



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 56/20

vom

11. Mai 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Mai 2021 durch die Richter Born, Wöstmann, Dr. Bernau, Dr. von Selle und die Richterin Dr. C. Fischer

beschlossen:

1. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Streithelfers der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 13. Februar 2020 durch Beschluss gemäß § 552a ZPO auf dessen Kosten zurückzuweisen.
2. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 4.190.580,42 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Klägerin ist Insolvenzverwalterin in dem am 31. Januar 2014 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten, einer Aktiengesellschaft, die Teil der F. -Unternehmensgruppe ist.
- 2 Alleinige Gesellschafterin der Beklagten ist die F. KGaA, über deren Vermögen gleichfalls das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Zwischen beiden Gesellschaften bestand seit dem 28. Februar 2005 ein Gewinnabführungsvertrag. Geschäftsgegenstand der Beklagten war das Vermitt-

teln von Immobilien und Versicherungen aller Art, der An- und Verkauf von Versicherungsbeständen und artverwandte Tätigkeiten.

- 3 Der Jahresabschluss der Beklagten zum 31. Dezember 2011 wurde mit Unterstützung des Streithelfers als Steuerberater am 30. März 2012 erstellt und durch gemeinsamen Beschluss des Vorstands und des Aufsichtsrats am 19. April 2012 festgestellt. Am 15. Mai 2012 beschloss die Hauptversammlung der Beklagten, das im Jahresabschluss ausgewiesene Ergebnis von 84.661.562,94 € unter Bezugnahme auf den Gewinnabführungsvertrag in Höhe von 83.811.608,34 € an die F. KGaA abzuführen, und den verbleibenden Jahresüberschuss in Höhe von 849.918,60 € in die gesetzlichen Gewinnrücklagen einzustellen. Der Jahresabschluss wurde am 29. November 2012 im Bundesanzeiger bekanntgemacht.
- 4 Die Beklagte zeichnete am 12. September 2011, am 6. Oktober 2011 und am 18. November 2011 bei der P. GmbH drei Goldsparpläne über insgesamt 52.200.000 € bei einer Laufzeit von 30 Jahren. Für den Abschluss bezahlte die Beklagte an die P. GmbH eine Einrichtungsgebühr in Höhe von 6 % der Anlagesumme und einen "Kleinstmengenzuschlag" in Höhe von 6 % der Anlagesumme, insgesamt 6.264.000 €. Die P. GmbH zahlte an die P. AG (damals firmierend unter F. AG) auf Basis einer Vertriebsvereinbarung eine Vermittlungsprovision in Höhe von 11,9 % der Anlagesumme. Bis zum 31. Dezember 2011 erwarb die Beklagte aufgrund der Goldsparpläne Gold im Wert von 435.000 €.
- 5 Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 2011 erfasste die Beklagte die Goldsparpläne im Anlagevermögen. Unter der Aktivposition "andere Anlagen,

Betriebs- und Geschäftsausstattung" war unter der Bezeichnung "0491 Gold-Depot" ein Betrag von 6.699.000 € aktiviert. Zur Erläuterung war ausgeführt: "Die Zugänge im Geschäftsjahr resultieren insbesondere aus der Investition in Anlagegold. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Goldsparpläne mit einer Laufzeit von bis zu 30 Jahren. Die im Zusammenhang mit dem Abschluss des Goldsparplans gezahlten Gebühren und Zuschläge wurden als Anschaffungsnebenkosten aktiviert. Der Anteil der Anschaffungsnebenkosten, der auf Investitionen nach dem Bilanzstichtag entfällt, beträgt 6,26 Mio. Euro." Im Anlagenpiegel wird zur Position "Anlagegold" ein Buchwert in Höhe von 7.512.742,60 € ausgewiesen und erwähnt, dass hinsichtlich der Investitionen in Anlagegold bereits werthaltige Teilbeträge in Höhe von 6,26 Mio. Euro geleistet worden seien.

6 In der Bilanz der P. AG sind die aufgrund der Vermittlung der Goldsparpläne an die Beklagte vereinnahmten Provisionszahlungen als Forderungen aus Lieferung und Leistung im Umlaufvermögen aktiviert. So verfuhr die Beklagte auch mit denjenigen Provisionserlösen, die sie aus eigenen Vermittlungen von Goldsparplänen an zur F. -Unternehmensgruppe gehörende oder sonst angeschlossene Unternehmen erzielte. Vorstand der P. AG war der persönliche haftende Gesellschafter der F. KGaA B. . Aktionäre der P. AG waren die F. KGaA (20 %), Herr B. (24 %), Herr K. (36 %) und Herr O. (10 %). Zwischen der P. GmbH einerseits und der Beklagten, der P. AG und der F. KGaA bestand weder auf Gesellschafter- noch auf Organwalterebene Personenidentität.

7 Gegen die damals amtierenden Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder der Beklagten sowie weitere Verantwortliche der F. -Unternehmensgruppe

ermittelte die Staatsanwaltschaft Dresden seit Oktober 2013 wegen des Verdachts des Kapitalanlagebetrugs sowie Betrugs wegen Errichtung und Betriebs eines Schneeballsystems. Das Landgericht Dresden verurteilte die Verantwortlichen mit nicht rechtskräftigem Urteil vom 9. Juli 2018 zu mehrjährigen Haftstrafen wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in Tateinheit mit Kapitalanlagebetrug bzw. Beihilfe dazu.

8 Die Klägerin begehrt die Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses der Beklagten zum 31. Dezember 2011 und des Gewinnverwendungsbeschlusses vom 15. Mai 2012. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage antragsgemäß stattgegeben.

9 Dagegen wendet sich der Streithelfer mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

10 B. Die Revision ist durch Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen und sie keine Aussicht auf Erfolg hat.

11 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung in den für das Revisionsverfahren maßgeblichen Punkten wie folgt begründet:

12 Die Insolvenzverwalterin sei befugt, Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 253 Abs. 2, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zu erheben, soweit diese sich positiv auf die Insolvenzmasse auszuwirken vermöge, was sowohl hinsichtlich der Feststellung des Jahresabschlusses als auch des Gewinnverwendungsbeschlusses der Fall sei.

13 Die Beklagte sei auch in der Insolvenz im Nichtigkeitsfeststellungsverfahren passivlegitimiert und werde durch den Vorstand und den Aufsichtsrat vertreten (Grundsatz der Doppelvertretung).

14 Die Klage erweise sich nicht bereits deshalb als unbegründet, weil die Klägerin die Frist des § 256 Abs. 6 Satz 1 AktG nicht gewahrt habe und deshalb die gerügten Bilanzierungsfehler infolge Heilung nicht mehr angreifen könne. Die Klage gegen den am 29. November 2012 im Bundesanzeiger bekanntgemachten Jahresabschluss sei am 13. November 2015 bei Gericht eingereicht und an die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat "demnächst" im Sinne von § 167 ZPO zugestellt worden.

15 Die Bilanznichtigkeitsklage sei begründet, weil die Beklagte jedenfalls die im Geschäftsjahr 2011 erworbenen Goldsparpläne überbewertet im Sinne von § 256 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AktG im Jahresabschluss 2011 aktiviert habe.

16 Der Erwerb der Goldsparpläne sei keine singuläre Geschäftsaktivität gewesen, sondern habe sich in ein strategisches Geschäftsmodell eingefügt, welches maßgeblich durch den persönlich haftenden Gesellschafter der Fu. KGaA B. initiiert worden sei. So habe die Beklagte ihrerseits in großem Umfang Goldsparpläne mit der P. GmbH bzw. der T. GmbH an Unternehmen der F. -Gruppe vermittelt und dadurch im Jahr 2011 ausweislich des streitgegenständlichen Jahresabschlusses Provisionserlöse aus "Goldvermittlungen" in Höhe von 71.053.470,55 € generiert. Allein die im Jahr 2011 vermittelten Goldsparpläne umfassten eine Auftragssumme von 605 Mio. €. Im Lagebericht sei die Vermittlung von Edelmetallsparplänen als künftige Hauptumsatzquelle für 2012 und 2013 dargestellt

worden. Die Goldsparpläne seien nicht zur Refinanzierung geeignet gewesen, sondern sollten die Ausweisung hoher Gewinne ermöglichen und bei Kapitalanlegern und Vermittlern den Eindruck eines wirtschaftlich tragfähigen Unternehmens aufrechterhalten. Sie seien faktisch die Fortsetzung des Eigenversicherungsgeschäfts gewesen, nachdem sich verschiedene Versicherungsgesellschaften, insbesondere die Fi. AG, aus dem Versicherungsgeschäft mit der F. -Unternehmensgruppe zurückgezogen habe.

17 Vermögensgegenstände seien nach § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB mit ihren Anschaffungskosten zu bilanzieren, zu denen nach § 255 Abs. 1 Satz 2 HGB auch die Anschaffungsnebenkosten zählten. Im Grundsatz seien die tatsächlich angefallenen Kosten zu bilanzieren, unabhängig davon, ob sie dem Wert des erworbenen Guts entsprächen oder überhöht seien. Unter Umständen könne aber eine Abschreibung bzw. Wertberichtigung des gesamten Vermögensgegenstands etwa nach § 253 Abs. 3 Satz 3 idF vom 25. Mai 2009, Abs. 4 Satz 2 HGB auf den (niedrigeren) Zeitwert geboten sein.

18 Hier stellten zwar die Einrichtungsgebühren und der Kleinmengenzuschlag von jeweils 6 % der Auftragssumme formal betrachtet aktivierungsfähige vorperiodische Anschaffungsnebenkosten dar. Sie seien aber nicht aufgewandt worden, um die Goldsparpläne dauerhaft für die vereinbarte Laufzeit zu erwerben. Bei wertender Betrachtung seien die mit dem Erwerb verbundenen Anschaffungsnebenkosten zum Zweck einer Vermögensverlagerung zugunsten anderer Unternehmen der F. -Gruppe aufgebracht worden, um diesen die Vereinnahmung und bilanzielle Ausweisung hoher Provisionsumsatzerlöse zu ermöglichen. Die Aktivierung der Anschaffungsnebenkosten sei insoweit nicht mit der zentralen Vorgabe des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB in Einklang zu bringen, wonach der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen-

des Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zeichnen sollte. Die von der Beklagten vorgenommene Bilanzierung bilde nicht ab, dass der vorperiodische Anschaffungsaufwand keinen wirtschaftlichen Vorteil gehabt habe und die Zahlungsströme genutzt worden seien, um dieselben Beträge nicht nur bei der Beklagten, sondern bei einem weiteren Unternehmen (nochmals) bilanzwirksam zu aktivieren. Es sei unter Ausnutzung formaler Bilanzierungsansätze ein Bild gezeichnet worden, das nicht der wahren Vermögens- und Ertragslage der Beklagten entsprochen habe. Es sei zu einer künstlichen Bilanzverbreiterung bei der Beklagten und der vermittelnden P. AG gekommen. Daher sei eine Wertberichtigung auf 435.000 € geboten.

19 Die Überbewertung rechtfertige die schwerwiegende Konsequenz der Nichtigerklärung des Jahresabschlusses, da sie 2,45 % der Bilanzsumme betreffe und sich maßgeblich auf das Jahresergebnis ausgewirkt habe.

20 II. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht mehr vor.

21 Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Maßgeblich für die Beurteilung ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts (BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, ZIP 2010, 1078 Rn. 3; Beschluss vom 13. August 2015 - III ZR 380/14, juris Rn. 7; Beschluss vom 27. Mai 2020 - VIII ZR 58/19, juris Rn. 3).

22 1. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil entscheidungserhebliche Fragen im Zusammenhang mit der Klagebefugnis des Insol-

venzverwalters und der Passivlegitimation der beklagten Aktiengesellschaft bislang nicht höchstrichterlich geklärt seien.

23 2. Soweit unter den vom Berufungsgericht angesprochenen Gesichtspunkten die Zulassung der Revision geboten war, ist der Zulassungsgrund durch die nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Urteile des erkennenden Senats vom 21. April 2020 weggefallen (BGH, Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 412/17, BGHZ 225, 198; Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 56/18, ZIP 2020, 1118).

24 a) Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, wenn die Rechtssache eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Derartige Unklarheiten bestehen u.a. dann, wenn die Rechtsfrage vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird, oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2019 - II ZR 131/19, juris Rn. 14 mwN).

25 b) Danach hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung mehr.

26 aa) Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist geklärt, dass der Insolvenzverwalter befugt ist, Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zu erheben, soweit die Fehlerhaftigkeit des Jahresabschlusses die Insolvenzmasse betrifft, was anzunehmen ist, wenn der Insol-

venzverwalter die Ersetzung des angegriffenen Jahresabschlusses durch einen für die Masse günstigeren Jahresabschluss erstrebt (BGH, Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 412/17, BGHZ 225, 198 Rn. 23 ff.; Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 56/18, ZIP 2020, 1118 Rn. 17 ff.). Dies gilt in gleicher Weise für den Fall des § 253 Abs. 2 AktG.

27 bb) Gleichfalls geklärt ist, dass die Bilanznichtigkeitsklage im Ausgangspunkt nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG gegen die Gesellschaft zu richten ist und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens daran nichts ändert. Da die Klage des Insolvenzverwalters auf eine Mehrung der Insolvenzmasse gerichtet ist, ist die Verteidigung gegen diese Klage Sache der Gesellschaft, die nach dem Grundsatz der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird (BGH, Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 412/17, BGHZ 225, 198 Rn. 38 f., 44 ff.; Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 56/18, ZIP 2020, 1118 Rn. 38 f., 46 ff.).

28 3. Weitere Zulassungsgründe zeigt die Revision nicht auf und liegen nicht vor. Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit des Jahresabschlusses aus den unter III. dargelegten Gründen im Ergebnis zutreffend festgestellt. Im Zusammenhang mit der Bilanzierung der im Jahr 2011 angeschafften Goldbestände im Jahresabschluss der Beklagten stellen sich keine zulassungsrelevanten Fragen.

29 III. Die Revision hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

30 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Befugnis des Insolvenzverwalters, Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 253 Abs. 2, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zu erheben, zur Passivlegitimation der Insolvenzschuldnerin und deren Vertretung bei der Rechtsverteidigung stehen im Einklang mit der

Senatsrechtsprechung (BGH, Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 412/17, BGHZ 225, 198; Urteil vom 21. April 2020 - II ZR 56/18, ZIP 2020, 1118).

31 2. Die Angriffe der Revision gegen die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts bleiben ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat den der Sachentscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt verfahrensfehlerfrei festgestellt und in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gewürdigt.

32 a) Die Würdigung der den Feststellungen zu Grunde liegenden Beweise ist dem Tatrichter vorbehalten. An dessen Feststellungen ist das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Dieses kann lediglich nachprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungsgrundsätze verstößt (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 11. November 2014 - VI ZR 76/13, juris Rn. 13; Beschluss vom 14. Januar 2014 - II ZB 5/12, ZIP 2014, 671 Rn. 30; jeweils mwN).

33 b) Weder zeigt die Revision solche Fehler auf noch sind sie gegeben.

34 aa) Soweit die Revision darauf hinweist, dass die vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Anlagen sich nicht mit den Goldsparplänen befassen, sondern nur mit den von der Beklagten generierten Umsatzerlösen infolge von an die Fu. KGaA vermittelten Lebensversicherungen und Goldsparplänen, wurde dieser Umstand vom Berufungsgericht erkannt und gewürdigt. Das Berufungsgericht ist aufgrund einer sorgfältigen und ausführlichen Analyse der genannten Anlagen zu der Annahme gelangt, dass die Unternehmen der F. - Gruppe sich im Rahmen einer gemeinsamen strategischen Ausrichtung, die maßgeblich durch den persönlich haftenden Gesellschafter der F.

KGaA B. initiiert war, zunächst wechselseitig großvolumige Lebensversicherungsverträge und ab 2011 Goldsparpläne vermittelt und in den jeweiligen Bilanzen als Umsatzerlöse ausgewiesen haben.

35 Auch wenn die Anlagen, insbesondere die Äußerungen des Streithelfers bzw. des Wirtschaftsprüfers, sich ausdrücklich nur zu den Risiken im Zusammenhang mit den Provisionserlösen aus der Vermittlung von Versicherungen bzw. Goldsparplänen an die F. KGaA verhalten, verstößt der vom Berufungsgericht gezogene Rückschluss, Motiv für den Erwerb der Goldsparpläne durch die Beklagte als ein Unternehmen der F. -Gruppe sei gleichfalls nicht die Renditeerwirtschaftung, sondern die Ausweisung von Provisionserlösen bei der P. AG gewesen, vor dem Hintergrund der gemeinsamen strategischen Ausrichtung der Unternehmen der F. -Gruppe weder gegen Denkgesetze noch Erfahrungssätze.

36 bb) Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, dass die vermittelnde P. AG kein mit der Beklagten im Sinne des Konzernrechts verbundenes Unternehmen ist. Es ist unabhängig von einer konzernrechtlichen Verbindung der Beklagten und der P. AG aufgrund der personellen Überschneidungen der Gesellschafter und Organe der verschiedenen Unternehmen der F. -Gruppe - 90 % der Anteile der P. AG wurden von Unternehmen und Organmitgliedern der F. -Gruppe gehalten - zu der Annahme gelangt, dass Gelder planmäßig im Kreis gezahlt wurden. Die von der P.

GmbH an die P. AG gezahlten Provisionen resultierten wirtschaftlich aus den von der Beklagten gezahlten Einrichtungsgebühren und Kleinmengenzuschlägen, auch wenn ein formal außenstehendes Unternehmen zwischengeschaltet war. Die Annahme, dass dieses Vorgehen dem zuvor praktizierten Eigengeschäft mit den Lebensversicherungen, bei dem ebenfalls Pro-

visionen unter Einbindung formal außenstehender Drittfirmen im Kreis gezahlt wurden, entsprach und deshalb die dazu erfolgte Einschätzung des Streithelfers übertragbar war, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

37 cc) Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht habe sich nicht auf das Strafurteil und die Motivation des B. stützen dürfen, da Gegenstand des Strafverfahrens nur die von der F. KGaA erworbenen Goldsparpläne gewesen seien, verkennt sie, dass das Berufungsgericht diese Umstände nur heranzieht, um zu begründen, dass es eine maßgeblich von dem persönlich haftenden Gesellschafter der F. KGaA B. initiierte Gesamtstrategie der F. -Gruppe gab, in die sich der Erwerb der Goldsparpläne durch die Beklagte einfügte.

38 Der in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe die Wertungen des Landgerichts Dresden im Strafurteil ungeprüft übernommen, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung und daneben das Strafurteil sowie die vom vernommenen Zeugen Kn. für das Strafverfahren erstatteten Gutachten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, dass es sich um ein nicht rechtskräftiges Strafurteil handelt und dessen Feststellungen ausdrücklich nur herangezogen, um die aufgrund der Zeugenvernehmung gewonnene Überzeugung zu unterlegen. Das ist zulässig. Der Tatrichter im Zivilprozess ist nicht daran gehindert, seine Überzeugung im Sinne von § 286 ZPO auf das Verhalten und die Äußerungen einer Partei im vorangegangenen Strafverfahren und die strafgerichtlichen Feststellungen selbst zu stützen (BGH, Urteil vom 25. September 2018 - VI ZR 443/16, NJW-RR 2018, 1354 Rn. 13).

39 dd) Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Erläuterungen zur Bilanz nicht ausreichend gewürdigt und übersehen, dass der Jahresabschluss nur einem sachverständigen Dritten, also einem Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater, einen Überblick verschaffen müsse, bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Erläuterungen zur Bilanz wörtlich zitiert. Anhaltspunkte dafür, dass diese nicht in die nach § 286 ZPO erforderliche Gesamtwürdigung einbezogen worden sein könnten, bestehen nicht.

40 ee) Entgegen den Angriffen der Revision stellt das Berufungsgericht nicht in Frage, dass - auch vorperiodische - Anschaffungsnebenkosten unabhängig von der Frage der Wirtschaftlichkeit des Erwerbsvorgangs im Grundsatz gemäß § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB zu aktivieren sind. Die Überlegungen zur wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit des Abschlusses der Goldsparpläne und zu kostengünstigeren Alternativen stellt es nur an, um seine Überzeugung zu begründen, dass nicht von einem auf Dauer angelegten, der Renditeerzielung dienenden Erwerb der Goldsparpläne ausgegangen werden könne.

41 ff) Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht habe den unter Be-
weisantritt gehaltenen Vortrag, die P. GmbH sei bezogen
auf ein Gramm Gold der günstigste Anbieter gewesen, übergangen, hat der
Senat die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge (Art. 103
Abs. 1 GG) geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung
wird gemäß § 564 Abs. 1 ZPO abgesehen.

42 3. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist das
mittels der Goldsparpläne erworbene Golddepot im Jahresabschluss der Be-
klagten zum 31. Dezember 2011 überbewertet im Sinne von § 256 Abs. 5
Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AktG.

43 a) Ein Aktivposten ist überbewertet, wenn er mit einem höheren Wert an-
gesetzt ist, als nach §§ 253 bis 256a HGB zulässig ist, § 256 Abs. 5 Satz 2
AktG.

44 Nach § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Vermögensgegenstände höchstens
mit ihren Anschaffungskosten, vermindert um Abschreibungen nach Abs. 3 bis
5 in der Bilanz zu aktivieren.

45 aa) Die anhand § 255 Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB zu ermittelnden Anschaf-
fungskosten markieren nach dem in § 253 Abs. 1 HGB kodifizierten Anschaf-
fungswertprinzip die Wertobergrenze der Bewertung. Als Zugangswerte, mit
denen angeschaffte Vermögensgegenstände erstmals bilanziert werden, bilden
sie den Ausgangspunkt für die Bewertung von Vermögensgegenständen in der
Bilanz (BeckOK HGB/Poll, Stand: 15. Januar 2021, § 255 Rn. 5; Schubert/
Gadek in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 255 HGB Rn. 1).

46 Neben dem Kaufpreis für das Gold zählten die an die P.
GmbH gezahlten Einrichtungsgebühren und Kleinmengenzuschläge in
Höhe von 12 % der Anlagesumme zu den im Grundsatz aktivierungsfähigen
Anschaffungsnebenkosten der Goldsparpläne gemäß § 255 Abs. 1 Satz 2 HGB,
wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt. Dazu gehören insbesondere
Aufwendungen, die durch den Vertragsschluss als solchen verursacht sind, z.B.
Vermittlungsgebühren, Provisionen, Courtagen und Kommissionsgebühren
(KK-Rechnungslegungsrecht/Ekkenga, § 255 HGB Rn. 38 mwN).

47 Auch überhöhte, aber tatsächlich angefallene Anschaffungs- und An-
schaffungsnebenkosten, sind grundsätzlich zu aktivieren. Nach dem Prinzip der
Erfolgsneutralität sollen Anschaffungsvorgänge in der Zugangsbewertung als
bloße Vermögensumschichtungen abgebildet werden, da jede Auf- oder Abwer-

tung Gewinnkonsequenzen hat (MünchKommHGB/Ballwieser, 4. Aufl., § 255 Rn. 29; Schubert/Gadek in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 255 HGB Rn. 20; BeckOK HGB/Poll, Stand: 15. Januar 2021, § 255 Rn. 12; KK-Rechnungslegungsrecht/Ekkenga, § 255 HGB Rn. 2; Kahle/Haas/Schulz in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, Stand: 1. August 2017, § 255 HGB Rn. 21, 61.1).

48 bb) Die Aktivierbarkeit der Anschaffungs- und Anschaffungsnebenkosten im Rahmen der Zugangsbewertung schließt aber eine Wertberichtigung noch in der laufenden Abrechnungsperiode im Rahmen des folgenden Jahresabschlusses nicht aus. Liegen die Anschaffungskosten über dem Zeitwert des Vermögensgegenstandes und kommt es dadurch zu Überwertungen bei der Zugangsbewertung, ist im Rahmen des folgenden Jahresabschlusses zu prüfen, ob eine Abwertung nach § 253 Abs. 3 bis 5 HGB zu erfolgen hat (BeckOGK HGB/Tiedchen, Stand: 15. September 2020, § 255 Rn. 19; Kahle/Haas/Schulz in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, Stand: 1. August 2017, § 255 HGB Rn. 25 f.; Schubert/Gadek in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 255 HGB Rn. 20; BeckOK HGB/Poll, Stand: 15. Januar 2021, § 255 Rn. 12; Böcking/Gros/Wirth in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 255 Rn. 122; KK-Rechnungslegungsrecht/Ekkenga, § 255 HGB Rn. 15; Wohlgemuth in HdJ, Abt. I/9, 4. Neubearb. [Stand: 2011], Rn. 13; Kahle/Hiller, DStZ 2013, 462, 464).

49 b) Dies zu Grunde gelegt, kann dahinstehen, ob die von der Beklagten an die P. GmbH gezahlten Anschaffungsnebenkosten in Höhe von insgesamt 6.264.000 € (6 % Einrichtungsgebühr und 6 % Kleinmengenzuschlag) bereits (anfänglich) jedenfalls nicht vollständig zu aktivieren waren (vgl. Wohlgemuth in HdJ, Abt. I/9, 4. Neubearb. [Stand: 2011] Rn. 27;

Wohlgemuth/Radde in Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Stand: Dezember 2018, B 162 Rz. 99; Adler/Düring/Schmaltz, 6. Aufl., § 255 HGB Rn. 18; Moxter, Bilanzrechtsprechung, 4. Aufl., S. 158; Döllerer, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1976/77, S. 196, 212).

50 Jedenfalls im Jahresabschluss der Beklagten zum 31. Dezember 2011 durfte das Golddepot nicht mehr mit den vorperiodischen Anschaffungsnebenkosten aktiviert werden. Vielmehr war entweder nach § 253 Abs. 3 Satz 3 HGB idF vom 29. Mai 2009 bis zum 27. Dezember 2012 (im Folgenden: aF; jetzt § 253 Abs. 3 Satz 5 HGB) oder gemäß § 253 Abs. 4 HGB eine Abschreibung der vorperiodisch angefallenen Gebühren und Provisionen vorzunehmen.

51 aa) Die Vorschriften über Abschreibungen differenzieren danach, ob der Vermögensgegenstand zum Anlage- oder Umlaufvermögen gehört.

52 Als Anlagevermögen sind nach § 247 Abs. 2 HGB nur die Gegenstände auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Abzustellen ist auf die Zweckbestimmung des Vermögensgegenstands am Abschlussstichtag, wobei bis zur Aufstellung oder Feststellung der Bilanz erkennbar aufhellende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (Wertaufhellungsgrundsatz). Die Zweckbestimmung hängt einerseits vom subjektiven Willen des Kaufmanns ab, der sich andererseits an objektiven Merkmalen nachvollziehen lassen muss, also in der betrieblichen Funktion des Vermögensgegenstands niedergeschlagen haben muss (st. Rspr.; BFHE 106, 142 Rn. 8; BFHE 256, 507 Rn. 23; Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., § 247 Rn. 5; Schubert/F. Huber in Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl., § 247 HGB Rn. 351; BeckOGK HGB/Henrichs, Stand: 15. November 2020, § 247 Rn. 44 ff.; BeckOK HGB/Regierer, Stand: 15. Oktober 2020, § 247 Rn. 10 ff.;

Böcking/Gros in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 247 Rn. 17; MünchKomm BilanzR/Hennrichs, § 247 HGB Rn. 16; Morck/Drüen in Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl., § 247 Rn. 4; jeweils mwN). Dem Geschäftsbetrieb dienen in diesem Sinne nicht nur Vermögensgegenstände, die im operativen Geschäft verwendet werden, sondern auch solche, die als Investment gehalten werden und so zum Finanzergebnis beitragen sollen (MünchKomm BilanzR/Hennrichs, § 247 HGB Rn. 25; Schubert/F. Huber in Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl., § 247 HGB Rn. 354 ff.).

53 Ist ein Vermögensgegenstand nicht dem Anlagevermögen zuzuordnen, ist er dem Umlaufvermögen zuzurechnen (KK-Rechnungslegungsrecht/Ekkenga, § 247 HGB Rn. 27).

54 bb) Es kann dahinstehen, ob die Goldsparpläne zum maßgeblichen Stichtag 31. Dezember 2011 dem Anlage- oder Umlaufvermögen zuzuordnen waren. Denn in beiden Fällen hätten die vorperiodischen Anschaffungsnebenkosten in Form der 12 % Kleinmengenzuschläge und Provisionen abgeschrieben werden müssen.

55 Das Berufungsgericht hat sich im Rahmen revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung die Überzeugung verschafft, dass die Beklagte bereits im für die Aufstellung des Jahresabschlusses 2011 maßgeblichen Zeitpunkt unter Berücksichtigung des Wertaufhellungszeitraums nicht beabsichtigte, die Goldsparpläne vertragsgemäß über die vereinbarte Laufzeit durchzuführen, sondern diese alsbald wieder kündigen und die Goldbestände veräußern wollte, ohne dass die Revisionsbegründung dem erheblich entgegentritt.

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 253 Rn. 11; MünchKomm-HGB/Ballwieser, 4. Aufl., § 253 Rn. 58).

60 Zu der Frage, ob der dem Vermögensegegenstand beizulegende Wert aus dem Beschaffungs- oder Absatzmarkt abzuleiten ist, haben sich im Detail umstrittene Grundsätze herausgebildet, die nach Roh-, Hilfs- und Betriebsmittel, fertigen und unfertigen Erzeugnissen, Handelswaren und Wertpapieren differenzieren. Bei Vermögensgegenständen, die für den Betrieb nicht benötigt werden, wie etwa Überbestände an Roh-, Hilfs- und Betriebsmitteln, wird auf den Absatzmarkt abgestellt (vgl. Schubert/Berberich in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 253 HGB Rn. 516 f.; BeckOGK HGB/Tiedchen, Stand: 15. September 2020, § 253 Rn. 178; BeckOK HGB/Poll, Stand: 15. Januar 2021, § 253 Rn. 77 ff.; Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., § 253 Rn. 19; MünchKomm BilanzR/Tiedchen, § 253 HGB Rn. 135; Thiele/Kahn/Moser/Wätjen in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, Stand: 1. November 2020, § 253 HGB Rn. 505 ff.; jeweils mwN).

61 Rechnet man die Goldbestände dem Umlaufvermögen zu, lassen sie sich aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht sinnvoll in die typischen Kategorien des Umlaufvermögens einordnen. Selbst wenn man aber im Zuge der Wertermittlung auf den Beschaffungsmarkt abstellte und die Wiederbeschaffungskosten zugrunde legte, dürften nur angemessene fiktive Anschaffungsnebenkosten hinzugerechnet werden, die auf den konkret vorhandenen Goldbestand entfielen, nicht hingegen die hier weit überwiegend aktivierten vorperiodischen Anschaffungsnebenkosten (vgl. Wohlgemuth/Radde in Kirsch, Rechnungslegung, Stand: 1. November 2014, § 253 HGB Rn. 444; Schubert/Berberich in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 253 HGB

Rn. 515; Thiele/Kahn/Moser/Wätjen in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, Stand: 1. November 2020, § 253 HGB Rn. 558).

62 (2) Rechnet man die Goldsparpläne zum Anlagevermögen, gilt Folgendes:

63 Gemäß § 253 Abs. 3 Satz 3 HGB aF sind bei allen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens außerplanmäßige Abschreibungen vorzunehmen, wenn der beizulegende Wert am Abschlussstichtag voraussichtlich dauernd niedriger ist als der Buchwert (BeckOGK HGB/Tiedchen, Stand: 15. September 2020, § 253 Rn. 159; KK-Rechnungslegungsrecht/Ekkenga, § 253 HGB Rn. 115). Was als voraussichtlich dauernde Wertminderung anzusehen ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Wegen der Geltung des Vorsichtsprinzips werden Wertminderungen von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens im Zweifel als voraussichtlich dauernd und nur ausnahmsweise als voraussichtlich vorübergehend angesehen (vgl. BeckOGK HGB/Tiedchen, Stand: 15. September 2020, § 253 Rn. 162; Schubert/Gadek in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 255 HGB Rn. 316; MünchKommHGB/Ballwieser, 4. Aufl., § 253 Rn. 52 f.; Böcking/Gros/Wirth in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 253 Rn. 93).

64 Im Rahmen des gemilderten Niederstwertprinzips kommt es für eine dauerhafte, zur außerplanmäßigen Abschreibung gemäß § 253 Abs. 3 Satz 3 HGB aF zwingende Wertminderung der vorperiodischen Anschaffungsnebenkosten in Höhe von 6.264.000 € ebenfalls nicht darauf an, ob eine Kündigung der Goldsparpläne unmittelbar bevorstand. Die vorperiodischen Anschaffungsnebenkosten waren dauerhaft nicht mehr werthaltig, soweit nicht die Absicht bestand, die Goldsparpläne für die vereinbarte Laufzeit durchzuführen, worauf

der Abschlussprüfer die Beklagte in seinem Bericht gemäß § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG hingewiesen hat. Denn ohne weitere Investitionsabsicht konnten sich die vorperiodisch gezahlten Nebenkosten nicht mehr amortisieren.

65 c) Der Verstoß gegen § 253 Abs. 3 Satz 3 HGB aF bzw. § 253 Abs. 4 HGB wird entgegen der Auffassung der Revision nicht dadurch ausgeglichen, dass die Beklagte im Anhang zusätzliche Angaben gemacht hat. Denn diese sind offensichtlich unzureichend. Wenn der Jahresabschluss kein den tatsächlichen Verhältnissen im Sinne des § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB ("true and fair view") entsprechendes Bild vermittelt, müssen die zusätzlichen Angaben geeignet sein, diesen Mangel des Jahresabschlusses auszugleichen (vgl. Böcking/Gros/Wirth in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 264 Rn. 38 f. mwN). Im Anhang wird aber nur ausgeführt, dass die Erhöhung der Sachanlagen im Wesentlichen aus der Investition in Anlagegold resultiere. Davon seien bereits werthaltige Teilbeträge in Höhe von 6,26 Mio. € geleistet, die auf planmäßige Investitionen nach dem Bilanzstichtag entfielen.

66 Der Hinweis auf werthaltige Teilbeträge legt den wahren Sachverhalt nicht offen, sondern verschleiert ihn. Nur aus dem nicht veröffentlichten Bericht des Revisionsklägers über die Erstellung des Abschlusses geht hervor, dass der aktivierte Betrag von 6.699.000 € zum ganz überwiegenden Teil kein bereits erworbenes Gold umfasste. Denn nur daraus ergab sich, dass es sich bei den 6,26 Mio. € um Anschaffungsnebenkosten in Form von Gebühren und Zuschlägen für Investitionen in der Zeit nach dem Bilanzstichtag handelte.

67 d) Dem Gebot, die eigene Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage im Jahresabschluss zutreffend darzustellen, kann die Revision nicht mit dem Hinweis begegnen, die Vermögensverschiebungen zwischen den Unternehmen der

F. -Gruppe betreffen nur die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Konzerns und seien nur dort darzustellen. Es geht nicht um das "im-Kreis-zahlen" der Provisionen. Die aktivierten Anschaffungsnebenkosten der Goldsparpläne, denen im maßgeblichen Zeitpunkt kein entsprechender Wert (mehr) gegenüberstand, betrafen unmittelbar die Beklagte.

68 4. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Überbewertung der Goldbestände die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Jahresabschlusses der Beklagten für das Geschäftsjahr 2011 rechtfertigt, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

69 a) Die Überbewertung eines Bilanzpostens im Sinne von § 256 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AktG führt zur Nichtigkeit, wenn eine den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung widersprechende Bilanzierung ihrem Umfang nach nicht bedeutungslos ist (BGH, Urteil vom 1. März 1982 - II ZR 23/81, BGHZ 83, 341, 347; Urteil vom 12. Januar 1998 - II ZR 82/93, ZIP 1998, 467, 470). Ob die Überbewertung eines Bilanzpostens wesentlich im Verhältnis zur Bilanzsumme oder zum Bilanzgewinn sein muss, damit der Jahresabschluss nichtig ist, hat der Senat bisher offen gelassen und kann auch hier offen bleiben (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2010 - II ZR 93/08, juris Rn. 5).

70 b) Das Berufungsgericht hält die Überbewertung des Golddepots zu Recht für wesentlich. Bereits ihrem Umfang nach handelt es nicht um eine bloße Bagatellabweichung ohne wesentliche Auswirkungen auf die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. Das Golddepot ist mit dem 15,4-fachen Kaufpreis für das tatsächlich vorhandene Gold aktiviert, was, wenn man davon ausgeht, dass der Kaufpreis etwa dem Zeitwert entspricht,

innerhalb des Bilanzpostens "andere Anlagen, Betriebs- und Geschäftsausstattung" zu einer Überbewertung von über 500 % führt.

71 c) Ungeachtet der quantitativen Betrachtung ist die Schwelle zur Wesentlichkeit jedenfalls im Hinblick auf die Bedeutung der missachteten Bewertungsvorschrift, § 253 Abs. 3 bzw. 4 HGB, und die Schwere des Verstoßes überschritten. Wird die Überbewertung eines Bilanzpostens von einer Gesellschaft gezielt eingesetzt, um den Gläubigern ein nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln, kann deren Schutz nicht hintanstehen, um die Gesellschaft vor der Folge der Nichtigkeit des Jahresabschlusses zu bewahren.

72 d) Unerheblich für die Frage der Wesentlichkeit der Überbewertung ist, ob die Beklagte einen gegen die F. KGaA gerichteten Ausgleichsanspruch nach § 311 AktG hätte aktivieren müssen, wie die Revision meint. Zum einen wäre ein Ausgleichsanspruch ungeachtet seiner Existenz und Werthaltigkeit nicht zur Kompensation der erfolgten Überbewertung geeignet gewesen, da er innerhalb eines anderen Bilanzpostens zu aktivieren gewesen wäre. Zum anderen hätte die Aktivierung eines entsprechenden Ausgleichsanspruchs die Überbewertung offengelegt und damit dem gebotenen Gläubigerschutz Rechnung getragen.

73 e) Auch der Einwand der Revision, die Überbewertung sei nicht wesentlich, da sich durch sie nur der an die F. KGaA aufgrund des Gewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinn verringert habe, überzeugt nicht. Die Interessen der Gläubiger werden bei einer Überbewertung gefährdet, weil ein zu hoher Bilanzgewinn festgestellt und ausgeschüttet werden kann. Die Gefährdungslage ist nicht geringer, wenn ein (zu hohes) Jahresergebnis im Rah-

men eines Gewinnabführungsvertrags an das herrschende Unternehmen abgeführt werden kann.

74 f) Da die Überbewertung sich bereits aus dem Verstoß gegen § 253 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 aF bzw. § 253 Abs. 4 HGB ergibt, kann die von der Revision aufgeworfene Frage, ob § 264 Abs. 2 HGB geeignet ist, einen nach § 255 Abs. 1 HGB statthaften Ansatz von Anschaffungsnebenkosten zu korrigieren, offenbleiben.

75 5. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht die Nichtigkeit des von der Hauptversammlung der Beklagten am 15. Mai 2012 gefassten Gewinnverwendungsbeschlusses festgestellt. Infolge der Nichtigklärung des Jahresabschlusses der Beklagten zum 31. Dezember 2011 ist auch der nach § 174 Abs. 1 Satz 2 AktG daran gebundene Gewinnverwendungsbeschluss nichtig, § 253 Abs. 1 Satz 1 AktG (Hüffer/Koch, AktG,

15. Aufl., § 256 Rn. 33a; MünchKommAktG/Koch, 5. Aufl., § 256 Rn. 84;
KK-AktG/Arnold, 3. Aufl., § 256 Rn. 90).

Born

Wöstmann

Bernau

von Selle

Fischer

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt
worden.**

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 04.05.2018 - 2 HKO 3236/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 13.02.2020 - 8 U 897/18 -