



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 83/12

Verkündet am:
28. Mai 2013
Stoll
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG §§ 30, 31, 32a Abs. 3 a.F.

Die Gesellschaft ist im Sinn der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht überlassungsunwürdig, wenn ihr ein anderer als der Gesellschafter angesichts ihrer finanziellen Verhältnisse den Gegenstand nicht zur Nutzung als Mieter oder Pächter überlassen würde. Für die Bestimmung der Überlassungsunwürdigkeit ist die Bonität der Gesellschaft als Mieter oder Pächter entscheidend und nicht, ob der vereinbarte Miet- oder Pachtzins für den Vermieter oder Verpächter günstig ist.

BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 - II ZR 83/12 - OLG Frankfurt/Main
LG Hanau

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Caliebe sowie die Richter Dr. Drescher und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Februar 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 Der Kläger war alleiniger Gesellschafter der L. GmbH, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin der H. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) war. Der Kläger vermietete der Schuldnerin seit 1994 das ihm gehörende Betriebsgrundstück sowie Kraftfahrzeuge, zuletzt für 16.413 €/Monat und 3.182 €/Monat, und verpachtete ihr das ihm gehörende bewegliche Anlagevermögen für zuletzt 12.410,59 €/Monat. Miet- und Pachtzins wurden von der Schuldnerin bis einschließlich April 2005 bezahlt.

2 Über das Vermögen der Schuldnerin wurde auf ihren Eigenantrag vom
24. Mai 2005 am 27. Juli 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und der
Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

3 Der Kläger hat mit der Klage unter anderem die Zahlung rückständiger
Miet- und Pachtzinsen für die Zeit von August 2005 bis Juni 2006 in Höhe von
352.061,13 € verlangt. Der Beklagte fordert widerklagend die Rückzahlung der
von der Insolvenzschuldnerin zwischen November 2004 bis April 2005
gezahlten Miet- und Pachtzinsen in Höhe von 197.649,54 € wegen
eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung. Weitere Ansprüche sind nicht
mehr Gegenstand des Rechtsstreits.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage
abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet
sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils
und zur Zurückverweisung der Sache.

6 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Februar 2012
- 11 U 119/10, juris) hat ausgeführt, eine eigenkapitalersetzende Gebrauchs-
überlassung liege nicht vor, weil die Schuldnerin jedenfalls nicht für den Kläger
erkennbar in der Krise gewesen sei. Zwar spreche bei Berücksichtigung des
Anspruchs der Arbeitnehmer auf eine Weihnachtsgratifikation vieles für
Zahlungsunfähigkeit ab Ende Januar 2005. Aus der Sicht des Klägers habe den
Arbeitnehmern für das Jahr 2004 aber keine Weihnachtsgratifikation mehr
zugestanden. Durch Konsultation des Zeugen P. als einem auf Arbeitsrecht

spezialisierten Rechtsanwalt, der dem Kläger die - objektiv falsche - Auskunft gegeben habe, dass den Arbeitnehmern kein Anspruch auf Weihnachtsgratifikation zustehe, habe der Kläger die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten erfüllt.

7 Die Schuldnerin sei Ende Januar 2005 auch nicht überschuldet gewesen. Nach Liquidationswerten, die wegen einer negativen Fortführungsprognose zugrunde zu legen seien, sei die Schuldnerin nur überschuldet gewesen, wenn Kosten eines Sozialplans im Überschuldungsstatus anzusetzen seien. Diese Kosten seien aber nicht in der Überschuldungsbilanz zu berücksichtigen, wenn weder ein Stilllegungsbeschluss gefasst noch ein Sozialplan zustande gekommen sei.

8 Auch Überlassungsunwürdigkeit liege nicht vor. Die Schuldnerin habe zwar bereits im November 2004, spätestens aber ab Februar 2005 nicht mehr über ausreichend liquide Mittel verfügt, um die angemieteten Wirtschaftsgüter selbst erwerben zu können. Zur Kreditwürdigkeit müsse aber die Überlassungsunwürdigkeit hinzukommen. Ein Dritter, der bereits Eigentümer der überlassenen Wirtschaftsgüter gewesen wäre, hätte aber in jedem Fall im November oder Dezember 2004 das Mietverhältnis fortgeführt oder sogar neu begründet. Denn der Wert des beweglichen Anlagevermögens und der Kraftfahrzeuge sei im Verhältnis zum Miet- und Pachtzins so gering gewesen, dass eine Vermietung bzw. Verpachtung in jedem Fall vorteilhaft gewesen wäre, während angesichts des Alters und der Abnutzung eine alternative Verwertung an einen dritten Mieter jedenfalls kurzfristig kaum oder wohl nur zu deutlich schlechteren Bedingungen möglich gewesen wäre.

9 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft Überlassungsunwürdigkeit verneint.

10 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt der Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) und der Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbH a.F. analog) gemäß der Überleitungsnorm des Art. 103d EGVinsO wie nach allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts auf "Altfälle", in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) eröffnet worden ist, als zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes des Schuldverhältnisses geltendes "altes" Gesetzesrecht weiterhin Anwendung findet (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 9 ff. - Gut Buschow; Urteil vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, ZIP 2012, 865 Rn. 14). Das gilt nicht nur für die Rechtsprechungsregeln über eigenkapitalersetzende Darlehen, sondern auch für diejenigen über eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung (BGH, Urteil vom 10. September 2009 - Xa ZR 18/08, BGHZ 182, 231 Rn. 27 - Füllstoff). Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 27. Juli 2005 und damit vor Inkrafttreten des MoMiG eröffnet.

11 2. Ebenfalls zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Gesellschafter einer GmbH, der der Gesellschaft in einer Krisensituation Vermögensgegenstände zur Nutzung überlässt, den auf die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG a.F. analog bzw. § 32a Abs. 3 GmbHG a.F. gestützten Regeln über eigenkapitalersetzende Leistungen unterliegt. Er ist verpflichtet, der Gesellschaft den Vermögensgegenstand zur unentgeltlichen Nutzung für den vertraglich vereinbarten Zeitraum, bei einer missbräuchlichen Zeitbestimmung für einen angemessenen Zeitraum, zu belassen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter das Recht, das Grundstück unentgeltlich weiter zu nutzen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 57 f.; Urteil vom 11. Juli 1994 - II ZR 146/92,

BGHZ 127, 1, 10; Urteil vom 11. Juli 1994 - II ZR 162/92, BGHZ 127, 17, 21 ff.; Urteil vom 7. Dezember 1998 - II ZR 382/96, BGHZ 140, 147, 149 f.; Urteil vom 31. Januar 2005 - II ZR 240/02, ZIP 2005, 484, 485; Urteil vom 10. September 2009 - Xa ZR 18/08, BGHZ 182, 231 Rn. 27 - Füllstoff). Zum Kreis der Verpflichteten gehören auch mittelbare Gesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1981 - II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315 f.; Urteil vom 24. September 1990 - II ZR 174/89, ZIP 1990, 1467, 1468; Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117, 118; Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 277/03, ZIP 2006, 279, 282).

12 3. Dagegen lässt sich mit den Erwägungen des Berufungsgerichts Überlassungsunwürdigkeit nicht verneinen.

13 Insolvenzreife, d.h. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, und Kredit- bzw. Überlassungsunwürdigkeit sind eigenständige Tatbestände der Krise im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 332/05, ZIP 2006, 996, 997). Überlassungsunwürdigkeit besteht, wenn ein Dritter einen entsprechenden Nutzungsüberlassungsvertrag über die Betriebseinrichtung unter den gegebenen Umständen mit der Gesellschaft nicht schließen würde (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 39). Gegenstand der eigenkapitalersetzenden, in der Krise an die Stelle der Ausstattung mit Finanzmitteln tretenden Gebrauchsüberlassung ist die der Gesellschaft ermöglichte Nutzung des Wirtschaftsguts. Überlassungsunwürdig ist die Gesellschaft, wenn ihr ein anderer als der Gesellschafter angesichts ihrer finanziellen Verhältnisse den Gegenstand nicht überlassen würde. Für die Bestimmung der Überlassungsunwürdigkeit ist damit die Bonität der Gesellschaft als Mieter oder Pächter entscheidend und nicht, ob der vereinbarte Miet- oder Pachtzins für den Vermieter oder Verpächter günstig ist. Dabei sind höhere Anforderungen an die Bonität zu stellen, wenn das zur Miete oder Pacht überlassene Gut auf die Bedürfnisse der Gesellschaft

zugeschnitten und eine anderweitige Verwertung schwierig ist („Spezialwirtschaftsgut“, vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 64; Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 39 f.).

14 Das Berufungsgericht hat dagegen eine Überlassungsunwürdigkeit nicht wegen einer vorhandenen Bonität der Schuldnerin, sondern wegen des günstigen Mietzinses verneint. Es ist davon ausgegangen, dass ein Dritter das Mietverhältnis fortgeführt oder sogar neu begründet hätte, weil der Wert des Anlagevermögens und der Kraftfahrzeuge im Verhältnis zum Miet- und Pachtzins so gering gewesen sei, dass eine Vermietung in jedem Fall vorteilhaft gewesen wäre, während angesichts des Alters und der Abnutzung eine alternative Verwertung an einen dritten Mieter jedenfalls kurzfristig kaum möglich gewesen wäre.

15 III. Das Berufungsurteil ist aufzuheben, damit das Berufungsgericht die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

16 1. Die Überlassungsunwürdigkeit steht nicht fest. Eine Gesellschaft ist dann nicht überlassungsunwürdig, wenn sie über die Mittel verfügt oder sie sich im Kapitalmarkt beschaffen kann, um den betreffenden Gegenstand selbst zu erwerben (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 62 f.). Das Berufungsgericht ist zwar davon ausgegangen, dass die Schuldnerin kreditunwürdig war. Dabei hat es sich aber nicht mit dem Vorbringen des Klägers befasst, dass unter Berücksichtigung des Wegfalls der Mietverbindlichkeiten Kreditwürdigkeit bestanden hätte. Sollte das Berufungsgericht erneut zur Kreditwürdigkeit der Schuldnerin gelangen, wird es die erforderlichen Feststellungen zur Überlassungsunwürdigkeit nach der Bonität der Schuldnerin zu treffen haben.

17 2. Die Feststellung der Überlassungsunwürdigkeit ist nicht wegen
Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ab Januar 2005 entbehrlich.

18 a) Das Berufungsgericht hat eine Zahlungsunfähigkeit nicht festgestellt,
sondern nur angenommen, es spreche viel für die Zahlungsunfähigkeit.
Insoweit sind gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Einwände des Klägers
gegen die Annahmen des Sachverständigen J. die erforderlichen
Feststellungen zu treffen. Soweit es darauf noch ankommen sollte, weist der
Senat aber darauf hin, dass von Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, wenn
eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von 10 %
oder mehr besteht und nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender
Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst
vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein
Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (st.
Rspr.; BGH, Urteil vom 9. Oktober 2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 Rn. 8
mwN). Das Berufungsgericht ist zwar davon ausgegangen, dass die
Liquiditätslücke von über 10 %, die Ende Januar ohne Berücksichtigung der
Pflicht zur Jahressonderzahlung bestand und sich bis Ende Februar auf 26,4 %
vergrößerte, vorhersehbar bis Ende April 2005 geschlossen werden konnte.
Dazu, ob ein Zuwarten den Gläubigern nach den Umständen des Einzelfalls
zuzumuten war, hat es aber keine Feststellungen getroffen.

19 b) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts sind diese weiteren
Feststellungen nicht entbehrlich, weil die Zahlungsunfähigkeit für den Kläger
nicht erkennbar war. Die Erkennbarkeit der Krise ist grundsätzlich als gegeben
anzusehen und fehlt nur ausnahmsweise (BGH, Urteil vom 23. Februar 2004
- II ZR 207/01, ZIP 2004, 1049, 1053). Insoweit gilt ein objektiver, an den
rechtlichen Maßstäben der § 276 BGB, § 347 HGB, § 43 GmbHG orientierter
Maßstab (BGH, Urteil vom 7. November 1994 - II ZR 270/93, BGHZ 127, 336,
347).

20 Danach war die (möglicherweise gegebene) Zahlungsunfähigkeit für den Kläger erkennbar. Die Schuldnerin war nach der Annahme des Berufungsgerichts Anfang 2005 möglicherweise zahlungsunfähig, weil ihren Arbeitnehmern ein fälliger Anspruch auf die Jahressonderzahlung zustand. Die objektiv fehlerhafte Auskunft des Zeugen Rechtsanwalt P. , Weihnachtsgeld werde nicht geschuldet, entlastet den Kläger nicht. Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger die Auskunft als Gesellschafter zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten eingeholt hat oder einholen ließ oder er sich eine der Gesellschaft gegebene Auskunft zunutze gemacht hat.

21 aa) Wenn der Zeuge P. die unzutreffende Auskunft für die Gesellschaft erteilt und der Kläger sie sich bei der Beurteilung der Krise zunutze gemacht hat, entlastet sie den Kläger nicht. Der Gesellschafter - wie auch ein Organ der Gesellschaft - muss sich zwar das Verschulden von Mitarbeitern der Gesellschaft nicht nach § 278 BGB zurechnen lassen; für ihn gilt derselbe Haftungsmaßstab wie für das Organ der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 7. November 1994 - II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 347). Nach der Rechtsprechung des Senats zur Haftung des Organs entlastet eine der Gesellschaft gegebene unzutreffende Auskunft zur Insolvenzreife - ebenso wie zu einer Rechtsfrage - ein Organ nur, wenn es sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen, danach keine Insolvenzreife festzustellen war und das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle unterzogen wurde (BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 16; Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 18; zur Rechtsauskunft Urteil vom 20. September 2011 - II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097 Rn. 18). Richtet sich der Auftrag auf eine andere Aufgabenstellung als die Prüfung der Insolvenzreife, kann dies hinsichtlich der

unzutreffenden Einschätzung der Insolvenzreife nur entlasten, wenn nach den Umständen der Auftragserteilung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt davon ausgegangen werden durfte, die Fachperson werde im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die Frage der Insolvenzreife vorab und unverzüglich prüfen und darüber berichten (BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 22). Die Nachfrage beim Zeugen P. , ob ein Anspruch auf Weihnachtsgeld bestand, betraf nicht die Insolvenzreife der Schuldnerin und ließ auch keine Prüfung der Insolvenzreife erwarten.

22

Aber selbst wenn nur die - für die Insolvenzreife mittelbar bedeutsame - Rechtsauskunft über die Verpflichtung zur Jahressonderzahlung in den Blick genommen wird, fehlen die Voraussetzungen für eine Entlastung durch die telefonisch erteilte Auskunft. Dem Zeugen P. wurden weder Unterlagen vorgelegt noch wurde ihm der Sachverhalt vollständig geschildert. Dem Zeugen war nicht bekannt, dass der Betriebsrat regelmäßig dem Vorbehalt bei der Jahressonderzahlung widersprochen hatte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die unzutreffende Auskunft trotz der unvollständigen Sachverhaltsdarstellung nicht deshalb zu einer Entlastung, weil der Kläger nicht habe wissen müssen, welche Umstände für die zutreffende Beurteilung der Rechtslage maßgebend waren. Soweit der Ratgeber nur lückenhaft über die zu beurteilenden Umstände informiert ist, kann seine Auskunft nicht entschuldigend wirken. Jeder ist grundsätzlich selbst für sein Verhalten verantwortlich und trägt das Risiko für die von ihm begangenen Rechtsverstöße, damit auch dafür, dass der Berater ausreichend informiert wird. Dass der Beratende eine vollständige Kenntnis von allen tatsächlich gegebenen, relevanten Umständen haben muss, die - wie hier - bei telefonischen Anfragen häufig nicht gewährleistet ist, und daher insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich ist, entspricht im Übrigen

auch der ständigen Rechtsprechung zum Verbotsirrtum im Strafrecht (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2012 - 1 StR 213/10, NJW 2013, 93 Rn. 74 mwN).

- 23 Die schlichte telefonische Auskunft ließ auch keine Plausibilitätsprüfung zu. Eine ausführlichere Antwort, in der die Voraussetzungen der Aufhebung einer betrieblichen Übung nach der damaligen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG, NJW 2000, 308, 309), dass der Arbeitnehmer einem vom Arbeitgeber erklärten Vorbehalt nicht widersprochen hat, dargelegt worden wären, hätte den Kläger im Rahmen der Plausibilitätsprüfung veranlassen müssen nachzuforschen, ob und gegebenenfalls von welchen Arbeitnehmern ein Widerspruch erklärt worden war.
- 24 bb) Der Kläger ist aber auch nicht entlastet, wenn er die Auskunft als Gesellschafter zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten eingeholt hat oder einholen ließ. Wenn der Gesellschafter für sich in seinem eigenen Pflichtenkreis Rat sucht, muss er sich jedenfalls entsprechend dem Rechtsgedanken des § 278 BGB eine fehlerhafte Auskunft zurechnen lassen und kann sich nicht auf einen durch die fehlerhafte Auskunft hervorgerufenen Irrtum berufen (vgl. zum Gesellschaftsorgan BGH, Urteil vom 20. September 2011 - II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097 Rn. 17).
- 25 c) Die Überschuldung der Schuldnerin nach § 19 Abs. 2 InsO in der Fassung vom 5. Oktober 1994, BGBl. I S. 2866, steht ebenfalls nicht fest. Für die Ermittlung der Überschuldung kommt es auf die Fortführungsprognose an. Der Sachverständige hat festgestellt, dass die Schuldnerin bei der Bewertung nach Fortführungswerten nicht überschuldet ist, anders dagegen bei der Bewertung nach Liquidationswerten. Zu einer negativen Fortführungsprognose ist der Sachverständige gelangt, weil die Schuldnerin Ende Januar zahlungsunfähig geworden sei. Ob Zahlungsunfähigkeit vorlag, hat das Berufungsgericht aber offen gelassen.

26

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen dann, wenn die Schuldnerin bereits wegen Zahlungsunfähigkeit insolvenzreif war, der Überschuldung nach Liquidationswerten keine eigenständige Bedeutung zukommt und die Frage, ob für die Kosten eines Sozialplans bei den Verbindlichkeiten Rückstellungen zu berücksichtigen sind, zu der das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, nicht entscheidungserheblich ist.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Drescher

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hanau, Entscheidung vom 18.01.2007 - 6 O 148/05 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 16.02.2012 - 11 U 119/10 -