BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 18/10

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 2 aF; GmbHG § 32a aF

a) Kreditunwürdig im Sinne der Regeln über den Eigenkapitalersatz kann eine Gesellschaft nur dann sein, wenn sie tatsächlich einen Kredit benötigt.

b) Ein Kreditbedarf, der nur aufgrund zu gering kalkulierter Abschlagszahlungen des Gesellschafters oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens entstanden ist und der nachträglich bei richtiger Betrachtungsweise entfällt, reicht dafür nicht aus.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 18/10 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2011 durch den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie die Richter Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 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 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. November 2007 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. -S. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Deren Schwestergesellschaft B. B. GmbH, die Beklagte, vertreibt Fahrräder. Diese ließ sie von der Schuldnerin montieren. Dafür erhielt die Schuldnerin im Jahr 2006 eine Vergütung pro Rad in Höhe von 18 €. Die daraus resultierenden monatlichen Vergütungsforderungen stellten die beiden Gesellschaften in ein Verrechnungskonto ein, ebenso wie diverse Gegenforderungen der Beklagten. Das Verrechnungskonto wies nach der

Berechnung des Berufungsgerichts von Januar bis Dezember 2006 einen durchschnittlichen Monatssaldo zugunsten der Beklagten in Höhe von 911.290,45 € aus. Im März 2007 stellte die Schuldnerin eine aufgrund einer Nachkalkulation der Fahrradfertigung errechnete zusätzliche Vergütungsforderung in Höhe von brutto 1.379.423 € in das Konto ein, was zu einem Guthaben zu ihren Gunsten führte.

2 Der Kläger hält die Saldierung der gegenseitigen Forderungen in Höhe von 911.290,45 € für unwirksam, weil die Forderungen der Beklagten in dieser Höhe wegen "Stehenlassens" eigenkapitalersetzend geworden seien. Die Beklagte hat dagegen behauptet, es sei von vornherein vereinbart gewesen, dass die Schuldnerin eine Vergütung für die Fahrradmontage in Höhe ihrer Selbstkosten habe erhalten sollen; diese hätten im ersten Quartal des auf den Produktionsbeginn folgenden Jahres berechnet werden sollen; danach hätten die Ist-Kosten der Radmontage 27,28 € statt 18,00 € betragen; bei insgesamt 128.142 montierten Fahrrädern ergäbe das eine Gesamtvergütungsforderung in Höhe restlicher 1.379.423 € brutto.

3 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 911.290,45 € und 6.747,06 € vorgerichtliche Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

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

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

5 I. Dieses hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet (OLG Frankfurt am Main, GmbHR 2010, 646):

6 Der Kläger habe einen Anspruch auf Zahlung von 911.290,45 € aus §§ 143, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Verbindung mit §§ 32a, 32b GmbHG in der jeweils bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung. Die Schuldnerin sei jedenfalls Ende 2006 kreditunwürdig gewesen. In dieser Situation habe die Beklagte ihre Forderungen aus dem Verrechnungskonto "stehengelassen". Dadurch seien sie in Höhe des Durchschnittssaldos eigenkapitalersetzend geworden. Die Saldierung mit der Gegenforderung der Schuldnerin in Höhe von 1.379.423 € sei erst im März 2007 erfolgt. Die Erfüllungshandlung sei vom Kläger somit wirksam nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aF angefochten worden.

7 Auf die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme zu der Frage, ob die gutgeschriebenen 18 € pro Rad die Gesamtvergütung oder nur ein Abschlag hätten sein sollen, komme es nicht an. Denn jedenfalls seien die restlichen Vergütungsforderungen erst zum Zeitpunkt der Nachkalkulation im März 2007 fällig geworden, während die Zahlungsansprüche der Beklagten aus den Salden des Verrechnungskontos bereits im Jahre 2006 fällig gewesen seien. Eine sich aufhebende gegenseitige Kreditierung habe - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht stattgefunden. Vielmehr habe allenfalls eine Aufrechungsmöglichkeit bestanden. Eine Aufrechnung sei aber anfechtbar gewesen.

8 II. Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Kontrolle nicht in allen Punkten stand.

9 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Regeln über den Eigenkapitalersatz hier noch anwendbar sind, 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).

10 2. Weiter zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass ein ständiges Stehenlassen von fälligen Forderungen - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - in Höhe des Durchschnittssaldos eine eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfe darstellt, die sowohl zur Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbHG aF als auch der § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aF, § 32a Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF führt. Denn der Gesellschafter gibt der Gesellschaft mit diesem fortlaufend bestehen bleibenden Kredit zwar nicht in Höhe der jeweiligen Einzelforderung, wohl aber in Höhe der Gesamtdurchschnittsforderung eine Überlebenshilfe, die es rechtfertigt, die Durchschnittsforderung wie Eigenkapital zu behandeln (BGH, Urteil vom 28. November 1994 - II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24 f.; siehe auch Urteil vom 7. November 1994 - II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 340 f.).

11 3. Ebenfalls zutreffend ist die Annahme, dass die Beklagte, obwohl sie nicht Gesellschafterin, sondern nur Schwestergesellschaft der Schuldnerin ist, den Regeln über den Eigenkapitalersatz unterliegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats wird ein mit dem Gesellschafter verbundenes Unternehmen, auf das der Gesellschafter kraft der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung seiner Beteiligung einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, gemäß § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF wie ein Gesellschafter behandelt (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 Rn. 9 f.; Urteil vom 28. Februar 2005 - II ZR 103/02, ZIP 2005, 660, 661; Urteil vom 28. September

1981 - II ZR 223/80, BGHZ 81, 365, 368). So liegt es hier. Beide Gesellschaften hatten denselben Alleingesellschafter.

12 4. Das Berufungsgericht hat jedoch die Voraussetzungen einer Krise im Sinne des § 32a Abs. 1 GmbHG aF nicht fehlerfrei festgestellt.

13 Eine Krise in dem genannten Sinn liegt dann vor, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Kapitalüberlassung oder des "Stehenlassens" des Kapitals insolvenzreif oder kreditunwürdig ist (ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21). Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Schuldnerin insolvenzreif war. Für das Revisionsverfahren ist somit davon auszugehen, dass eine Insolvenzreife bis zu der Saldierung der Forderungen aufgrund der Gutschrift der Schuldnerin im März 2007 nicht bestanden hat.

14 Bei seiner Annahme, die Schuldnerin sei jedenfalls ab Ende 2006 kreditunwürdig gewesen, hat das Berufungsgericht zum einen nicht beachtet, dass eine Krise während des gesamten Zeitraums bestanden haben muss, für den die stehen gelassene Durchschnittsforderung geltend gemacht wird. Tritt die Krise erst am Ende dieses Zeitraums ein, ist es nicht gerechtfertigt, die Durchschnittsforderung wie funktionelles Eigenkapital zu behandeln. Diese Funktion kann sie nur haben, wenn sie insgesamt in der Krise stehengelassen worden ist.

15 Zum anderen hat das Berufungsgericht nicht gesehen, dass von einer Kreditunwürdigkeit im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts nur dann ausgegangen werden kann, wenn die Gesellschaft tatsächlich einen Kredit benötigt. Denn es geht bei dem Merkmal der Kreditunwürdigkeit darum festzustellen, ob die Gesellschaft einen zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs

erforderlichen Kreditbedarf nicht aus eigener Kraft decken kann und deshalb liquidiert werden müsste, wenn nicht der Gesellschafter mit seiner Leistung einspringt oder eingesprungen wäre (BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, ZIP 2011, 328 Rn. 21; Urteil vom 2. Dezember 1996 - II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501, 503; Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 206).

16 Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Schuldnerin im hier entscheidungserheblichen Zeitraum einen solchen Kreditbedarf hatte. Davon wäre zwar ohne weiteres auszugehen, wenn die Schuldnerin tatsächlich im gesamten Jahr 2006 einen durchschnittlichen Kredit ihrer Schwestergesellschaft in Höhe von 911.290,45 € in Anspruch genommen hätte. Die monatlichen Salden des zwischen den beiden Gesellschaften geführten Verrechnungskontos reichen für diesen Schluss aber nicht aus.

17 Nach dem Vortrag der Beklagten, der für das Revisionsverfahren als wahr zu unterstellen ist, hatte sie mit der Schuldnerin vereinbart, dass für die Fahrradmontage eine Vergütung in Höhe der Selbstkosten der Schuldnerin gezahlt werden sollte und dass auf diese Vergütungsforderung - deren genaue Höhe sich erst errechnen ließ, wenn die Gesamtstückzahl der im Jahr 2006 montierten Räder bekannt war- ein Abschlag in Höhe von 18,00 € pro Rad fällig werden sollte. Zu Beginn des Jahres 2007 hat sich dann ergeben, dass die Selbstkosten pro Stück nicht 18,00 €, sondern 27,28 € betragen haben. Damit war klar, dass der Abschlag von 18,00 € um 34 % zu gering kalkuliert war. Wären sogleich 27,28 € pro Rad gezahlt worden, hätte das gemeinsame Verrechnungskonto nach den vom Landgericht festgestellten Kontoständen überwiegend einen Saldo zugunsten der Schuldnerin aufgewiesen.

18 Bei dieser Sachlage bestand nur vordergründig ein Kreditbedarf der Schuldnerin. Jedenfalls für die Beklagte, die aufgrund der für sie günstigen Absprache zunächst nur rund 2/3 des vereinbarten Endpreises für die Radmontage zahlen musste, stand keinesfalls fest, dass der Durchschnittssaldo des Verrechnungskontos bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise endgültig ihr zustand. Tatsächlich war das Gegenteil der Fall. Auch im März 2007 wies das Verrechnungskonto nach der Einstellung der restlichen Vergütungsforderung einen Saldo zugunsten der Schuldnerin in Höhe von 55.441,23 € auf.

19 Ob die Beklagte - wie die Revision meint - gegen Treu und Glauben verstoßen hätte, wenn sie die Saldoforderungen aus dem Verrechnungskonto gegen die Schuldnerin geltend gemacht hätte, kann offen bleiben. Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, im Rahmen der Eigenkapitalersatzregeln auf einen Kreditbedarf abzustellen, der nur aufgrund zu gering kalkulierter Abschlagszahlungen des Gesellschafters oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens entstanden ist und der nachträglich bei richtiger Betrachtungsweise entfällt.

20 III. Damit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können. Zwar hat das Landgericht zu der Frage, welche Vergütung ursprünglich vereinbart war, eine Beweisaufnahme durchgeführt. Das Berufungsgericht hat sich damit aber - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht befasst. Das wird nachzuholen sein. Hätten die Gesellschaften nämlich erst nachträglich vereinbart, dass die Beklagte eine

höhere als die ursprünglich abgesprochene Vergütung zahlen sollte, würde das der Annahme einer Kreditunwürdigkeit im Jahr 2006 nicht entgegenstehen.

Strohn Caliebe Reichart

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 03.04.2009 - 2-20 O 92/08 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 16.12.2009 - 17 U 105/09 -