



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 179/99

Verkündet am:  
27. November 2000  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 32 a; HGB § 172 a; KO § 32 a

Der Senat hält daran fest, daß die Kredithilfe eines mit einem Gesellschafter der kreditnehmenden Gesellschaft verbundenen Unternehmens, an dem dieser maßgeblich beteiligt ist, im Rahmen der Eigenkapitalersatzregeln einer Gesellschafterleistung gleichzustellen ist (vgl. § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG; BGHZ 81, 311, 315; Sen.Urt. v. 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, ZIP 1999, 1314 m.w.N.).

BGH, Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 179/99 - OLG Zweibrücken

LG Zweibrücken

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich, die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Henze, Kraemer und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 18. Mai 1999 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Juni 1996 eröffneten Konkurs über das Vermögen der H. GmbH & Co. KG. Ihre Kommanditisten und Gesellschafter ihrer Komplementär-GmbH waren ursprünglich W. P. zu je 2 % sowie dessen Söhne Hartmut und Ingo zu jeweils

49 %. Ende 1995 übertrug W. P. seine Anteile an der KG an H. P. . Die Beklagte ist ebenfalls eine GmbH & Co. KG, deren Kommanditanteile - ebenso wie die Anteile an ihrer Komplementärin - zu 90,3 % von W. und zu je 4,85 % von H. und I. P. gehalten werden. Sie gewährte der Gemeinschuldnerin Kredite und hatte sich von dieser in den Jahren 1984 und 1993 drei Grundschulden in Höhe von insgesamt 4,5 Mio. DM zur Sicherung sämtlicher Forderungen gegen sie abtreten lassen. Im Konkurs der Gemeinschuldnerin hat die Beklagte Forderungen aus einem seit 1987 gewährten Darlehen in Höhe von ca. 2 Mio. DM, aus Warenlieferungen in Höhe von 960.000,-- DM per 15. November 1995 sowie aus Arbeitsleistungen in Höhe von 3.988,20 DM angemeldet.

Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten im Wege der Anfechtung gemäß § 32 a KO die Rückabtretung der Grundschulden, weil die durch sie gesicherten Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Gesellschafterhilfen resultierten. Die Gemeinschuldnerin habe sich bereits ab Dezember 1994, spätestens Mitte 1995 in einer Krise befunden. Die ihr danach gewährten oder belassenen Kredithilfen müsse sich die Beklagte aufgrund der Identität ihrer Gesellschafter mit denen der Gemeinschuldnerin als Gesellschafterleistungen zurechnen lassen. Land- und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht (dessen Urteil in NZG 2000, 49 abgedruckt ist) meint, der Kläger habe schon deshalb keinen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschulden gemäß § 32 a Satz 1 KO i.V. mit §§ 172 a HGB, 32 a GmbHG, weil die Beklagte hinsichtlich der gesicherten Forderungen nicht den Regeln des Eigenkapitalersatzes unterliege. Sie sei an der Gemeinschuldnerin weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt gewesen und könne - auch im Interesse ihrer eigenen Gläubiger - nicht gemäß § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG einer Gesellschafterin gleichgestellt werden. Dafür reiche die bloße Personenidentität der Gesellschafter beider Gesellschaften nicht aus. Eine Unternehmensverbindung zwischen beiden i.S.v. §§ 15 ff. AktG habe der Kläger nicht ausreichend dargelegt.

II. Diese Begründung hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats steht gemäß § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG der Finanzierungshilfe eines Gesellschafters u.a. diejenige eines mit ihm verbundenen Unternehmens gleich (vgl. BGHZ 81, 311, 315; Urt. v. 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, ZIP 1999, 1314 m.w.N.). Mit einem Gesellschafter in diesem Sinne verbunden ist ein Unternehmen dann, wenn er an ihm maßgeblich beteiligt ist (vgl. Sen.Urt. v. 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595; v. 13. November 1995 - II ZR 113/94, ZIP 1996, 68 f.), also dessen Geschicke bestimmen und durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG Weisungen an dessen Geschäftsführung - etwa zur Vergabe von Krediten an die Gesellschaft, an der er ebenfalls als Gesellschafter beteiligt ist - durchsetzen kann. Dazu genügt regelmäßig - vorbehaltlich einer gegenteiligen Regelung im Gesellschaftsvertrag - eine Beteiligung an der leistenden Gesellschaft von mehr als 50 % (Sen.Urt. v. 21. Juni 1999, aaO).

An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Die Einbeziehung eines an der Leistungsempfängerin nicht beteiligten, jedoch mit einem ihrer Gesellschafter verbundenen Unternehmens in den Kreis der "Dritten" gemäß § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG entspricht dem Regierungsentwurf 1977 zu § 32 a Abs. 5 GmbHG, der in die Generalklausel des jetzigen Abs. 3 eingegangen ist (vgl. BGHZ 81, 311, 315). Sie rechtfertigt sich hier aus den typischen, gesellschaftsrechtlich fundierten Einflußmöglichkeiten des Gesellschafters auf die Gewährung oder den Abzug der Kredithilfe durch die leistende Gesellschaft (vgl. auch Sen.Urt. v. 18. Februar 1991 - II ZR 259/89, ZIP 1991, 366), weshalb ihre Leistung nicht als solche eines außenstehenden Dritten erscheint. Die Interessen der leistenden Gesellschaft und ihrer Gläubiger am Bestand ihrer Rückzahlungsforderung werden auch im Fall ihrer unmittelbaren Beteiligung an der Leistungsempfängerin durch die vorrangigen Eigenkapitalersatzregeln verdrängt. Inwieweit neben dem mit einem Gesellschafter verbundenen Unternehmen auch dieser selbst den Eigenkapitalersatzregeln unterliegt und gesamtschuldnerisch z.B. für nach den Rechtsprechungsregeln (BGHZ 90, 370; 95, 188) entsprechend § 30 GmbHG verbotene Kreditrückzahlungen haftet, ist hier nicht entscheidungserheblich. Jedenfalls richten sich die Sperre des § 32 a Abs. 1 GmbHG und der Rückgewähranspruch gemäß §§ 32 a, 37 Abs. 1 KO gegen das mit dem Gesellschafter verbundene Unternehmen als Kreditgeber bzw. Sicherungsnehmer.

2. Im vorliegenden Fall wird die Gleichstellung der Beklagten mit einer Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin entsprechend den dargestellten Grundsätzen in Verbindung mit § 172 a Satz 1 HGB durch den Kommanditisten W. P. vermittelt. Das gilt jedenfalls hinsichtlich derjenigen Leistungen, welche die Beklagte der Gemeinschuldnerin bis zum Ausscheiden von

W. P. aus ihr gewährt oder belassen hat. Daß er an der Gemeinschuldnerin nur mit 2 % beteiligt war, ist hier ohne Belang. Der Ausschluß der Eigenkapitalersatzregeln für nicht geschäftsführende Gesellschafter mit einer Beteiligung von bis zu 10 % gemäß § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG gilt erst für nach Inkrafttreten dieser Vorschrift am 24. April 1998 (Art. 5 KapAEG v. 20. April 1988, BGBl. I 707) verwirklichte Tatbestände des Eigenkapitalersatzes. Damit kommt es insoweit allein darauf an, daß W. P. Gesellschafter der kreditnehmenden Gemeinschuldnerin und zugleich an der kreditgebenden Beklagten sowie ihrer Komplementär-GmbH mit Anteilen von 90,3 % maßgeblich beteiligt war. Dadurch konnte er beherrschenden Einfluß auf die Beklagte ausüben, insbesondere über die Gewährung oder Belassung von Krediten an die Gemeinschuldnerin durch entsprechende Anweisung an die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH der Beklagten per Gesellschafterbeschuß (§ 46 Nr. 6 GmbHG) entscheiden. Sein Ausscheiden aus der Gemeinschuldnerin ließe eine bis dahin etwa eingetretene Umqualifizierung der Leistungen der Beklagten in Eigenkapitalersatz und damit eine entsprechende Verstrickung der durch die Grundschulden gesicherten Forderungen unberührt (vgl. BGHZ 127, 1, 6 f.; Sen.Urt. v. 21. Juni 1999, aaO).

III. Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig.

1. Die Vorschrift des § 32 a KO (vgl. § 135 Nr. 1 InsO) gilt nach Inkrafttreten der InsO weiter für vor dem 1. Januar 1999 beantragte Konkursverfahren (Art. 103 Satz 1 EGIInsO). Sie umfaßt auch die - lediglich infolge eines Redaktionsversehens nicht aufgeführten - Fälle des § 172 a HGB (vgl. Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 32 a KO Anm. 8 a). Ferner kommt es für die Voraussetzungen des § 32 a KO weder darauf an, ob das besicherte

Gesellschafterdarlehen zugleich mit der Bestellung der Sicherheit oder erst später gewährt wurde noch ist von Bedeutung, ob das gesicherte Darlehen von vornherein Eigenkapitalersatzfunktion hatte oder diese erst später durch "Stehenlassen" erhalten hat (vgl. Kilger/K. Schmidt aaO, Anm. 3 b, 5 b aa).

2. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist zur Schlüssigkeit der Klage kein Vortrag des Klägers dazu erforderlich, inwiefern die Beklagte in der Krise der Gemeinschuldnerin in der Lage gewesen wäre, das seit 1987 gewährte Darlehen fällig zu stellen und zurückzufordern. Vielmehr ist - wenn das Darlehen nicht ohnehin von vornherein dem Zweck der Krisenfinanzierung dienen sollte (vgl. Sen.Urt. v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, ZIP 1992, 616 f.) - mangels gegenteiligen Vortrags der Beklagten von einem ordentlichen Kündigungsrecht gemäß § 609 Abs. 2 BGB oder einem solchen aus wichtigem Grund (Krise der Gesellschaft) entsprechend § 610 BGB auszugehen (vgl. auch Sen.Urt. v. 18. November 1991 - II ZR 258/90, ZIP 1992, 177, 179 zu § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

IV. Somit hängt die Begründetheit der Klage davon ab, ob und inwieweit die sachlichen Voraussetzungen einer Umqualifizierung der Gesellschafterleistungen in Eigenkapital hinsichtlich der durch die Grundschulden gesicherten Forderungen bereits zum Zeitpunkt des Ausscheidens W. P.s aus der Gemeinschuldnerin vorlagen (vgl. Senat BGHZ 127, 1, 6 f.). Das Berufungsgericht hat dazu - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen getroffen, so daß der Senat an einer Entscheidung in der Sache selbst gehindert ist. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Behandlung der Sache folgendes zu beachten haben:

Eine Gesellschaft befindet sich i.S. des § 32 a Abs. 1 GmbHG in der Krise, wenn sie insolvenzreif, d.h. zahlungsunfähig oder überschuldet (vgl. Sen.Urt. v. 14. Juni 1993 - II ZR 252/92, ZIP 1993, 1072, 1073) oder wenn sie kreditunwürdig ist (Sen.Urt. v. 12. Juli 1999 - II ZR 87/98, ZIP 1999, 1524, 1525). Soweit sich der Kläger hinsichtlich des seit 1987 gewährten Darlehens auf eine spätestens im Jahre 1995 bestehende Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin beruft, könnte dem möglicherweise entgegenstehen, daß die Gemeinschuldnerin noch in der Lage gewesen wäre, mit den der Beklagten zur Verfügung gestellten Grundschulden auch Dritten Kreditsicherheiten zu stellen (vgl. Sen.Urt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 123/84, ZIP 1985, 1075, 1077; v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, ZIP 1987, 1541, 1542). Für die Frage, ob die Gemeinschuldnerin einen entsprechenden Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte, käme es deshalb gegebenenfalls auf den Wert der als Sicherheit dienenden Grundstücke im Verhältnis zur jeweiligen Höhe des ausgereichten Kredits an.

Letzteres könnte allerdings dahinstehen, wenn die Gemeinschuldnerin vor dem Ausscheiden W. P.s überschuldet gewesen wäre, was der Kläger unter Bezugnahme u.a. auf die Zwischenbilanz zum 30. Juni 1995 und den vorläufigen Jahresabschluß 1995 behauptet hat. Insofern wäre gegebenen-

falls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zu prüfen, inwieweit daraus nach den Maßstäben von BGHZ 119, 201, 214 eine Überschuldung der Gemeinschuldnerin abgeleitet werden kann.

Röhricht

Hesselberger

Henze

Kraemer

Münke