BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 60/09

vom

26. April 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 32 a aF; EGInsO Art. 103 d

a) Eine mit Mitaktionären koordinierte, auf die Verhinderung der Insolvenz einer Aktiengesellschaft gerichtete Kapitalhilfe eines Aktionärs, der ein Aktienpaket im Umfang von 15 % hält, kann das für die Auslösung der Haftung nach den Eigenkapitalersatzregeln konstitutive unternehmerische Interesse des Darlehen gewährenden Aktionärs begründen.

b) Eine Ausnahme von den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts bei sog. kurzfristigen Überbrückungskrediten ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft mit einer Rückzahlung nach längstens drei Wochen objektiv gerechnet werden kann.

BGH, Hinweisbeschluss vom 26. April 2010 - II ZR 60/09 - OLG Köln
LG Bonn

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 26. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Strohn, Dr. Reichart, Dr. Drescher und Bender

einstimmig beschlossen:

1. Der Kläger wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision gemäß § 552 a ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

2. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 1,2 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die vom Berufungsgericht auf der Grundlage auslaufenden Rechts als grundsätzlich angesehene Frage, unter welchen Voraussetzungen auch bei einer unmittelbaren Beteiligung von weniger als 25 % des Aktienkapitals von einer Finanzierungsfolgenverantwortung des Aktionärs auszugehen ist, stellt sich nach Inkraftreten des MoMiG nur noch für Altfälle und kann, was das Berufungsgericht verkannt hat, nur aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls beantwortet werden. Dass es für die Verantwortlichkeit des Aktionärs nach den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts nicht allein auf

die Beteiligungsquote ankommt, sondern dass diese nur ein allerdings wesentliches Indiz für das - maßgebliche - gesellschaftsrechtlich vermittelte unternehmerische Interesse des Aktionärs darstellt, hat der Senat bereits entschieden (BGHZ 90, 381, 388 ff.; BGH, Sen.Urt. v. 9. Mai 2005 - II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1317). Unter welchen weiteren Voraussetzungen ein solches unternehmerisches Interesse anzunehmen ist, entzieht sich einer verallgemeinerungsfähigen Beurteilung.

2 II. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

3 Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger, indem er die Schuldverschreibungen gezeichnet hat, der C. AG (im Folgenden: Schuldnerin) ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gegeben hat, so dass in entsprechender Anwendung des nach Art. 103 d EGInsO noch maßgeblichen § 32 a Abs. 1 GmbHG a.F. der Darlehensrückzahlungsanspruch nur nachrangig geltend gemacht werden kann und demgemäß ein Anspruch auf Aussonderung oder Absonderung der sicherheitshalber abgetretenen Forderungen nicht besteht.

4 1. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen das Ergebnis, dass den Kläger eine Finanzierungsfolgenverantwortung i.S. der Eigenkapitalersatzregeln trifft, weil er als Aktionär bei Zeichnung der Schuldverschreibungen ein unternehmerisches Interesse an dem Fortbestand der Schuldnerin hatte.

5 Dabei kann offen bleiben, ob die von der I. GmbH gehaltenen 705 Aktien und die von Dr. Z. gehaltenen 1.995 Aktien dem Kläger zuzurechnen sind, so dass er insgesamt über 4.826 Aktien oder 35,09 % der Anteile verfügte. Denn schon das am 20. Dezember 1999 von dem Kläger, Dr. Z. und dem Vorstand der Schuldnerin unterzeichnete "Keep

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

Well Agreement" und die damit koordinierte Kreditvergabe (vgl. BGH, Sen.Urt. v. 9. Mai 2005 aaO S. 1318; Sen.Beschl. v. 19. März 2007 - II ZR 106/06, DStR 2007, 684) reichen aus, um - zusammen mit dem Aktienanteil des Klägers von 15,46 % - ein aktienrechtlich fundiertes unternehmerisches Interesse zu begründen.

6 In der Vereinbarung heißt es (in deutscher Übersetzung):

> A. K. C. [später umbenannt in C. AG] ist eine Aktiengesellschaft ...
>
> B. Die Darlehensgeber sind Aktionäre von K. C.
>
> C. Angesichte der finanziellen und witschaftlichen Lage von K. C. besteht die Gefahr, dass K. C. entweder bereits überschuldet bzw. zahlungsunfähig ist oder in Zukunft überschuldet bzw. zahlungsunfähig werden könnte, jeweils im Sinne von § 92 Abs. 2 AktG.
>
> D. Die Darlehensgeber haben den Wunsch, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Bezug auf K. C. ... zu vermeiden.
>
> In Anbetracht dessen vereinbaren die Parteien dieser Vereinbarung hiermit Folgendes:
>
> 1. Gewährung von Aktionärsdarlehen.
>
> (a) Die Darlehensgeber verpflichten sich hiermit, K. C. ein oder mehrere Aktionärsdarlehen ... zu gewähren. Die Höhe des/der Aktionärsdarlehen(s) muss im Allgemeinen dem jeweiligen Betrag entsprechen, der zu einem beliebigen Zeitpunkt benötigt wird, um (im Zusammenhang mit dem Rangrücktritt und Verzicht laut Abschnitt 2) (i) die Überschuldung von K. C. oder (ii) die Zahlungsunfähigkeit seitens K. C. zu vermeiden.

(b) ... Die Darlehensgeber verpflichten sich, alle derartigen durch K. C. bestimmten Beträge auf erstes Anfordern innerhalb von drei Geschäftstagen nach einer schriftlichen Aufforderung durch K. C. an K. C. zu zahlen.

...

2. Rangrücktritt und Verzicht

... erklären sich die Darlehensgeber hiermit unwiderruflich mit dem Rangrücktritt ihres Anspruchs auf (Rück)zahlung des Hauptbetrags und der Zinsen auf die Aktonärsdarlehen durch K. C. hinter alle bestehenden und künftigen Zahlungsansprüche aller übrigen Gläubiger von K. C. einverstanden... .

7 Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser massiven, mit dem Mitaktionär Dr. Z. koordinierten Hilfe zur Beseitigung oder Vermeidung einer Insolvenzreife ein unternehmerisches Interesse des Klägers in seiner Eigenschaft als Aktionär an dem Schicksal der Schuldnerin angenommen hat, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Sen.Urt. v. 9. Mai 2005 aaO; Sen.Beschl. v. 19. März 2007 aaO). Dabei durfte das Berufungsgericht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch berücksichtigen, dass der Kläger der Schuldnerin, die nach der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellung des Landgerichts seit ihrer Gründung im Jahr 1995 stets mit Verlust gearbeitet hat, bis zum Jahr 1998 - zusammen mit den übrigen Mitgliedern der sog. L. Gruppe (u.a. Dr. Z.) - Darlehen i.H.v. mehr als 15 Mio. DM gewährt, im Jahr 1998 auf einen Darlehensrückzahlungsanspruch i.H.v. rund 6,9 Mio. DM verzichtet, im Jahr 1999 über die von ihm beherrschte I. GmbH einen Kapitalerhöhungsbetrag von 32.250,00 DM und ein Aufgeld i.H.v. 1,964 Mio. DM gezahlt, im Jahr 2000 über die I. GmbH ein weiteres

Darlehen i.H.v. 10 Mio. DM und in den Jahren 2001 und 2002 Darlehen i.H.v. insgesamt über 2,4 Mio. € - teilweise gegen Zeichnung der Schuldverschreibungen - gewährt hat und zudem seit März 2001 dem Aufsichtsrat der Schuldnerin - neben Dr. Z. und einem weiteren Mitglied - angehört. Bei einer Gesamtbetrachtung all dieser Umstände kann nicht zweifelhaft sein, dass der Kläger als unternehmerisch interessierter Aktionär die Überlebensfähigkeit der Schuldnerin gesichert hat und sich damit in der Krise der Gesellschaft eine Umqualifizierung seiner Kapitalhilfen in funktionales Eigenkapital gefallen lassen muss.

8 Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass die persönlichen Voraussetzungen der Eigenkapitalersatzregeln zum Zeitpunkt der Gewährung der Gesellschafterhilfe gegeben sein müssen (vgl. BGH, Sen.Urt. v. 9. Mai 2005 aaO). Das dargestellte, mit dem Mitaktionär koordinierte finanzielle Engagement des Klägers geht insgesamt weit über eine bloße Kreditgewährung eines Aktionärs, der kein unternehmerisches Interesse verfolgt, hinaus. Der Kläger ist nicht - wie eine Bank - als Kreditgeber tätig geworden und hielt - mehr zufällig - auch noch einige Aktien der Schuldnerin - wie es der Situation entsprochen hätte, die den Senat veranlasst hat, für die Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln nach altem Recht grundsätzlich einen Aktienbesitz von mindestens 25 % zu verlangen (BGHZ 90, 381, 388 ff.). Das gilt jedenfalls für die Zeit nach dem Ausscheiden des Großaktionärs K. GmbH im März 2001 und damit für den Zeitraum, in dem der Kläger die beiden hier zu beurteilenden Schuldverschreibungen gezeichnet hat.

9 Das Berufungsgericht hat auch keinen Beweisantritt des Klägers übergangen. Der insoweit von der Revision angeführte Vortrag des Klägers, er habe die Aktien der Schuldnerin stets nur als passive Beteiligung gehalten, ist einem Zeugenbeweis nicht zugänglich. Dabei handelt es sich um eine innere

Tatsache, bei der ein Beweisantritt nur dann beachtlich ist, wenn die Indiztatsachen genannt werden, aus denen sich die innere Tatsache ergeben soll. Nur so wird dem Gericht ermöglicht zu prüfen, ob der Beweisantrag schlüssig ist (BGH, Urt. v. 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, ZIP 1983, 860, 862 - insoweit in BGHZ 87, 227 nicht abgedruckt; v. 30. April 1992 - VII ZR 78/91, NJW 1992, 2489 f.).

10 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, dass die Schuldnerin bei Zeichnung der Schuldverschreibungen im Oktober und November 2001 überschuldet war i.S. des § 19 Abs. 2 InsO und damit die Voraussetzungen einer Krise i.S. des § 32 a Abs. 1 GmbHG a.F. erfüllt sind.

11 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats hat der Insolvenzverwalter allerdings die insolvenzrechtliche Überschuldung grundsätzlich durch Vorlage eines Überschuldungsstatus darzulegen. Darin sind die stillen Reserven aufzudecken und die Vermögensgegenstände zu Veräußerungswerten anzusetzen. Nicht ausreichend ist dagegen, lediglich die Handelsbilanz vorzulegen. Diese kann aber indizielle Bedeutung für die insolvenzrechtliche Überschuldung haben. Dazu muss der Insolvenzverwalter die Ansätze der Handelsbilanz daraufhin überprüfen und erläutern, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige daraus nicht ersichtliche Veräußerungswerte vorhanden sind. Dabei muss er nicht jede denkbare Möglichkeit ausschließen, sondern nur nahe liegende Anhaltspunkte - beispielsweise stille Reserven bei Grundvermögen - und die von dem Gesellschafter insoweit aufgestellten Behauptungen widerlegen (BGHZ 125, 141, 146; 146, 264, 267 f.; BGH, Sen.Urt. v. 18. Dezember 2000 - II ZR 191/99, ZIP 2001, 242, 243; v. 2. April 2001 - II ZR 261/99, ZIP 2001, 839; v. 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807).

12 Danach ist die Feststellung der Überschuldung durch das Berufungsgericht revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat zwar keinen Überschuldungsstatus vorgelegt. Aus dem am 19. Juni 2001 vom Abschlussprüfer geprüften Jahresabschluss zum 31. Dezember 2000 ergibt sich aber eine rechnerische Überschuldung auch nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen. Darin ist ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag i.H.v. (44.452.597,43 DM =) 22.728.252,16 € ausgewiesen. Laut Angabe des Vorstands der Schuldnerin bestanden stille Reserven in Form des Kundenstammes i.H.v. (10.500.000,00 DM =) 5.368.564,75 €. Weitere stille Reserven erscheinen angesichts der Vermögensstruktur der Schuldnerin, deren Aktivvermögen im Wesentlichen aus Konzessionen und Forderungen bestand, nicht naheliegend und sind vom Kläger auch nicht substanziiert geltend gemacht worden. Die Revision weist allerdings darauf hin, dass der Kläger die Berechtigung der vom Beklagten angeführten Verbindlichkeiten der Schuldnerin bestritten habe. Das ist aber nur im Hinblick auf die unter Nr. 5.3 und 5.4 des Schriftsatzes des Beklagten vom 28. April 2008 aufgeführten Verbindlichkeiten richtig. Dabei handelt es sich lediglich um Positionen i.H.v. 1.089.225,21 € und 1.670.047,78 €. Selbst wenn man den Rangrücktritt der I. GmbH i.H.v. (10 Mio. DM =) 5.112.918,81 €, der in dem Prüfbericht des Abschlussprüfers erwähnt ist, noch abrechnet, ergibt sich danach immer noch eine Überschuldung i.H.v. 9.487.495,61 €.

13 Dass sich nach dem Stichtag des Jahresabschlusses 2000 die Lage der Schuldnerin nachhaltig gebessert hätte, wozu der Kläger zumindest Anhaltspunkte hätte vortragen müssen (BGHZ 171, 46 Tz. 9), ist nicht ersichtlich. Dagegen sprechen die Feststellungen des Abschlussprüfers. In dessen Prüfbericht heißt es unter "Voraussichtliche Entwicklung der Gesellschaft":

> Dabei geht der Vorstand jedoch davon aus, dass die von der K. C. AG vertriebenen Standardprodukte auf Grund der Marktenge und der Konzentrationsprozesse derzeit keine Möglichkeit bieten, in diesen Bereichen nachhaltig Gewinne zu erzielen. Dementsprechend muss auch für 2001 mit einem negativen Ergebnis gerechnet werden.

14 Unter "Entwicklungsbeeinträchtigende oder bestandsgefährdende Tatsachen" heißt es in dem Prüfbericht weiter:

> ... weisen wir besonders auf die bestehende bilanzielle Überschuldung ... und auf die von der Geschäftsführung im Lagebericht aufgeführten Sachverhalte hin, wonach
>
> - das Unternehmen weiterhin auf Gesellschafterdarlehen bzw. Kapitalerhöhungen zur Aufrechterhaltung der Liquiditätssituation angewiesen ist;
> - die Ertragslage der Gesellschaft weiterhin negativ ist;
> - die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens z.Zt. nur auf Grund der Zusagen der Aktionäre gesichert ist und die abnehmende Margensituation nur durch den Aufbau neuer und ergänzender Produkte voraussichtlich gemildert und kompensiert werden kann."

15 Die Revision zeigt keinen Vortrag des Klägers auf, wonach sich diese Situation in den Jahren 2001 und 2002 bis zur Stellung des Insolvenzantrags am 19. Februar 2002 nachhaltig gebessert haben könnte.

16 Auf die Frage, welche Ansprüche sich aus dem "Keep Well Agreement" ergeben haben, kommt es für die Feststellung einer Krise i.S. des § 32 a Abs. 1 GmbHG a.F. entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an. Denn wenn eine Überschuldung nur durch Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt abgewendet werden kann, ersetzen diese Gesellschafterhilfen gerade das haftende Eigenkapital. Die an sich insolvenzreife Gesellschaft wird dann mit Hilfe ihrer Gesellschafter künstlich am Leben gehalten. Die Gesellschafter müssen sich deshalb so behandeln lassen, als hätten sie das getan, was ein

ordentlicher Kaufmann in dieser Situation getan hätte, nämlich die Gesellschaft entweder liquidiert oder mit zusätzlichem haftendem Eigenkapital versorgt.

17 Von dieser Beurteilung kann entgegen der Ansicht der Revision auch nicht deshalb abgewichen werden, weil es sich bei den Darlehen lediglich um kurzfristige "Überbrückungskredite" gehandelt habe. Zwar hat der Senat für denkbar erachtet, dass kurzfristig rückzahlbare Überbrückungskredite eines Gesellschafters den Eigenkapitalersatzregeln nicht uneingeschränkt unterliegen. Dies kommt aber nur für besonders gelagerte Ausnahmefälle in Betracht, in denen die Gesellschaft zwar für kurze Zeit dringend auf die Zufuhr von Geldmitteln angewiesen ist, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage aber mit der fristgerechten Rückzahlung objektiv gerechnet werden kann. Die zeitliche Grenze für einen solchen "Überbrückungskredit" wird durch die in § 15 a Abs. 1 InsO (früher § 64 Abs. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 AktG) enthaltene Frist gesetzt und beträgt längstens drei Wochen (BGHZ 90, 381, 394; 75, 334, 337; BGH, Sen.Urt. v. 2. Juni 1997 - II ZR 211/95, ZIP 1997, 1648, 1650; v. 28. November 1994 - II ZR 77/93, ZIP 1995, 23, 24; v. 17. Juli 2006 - II ZR 106/05, ZIP 2006, 2130). Diese Voraussetzungen sind hier offensichtlich nicht erfüllt.

18 Schließlich greift auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen das Gebot rechtlichen Gehörs verstoßen, indem es nicht rechtzeitig darauf hingewiesen habe, dass es die Darlehen des Klägers als eigenkapitalersetzend ansehe, nicht durch. Jedenfalls hat die Revision keinen

Vortrag des Klägers aufgezeigt, den dieser bei einem rechtzeitigen Hinweis gehalten hätte und der an dem Ergebnis des Berufungsgerichts etwas hätte ändern können.

Goette Strohn Reichart

Drescher Bender

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:
LG Bonn, Entscheidung vom 18.08.2006 - 15 O 581/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 05.02.2009 - 18 U 171/07 -