BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 213/07

Verkündet am:
26. Januar 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

HGB § 129 a; GmbHG § 32 a Abs. 1; InsO § 39 Abs. 1 Nr. 5 - jeweils in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung

a) Auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als Gesellschafter hat, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, ist § 129 a HGB a.F. entsprechend anzuwenden, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft vor Inkrafttreten des MoMiG (BGBl. I S. 2026) am 1. November 2008 eröffnet wurde.

b) Wird ein Gesellschafterdarlehen durch "Stehenlassen" in der Krise der Gesellschaft in funktionales Eigenkapital umqualifiziert und steht fest, dass der Gesellschafter, dem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hat, seine - vom Gesetz in der Insolvenz der Gesellschaft zurückgestufte - Darlehensrückzahlungsforderung dauerhaft nicht mehr durchsetzen kann, ist er wegen Wegfalls des Sicherungszwecks auf Verlangen der Gesellschaft zur Freigabe der Sicherheit verpflichtet (vgl. Sen.Urt. v. 27. November 2000 - II ZR 179/99, ZIP 2001, 115).

BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 213/07 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Caliebe, Dr. Reichart und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18. Juli 2007 aufgehoben und das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg vom 21. März 2007 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte wird verurteilt, die Löschung der im Grundbuch von Ma. , Blatt 1 , in Abteilung III zu laufenden Nummern 4, 5 und 6 eingetragenen Grundschulden, jeweils lautend auf den Betrag von 5.000.000,00 DM mit 18 % Zinsen jährlich ab Eintragung auf eigene Kosten zu bewilligen und die Grundschuldbriefe an den Kläger herauszugeben.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem im Dezember 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der L. GbR (nachfolgend Schuldnerin), deren Gesellschaftszweck der Erwerb von Grundstücken in Ma. , die Errichtung eines Einkaufszentrums mit Gastronomie und Hotelbetrieb sowie die Vermietung und Verpachtung des Immobilienvermögens war. Gesellschafterinnen der Schuldnerin waren mit einem Anteil von 5 % die G. Gesellschaft zur Generalübernahme von schlüsselfertigen Bauten mbH (nachfolgend G. GmbH) und von 95 % die M. AG (nachfolgend M. AG), über deren Vermögen am 5. November 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt wurde. Ein Insolvenzantrag über das Vermögen der G. GmbH wurde im Dezember 2003 mangels Masse abgewiesen.

2 Die Schuldnerin ist Eigentümerin mehrerer Grundstücke in Ma. , auf denen sie das so genannte L. , ein Einkaufszentrum mit angeschlossenem Hotelbetrieb und gastronomischen Einrichtungen, errichtet hat. Die Grundstücke sind nachrangig zur Sicherung von Darlehensforderungen der M. AG mit drei Grundschulden in Höhe von jeweils 5 Millionen DM belastet, die insgesamt noch in Höhe von ca. 2 Millionen € valutieren. Die offenen Darlehensforderungen hat der Beklagte als Insolvenzverwalter der M. AG im Insolvenzverfahren der Schuldnerin zur Insolvenztabelle angemeldet. Der Kläger hat die Forderungen bestritten und in erster Linie geltend gemacht, dass den - von Ende Dezember 1999 bis zur Insolvenzeröffnung im Dezember 2003 in nahezu unveränderter Höhe von ca. 2 Millionen € fortbestehenden - Darlehen Eigenkapitalersatzfunktion zukomme. Dies sei jedenfalls deshalb der Fall, weil die M. AG die Darlehen in der Krise der Schuldnerin stehen gelassen habe.

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

3 Das Landgericht hat die auf Bewilligung der Löschung der Grundschulden und Herausgabe der Grundschuldbriefe gerichtete Klage abgewiesen und der Widerklage auf Feststellung der vom Beklagten angemeldeten Darlehensforderungen zur Insolvenztabelle der Schuldnerin stattgegeben. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der - von dem erkennenden Senat zugelassenen - Revision.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils in Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zur Verurteilung des Beklagten und zur Abweisung der Widerklage.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

6 Der Kläger könne von dem Beklagten nicht verlangen, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen, weil den durch sie abgesicherten Forderungen der M. AG keine dauernde Einrede analog § 129 a HGB i.V.m. § 32 a Abs. 1 GmbHG bzw. i.V.m. § 242 BGB entgegenstehe. § 129 a HGB sei auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht entsprechend anwendbar, auch wenn dies in Teilen der Literatur teilweise uneingeschränkt, teilweise jedenfalls bei unternehmenstragenden Gesellschaften befürwortet werde. Eine analoge Anwendung der Vorschrift scheitere daran, dass keine ungewollte Regelungslücke bestehe. Daran habe auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Partei- und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Außengesellschaft nichts geändert, die nur die Haftungsverhältnisse der Gesell-

schaft und ihrer Gesellschafter zu Dritten, nicht aber Ansprüche im Innenverhältnis betreffe. Ebenso wenig stehe der Geltendmachung der durch die Grundschulden gesicherten Darlehen § 242 BGB entgegen.

7 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts findet § 129 a HGB a.F. auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechende Anwendung, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als Gesellschafter hat, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

9 a) Der Anwendung des § 129 a HGB a.F. steht im vorliegenden Fall nicht schon entgegen, dass die Vorschrift durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) aufgehoben wurde. § 129 a HGB a.F. ist - ebenso wie die Eigenkapitalersatzvorschriften der §§ 32 a und 32 b GmbHG a.F., deren Geltung er für die OHG ohne natürliche Person als Gesellschafter anordnet - nach Inkrafttreten dieses Gesetzes weiter anzuwenden, wenn das Insolvenzverfahren - wie hier - vor diesem Zeitpunkt eröffnet wurde (Art. 103 d Satz 1 EGInsO).

10 b) Entgegen dem Wortlaut des § 129 a HGB a.F., der ausdrücklich nur eine Regelung für die OHG trifft, gelten die Eigenkapitalersatzregelungen auch für atypische (Außen-) Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die weder unmittelbar noch mittelbar über eine natürliche Person als Gesellschafter verfügen. Der Senat stellt in seiner Rechtsprechung die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinsichtlich der Haftungsverfassung und der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft der OHG gleich (BGHZ 154, 370, 376; BGHZ 146, 341; BGHZ 142, 315). Haften danach die

Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüber Dritten analog den - ihrem Wortlaut nach nur für die OHG geltenden - Vorschriften der §§ 128 f., 130 HGB, kann folgerichtig die Frage, ob auch § 129 a HGB a.F. für (Außen-) Gesellschaften bürgerlichen Rechts entsprechend gilt, nicht anders beantwortet werden. Darauf, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Trägerin eines Unternehmens i.S.v. § 14 BGB ist, kommt es für die Anwendung des § 129 a HGB a.F. nicht an, auch wenn dies bei einer - von § 129 a HGB a.F. vorausgesetzten - Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne natürliche Person als unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter in der Regel der Fall sein wird. Maßgeblich ist allein, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt.

11 Durch die Anwendung der Eigenkapitalersatzvorschriften auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne natürliche Person als Gesellschafter wird die bisher noch vorhandene Lücke in dem nach der Rechtsprechung des Senats bestehenden Haftungssystem der BGB-Gesellschaft sachgerecht geschlossen. Der Zweck des § 129 a HGB a.F., im Interesse des Gläubigerschutzes zu verhindern, dass die Eigenkapitalersatzregeln durch Gründung von atypischen Personengesellschaften umgangen werden, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet (Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 129 a Rdn. 1), gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne natürliche Person als Gesellschafter in gleicher Weise wie für eine derartige OHG (MünchKommHGB/K. Schmidt 2. Aufl. § 129 a Rdn. 4; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB 5. Aufl. § 129 a Rdn. 2 für unternehmenstragende Gesellschaften bürgerlichen Rechts; Staub/Habersack, HGB 4. Aufl. § 129 a Rdn. 3; Habersack, ZHR 162, 201, 215; vgl. auch Heymann/Emmerich, HGB 2. Aufl. § 129 a Rdn. 3; a.A. Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 129 a Rdn. 1).

12 Die Notwendigkeit dieser Gleichstellung von OHG und BGB-Gesellschaft wird dadurch bestätigt, dass sich jedenfalls bei gewerblich tätigen Gesellschaften der Übergang von der Rechtsform der GbR zu derjenigen der OHG und umgekehrt bei fehlender Registereintragung vor allem in Abhängigkeit vom Umfang der Geschäfte oft unmerklich vollzieht, und die dadurch bei einer unterschiedlichen Beurteilung der Anwendbarkeit des § 129 a HGB a.F. für die OHG und die BGB-Gesellschaft eintretende Rechtsunsicherheit nicht hingenommen werden kann (vgl. BGHZ 154, 370, 376).

13 c) Anders als die Revisionserwiderung meint, steht der Anwendung des § 129 a HGB a.F. auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht der Wille des Gesetzgebers entgegen. Zwar fehlt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine ausdrückliche, § 129 a HGB a.F. entsprechende Vorschrift. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber die Anwendung der Regeln über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterhilfen bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die nicht über eine natürliche Person als Gesellschafter verfügen, schlechthin ausschließen wollte. Für eine solche Regelung bestand bei der Schaffung des § 129 a HGB a.F. für die OHG durch die GmbH-Novelle des Jahres 1980 keine Veranlassung, weil die BGB-Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt noch nicht als konkursfähig beurteilt wurde. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Insolvenzrechtsreform bewusst nicht zum Anlass genommen hat, die Vorschrift des § 129 a HGB a.F. ausdrücklich auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erstrecken, sind nicht erkennbar.

14 Die am 1. November 2008 in Kraft getretene, für Insolvenzverfahren, die nach diesem Zeitpunkt eröffnet wurden, anwendbare Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 Satz 1 InsO spricht nicht gegen diese Beurteilung. Sie stellt vielmehr Gesellschaften bürgerlichen Rechts ohne natürliche Person als persönlich

haftenden Gesellschafter Gesellschaften anderer Rechtsformen gleich, die diese Voraussetzung erfüllen. Dafür, dass der Gesetzgeber erst mit dieser Neuregelung die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinsichtlich des Gläubigerschutzes in der Insolvenz den Personengesellschaften des Handelsrechts gleichstellen wollte, fehlen in den Gesetzesmaterialien jegliche Hinweise. Im Gegenteil spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber mit dieser Neufassung deklaratorisch klarstellen wollte, was er als schon bisher geltend angesehen hat.

15 2. Als stehen gelassene Gesellschafterhilfen sind die Darlehensforderungen der M. AG nicht durchsetzbar. Der Beklagte ist deshalb mit diesen Forderungen auf die nachrangige Teilnahme am Insolvenzverfahren beschränkt (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.). Ebenso ist er verpflichtet, die zu ihrer Sicherung bestellten Grundschulden frei zu geben.

16 Die M. AG hat der Schuldnerin in der Krise eine Gesellschafterhilfe gewährt, indem sie trotz jedenfalls zum 31. Dezember 2002 erkennbarer Überschuldung - die Grundstücke waren nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers in der Handelsbilanz schon mit dem Verkehrswert angesetzt, sonstige stille Reserven sind nicht ersichtlich - die ihr gegebenen Darlehen über diesen Zeitpunkt hinaus stehen ließ. Hierdurch wurden die Gesellschafterdarlehen in funktionales Eigenkapital umqualifiziert mit der Folge, dass sie in der Insolvenz der Schuldnerin nur nachrangig geltend gemacht werden können (§ 129 a HGB a.F. analog, § 32 a Abs. 1 GmbHG a.F.).

17 Steht wie hier außerdem fest, dass der - in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte - Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.), dem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hat, wegen der Höhe der Gläubigerforderungen seine Rückzahlungsforderung dauer-

haft nicht mehr durchsetzen und keinerlei Zahlung erwarten kann, ist er auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, die Sicherheit freizugeben (Sen.Urt. v. 27. November 2000 - II ZR 179/99, ZIP 2001, 115; Goette/Kleindiek, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis 5. Aufl. Rdn. 168; Löwisch, Eigenkapitalersatzrecht (2007) Rdn. 296). In einem solchen Fall wird der Sicherheit die vertragliche Rechtsgrundlage entzogen, weil sich der Sicherungszweck erledigt hat. Der Beklagte ist deshalb verpflichtet, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen und die Grundschuldbriefe herauszugeben.

18 III. Aus den aufgezeigten Gründen unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung. Da weitere tatrichterliche Feststellungen nicht in Betracht kommen und damit der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, hatte der Senat unter Abän-

derung des landgerichtlichen Urteils in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und den Beklagten auf die Klage antragsgemäß zu verurteilen und seine Widerklage abzuweisen.

Goette Kurzwelly Caliebe

Reichart Drescher

Vorinstanzen:
LG Magdeburg, Entscheidung vom 21.03.2007 - 11 O 1742/06 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 18.07.2007 - 5 U 40/07 -