



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

II ZR 39/12

Verkündet am:  
24. September 2013  
Stoll  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 13. Januar 2012 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Verwalterin in dem am 25. Januar 2006 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. mbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Gesellschaft wurde vom Vater des Beklagten gegründet. Im Jahr 1989 wurden die (frühere) Ehefrau des Beklagten A. L. und seine am 11. September 1980 geborene Tochter A. M. L. - zunächst zusätzliche - Gesellschafter. Derzeit ist die F. Management- und Beteiligungs-GmbH alleinige Gesellschafterin.

Deren Anteile werden von der (früheren) Ehefrau des Beklagten, seiner Tochter und einer dritten Person zu gleichen Teilen gehalten.

- 2 Der Beklagte beteiligte sich gemäß Vertrag vom 13. Januar 1989 als stiller Gesellschafter an der Schuldnerin. Er leistete Einlagen in Höhe von zusammen 15,2 Mio. DM. Nach dem stillen Gesellschaftsvertrag standen ihm 90 %, ab dem 1. Januar 1991 95 % des Gewinns der Schuldnerin zu. Für etwaige Verluste hatte er in demselben Umfang einzustehen. Der Beklagte sollte nach dem Vertrag nur die gesetzlich vorgesehenen Kontrollrechte eines stillen Gesellschafters haben. Er war von 1989 bis 1995 zugleich Bevollmächtigter der Gesellschafter und bis zum 11. September 1998 - neben seiner Ehefrau - gesetzlicher Vertreter seiner Tochter. Die stille Gesellschaft wurde zum 31. Dezember 1998 beendet. Eine vereinbarte Abfindung wurde dem Beklagten nicht ausgezahlt.
- 3 Der Beklagte unterstützte die Schuldnerin auch mit Darlehen, die er ihr in der Zeit von 1989 bis 1992 in Höhe von insgesamt 9,95 Mio. DM gewährte. Am 8. April 1992 wurde eine Verzinsung dieser Darlehen vereinbart. Am 7. Dezember 1999 zahlte die Schuldnerin 1.519.650,45 DM = 776.984,91 € Zinsen an den Beklagten.
- 4 Die Klägerin und ihr Streithelfer - der frühere Geschäftsführer der Schuldnerin - verlangen Rückzahlung dieses Betrages nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts.
- 5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben werden.

7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Beklagte sei gemäß §§ 30, 31 GmbHG (a.F.) zur Rückzahlung der erhaltenen Zinsen verpflichtet.

9 Auszahlungen an Gesellschafter seien verboten, wenn dadurch eine Unterbilanz herbeigeführt oder vertieft werde. Das sei bei der Zinszahlung der Fall gewesen. Zum Zeitpunkt der Auszahlung am 7. Dezember 1999 habe ausweislich des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 1999, ebenso wie schon nach dem Jahresabschluss zum 31. Dezember 1998, eine Unterbilanz vorgelegen. Der vom Beklagten erklärte Rangrücktritt ändere daran nichts. Auch sei die Abschreibung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen die V. GmbH nicht zu beanstanden, da diese Gesellschaft als zahlungsunfähig habe angesehen werden können.

10 Der Beklagte sei zwar noch nicht wegen seines Eheverhältnisses mit der Gesellschafterin A. L. wie ein Gesellschafter zu behandeln. Die für Gesellschafter geltenden Regeln seien aber wegen der Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses und seiner Vertretungsmacht für die Gesellschafterinnen auf den Beklagten anwendbar. Er sei danach als atypischer stiller Gesellschafter anzusehen. Angesichts der vereinbarten Beteiligung am Gewinn und Verlust hätten ihm die wesentlichen Ergebnisse der Schuldnerin zugestan-

den. Auch habe er zum maßgeblichen Zeitpunkt der Begründung des Zinsanspruchs aufgrund seiner Bevollmächtigung und seiner gesetzlichen Vertretungsmacht auf die Geschicke der Schuldnerin entscheidenden Einfluss nehmen können.

11 Die Klageforderung sei nicht verjährt. Denn dem Beklagten sei eine bössliche Handlungsweise vorzuwerfen. Damit habe nach § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung eine 30-jährige Verjährungsfrist gegolten, die zum 15. Dezember 2004 durch eine 10-jährige Frist abgelöst worden sei. Die Verjährung sei danach durch die Klageerhebung am 6. April 2009 gehemmt worden.

12 Für eine bössliche Handlungsweise genüge es, dass sich der Gesellschafter einer möglichen Erkenntnis der Unzulässigkeit seiner Entnahme verschließe. Das sei hier aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme anzunehmen. Der Beklagte habe als Vertreter seiner Tochter den Jahresabschluss zum 31. Dezember 1997 festgestellt, aus dem sich ein Eigenkapital in Höhe von 474.000 DM ergeben habe. Er habe gewusst, dass wegen der Forderung gegen die V. GmbH in Höhe von restlichen 1,8 Mio. DM nachfolgend ein Abschreibungsbedarf entstanden sei. Damit habe sich ihm der Eindruck aufdrängen müssen, dass bei der Auszahlung an ihn eine Unterbilanz bestanden habe, zumal die Gesellschaft kein operatives Geschäft mehr betrieben habe, sondern nur noch zu Abschreibungszwecken weitergeführt worden sei.

13 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Kontrolle nicht stand.

14 1. Da der Beklagte einen Anspruch gegen die Schuldnerin auf Zahlung der Zinsen in Höhe von 776.984,91 € hatte und nicht festgestellt ist, dass die Höhe des Zinssatzes das marktübliche Maß überschreitet, sind auf den vorliegenden Sachverhalt die §§ 30, 31 GmbHG nicht unmittelbar, sondern nur ana-

log nach den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln des Eigenkapitalersatzes anwendbar. Auch in zeitlicher Hinsicht kommen diese Regeln zu Anwendung. Denn das Insolvenzverfahren ist vor dem 1. November 2008 eröffnet worden, so dass gemäß Art. 103d Satz 1 EGVinsO das bis dahin geltende Recht maßgeblich ist.

15           2. Danach darf die Gesellschaft an einen Gesellschafter oder einen diesem gleichstehenden Dritten kein Darlehen, das ihr in einer Krise gewährt worden ist, oder eine ähnliche Finanzierungshilfe zurückzahlen oder Zinsen darauf zahlen, es sei denn, die Krise ist nachhaltig beseitigt worden. Das Gleiche gilt, wenn die Finanzierungshilfe zwar nicht in einer Krise gewährt, wohl aber in der Krise "stehengelassen" worden ist, obwohl der Gesellschafter oder die ihm gleichgestellte Person die Finanzierungshilfe hätte abziehen oder die Gesellschaft zur Liquidation hätte veranlassen können (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 35 f.). Verstößt die Gesellschaft gegen diese Regeln, ist der Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet.

16           a) Der Beklagte ist nach § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. Normadressat dieser Regeln.

17           aa) Das ergibt sich allerdings nicht schon aus dem Umstand, dass er mit der Gesellschafterin A. L. verheiratet war.

18           Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, folgt daraus noch nicht, dass die Ehepartner hinsichtlich ihrer Finanzierungsleistungen wie eine wirtschaftliche Einheit anzusehen wären (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2000 - II ZR 21/99, ZIP 2000, 1489, 1490; Urteil vom 14. Juni 1993 - II ZR 252/92, ZIP 1993, 1072, 1073; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 30 Anh, Rn. 123; ebenso BGH, Urteil vom 12. April 2011 - II ZR 17/10, ZIP 2011, 1101 Rn. 15 für die Kapitalaufbringung). Dazu müssen vielmehr weitere Um-

stände hinzutreten, die das Berufungsgericht, sieht man von der dem Beklagten erteilten Vollmacht ab, nicht festgestellt hat. Die Beteiligung als stiller Gesellschafter reicht insoweit nicht aus.

19           bb) Die Normadressateneigenschaft des Beklagten ergibt sich jedoch aus seiner stillen Beteiligung und der ihm von seiner (damaligen) Ehefrau erteilten Vollmacht. Damit stand er - bei der gegebenen hohen Gewinnbeteiligung - jedenfalls bis zum Widerruf der Vollmacht am 7. Juni 1995 einem GmbH-Gesellschafter wirtschaftlich gleich.

20           Allerdings fallen stille Gesellschafter grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln (BGH, Urteil vom 21. März 1983 - II ZR 139/82, ZIP 1983, 561). Das ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats aber dann anders, wenn der - atypische - stille Gesellschafter aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses hinsichtlich seiner vermögensmäßigen Beteiligung und seines Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft weitgehend einem GmbH-Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urteil vom 7. November 1988 - II ZR 46/88, BGHZ 106, 7, 10; Urteil vom 13. Februar 2006 - II ZR 62/04, ZIP 2006, 703 Rn. 24).

21           Das hat das Berufungsgericht - jedenfalls für den Zeitraum bis zum Widerruf der Vollmacht - rechtsfehlerfrei angenommen. Der Beklagte war nach den Bestimmungen des stillen Gesellschaftsvertrages zwar nicht am Vermögen, wohl aber ganz überwiegend, nämlich zu 95 %, am Gewinn und Verlust der Schuldnerin beteiligt. Er hatte zudem die Möglichkeit, aufgrund der ihm von seiner Ehefrau erteilten Vollmacht und seiner gesetzlichen Vertretungsmacht hinsichtlich seiner Tochter die Rechte der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung der Schuldnerin in vollem Umfang auszuüben.

- 22 Dass sich seine Einflussmöglichkeiten nicht aus dem stillen Gesellschaftsvertrag ergaben, sondern aus den daneben bestehenden Vertretungsverhältnissen, steht dem nicht entgegen. Die Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln kann nicht davon abhängen, ob dem stillen Gesellschafter eine Einflussmöglichkeit im stillen Gesellschaftsvertrag eingeräumt wird oder ob die Beteiligten das gleiche Ergebnis über eine Bevollmächtigung erreichen. Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er als Vertreter nur die Interessen der Vertretenen zu verfolgen gehabt habe, nicht aber seine eigenen Interessen. Denn die Entscheidung, was jeweils den Interessen der vertretenen Gesellschafterinnen entsprach, oblag ihm. Im Übrigen ist angesichts der hohen Finanzierungsleistungen des Beklagten und seines hohen Anteils am Gewinn und Verlust der Gesellschaft davon auszugehen, dass die Ehefrau bis zum Widerruf der Vollmacht im Jahr 1995 keine eigenständigen, von denen des Beklagten abweichenden Interessen verfolgt hat. Auch der Umstand, dass die Ehefrau ihre Vollmacht jederzeit widerrufen konnte, ändert daran nichts (vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2006 - II ZR 62/04, ZIP 2006, 703 Rn. 26).
- 23 b) Das Berufungsgericht hat aber nicht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Schuldnerin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Widerrufs der Vollmacht des Beklagten in einer Krise war.
- 24 aa) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, können nach diesem Zeitpunkt erbrachte Zahlungen unabhängig von der dann bestehenden Vermögenslage der Gesellschaft nur dann unter die Beschränkungen der Eigenkapitalersatzregeln fallen, wenn die Krise der Gesellschaft schon zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestanden hat. Für Verschlechterungen danach haftet der ausgeschiedene Gesellschafter nicht (BGH, Urteil vom 29. September 1977 - II ZR 157/76, BGHZ 69, 274, 280 f.). Das gilt für einen Dritten, der einem Ge-



sellschafter wirtschaftlich gleichsteht, sinngemäß. Er unterliegt den Eigenkapitalersatzregeln nur dann, wenn die Krise vor dem Zeitpunkt, zu dem die für eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter maßgebenden Umstände weggefallen sind, bereits bestand. Für den Beklagten ist danach maßgeblicher Zeitpunkt der des Widerrufs der Vollmacht seiner Ehefrau am 7. Juni 1995, weil damit sein Einfluss auf die Geschicke der Schuldnerin auf das für einen typischen stillen Gesellschafter geltende Maß reduziert worden ist. Die noch bis zum 11. September 1998 andauernde gesetzliche Vertretung seiner Tochter änderte daran nichts, da er insoweit auf ein Einvernehmen mit seiner Ehefrau angewiesen war.

25           bb) Es ist nicht festgestellt, dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt des Widerrufs der Vollmacht, dem 7. Juni 1995, in einer Krise war.

26           Das Berufungsgericht hat entscheidend darauf abgestellt, dass bei der Schuldnerin im Zeitpunkt der Auszahlung der Zinsen eine Unterbilanz bestanden habe. Darauf kommt es jedoch schon deshalb nicht an, weil nicht auf die Auszahlung, sondern den Zeitpunkt des Widerrufs der Vollmacht abzustellen ist. Im Übrigen greifen die Regeln über den Eigenkapitalersatz nur dann ein, wenn die Gesellschaft in der Krise, also insolvenzreif oder kreditunwürdig ist.

27           (1) Eine Insolvenzzreife kommt hier allein in Form einer Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 1 InsO in Betracht. Auch dazu hat das Berufungsgericht aber keine Feststellungen getroffen. Es hat lediglich ausgeführt, es sei zum 31. Dezember 1998 wie auch zum 31. Dezember 1999 vom Vorliegen einer Unterbilanz "und damit einer Überschuldung der Gesellschaft auszugehen". Eine Unterbilanz reicht indes nicht aus, um eine Überschuldung zu begründen. Die Unterbilanz ergibt sich aus der Handelsbilanz, eine Überschuldung dagegen aus der nach anderen Regeln aufzustellenden Überschuldungsbilanz.

28 Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Überschuldung grundsätzlich durch Vorlage einer Überschuldungsbilanz darzulegen. Darin sind die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerten auszuweisen. Die Handelsbilanz hat zwar eine indizielle Bedeutung. Legt der Insolvenzverwalter eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt - wie hier vom Berufungsgericht festgestellt -, so kann das auf eine auch insolvenzrechtliche Überschuldung hindeuten. Der Insolvenzverwalter hat aber die Ansätze dieser Bilanz daraufhin zu überprüfen und zu erläutern, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige daraus nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind (BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 267 f.; Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807; Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 10). Das gilt insbesondere für eine Gesellschaft, deren Vermögen - wie hier - zu einem großen Teil aus einem Grundstück besteht, so dass mit dem Vorhandensein stiller Reserven zu rechnen ist.

29 (2) Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig.

30 Auch zum Merkmal der Kreditunwürdigkeit - als alternative Voraussetzung einer Krise - hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Eine Kreditunwürdigkeit ergibt sich auch nicht aus den sonstigen Umständen des Falles.

31 Kreditunwürdig ist die Gesellschaft, wenn sie im Zeitpunkt der Leistung des Gesellschafters von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und ohne die Leistung des Gesellschafters hätte liquidiert werden müssen (BGH, Urteil vom 24. März 1980 - II ZR 213/77,

BGHZ 76, 326, 330; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21). Kreditunwürdigkeit liegt danach insbesondere vor, wenn die Gesellschaft den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken kann (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1996 - II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501, 503).

32           Dafür liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, dass die Schuldnerin kein operatives Geschäft mehr betrieben habe. Das allein reicht aber nicht aus für die Annahme, sie habe ihren etwaigen Kreditbedarf nicht auch am freien Markt decken können.

33           III. Für den Fall, dass das Berufungsgericht in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung zu dem Ergebnis kommt, die Schuldnerin sei schon vor dem Widerruf der Vollmacht des Beklagten im Jahr 1995 in eine Krise im Sinne des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. geraten und diese Krise habe zum Zeitpunkt der Zinszahlung noch angedauert, weist der Senat auf Folgendes hin:

34           1. Der Gesellschafter oder die ihm gleichgestellte Person - hier der Beklagte - erfüllt die subjektiven Voraussetzungen für eine Umqualifizierung seiner Zinsforderung in haftendes Eigenkapital, wenn für ihn erkennbar ist, dass die Gesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt in eine Krise geraten ist. An die Möglichkeit, die Krise erkennen zu können, sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Vielmehr ist die Erkennbarkeit prinzipiell als gegeben anzusehen. Der für die Finanzierung der Gesellschaft Verantwortliche muss von sich aus sicherstellen, dass er laufend über die wirtschaftliche Lage, insbesondere den eventuellen Eintritt der Krise informiert ist (BGH, Urteil vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, ZIP 2004, 1049, 1053).

35           2. Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist nach Art. 229 § 12 Abs. 2 Satz 1 EGBGB - nur - dann nicht verjährt, wenn dem Beklagten eine "böbliche

Handlungsweise" im Sinne des § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG in der bis zum 14. Dezember 2004 geltenden Fassung vorzuwerfen ist (vgl. Scholz/Verse, GmbHG, 11. Aufl., § 31 Rn. 79 f.).

36 Eine böbliche Handlungsweise liegt bei einer gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen dann vor, wenn der Gesellschafter die Auszahlung in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit entgegennimmt, also weiß, dass bereits eine Unterbilanz besteht oder dass infolge der Auszahlung das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nunmehr angegriffen wird (BGH, Urteil vom 29. September 2008 - II ZR 234/07, ZIP 2008, 2217 Rn. 23; ebenso Urteil vom 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, ZIP 1987, 1113, 1115; Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 30/94, ZIP 1995, 736, 737 f.; Urteil vom 23. Juni 1997 - II ZR 220/95, BGHZ 136, 125, 131; Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 52/10, ZIP 2013, 894 Rn. 29). Übertragen auf die analoge Anwendung der §§ 30 f. GmbHG nach den Regeln des Eigenkapitalersatzes muss dem Empfänger der Darlehensrück- oder -zinszahlung bewusst sein, dass die Zahlung gegen die Eigenkapitalersatzregeln verstößt, er also Normadressat dieser Regeln ist und das Darlehen in der Krise gewährt oder stehengelassen hat. Dabei reicht es aus, dass der Empfänger die Möglichkeit eines Verstoßes erkennt und sich weiterer Erkenntnismöglichkeiten verschließt (BGH, Urteil vom 29. September 2008 - II ZR 234/07, ZIP 2008, 2217 Rn. 23). Maßgebend für diese Erkenntnismöglichkeiten ist der Wissensstand des Empfängers zum Zeitpunkt der Zahlung. Er muss danach bei einer Fallgestaltung wie der vorliegend zu beurteilenden wissen - oder sich der Erkenntnismöglichkeit verschließen -, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Wegfalls der Umstände, die zu seiner Gleichstellung mit einem Gesellschafter geführt haben, (noch) in der Krise war. Damit treffen den Empfänger, anders als das Berufungsgericht meint, keine zusätzlichen Informationspflichten hinsichtlich der Zeit, in der er nicht mehr ei-

nem Gesellschafter gleichgestellt ist. Er muss sich lediglich die ihm bekannt oder jedenfalls offenbar gewordenen Umstände anrechnen lassen.

Bergmann

Strohn

Reichart

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 11.11.2009 - 417 O 206/08 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.01.2012 - 11 U 248/09 -