



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 246/15

Verkündet am:
23. Januar 2018
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

GmbHG § 32a Abs. 3 Satz 1 aF

Hat der Gesellschafter der Gesellschaft bereits eine Gesellschafterhilfe als Darlehen gewährt, kommt es für die Umqualifizierung in eine eigenkapitalersetzende Leistung nach dem früheren Eigenkapitalersatzrecht wegen einer Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft nicht darauf an, ob ein zusätzlicher Kreditbedarf der Gesellschaft bestand, um den Geschäftsbetrieb fortführen bzw. wiederaufnehmen zu können, sondern darauf, ob die Gesellschaft sich den bereits vom Gesellschafter gewährten Kredit aus eigener Kraft hätte beschaffen können.

BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - II ZR 246/15 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und ihres Nebenintervenienten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. Juli 2015 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). Alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin ist die F. Beteiligungs-GmbH. Deren Anteile werden von der früheren Ehefrau des Beklagten, seiner Tochter und einer dritten Gesellschafterin 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 insgesamt 15,2 Mio. DM, davon am 14. Juni 1995 einen Betrag in Höhe von 2,7 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. Nach dem Gesellschaftsvertrag sollte der Beklagte die gesetzlich vorgesehenen Kontrollrechte eines stillen Gesellschafters haben. Er war seit 1989 auch Bevollmächtigter der Gesellschafter. Seine Vollmacht wurde am 7. Juni 1995 widerrufen. 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. Die Schuldnerin zahlte am 7. Dezember 1999 1.519.650,45 DM = 776.984,91 € Zinsen an den Beklagten.

- 4 Die Klägerin und ihr Nebenintervenient - der frühere Geschäftsführer der Schuldnerin - verlangen die Rückzahlung dieses Betrags nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts.

- 5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Auf die Revision des Beklagten hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 24. September 2012 (II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

- 6 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage

abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin und ihres Nebenintervenienten.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin und ihres Nebenintervenienten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur erneuten Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Rückzahlung der Zinsen gemäß §§ 30, 31 GmbHG aF analog zu. Die Schuldnerin sei zu dem maßgeblichen Zeitpunkt, dem Widerruf der Vollmacht am 7. Juni 1995 und damit der Beendigung der einem GmbH-Gesellschafter ähnlichen Stellung des Beklagten, nicht insolvenzreif gewesen. Weder habe eine Überschuldung noch eine Kreditunwürdigkeit der Schuldnerin vorgelegen.

10 Die Überschuldung sei nach dem zweistufigen Überschuldungsbegriff zu beurteilen. Dabei könne dahinstehen, ob die Schuldnerin zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich rechnerisch überschuldet gewesen sei, denn in jedem Fall habe eine positive Fortführungsprognose bestanden. Der Vorlage eines formellen Finanzplans habe es nicht bedurft, da sich aus den gesamten Umständen das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose ersehen lasse.

11 Die Schuldnerin sei auch nicht kreditunwürdig gewesen. Weder die Klägerin noch ihr Nebenintervenient hätten vorgetragen, dass die Schuldnerin am 7. Juni 1995, insbesondere angesichts der wenige Tage später am 14. Juni

1995 erbrachten Einlage des Beklagten in Höhe von 2,7 Mio. DM, überhaupt einen Kreditbedarf besessen habe. Auch wenn die Schuldnerin als GmbH eine eigene Rechtspersönlichkeit sei, so habe letztlich der Beklagte mit seinem Vermögen hinter der Gesellschaft gestanden und sei zur Stellung von Sicherheiten bereit gewesen. Der Annahme der Kreditwürdigkeit stehe auch nicht entgegen, dass die Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt gerade erst mit der Aufnahme einer neuen Geschäftstätigkeit begonnen habe.

12 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Kreditwürdigkeit der Schuldnerin bejaht.

13 1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für die Feststellung der Kreditwürdigkeit der Schuldnerin am 7. Juni 1995 verkannt.

14 a) Der Beklagte ist nach § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF Normadressat der eigenkapitalersetzenden Regelungen, wie der Bundesgerichtshof bereits im ersten Revisionsverfahren entschieden hat (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2012 - II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 Rn. 16, 19 ff.). Das ergibt sich aus der stillen Beteiligung und der dem Beklagten von seiner damaligen Ehefrau erteilten Vollmacht. Zwar fallen stille Gesellschafter grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln. Das ist 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. 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. Damit stand der Beklagte jedenfalls bis zum Widerruf der Vollmacht am 7. Juni 1995 einem GmbH-Gesellschafter wirtschaftlich gleich.

- 15 b) Eine Gesellschafterleistung wirkt eigenkapitalersetzend, wenn der Gesellschafter eine außerhalb der Krise gewährte Leistung bei Eintritt der Krise weder entzieht, obwohl dies möglich ist, noch die Gesellschaft in die Liquidation führt. Eine Krise liegt vor, wenn die Gesellschaft insolvenzreif oder kreditunwürdig ist (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 9 und 24 - Gut Buschow; Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 332/05, ZIP 2006, 996 Rn. 7 mwN). 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). Die Frage der Kreditwürdigkeit ist immer im Hinblick auf die konkrete Gesellschafterhilfe zu beurteilen, um deren eigenkapitalersetzenden Charakter es geht (BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 212). Es kommt darauf an, ob die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, sich den mit den Darlehenszahlungen des Gesellschafters verbundenen und bei Eintritt der Krise stehen gelassenen Kredit, der zur Wiederaufnahme und Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich war, aus eigener Kraft zu beschaffen (BGH, Urteil vom 28. November 1994 - II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 25). Bei dem Merkmal der Kreditunwürdigkeit geht es gerade darum festzustellen, ob die Gesellschaft einen zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken kann und deshalb liquidiert werden müsste, wenn nicht der Gesellschafter mit seiner Leistung einspringt oder eingesprungen wäre (BGH, Urteil vom 24. September 2013

- II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 Rn. 31; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 18/10, ZIP 2011, 2253 Rn. 15; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21; Urteil vom 2. Dezember 1996 - II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501, 503; Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 206).

16 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich danach Kreditunwürdigkeit nicht bereits damit verneinen, dass die Klägerin und der Nebenintervenient nicht vorgetragen hätten, dass die Schuldnerin am 7. Juni 1995, insbesondere angesichts der wenige Tage später am 14. Juni 1995 erbrachten Einlage des Beklagten in Höhe von 2,7 Mio. DM, überhaupt einen Kreditbedarf besessen habe. Wurde bereits eine Gesellschafterhilfe als Darlehen gewährt, kommt es entgegen dem Missverständnis des Berufungsgerichts für die Umqualifizierung in eine eigenkapitalersetzende Leistung nicht darauf an, ob ein zusätzlicher Kreditbedarf der Gesellschaft bestand, um den Geschäftsbetrieb fortführen bzw. wiederaufnehmen zu können, sondern darauf, ob die Schuldnerin sich den stehen gelassenen Kredit aus eigener Kraft hätte beschaffen können. Dass die Schuldnerin Kreditbedarf im vorgenannten Sinn hatte, zeigt sich schon daran, dass ihr der Beklagte bis zum 7. Juni 1995 Darlehen in Höhe von 9,95 Mio. DM gewährt hatte.

17 bb) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts lässt sich eine Kreditunwürdigkeit auch nicht deshalb verneinen, weil letztlich der Beklagte mit seinem Vermögen hinter der Gesellschaft gestanden und zur Stellung von Sicherheiten bereit gewesen sei. Eine Gleichsetzung der Kreditgewährung durch einen Gesellschafter mit der Kreditgewährung durch einen außenstehenden Dritten ist rechtlich unzulässig (BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 209; Urteil vom 19. September 1988 - II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 185). Es kommt vielmehr - wie auch vom Berufungsgericht an anderer Stelle gesehen - darauf an, ob die Schuldnerin ihren Kreditbedarf aus

eigener Kraft, also ohne die Leistung des Gesellschafters, decken konnte (BGH, Urteil vom 24. September 2013 - II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 Rn. 31), um ihre Kreditwürdigkeit annehmen zu können. Die Begründung der Kreditwürdigkeit der Schuldnerin durch das Berufungsgericht, wonach letztlich der Beklagte mit seinem Vermögen hinter der Gesellschaft gestanden habe und zur Stellung von Sicherheiten bereit gewesen sei, steht damit im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und ist ungeeignet, um eine Kreditwürdigkeit der Schuldnerin annehmen zu können.

18 2. Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig. Die Klägerin hat nach Erlass des ersten Revisionsurteils ausreichende Tatsachen dafür vorgetragen, dass die Schuldnerin am Stichtag kreditunwürdig war und die Darlehen des Beklagten deshalb eigenkapitalersatzrechtlich gebunden waren.

19 Für die Beurteilung der Kreditunwürdigkeit durch einen wirtschaftlich denkenden außenstehenden Kreditgeber ist u.a. eine bereits seit längerem bestehende, ansteigende rechnerische Überschuldung einer GmbH von wesentlicher Bedeutung (BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21; Urteil vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, ZIP 2004, 1049, 1052). Hingegen spricht es gegen die Kreditunwürdigkeit, wenn die Gesellschaft noch über Vermögensgegenstände verfügt, die ein außenstehender Kreditgeber als Sicherheit akzeptieren würde (BGH, Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 298/06, ZIP 2008, 218 Rn. 2).

20 Die Klägerin hat Tatsachen dafür vorgetragen, dass die Schuldnerin am Stichtag kreditunwürdig war. In den Schriftsätzen vom 9. Januar 2015 und vom 21. Mai 2015 hat die Klägerin unter Beweisantritt durch Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie unter Verweis auf ihre Darstellung der Entwick-

lung der Vermögenslage der Schuldnerin vorgetragen, dass diese den zur Wiederaufnahme und Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken konnte. Die Schuldnerin sei danach von 1989 bis 2001 durchgehend in Höhe von mehreren Millionen DM überschuldet gewesen. Am maßgeblichen Stichtag, dem 7. Juni 1995, habe eine rechnerische Überschuldung der Schuldnerin in Höhe von 6.887.596 DM bestanden, die sich am 7. Dezember 1999 - dem Tag der Zinszahlung an den Beklagten - auf 10.829.433 DM belaufen habe. Stille Reserven oder sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Vermögenswerte seien nicht vorhanden gewesen. Mangels der Möglichkeit, selbst eigene Sicherheiten zu stellen, sei die Schuldnerin auch nicht in der Lage gewesen, ihren Kreditbedarf aus eigener Kraft zu decken.

21 III. Damit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), damit in der wiedereröffneten Berufungsinstanz Feststellungen zu einer Kreditunwürdigkeit der Schuldnerin getroffen werden können. Sollte das Berufungsgericht zur Kreditunwürdigkeit der Schuldnerin vom Stichtag, dem 7. Juni 1995, bis zum Zeitpunkt der Zinszahlung am 7. Dezember 1999 (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. September 2012 - II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 Rn. 15, 33) gelangen, wird es auch die erforderlichen Feststellungen zu den subjektiven Voraussetzungen bei dem Beklagten für eine Umqualifizierung seiner Darlehensforderung in haftendes Eigenkapital zu treffen haben (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2012 - II ZR 39/12, ZIP 2013, 2400 Rn. 34).

22 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht ferner Gelegenheit, sich - sofern es darauf noch ankommt - im Rahmen der Prüfung der Überschuldung der Schuldnerin mit den in der Revision vorgebrachten Einwendungen der Klägerin und ihres Nebenintervenienten gegen die Annahme einer positiven

Fortführungsprognose der Schuldnerin auseinanderzusetzen. Das Berufungsgericht hat seiner Prüfung, ob die Schuldnerin am 7. Juni 1995 überschuldet war, zutreffend den zweistufigen Überschuldungsbegriff zu Grunde gelegt. Bei Ansprüchen, die tatbestandlich auf einer Überschuldung aufbauen, ist der zweistufige Überschuldungsbegriff maßgeblich, wenn die Haftung an eine angebliche Überschuldung vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 anknüpft (BGH, Urteil vom 15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 30 mwN).

23

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine positive Fortführungsprognose in subjektiver Hinsicht den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe und in objektiver Hinsicht die sich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept herzuleitende Lebensfähigkeit des Unternehmens voraus. Dem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept muss grundsätzlich ein Ertrags- und Finanzplan zugrunde liegen, der für einen angemessenen Prognosezeitraum aufzustellen ist (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2010 - II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400 Rn. 13; Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3). Die objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft kann sich zwar auch aus den übrigen Umständen ergeben (BGH, Urteil vom 15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 31; Urteil vom 18. Oktober 2010 - II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400 Rn. 13; Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 215). Das Berufungsurteil lässt jedoch nicht erkennen, dass sich die die künftige Ertragskraft der Schuldnerin begründenden Umstände, die auf der Beurteilung von Fakten und der Einschätzung künftiger Entwicklungen der Gesellschaft, ihrer Absatz- und Gewinnchancen für ihre Produkte und der allgemeinen Wirtschafts- und Marktverhältnisse beruhen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 155), aus der von Prof. L. für das gesamte Vermögen des Beklagten entwickelten Verwaltungsstrategie ergeben. Entgegen

der Annahme des Berufungsgerichts ergibt sich noch keine positive Fortführungsprognose aus dem Umstand, dass es erst im Januar 2006 zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin gekommen ist.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

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

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.07.2015 - 11 U 248/09 -