insolvenzeröffnung bei - wie hier - Verwertung der Gesellschaftssicherheiten erst während des Insolvenzverfahrens: von Gerkan, Festschrift Ulmer, 2003, S. 1293, 1301 f.). Denn jedenfalls der parallele Anspruch nach den so genannten Rechtsprechungsregeln verjährt in entsprechender Anwendung des § 31 Abs. 5 GmbHG in fünf Jahren. Insoweit findet § 146 InsO keine Anwendung (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rn. 84; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. § 32b aF Rn. 5 f.; ebenso für die Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 KO: BGH, Urteil vom 20. September 1993

- II ZR 151/92, BGHZ 123, 289, 294; Beschluss vom 20. Dezember 1993
- II ZR 94/93, ZIP 1994, 31).

14 Die fünfjährige Verjährungsfrist hat mit dem Freiwerden des Grundstücks der Beklagten aufgrund der Verwertung der Gesellschaftssicherheiten in der Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. April 2004 begonnen und ist durch die Klageerhebung am 17. Januar 2009 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 11.08.2009 - 4 HKO 191/08 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 26.05.2010 - 1 U 1065/09 -