BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 157/09

Verkündet am:
11. Januar 2011
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG §§ 30, 31 aF

Wird eine Schuld der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter übernommen, die eigenkapitalersatzrechtlich gebunden ist, ist auch eine zum Ausgleich der Schuldübernahme durch Anerkenntnis begründete Forderung des Schuldübernehmers gegen die Gesellschaft eigenkapitalersatzrechtlich gebunden.

BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann und die Richter Dr. Drescher, Born, Sunder und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Juni 2009 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 B. B. P. GmbH (im folgenden: BBP) war Alleingesellschafterin der AE E. GmbH (im folgenden: AEE) mit Sitz in Österreich und selbst eine 90%ige Tochtergesellschaft der Konzernmutter B. B. AG (im folgenden: BBX). Die BBX betrieb den konzernweiten Cash-Pool. Nach dem Cash-Clearing-Vertrag hatte AEE alle liquiden Mittel an BBX abzuführen.

2 Am 31. Januar 2002 hatte die AEE auf dem Zentralkonto des Cash-Pools ein Guthaben von 76.883.626,63 €. AEE, BBX und BBP vereinbarten am 25./26. Februar 2002, dass AEE von dem Clearing-Saldo zwischen BBX und BBP, der eine Verbindlichkeit der BBP gegenüber der BBX von 358.636.162,38 € auswies, 76.800.000 € übernahm. BBP anerkannte gleichzeitig, diesen Betrag der AEE zu schulden. AEE erklärte - wie vereinbart - die Aufrechnung ihrer Forderung aus dem Clearing-Saldo (gegen BBX) gegen die Forderung der BBX aus der Schuldübernahme.

3 Die AEE hatte Forderungen gegen die niederländische NEM b.v. (NEM), eine Tochtergesellschaft der BBP, in Höhe von 48.000.000 €. Die Forderungen der AEE gegen die NEM wurden nach der Darstellung des Klägers aufgrund einer Vereinbarung vom 25./26. Februar 2002 durch Verrechnung mit gegen andere Konzerngesellschaften gerichteten Forderungen der NEM teilweise ausgeglichen, im Gegenzug soll die AEE eine Gutschrift auf dem mit der BBX geführten Verrechnungskonto in Höhe von 25.052.565,93 € erhalten haben.

4 Am 1. September 2002 eröffnete das Amtsgericht Duisburg das Insolvenzverfahren über das Vermögen der BBX und BBP und bestellte später den Beklagten jeweils zum Insolvenzverwalter. Der Kläger ist Masseverwalter im österreichischen Konkursverfahren über das Vermögen der AEE. Er meldete im Insolvenzverfahren über das Vermögen der BBX eine Forderung über 76.800.000 € nebst Zinsen sowie eine Forderung in Höhe von 25.052.565,93 € an, die der Beklagte bestritt.

5 Der Kläger hat die Vereinbarung vom 25./26. Februar 2002 zwischen AEE, BBX und BBP vor dem Landesgericht Graz/Österreich im Wege der Konkursanfechtung mit dem Antrag angefochten, die Erklärungen der AEE in der Vereinbarung, den Schuldbeitritt und die Aufrechnung, für unwirksam, hilfswei-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

se nach § 82 öGmbHG für nichtig erklären zu lassen. Das Landesgericht wurde, nachdem es die Klage zunächst abgewiesen hatte, vom Oberlandesgericht angewiesen, den Antrag auf Unwirksamerklärung weiter zu verfolgen. Das Landesgericht Graz beschloss daraufhin, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Verfahrens zu unterbrechen.

6 Mit der in erster Linie auf einen Anspruch nach § 83 öGmbHG und hilfsweise auf Konkursanfechtung gestützten Klage begehrt der Kläger die Feststellung der im Insolvenzverfahren der BBX angemeldeten Forderungen. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe

7 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Verlust des Guthabens der AEE bei BBX sei keine verbotene Auszahlung nach § 82 öGmbHG. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass die dafür erworbene Forderung gegen BBP ganz oder teilweise uneinbringlich gewesen sei. Dass BBX - und hieraus folgend BBP - im Februar 2002 bereits zahlungsunfähig gewesen sei, sei nicht hinreichend mit Tatsachen belegt. Es sei nicht dargelegt, wieso die finanziellen Schwierigkeiten der BBX für das Auszahlungsverbot nach § 82 öGmbHG von Bedeutung sein sollten. Die übernommene Schuld der BBP sei auch nicht wertlos gewesen, weil sie eigenkapitalersatzrechtlich gebunden gewesen sei. Ob ein eigenkapitalersetzender Charakter der Forderung bei der Übernahme erhalten geblieben sei, könne offen bleiben. Ausreichende Tatsachen zur Begrün-

dung des eigenkapitalersetzenden Charakters der Forderung seien auch in der Stellungnahme des Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der BBP nicht enthalten. Auf die Bewertung durch den Beklagten als Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren der BBP, die erworbene Forderung gegen BBP sei eigenkapitalersetzend gewesen, könne sich der Kläger nicht berufen, da der Beklagte als Insolvenzverwalter der BBX in diesem Verfahren bestreite. Der Anspruch sei auch nicht im Wege der Konkursanfechtung nach österreichischem Recht begründet, da die Konkursanfechtung nach österreichischem Recht im Wege der Gestaltung erfolge und daher derzeit kein Zahlungsanspruch zur Tabelle angemeldet werden könne.

9 Hinsichtlich der Forderung in Höhe von 25.052.565,93 € sei die Buchung in der Buchhaltung der BBX kein Anerkenntnis. Eine Saldenbestätigung durch BBX sei nicht erteilt worden. Es fehle die im Formblatt für Saldenbestätigungen der Clearing-Abstimmung vorgesehene Unterschrift. Auch einen sonstigen Rechtsgrund habe der Kläger nicht dargelegt. Dem Vorbringen des Klägers sei nicht zu entnehmen, dass rechtsverbindliche Vereinbarungen getroffen worden seien, die zu einer Forderung der AEE gegenüber BBX in der genannten Höhe geführt hätten.

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

11 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die deutschen Gerichte für die geltend gemachten Insolvenzforderungen international zuständig sind, soweit sie nicht auf Konkursanfechtung gestützt sind. Dabei kann dahinstehen, ob die internationale Zuständigkeit für Verfahren zur Prüfung der Anmeldung einer Insolvenzforderung und ihrer Feststellung auf der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. EG 2000 Nr. L 160 S. 1) (EuInsVO) oder der Verordnung (EG)

Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG 2001 Nr. L 12/01 S. 1) (EuGVVO) beruht.

12 Die deutschen Gerichte sind international zuständig, wenn sich die Zuständigkeit für Klagen auf Feststellung einer Insolvenzforderung gegen den Insolvenzverwalter nach der EuInsVO richtet. In Frage kommen sowohl eine Annexzuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, weil die Vorschrift dahin auszulegen ist, dass er dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, für Klagen, die unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen, auch eine internationale Zuständigkeit zuweist (EuGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - C-339/07, Slg. 2009, I-00767 Rn. 21), als auch eine Verweisung in das nationale Insolvenzrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 Buchstabe h EuInsVO (Becker in Nerlich/Römermann § 180 InsO Rn. 28 [Stand Mai 2007]), wonach das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung die Anmeldung, die Prüfung und die Feststellung der Forderungen regelt. Bei einer Annexzuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO sind die deutschen Gerichte zuständig, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der BBX in Deutschland eröffnet worden ist, bei einer Verweisung ins nationale Insolvenzrecht aus Art. 4 Abs. 2 Buchstabe h EuInsVO folgt die Zuständigkeit der deutschen Gerichte daraus, dass das Verfahren in Deutschland eröffnet wurde und § 180 Abs. 1 InsO als insoweit anwendbares deutsches Recht die deutschen Gerichte, bei denen das Insolvenzverfahren anhängig ist oder zu deren Bezirk das Insolvenzgericht gehört, für ausschließlich zuständig erklärt.

13 Die deutschen Gerichte sind auch zuständig, wenn die internationale Zuständigkeit für Klagen auf Feststellung einer Insolvenzforderung nach der EuGVVO zu bestimmen ist (dafür etwa MünchKommInsO/Reinhart, 2. Aufl., Art. 3 EuInsVO Rn. 93 m.w.N.). Die internationale Zuständigkeit folgt dann aus

Art. 24 EuGVVO. Der Beklagte hat sich auf das Verfahren ohne Rüge der Zuständigkeit eingelassen, und eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 22 EuGVVO besteht nicht. Die Klage betrifft weder die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft noch die Gültigkeit von Organbeschlüssen (Art. 22 Nr. 2 EuGVVO).

14 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Feststellung der Forderung über 76.800.000 € nebst Zinsen verneint.

15 a) Der Kläger hat gem. § 179 Abs. 1 InsO gegen den beklagten Insolvenzverwalter die Feststellung der Insolvenzforderung zu betreiben, nachdem dieser sie bestritten hat. Auf die Feststellung findet deutsches Recht Anwendung, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der BBX in Deutschland eröffnet wurde (Art. 4 Abs. 2 Buchst. h EuInsVO).

16 b) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auf die geltend gemachte Forderung der AEE gegen BBX österreichisches Recht anzuwenden ist. Der Kläger stützt die Klage in erster Line auf die Ausschüttungssperre nach § 82 öGmbHG. Ausschüttungssperren unterliegen dem Gesellschaftsstatut (BGH, Urteil vom 25. Juni 2001 - II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 168). Das Personalstatut einer Auslandsgesellschaft, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des EWR oder in einem mit diesen aufgrund eines Staatsvertrages in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit gleichgestellten Staat gegründet worden ist, bestimmt sich nach der sogenannten Gründungstheorie nach dem Recht des Gründungsstaates (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 - II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 19 - Trabrennbahn). Da die AEE in Österreich gegründet wurde, wo sie auch ihren Verwaltungssitz hatte, ist österreichisches Recht anzuwenden.

17 c) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine Auszahlung nach § 82 öGmbHG mit der Begründung verneint, der Kläger habe nicht dargelegt, dass die Forderung der BBX gegen BBP, deren Schuld die AEE in Höhe von 76.800.000 € übernommen hat, ganz oder teilweise uneinbringlich oder eigenkapitalersatzrechtlich gebunden gewesen sei.

18 aa) Revisionsrechtlich ist dabei zu unterstellen, dass eine verbotene Auszahlung nach § 82 öGmbHG vorliegt, wenn der Verlust der Forderung der AEE gegen die BBX aus dem Clearing-Saldo infolge der Aufrechnung nicht dadurch ausgeglichen wird, dass die AEE infolge des Anerkenntnisses der BBP eine gleichwertige Forderung erworben hat, und dafür maßgebend ist, ob die BBP ein schlechterer Schuldner als die BBX ist, weil die Forderung der BBX gegen die BBP ganz oder teilweise uneinbringlich gewesen oder eigenkapitalersatzrechtlich gebunden gewesen ist. Das Berufungsurteil, in dem keine näheren Feststellungen zu den Voraussetzungen einer zulässigen Auszahlung nach dem anwendbaren österreichischen Recht getroffen werden, stellt auf den Ausgleich des Verlusts der Forderung der AEE gegen BBX durch die Begründung einer Forderung der AEE gegen BBP infolge der Vereinbarung vom 25./26. Februar 2002 ab und geht davon aus, dass dazu die Forderung der BBX gegen BBP, deren Schuld die AEE übernommen hatte, nicht wertlos in dem Sinn sein darf, dass sie ganz oder teilweise uneinbringlich oder eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war. Es unterstellt dabei auch, dass nach § 82 öGmbHG eine Leistung an den Gesellschafter-Gesellschafter einer Leistung an den Gesellschafter gleichsteht.

19 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger ausreichende Tatsachen dafür vorgetragen, dass die Forderung der BBX gegen BBP eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war.

20 Auf die Forderung der BBX gegen die BBP ist deutsches Gesellschaftsrecht anzuwenden, da die BBP in Deutschland gegründet wurde und hier ihren Sitz hatte. Das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt der Novellenregeln (§§ 32a , 32b GmbHG aF) und der Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG aF analog) ist auf den vorliegenden "Altfall" noch anzuwenden, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der BBP vor dem 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 (Art. 103d EGInsO, vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 15 ff. - Gut Buschow). Danach konnte ein Gesellschafter eine Forderung, die eine eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfe war, während der Dauer der Krise gegen die GmbH nicht durchsetzen (BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 272) und wurde in der Insolvenz der Gesellschaft damit nur nachrangig befriedigt (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF).

21 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 m.w.N.). Kreditunwürdig ist die Gesellschaft, wenn sie im Zeitpunkt der Leistung 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). Kreditunwürdigkeit liegt danach insbesondere vor, wenn die Gesellschaft den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken kann (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1996 - II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501, 503), während gegen Kreditunfähigkeit

spricht, 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). Für die Beurteilung ihrer Kreditunwürdigkeit durch einen wirtschaftlich denkenden außenstehenden Kreditgeber ist auch eine bereits seit längerem bestehende, ansteigende rechnerische Überschuldung einer GmbH von wesentlicher Bedeutung (BGH, Urteil vom 23. Februar 2004 - II ZR 207/01, ZIP 2004, 1049, 1052).

22 Der Kläger hat vorgetragen, dass die BBP den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken konnte. Die BBP war nach dieser Darstellung rechnerisch überschuldet. Durch den Wert der Beteiligungen der BBP seien die Schulden bei BBX nicht gedeckt gewesen. Die BBP habe nicht über eigene Kreditlinien und als Zwischenholding nicht über eigene Liquidität verfügt und sei vollständig von der BBX abhängig gewesen. Da die Liquidität der Enkeltöchter nur an die BBX geflossen sei, sei eine Besserung der Situation nicht zu erwarten gewesen. Der Kläger hat sich zudem darauf gestützt, dass auch die BBX bereits im Februar 2002 kreditunwürdig gewesen sei. Er hat bereits in erster Instanz vorgetragen, dass Kreditgespräche mit dem Bankenkonsortium im Juni 2002 ergebnislos verlaufen seien und davon auszugehen sei, dass die Lage insoweit im Februar 2002 nicht anders zu beurteilen gewesen sei. Wenn schon die Konzernmutter nach dem Vorbringen des Klägers nicht mehr kreditwürdig war, ist davon auszugehen, dass erst recht die vollständig abhängige Tochter BBP ohne eigene Liquidität nicht mehr kreditwürdig war.

23 cc) Die Entscheidung des Berufungsurteils stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob dann, wenn die Forderung der BBX gegen BBP eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war, auch die von der AEE als Ausgleich für die übernommene

Schuld erworbene Forderung gegen die BBP eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war, obwohl die AEE keine Gesellschafterin der BBP war. Die gegen die BBP durch das Anerkenntnis erworbene Forderung war eigenkapitalersatzrechtlich gebunden, wenn es die Forderung der BBX gegen BBP war.

24 Wird eine Schuld der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter übernommen, die eigenkapitalersatzrechtlich gebunden ist, ist auch eine zum Ausgleich der Schuldübernahme durch Anerkenntnis begründete Forderung des Schuldübernehmers gegen die Gesellschaft eigenkapitalersatzrechtlich gebunden. Der eigenkapitalersetzende Charakter eines Darlehens kann nach der Abtretung der Rückzahlungsforderung von der Gesellschaft auch dem Zessionar entgegen gehalten werden (BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 238/87, BGHZ 104, 33, 43). Diese Folgen der Eigenkapitalersatzregeln können nicht zu Lasten der Gesellschaft durch eine der Abtretung im wirtschaftlichen Ergebnis gleich kommende, abweichende vertragliche Gestaltung mittels Schuldübernahme und Begründung einer neuen Forderung gegen die Gesellschaft umgangen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2006 - II ZR 133/05, ZIP 2006, 2272 Rn. 8 f.). Die AEE hat mit der Vereinbarung vom 25./26. Februar 2002 eine Schuld der BBP gegen ihre Gesellschafterin BBX übernommen und dafür eine Forderung gegen die BBP erworben. Wirtschaftlich steht der Vorgang einer Abtretung der Forderung der BBX gegen BBP an die AEE gegen Zahlung eines Kaufpreises von AEE an die BBX gleich.

25 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Feststellung der Forderung in Höhe von 25.052.565,93 € versagt, weil der Kläger eine Vereinbarung, die eine solche Forderung begründet hätte, nicht hinreichend konkret dargelegt habe. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Genügt das

Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, so kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen nicht verlangt werden. Der Tatrichter muss vielmehr in die Beweisaufnahme eintreten und Zeugen oder Sachverständige zu den ungeklärten Punkten befragen (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 121/07, DStR 2008, 1793 Rn. 2; Beschluss vom. 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, ZIP 2007, 1524 Rn. 8; BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 199/03, ZIP 2005, 1738).

26 Der Kläger hat Tatsachen vorgetragen, aus denen sich der geltend gemachte Anspruch ergibt. Er hat eine dreiseitige, jedenfalls zweiseitige Vereinbarung der AEE jedenfalls mit BBX und einem teilweisen Schuldbeitritt bzw. einer Schuldübernahme der BBX behauptet und damit seiner Darlegungslast genügt. Er hat behauptet, die AEE habe aus Auftragsübernahmen Ansprüche gegen NEM erworben, die mit Rücksicht auf einen Minderheitsgesellschafter nicht am Konzernclearing teilgenommen habe. Um einen Ausgleich zwischen den Forderungen der AEE gegen NEM und den Forderungen der NEM gegen andere Konzernunternehmen herzustellen, habe BBX eine Einzelfallvereinbarung veranlasst, mit der die Forderungen der AEE durch Verrechnung mit Forderungen der NEM gegen andere Konzernunternehmen teilweise ausgeglichen worden seien und die AEE im Gegenzug eine Gutschrift auf dem Clearingkonto bei BBX erhalten habe. Entsprechend dieser Vereinbarung habe der Manager der Clearingstelle der BBX M. eine Gutschrift auf dem Clearingkonto der BBX erteilt. Den Vorgang hat der Kläger mit dem Zeugnis des ehemaligen Finanzvorstands unter Beweis gestellt, den das Berufungsgericht nach weiteren Einzelheiten fragen kann.

27 III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

28 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

29 1. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht die Gelegenheit zu überprüfen, ob eine verbotene Auszahlung nach österreichischem Recht - wovon es ausgegangen ist - erst vorliegt, wenn die Forderung der AEE gegen die BBP nicht durchsetzbar, weil eigenkapitalersatzrechtlich verstrickt, oder teilweise uneinbringlich ist, oder die Vereinbarung vom 25./26. Februar 2002 schon aus anderen Gründen zu einer verbotenen Auszahlung führt. Nach § 82 Abs. 1 öGmbHG haben die Gesellschafter, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist. Der Kläger hat behauptet, dass nach österreichischem Recht bei einem Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter eine verbotene Auszahlung dann nicht vorliege, wenn das Geschäft einem Drittvergleich standhält und es ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte. Der Kläger hat darauf hingewiesen, dass ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer einen Schuldner, der eine Forderung gegen einen Dritten hat und dem die Liquidität anderer Unternehmen zufließt, gegen diesen Dritten als Schuldner nur ausnahmsweise eintauschen wird. Im wirtschaftlichen Ergebnis hat die AEE eine Forderung gegen einen Schuldner (die BBX) gegen eine Forderung gegen einen anderen Schuldner (BBP) getauscht. Während der BBX als Konzernmutter, der auch der Cash-Pool zugeordnet war, die Liquidität der Konzernunternehmen zufloss, war die BBP ohne eigene Liquidität, von BBX abhängig und schuldete dieser erhebliche Summen. Dabei wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass eine Darlehensgewährung an einen Gesellschafter, wie sie hier wirtschaftlich mit dem Anerkenntnis der Forderung der AEE gegen die BBP als Ausgleich für die Übernahme der Schuld der BBP vor-

liegt, nach dem vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachten nach österreichischem Recht grundsätzlich nur bei unbedenklicher Bonität und angemessenen Kreditzinsen zulässig ist und existenzbedrohende Risiken keinesfalls übernommen werden dürfen. Dass die AEE mit dem Guthaben auf dem Cash-Clearing-Konto bei der BBX wirtschaftlich ebenfalls einem mittelbaren Gesellschafter ein Darlehen gewährt hatte, steht einer unterschiedlichen Bewertung der Forderungen schon deshalb nicht entgegen, weil nach österreichischem Recht ein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter - ausweislich des vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachtens - betrieblich gerechtfertigt sein und aus diesem Grund die Teilnahme an einem Cash-Pool unter dem Gesichtspunkt einer verbotenen Auszahlung leichter möglich sein kann als ein sonstiges Darlehen an einen Gesellschafter.

30 2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Kläger darzulegen und zu beweisen hat, dass ein Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter einem Drittvergleich nicht standhält. Ob nach dem insoweit maßgebenden österreichischen Recht die Beweislast bei der Gesellschaft liegt, hat es aber nicht ermittelt.

31 3. Das Berufungsgericht wird auch zu prüfen haben, ob die Forderung der AEE gegen die BBX aus dem Clearing-Vertrag in Höhe von 76.800.000 € möglicherweise nicht erloschen ist, weil die Aufrechnungserklärung durch die AEE ins Leere ging. Die Aufrechnungserklärung ging ins Leere, wenn die AEE die Schuld der BBP gegenüber der BBX nicht wirksam übernommen hat. Nach dem vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachten zum österreichischen Recht sind bei einem Verstoß gegen das Verbot nach § 82 öGmbHG das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft nichtig. Das könnte dazu führen, dass die Schuldübernahme nichtig ist, wenn sie durch die Forderung gegen die BBP nicht ausgeglichen wird. Da mit diesem Geschäft die AEE wirtschaftlich der

BBP als Gesellschafterin ein Darlehen gewährt hat und nach dem vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachten nach österreichischem Recht eine Darlehensgewährung an den Gesellschafter nur bei unbedenklicher Bonität und angemessener Verzinsung keine Auszahlung ist, liegt ggf. allein in der mit der Schuldübernahme verbundenen Darlehensgewährung eine verbotene Auszahlung.

32 4. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht ferner Gelegenheit, sich - sofern es darauf noch ankommt - mit dem Vortrag der Revision zu befassen, dass die BBX und der gesamte Konzern bereits Ende 2001/Anfang 2002 zahlungsunfähig, jedenfalls aber kreditunwürdig waren, weil der Vorstand am 14. Januar 2002 selbst davon ausgegangen sei, dass BBX von den Banken keine weiteren Kredite bekomme, die DZ Bank am 4. Februar 2002 um die Ablösung des Avalvolumens von 17,42 Mrd € gebeten habe und die Banken am 11. Februar 2002 zur erforderlichen Anhebung des Avalvolumens nicht bereit gewesen seien.

Bergmann Drescher Born

Sunder Nedden-Boeger

Vorinstanzen:
LG Duisburg, Entscheidung vom 31.01.2008 - 21 O 460/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.06.2009 - I-12 U 75/08 -