



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnisurteil

II ZR 115/11

Verkündet am:
28. Februar 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG §§ 30, 31 analog

Ist ein Gesellschafter an der Darlehen nehmenden und an der Darlehen gebenden Gesellschaft beteiligt, finden auf eine Finanzierungshilfe des Darlehen gebenden Unternehmens die Eigenkapitalersatzvorschriften Anwendung, wenn der Gesellschafter auf die Gewährung der Kredithilfe an das andere Unternehmen oder auf deren Abzug einen bestimmenden Einfluss ausüben kann. Hiervon ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Gesellschafter der hilfenehmenden GmbH zwar „nur“ zu 50% an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.

BGH, Versäumnisurteil vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und die Richterin Caliebe sowie die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts vom 27. Mai 2010 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt als Insolvenzverwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) von der Beklagten, einer GmbH, Zahlung eines Betrages von 90.149,40 € unter dem Gesichtspunkt eines Rückzahlungsanspruchs nach den Rechtsprechungsregeln analog § 31 Abs. 1 GmbHG aF wegen Tilgung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens, daneben wegen Insolvenzanfechtung.

- 2 Die Schuldnerin, deren alleiniger Gesellschafter bis Dezember 2004 W. B. war, wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 30. Januar 1997 mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründet. Nach den von der Klägerin vorgelegten Jahresabschlüssen war die Schuldnerin zum 31. Dezember der Jahre 2002 bis 2005 jeweils bilanziell überschuldet. Am 7. November 2006 wurde auf den Antrag der Schuldnerin vom 12. Juli 2006 das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet.
- 3 Die Beklagte hatte gegen die Schuldnerin einen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens, der sich zum 31. Dezember 2003 auf einen Betrag von 509.772,91 € und zum 31. Januar 2004 auf 514.772,91 € belief. Gesellschafter der Beklagten mit einem Geschäftsanteil von 50% ist ebenfalls W. B. Vom 9. Juli 1992 bis 18. Juli 2006 war er auch alleiniger und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten. Gemäß § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten bedürfen Gesellschafterbeschlüsse der einfachen Mehrheit aller vorhandenen Stimmen. Bei Stimmgleichheit gilt der Antrag als abgelehnt.
- 4 Die Schuldnerin hatte ihrerseits zum 31. Dezember 2003 gegen die Dritte Kommanditgesellschaft M. Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG (im Folgenden: M.) Forderungen in Höhe von 528.012,51 €. Die M. wiederum hatte zum 31. Dezember 2003 eine Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 513.120,25 €. Mit Vertrag vom 1. Januar 2004 trat die M. zur teilweise Erfüllung der gegen sie gerichteten Forderung der Schuldnerin ihre Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 513.120,25 € an die Schuldnerin ab. Der Abtretungsvertrag wurde für die M. von ihrem Geschäftsführer W. B. unterzeichnet.
- 5 Mit weiterem Vertrag vom 31. Januar 2004 schloss die Schuldnerin mit der Beklagten eine Aufrechnungsvereinbarung, mit der die abgetretene Forde-

rung der M. gegen die Beklagte in Höhe von 513.120,25 € gegen den Anspruch der Beklagten gegen die Schuldnerin auf Rückzahlung des Darlehens zum 31. Januar 2004 aufgerechnet wurde. Die Vereinbarung hatte für die Beklagte deren Geschäftsführer W. B. unterzeichnet.

6 Die Klägerin sieht in der Tilgung des der Schuldnerin von der Beklagten gewährten Darlehens infolge der Aufrechnungsvereinbarung vom 31. Januar 2004 die verbotene Rückführung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens und verlangt mit der Behauptung einer Unterbilanz in Höhe von 90.149,40 € zum 31. Januar 2004 Zahlung in dieser Höhe. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 7. Oktober 2009 hat die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz ihren Anspruch daneben auf den Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung gestützt.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

8 Über die Revision der Klägerin ist, da die Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Revisionsantrags (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

9 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 10 I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch wegen der verbotenen Rückzahlung eines in der Krise stehen gelassenen eigenkapitalersetzenden Darlehens verneint. Die allein in Betracht kommenden Rechtsprechungsregeln entsprechend den §§ 30, 31 GmbHG seien nicht anwendbar, weil die Beklagte nicht einem Gesellschafter der Schuldnerin gleichstehe. W. B. als Alleingesellschafter der Schuldnerin sei an der Beklagten nur mit 50% beteiligt gewesen. Allein aufgrund der Beteiligung habe daher keine Rechtsmacht bestanden, die Beklagte dazu zu veranlassen, der Schuldnerin einen Kredit zu belassen. Für die Gleichstellung mit einem Gesellschafter der Schuldnerin reiche es nicht aus, dass W. B. zugleich Geschäftsführer der Beklagten gewesen sei und daher über die nicht hinreichende Beteiligung hinaus zusätzliche Einflussmöglichkeiten gehabt habe. Zwar sei eine Beschlussfassung gegen die Stimmen des W. B. ausgeschlossen gewesen. Für die Finanzierungsentscheidung, ob das bereits längere Zeit valutierende Darlehen der Schuldnerin belassen bleiben oder abgezogen werden solle, habe es auch keines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedurft. Der dem W. B. aus dieser Gesamtsituation zukommende faktische Einfluss auf die Finanzierung der Schuldnerin sei jedoch nicht auf gesellschaftsvertraglicher Ebene vermittelt. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit könne die durch eine Mehrheitsbeteiligung bestehende Beherrschungssituation nicht einer hälftigen Beteiligung in Verbindung mit der Einräumung der Alleingeschäftsführung gleichgestellt werden.
- 11 Unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung sei dem Klageanspruch in der Berufungsinstanz nicht nachzugehen. In der Berufung auf diesen Rechtsgrund liege eine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO, mit der die Klägerin gemäß § 533 ZPO ausgeschlossen sei. Bei dem Anspruch auf Erstattung eines gegen die Auszahlungssperre an die Beklagte zurückgewährten eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens handele es sich um einen an-

deren Streitgegenstand als bei dem Anspruch auf Rückgewähr der anfechtbar weggegebenen Forderung gegen die Beklagte. Die Klageänderung sei nicht sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO); ungeachtet dessen fehle es an einem berücksichtigungsfähigen Vortrag erster Instanz zum subjektiven Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO (§ 533 Nr. 2 ZPO). Entgegen der Ansicht der Klägerin sei die erstinstanzliche, die Frage des subjektiven Tatbestands auf Seiten der Aufrechnungsbeteiligten nicht weiter vertiefende Auseinandersetzung der Parteien für die abschließende Beurteilung der weitergehenden Voraussetzungen der Absichtsanfechtung nicht geeignet.

12 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

13 1. Das Berufungsgericht hätte einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung des geltend gemachten Betrags nach den Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatzrecht in entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG aF nicht mit der gegebenen Begründung ablehnen dürfen. Die Beklagte ist Normadressatin der Rechtsprechungsregeln.

14 a) Im Ausgangspunkt richtig ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt der Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG aF analog) hier noch anwendbar ist, weil das Insolvenzverfahren vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1. November 2008 eröffnet worden ist (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 15 ff. - Gut Buschow).

15 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unterliegt die Beklagte den Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz, weil der Alleingesellschafter der Schuldnerin auf die Entscheidung der Beklagten, das Darlehen abzuziehen, einen bestimmenden Einfluss ausüben konnte.

- 16 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats gelten die Eigenkapitalersatzregeln ausnahmsweise auch für Finanzierungshilfen Dritter, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Gesellschafter gleichsteht. Dies kann insbesondere zutreffen, wenn der Dritte mit einem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden ist.
- 17 Die Verbindung kann in der Weise bestehen, dass der Dritte an einem Gesellschafter der GmbH beteiligt ist (Gesellschafter-Gesellschafter), und führt jedenfalls dann zur Anwendung der Eigenkapitalersatzvorschriften, wenn der Dritte aufgrund einer qualifizierten Mehrheit der Anteile oder Stimmrechte einen bestimmenden Einfluss auf den Gesellschafter ausüben kann (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 Rn. 9 m.w.N.).
- 18 Die Verbindung kann aber auch so ausgestaltet sein, dass eine Beteiligung in diesem Sinn dadurch begründet wird, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten „maßgeblich“ beteiligt ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 Rn. 10; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 18/10, ZIP 2011, 2253 Rn. 11). Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen der Kredit gebenden Gesellschaft, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Kredithilfe, einen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gem. § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende Weisungen erteilen kann (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 Rn. 9 f.). Dazu genügt bei einer GmbH - vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmmacht in der Satzung - eine Beteiligung von mehr als 50% (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, ZIP 1999, 1314, 1315; Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 179/99, ZIP 2001, 115; Urteil vom 28. Februar

2005 - II ZR 103/02, ZIP 2005, 660, 661; Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 Rn. 10).

19 bb) Eine maßgebliche Beteiligung im Sinne der Rechtsprechung des Senats ist aber auch dann anzunehmen, wenn - wie hier - der Gesellschafter einer hilfenehmenden GmbH zwar „nur“ zu 50% an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.

20 Der Grund für die Einbeziehung eines Dritten liegt im Schutz vor Umgehungen. Der Gesellschafter soll sich nicht dadurch seiner Finanzierungsfolgenverantwortung entziehen können, dass er eine andere Gesellschaft dazu veranlasst, statt seiner die GmbH zu finanzieren. Dieser Gedanke ist bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, wann der Einfluss des Gesellschafters auf die Kredit gewährende Gesellschaft so groß ist, dass es gerechtfertigt erscheint, diese einem Gesellschafter der kreditnehmenden Gesellschaft gleichzustellen. Da der Alleingesellschafter der Schuldnerin Inhaber eines Geschäftsanteils von 50% an der Beklagten ist, können ohne seine Zustimmung keine Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden. Dass auch er keine Stimmenmehrheit hat, ist ohne Bedeutung. Als alleiniger Geschäftsführer der Beklagten kann er deren Geschäfte nach seinen Vorstellungen führen, insbesondere über den Abzug der Hilfeleistung entscheiden und gegenteilige Weisungen der Gesellschafterversammlung durch seine Sperrminorität verhindern. Sein bestimmender Einfluss auf den Abzug der Kredithilfe ist in gleicher Weise gegeben, wie wenn er aufgrund seiner Stimmkraft den Geschäftsführer entsprechend anweisen könnte (vgl. bereits zum existenzvernichtenden Eingriff BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117, 118).

21 c) Mit der Aufrechnungsvereinbarung vom 31. Januar 2004 wurde der Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des schon längere Zeit valutierte Darlehens in Höhe von 513.120,25 € erfüllt. Nach dem Vorbringen der Klägerin,

von dem wegen fehlender Feststellungen für das Revisionsverfahren auszugehen ist, bestand im Zeitpunkt der Aufrechnung bei der Schuldnerin eine Unterbilanz in Höhe von mindestens 90.149,40 €. Da das Stehenlassen des Darlehens in der im Revisionsverfahren gleichfalls zu unterstellenden Krise der GmbH zur teilweisen Umqualifizierung des Darlehens in haftendes Eigenkapital führte, verstieß die durch die Aufrechnung bewirkte Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs insoweit entsprechend § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gegen die Auszahlungssperre. Die Schuldnerin und für sie die Klägerin als Insolvenzverwalterin kann unter diesen - für die rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz zu unterstellenden - Voraussetzungen entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis auf eine die Stammkapitalziffer deckende Höhe verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1983 - II ZR 233/82, ZIP 1983, 1448; Urteil vom 10. Juli 2006 - II ZR 238/04, BGHZ 168, 285 Rn. 19).

22 d) Das Berufungsgericht hat - von seinem Ansatz aus gesehen konsequent - die weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs auf Rückzahlung eines entgegen der Auszahlungssperre ausgezahlten eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens nicht geprüft. Zur strittigen Frage des Vorliegens einer Krise werden ebenso noch Feststellungen getroffen werden müssen wie zur Höhe der Unterbilanz der Schuldnerin am 31. Januar 2004.

23 2. Die Weigerung des Berufungsgerichts, den Sachverhalt unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung zu prüfen, ist gleichfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

24 a) Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, es liege stets eine Klageänderung vor, wenn eine Klage auf Rückzahlung eines entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG (analog) ausgezahlten eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens zusätzlich auf den Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung

tung gestützt werde, weil anders als bei der großzügigen Bestimmung des Streitgegenstands bei der Einführung unterschiedlicher Anfechtungstatbestände und deren Voraussetzungen ein anderes Rechtsschutzziel verfolgt werde.

25 Der Anfechtungsanspruch (§§ 129, 133 Abs. 1, § 143 Abs. 1 InsO) ist darauf gerichtet, dass der Gegner einen aufgrund einer anfechtbaren Rechtshandlung erworbenen Gegenstand wieder der Masse zuführen muss. Läuft das Klagebegehren des Verwalters im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine solche Rechtsfolge hinaus und stützt er es auf einen Sachverhalt, der möglicherweise die Merkmale eines Anfechtungstatbestands erfüllt, so hat der Richter ohne weiteres zu prüfen, ob die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Anfechtungsnorm erfüllt sind (BGH, Urteil vom 20. März 1997 - IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 149 f.; Urteil vom 26. Oktober 2000 - IX ZR 289/99, ZIP 2001, 33, 35). Der Insolvenzverwalter muss weder die Anfechtung als solche besonders "geltend machen" noch sie "erklären" (BGH, Urteil vom 20. März 1997 - IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 149 f., 151; Urteil vom 3. Dezember 1998 - IX ZR 313/97, ZIP 1999, 76, 77); es ist auch nicht notwendig, dass der Insolvenzverwalter seinen Antrag überhaupt mit dem rechtlichen Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung rechtfertigt. Leitet der Insolvenzverwalter seine Forderung aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt her, enthebt dies das Gericht nicht der Notwendigkeit, den Anspruch auch unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 - IX ZR 289/99, ZIP 2001, 33, 35).

26 Dies gilt erst Recht für die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Aufrechnung, § 96 Abs. 1 Nr. 3, § 133 InsO. Der Insolvenzverwalter braucht die Unwirksamkeit der Aufrechnung nicht angriffsweise geltend zu machen; denn diese Rechtsfolge tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, ZIP 2009, 186 Rn. 12).

27

b) Da entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht grundsätzlich von einer Klageänderung auszugehen ist, wenn der klagende Insolvenzverwalter sein Begehren zusätzlich auf den rechtlichen Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung stützt, beruhen die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts auf einer falschen rechtlichen Grundlage. Sie sind aber auch in der Sache zu beanstanden. Wenn das Berufungsgericht der - nicht näher begründeten - Auffassung war, die die Frage des subjektiven Tatbestands nicht weiter vertiefende Auseinandersetzung der Parteien sei für eine abschließende Beurteilung der weitergehenden Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nicht geeignet, hätte es hierauf hinweisen und auf eine Klarstellung im Vortrag hinwirken müssen (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass W. B. unstreitig sowohl Geschäftsführer der Beklagten und der M. als auch Allein- und damit beherrschender Gesellschafter der Schuldnerin war.

28 III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit - gegebenenfalls nach Ergänzung des Parteivortrags - die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 22.10.2009 - 95 O 52/08 -

KG, Entscheidung vom 27.05.2010 - 19 U 156/09 -