BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 236/07

Verkündet am:
2. April 2009
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO §§ 134, 146 a.F.; GmbHG § 32a

a) Das Stehenlassen der Gesellschafterleistung, das zur Umqualifizierung in Eigenkapital führt, ist in der Insolvenz des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft als unentgeltliche Leistung anfechtbar.

b) Der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters muss bei der Anmeldung von Forderungen in der Insolvenz der Gesellschaft die Anfechtbarkeit des der Forderung entgegengehaltenen Eigenkapitalersatzeinwands nicht schon innerhalb der Anfechtungsfrist geltend machen.

BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter und die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. März 2007 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Heilbronn vom 13. Januar 2006 wird zurückgewiesen.

Hinsichtlich der Berufung des Klägers wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Mai 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH & Co. KG (im Folgenden: KG). Er begehrt in dem am 3. Juli 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH (künftig: GmbH) die Feststellung der von ihm zur In-

solvenztabelle angemeldeten Forderungen für Dienstleistung, Vermietung, Darlehen und Zinsen. Den von ihm angemeldeten Forderungen haben der Insolvenzverwalter der GmbH sowie eine Sparkasse und die Beklagte widersprochen, die ebenfalls Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet haben, die Beklagte in Höhe von 700 €.

2 Komplementärin der H. KG ist die V. GmbH (künftig: V-GmbH). Beherrschender Gesellschafter der S. Baugruppe ist H. S. Er ist alleiniger Gesellschafter und einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der V-GmbH und alleiniger Kommanditist der KG mit einer Kommanditeinlage von 1.534.000 €. Am Stammkapital der GmbH ist er mit 99,0244 % beteiligt. Er ist alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH. Die Beklagte, die S. Baugruppe Immobilien GmbH, gehört ebenfalls zur S. Baugruppe.

3 In erster Instanz begehrte der Kläger nach einer Teilrücknahme der Klage in Höhe von 42.361,64 € wegen verjährter Mietzinsansprüche noch die Feststellung von Forderungen zur Tabelle in einer Gesamthöhe von 3.636.556,80 €. Dabei handelte es sich im Einzelnen um Vergütungsansprüche aus Dienstvertrag und Mietzins in Höhe von insgesamt 154.108,32 €, auf Rückzahlung von Darlehen in Höhe von 3.447.399,91 € sowie um Zinsen von 35.048,57 €.

4 Die Beklagte erhob im Rechtsstreit wegen dieser Forderungen den Einwand des Eigenkapitalersatzes. Daraufhin berief sich der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 19. Mai 2005 auf die Anfechtbarkeit des Stehenlassens der Forderungen der KG gegen die GmbH.

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 Das Landgericht hat eine Forderung der KG aus Dienstleistungen in Höhe von 112.983,61 € und aus Mietvertrag in Höhe von 22.643,81 € für berechtigt gehalten und deshalb zusammen 136.627,42 € zur Tabelle festgestellt (rechnerisch richtig wären: 135.627,42 €). Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

6 Mit der hiergegen gerichteten Berufung hat der Kläger die Feststellung einer Teilforderung der geltend gemachten Darlehensrückzahlung in Höhe von 3.303.459,20 € weiterverfolgt. Seine Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen.

7 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Berufungsanträge in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten und hinsichtlich seiner eigenen Berufung zur Zurückverweisung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem veröffentlicht ist in WM 2007, 1467, hat festgestellt, dass die vom Kläger in der Berufung noch ver-

folgten Forderungen dem Grunde und der Höhe nach berechtigt seien. Für Dienstleistungen bestehe ein Anspruch in Höhe von 114.793,61 €, aus Mietvertrag ein Anspruch in Höhe von 22.643,81 €, zusammen 137.437,42 €. Daneben bestehe der in der Berufung lediglich noch geltend gemachte Teilanspruch auf Darlehensrückzahlung in Höhe von 3.303.459,20 €.

10 Das Berufungsgericht hat jedoch gemeint, der Geltendmachung dieser Forderungen im Insolvenzverfahren der GmbH stünden die Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes gemäß § 32a Abs. 1 und 3 GmbHG entgegen, weshalb der Kläger sie nur als nachrangige Insolvenzforderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nach Maßgabe des § 174 Abs. 3 InsO anmelden könne, dessen Voraussetzungen hier nicht vorlägen. Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die GmbH sich spätestens ab Ende 2002 in einer Krise im Sinne des Eigenkapitalersatzrechtes befunden habe. Der persönliche Geltungsbereich des § 32a Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GmbHG sei gegenüber der KG infolge der beherrschenden Stellung des Gesellschafters H. S. eröffnet. Die Eigenkapitalersatzleistung liege darin, dass die KG, der über ihren Gesellschafter H. S. die Krise der GmbH bekannt gewesen sei, die nunmehr vom Kläger noch verfolgten Forderungen habe stehen lassen, anstatt nach Bekanntwerden der Krise Ende 2002 wie ein Dritter auf ihrer Erfüllung zu bestehen.

11 Diese Ausführungen des Berufungsurteils werden von der Revision hingenommen und auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Sie sind der weiteren Prüfung zugrunde zu legen.

II.

12 Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob das Stehenlassen von Gesellschafterleistungen, das zur Umqualifizierung dieser Leistungen in Eigenkapitalersatz führt, der Insolvenzanfechtung unterliegt. Der Kläger habe nämlich die zweijährige Anfechtungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO a.F. versäumt, da er innerhalb der Verjährungsfrist gegenüber der Anfechtungsgegnerin keinen Sachvortrag gehalten habe, der Veranlassung gegeben habe, die gesetzlichen Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung zu prüfen, bzw. habe erkennen lassen, welches Rechtsgeschäft oder welche Rechtshandlung angefochten werden solle.

13 Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision zu Recht. Sie halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

14 1. Das Stehenlassen der Gesellschafterleistungen, das zur Umqualifizierung der Leistungen in Eigenkapitalersatz geführt hat, ist gemäß § 134 InsO anfechtbar.

15 a) Unterlässt der Schuldner lediglich einen möglichen Erwerb, so ist dieses Unterlassen nicht anfechtbar, weil es nicht zu einer Minderung des Schuldnervermögens führt, sondern lediglich dessen Mehrung verhindert (HmbKomm-InsO/Rogge, 2. Aufl. § 129 Rn. 16; Jaeger/Henckel, InsO § 129 Rn. 24; Nerlich in Nerlich/Römermann, InsO § 129 Rn. 103; MünchKomm-InsO/Kirchhof, InsO 2. Aufl. § 129 Rn. 26; FK-InsO/Dauernheim, 5. Aufl. § 129 Rn. 26). Ein solcher Fall liegt hier allerdings nicht vor. Es geht vielmehr darum, dass der Gesellschafter als Gläubiger die Durchsetzbarkeit seiner bestehenden Forderungen und damit ihren wirtschaftlichen Wert verliert. Er unterlässt nicht lediglich einen

Erwerb oder eine Vermehrung seines Vermögens, sein Vermögen wird vielmehr gemindert, ebenso, wie wenn er eine neue Leistung, etwa ein Darlehen, an die Gesellschaft erbringen würde, das sofort eigenkapitalersetzend würde.

16 b) Bei einer Leistung, die der Gesellschafter an die Gesellschaft erbringt und die sofort nach Eingang bei der Gesellschaft eigenkapitalersetzend wird, kann die Anfechtbarkeit nach § 134 InsO nicht zweifelhaft sein. Eine Leistung des Gesellschafters liegt hier zweifelsfrei vor. Sie ist auch unentgeltlich. Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 InsO ist gegeben, wenn der Anfechtungsgegner als Empfänger der Leistung für sie vereinbarungsgemäß keine ausgleichende Gegenleistung - sei es an den Schuldner, sei es an einen Dritten - zu erbringen hat. Hierüber entscheidet grundsätzlich das objektive Verhältnis der ausgetauschten Werte (BGH, Urt. v. 5. Juni 2008 - IX ZR 17/07, ZIP 2008, 1291, 1292 Rn. 11 mit zahlreichen Nachweisen; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl. § 134 Rn. 7). Der durch die Überlassung eigenkapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz in aller Regel dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge hat, wird ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt. Hierdurch werden die Gläubiger des Gesellschafters objektiv zumindest mittelbar benachteiligt.

17 c) Ob das Stehenlassen der Gesellschafterleistung, das zur Umqualifizierung der Leistung in Eigenkapital führt, anfechtbar ist, ist streitig. Während die überwiegende Meinung die Anfechtbarkeit bejaht (Bork in Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 279, 283 ff; HK-InsO/Kreft aaO § 129 Rn. 24; FK-InsO/Dauernheim aaO § 129 Rn. 26; MünchKomm-InsO/Kirchhof aaO § 129 Rn. 25; Ehricke in Kübler/Prütting/Bork, InsO Stand November 2008 § 129 Rn. 54; Johlke/Schröder in v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts 2. Aufl. Rn. 5.109; OLG Hamburg ZIP 1984, 584, 586; ZIP 1987,

977), verneint sie eine Mindermeinung (Haas/Dittrich in v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts, aaO Rn. 8.125; Böcker ZInsO 2005, 347).

18 Die herrschende Meinung ist zutreffend.

19 aa) Soweit Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft zunächst nicht eigenkapitalersetzend sind, können sie durch Stehenlassen oder Nichtbeitreibung eigenkapitalersetzend werden. Das hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt.

20 Das darin liegende Unterlassen steht gemäß § 129 Abs. 2 InsO einer Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne gleich, vorausgesetzt, es geschieht wissentlich und willentlich (BGHZ 162, 143, 154; FK-InsO/Dauernheim, aaO § 129 Rn. 26; HK-InsO/Kreft, aaO § 129 Rn. 24; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 129 Rn. 24; Hess, InsO § 129 Rn. 23; HmbKomm-InsO/Rogge, aaO § 129 Rn. 15; Jaeger/Henckel, aaO § 129 Rn. 12).

21 Das Unterlassen muss außerdem dazu geführt haben, dass der Empfänger die durch die Rechtshandlung des Schuldners begründete Vermögensmehrung, die die Masse benachteiligt, behalten konnte (BGHZ aaO S. 155; HK-InsO/Kreft aaO). Die Vornahme der dem Gesellschafter (hier der KG) möglichen und von ihm bewusst vermiedenen Rechtshandlung (hier das Beitreiben der Forderung gegen die GmbH) muss also dazu geführt haben, dass die Gesellschaft die Leistung behalten darf.

22 bb) Nach dem festgestellten Sachverhalt, insbesondere der beherrschenden Stellung des Gesellschafters H. S. , unterliegt es keinem Zweifel, dass die KG von den Tatsachen Kenntnis hatte, aus denen sich ergab, dass die GmbH sich spätestens ab Ende 2002 in einer Krise im

Sinne des Eigenkapitalrechts befand und dass der persönliche Geltungsbereich des Eigenkapitalersatzrechtes im Verhältnis der KG zur GmbH eröffnet war. Wenn die KG gleichwohl die Forderungen stehen ließ, geschah dies willentlich und wissentlich. Dieses Unterlassen hat dazu geführt, dass die GmbH nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes die zuvor von der KG forderbaren Leistungen behalten durfte.

23 cc) Dieses Unterlassen ist der aktiven Zuführung eigenkapitalersetzender Mittel zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Gesellschaft in einer Krise im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts befindet, gleichzusetzen.

24 Allerdings widerspräche es im Allgemeinen der Wertung des Gesetzes, wenn der Gesellschafter die ihm zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft in Form einer Durchsetzungssperre auferlegte Verantwortung für die von seinen Maßnahmen ausgelösten negativen Finanzierungsfolgen abschütteln könnte. Das hieraus abgeleitete Argument, dies könne auch in der Insolvenz des Gesellschafters nicht anders sein (Haas/Dittrich, aaO Rn. 8.126), trifft indessen nicht zu. Bei der Doppelinsolvenz der Gesellschaft und des Gesellschafters sind die Belange der Gläubiger sowohl der Gesellschaft als auch des Gesellschafters zu berücksichtigen. Würde man der Durchsetzungssperre des Eigenkapitalersatzrechtes auch hier den Vorrang einräumen, würde dies die uneingeschränkte Bevorzugung der Gläubiger der Gesellschaft vor den Gläubigern des Gesellschafters bedeuten. Diese hätten hinzunehmen, dass der Gesellschafter an die Gesellschaft in deren Krise und damit zugunsten ihrer Gläubiger unentgeltliche Leistungen erbringt und die eigene Vermögensmasse zu ihrem Nachteil schmälert. Hierfür gibt es keine Rechtfertigung. Die Masse der Gesellschaft würde zum Nachteil der Masse des Gesellschafters unzulässig begünstigt. Da die Gesellschaft das Risiko tragen muss, dass der Gesellschafter insolvent wird

und kein (weiteres) Eigenkapital für die Gesellschaft mehr aufbringen kann, ist es nur folgerichtig, dass das Stehenlassen einer Gesellschafterleistung, wodurch diese eigenkapitalersetzend wird, als anfechtbare Leistung zurückgewährt wird (vgl. BGH, Urt. v. 9. Oktober 2008 - IX ZR 138/06, ZIP 2008, 2224, 2226 Rn. 17).

25 Auch der Grundsatz der Kapitalerhaltung steht dem Rückgewähranspruch aufgrund der Anfechtungsvorschriften nicht entgegen (vgl. BGHZ 128, 184, 193 ff zum Anfechtungsgesetz). Für die Durchsetzungssperre aufgrund der Vorschriften des Kapitalersatzrechts kann nichts anderes gelten.

26 dd) Die übrigen Voraussetzungen des § 134 InsO sind jedenfalls insoweit gegeben, als kein wirksamer Rangrücktritt erklärt ist. Die objektive Gläubigerbenachteiligung ergibt sich insoweit schon daraus, dass der Eigenkapitalersatzeinwand den Kläger daran hindert, die unstreitig zu erwartende Quote von 14 % zur Masse zu ziehen. Die hierin jedenfalls liegende mittelbare objektive Gläubigerbenachteiligung ist für § 134 InsO ausreichend (HK-InsO/Kreft, aaO § 129 Rn. 42, 48). Wegen des Teilbetrages der Darlehensforderung von 1,5 Mio. DM, für den die Forderung gemäß Vereinbarung vom 27. April 2000 im Falle des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH erlassen sein sollte, läge allerdings keine objektive Gläubigerbenachteiligung vor, wenn diese Vereinbarung wirksam und nicht erfolgreich angefochten wäre.

27 Eine Leistung des Schuldners liegt vor. Das hier anfechtbare Stehenlassen ist nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH geschehen.

28 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger die zweijährige Anfechtungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO a.F. nicht versäumt. Der Geltendmachung der Anfechtung steht die Verjährungseinrede nicht entgegen.

29 Da das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG am 1. Mai 2003 eröffnet wurde, ist nach dem danach noch anwendbaren § 146 InsO a.F. (vgl. Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 6 Abs. 3 EGBGB) die gegenüber dem neuen Recht kürzere Verjährungsfrist von zwei Jahren für die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen maßgebend (BGH, Urt. v. 17. Juli 2008 - IX ZR 148/07, ZIP 2008, 1593, 1594 Rn. 18). Danach trat die Regelverjährung am 2. Mai 2005 ein, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Alternative 1 BGB (BGH, Urt. v. 13. Januar 2005 - IX ZR 33/04, ZIP 2005, 310), § 193 BGB. Diese Frist hat der Kläger gewahrt.

30 a) Der Kläger hat zur Tabelle die Ansprüche aus Dienstvertrag, Miete und Darlehensvertrag sowie daraus erwachsene Zinsen angemeldet. Diese Ansprüche sind in dem vom Berufungsgericht festgestellten Umfang in der Revision nicht mehr im Streit. Durch die Anmeldung zur Tabelle ist die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB n.F. in unverjährter Zeit gehemmt worden. Ob und wann diese Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. geendet hat, ist umstritten. Eine Auffassung stellt auf die Beendigung des Insolvenzverfahrens ab (vgl. z.B. Wenner/Schuster BB 2006, 2649, 2653; Palandt/Heinrichs, BGB 68. Aufl. § 204 Rn. 42), eine andere auf die Beendigung des Verfahrensabschnitts der Forderungsanmeldung (vgl. Vogel BauR 2004, 1365, 1367). Dies kann dahinstehen. Der Lauf der Frist ist jedenfalls in unverjährter Zeit erneut gehemmt worden durch die Erhebung der vorliegenden Tabellenfeststellungsklage gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. Auf die Hemmung der Verjährung sind nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform die ab diesem Zeitpunkt

geltenden Vorschriften anwendbar (vgl. BGH, Urt. v. 1. Februar 2007 - IX ZR 180/04, NJW-RR 2007, 1358, 1359 Rn. 19 ff).

31 b) Einen Anfechtungsanspruch hatte der Kläger damit allerdings nicht geltend gemacht. Der von ihm verfolgte Zahlungsanspruch gegen die GmbH resultierte nicht aus einer Insolvenzanfechtung.

32 Wendet der Anspruchsgegner ein, der Durchsetzung der geltend gemachten vertraglichen Ansprüche stehe der Eigenkapitalersatzeinwand entgegen, muss der Insolvenzverwalter diesem Einwand nicht dadurch begegnen, dass er die Anfechtbarkeit des Stehenlassens bereits in unverjährter Zeit gerichtlich geltend macht. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Insolvenzverwalter nicht von vorneherein wissen kann und muss, ob ein solcher Einwand überhaupt erhoben wird. Wäre er gezwungen, schon innerhalb der Insolvenzanfechtungsfrist die Anfechtung zu erklären, müsste er zunächst selbst den - möglichen - Einwand des Beklagten ermitteln und vortragen, um diesen sodann in unverjährter Zeit wieder ausräumen zu können. Dies würde schon in Widerspruch stehen zur Darlegungs- und Beibringungslast im Zivilprozess.

33 Erst wenn der Beklagte solche Rechte geltend macht, ist vielmehr der Insolvenzverwalter gehalten, diese substantiiert zu bestreiten und gegebenenfalls die Anfechtung geltend zu machen. § 146 Abs. 1 InsO ist auf diese Anfechtung nicht anwendbar, weil diese Vorschrift nur die Verjährung von hier nicht geltend gemachten Ansprüchen aus einer Anfechtung betrifft (vgl. BGH, Urt. v. 17. Juli 2008 aaO S. 1594 Rn. 24).

34 In dieser Fallkonstellation ist vielmehr § 146 Abs. 2 InsO anwendbar. Der Kläger verfolgt hinsichtlich der Anfechtung des Eigenkapitalersatzeinwandes

keinen eigenständigen Anspruch. Er macht die Anfechtung geltend, um den Einwand der Beklagten auszuräumen, der Geltendmachung der angemeldeten Ansprüche stehe der Eigenkapitalersatzeinwand entgegen.

35 § 146 Abs. 2 InsO ist, wie schon § 41 Abs. 2 KO, nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ausdehnend auszulegen. Maßgeblich ist, ob der Insolvenzverwalter verteidigungsweise die Rechtsstellung der Insolvenzmasse wahrt. Dabei ist die Parteirolle im konkreten Prozess nicht entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr, ob er einen nicht mehr in der Masse befindlichen Gegenstand wieder in diese zurückführen will, oder ob er einen zur Masse gehörenden Gegenstand für diese erhalten will (BGH, Urt. v. 17. Juli 2008 aaO S. 1595 Rn. 28 m.w.N.).

36 Die Beklagte macht hier das Bestehen des Eigenkapitalersatzeinwandes geltend. Einer Klage der GmbH auf Erbringung von vertraglich vereinbarten unentgeltlichen Zahlungen auf das Eigenkapital könnte der Verwalter auch nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO den Einwand des § 146 Abs. 2 InsO, dass die entsprechende vertragliche Leistung und die ihr zugrunde liegende Vereinbarung anfechtbar seien, entgegenhalten. Dann kann die prozessuale Zufälligkeit, dass sich hier der Verwalter wegen der Geltendmachung eines anderen Rechts in der Rolle des Klägers befindet, sein Verweigerungsrecht nicht in Wegfall bringen. Er hat gegen den vom Prozessgegner geltend gemachten Einwand des Eigenkapitalersatzes den Gegeneinwand der Anfechtbarkeit (BGH, Urt. v. 17. Juli 2008 aaO Rn. 29 m.w.N.).

37 c) Den Einwand der Anfechtbarkeit hat der Kläger allerdings nicht schon im Anmeldeverfahren, sondern erstmals mit Schriftsatz vom 19. Mai 2005 im Rahmen der Tabellenfeststellungsklage erhoben, die sich allein gegen die Be-

klagte als bestreitende Gläubigerin wendet. Obwohl Anfechtungsgegner materiell die GmbH bzw. nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen deren Insolvenzverwalter ist, ist der Einwand im Prozess gegen die Beklagte wirksam erhoben worden.

38 Die Beklagte hatte der Anmeldung der Forderung zur Tabelle gemäß § 178 Abs. 1 InsO widersprochen. Deshalb musste der Kläger die Forderung gemäß § 179 Abs. 1 InsO im Wege der Tabellenfeststellungsklage gegen die Beklagte weiterverfolgen. In einem solchen Fall kann der Einwand des Eigenkapitalersatzes von der beklagten Gläubigerin im Rahmen der Tabellenfeststellungsklage geltend gemacht werden. Dann muss aber im Verhältnis zu diesem Gläubiger auch möglich sein, die Anfechtbarkeit dieses Einwandes geltend zu machen, weil der Kläger andernfalls seiner Rechtsschutzmöglichkeit beraubt wäre.

39 Der Widerspruch des Schuldners steht der Feststellung der Forderung zur Tabelle nicht entgegen, § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO. Im Rahmen des Tabellenfeststellungsverfahrens treten an seine Stelle der Insolvenzverwalter und die Insolvenzgläubiger, die darüber entscheiden, ob eine Feststellung zur Tabelle erfolgt. Insoweit können sie alle Einwendungen geltend machen, die dem Schuldner außerhalb des Insolvenzverfahrens zustehen würden. Funktional werden sie insoweit im Rahmen der Zwecke des Insolvenzverfahrens für den Schuldner tätig. Demgemäß kann der Gläubiger, der die Tabellenfeststellungsklage betreiben muss, auch alle Gegeneinwendungen geltend machen, die ihm gegenüber dem Schuldner zustünden. Eine gesonderte Anfechtung gegenüber dem Insolvenzverwalter ist nicht erforderlich, weil sich der Kläger hier funktional nur einer Gegeneinrede nach § 146 Abs. 2 InsO bedient.

40 Dass im vorliegenden Fall auch der Insolvenzverwalter und ein weiterer Gläubiger Widerspruch gegen die angemeldete Forderung des Klägers erhoben haben, ist unerheblich. Diese Widersprüche wären gegebenenfalls ebenfalls im Wege der Tabellenfeststellungsklage zu beseitigen gewesen. Hierauf konnte der Kläger jedoch verzichten, weil sich die Beteiligten darauf geeinigt haben, den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits gegen sich gelten zu lassen. Hätte der Kläger entsprechend den getroffenen Vereinbarungen den Rechtsstreit gegen den Insolvenzverwalter der GmbH zu führen gehabt, unterläge die Zulässigkeit der Gegeneinrede der Anfechtbarkeit gegen einen geltend gemachten Eigenkapitalersatzeinwand ohnehin keinen Bedenken. Durch die hier gewählte Vorgehensweise kann die prozessuale Situation der Klägers hinsichtlich der Geltendmachung des Anfechtungsrechts nicht verschlechtert werden.

41 3. Die Revisionsbeklagte macht geltend, die fristgerechte Anfechtung sei nicht entscheidungserheblich, weil die Anfechtung auch dann, wenn sie durchgreifen würde, nicht zu einer Insolvenzforderung des Klägers gemäß § 38 InsO führen würde, die allein mit einer Tabellenfeststellungsklage verfolgt werden könnte. Der Kläger habe im Falle erfolgreicher Anfechtung ein Aussonderungsrecht.

42 Auch dieser Einwand greift nicht durch. Allerdings ist es zutreffend, dass der Anfechtungsanspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ein Aussonderungsrecht gewährt (BGHZ 156, 350, 358 ff; BGH, Urt. v. 9. Oktober 2008 aaO S. 2226 Rn. 15).

43 Dies hat der Senat mit der durch das Insolvenzanfechtungsrecht bewirkten Änderung der Vermögenszuordnung begründet. Gegenstände, die aufgrund einer in den §§ 129 ff InsO genannten Rechtshandlung aus dem Vermögen des

Schuldners ausgeschieden sind, müssen auf die Anfechtung des Verwalters hin der den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden. Sie werden damit als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt (BGH je aaO).

44 Voraussetzung eines Aussonderungsrechts ist jedoch, wie in dem entschiedenen Fall BGHZ 156, 350 ff, ein aussonderungsfähiger Gegenstand. Dieser muss unterscheidbar in der Masse vorhanden oder - wie in jenem Fall - hinterlegt sein. Vorliegend ist der Gegenstand der Anfechtung nicht unterscheidbar in der Masse vorhanden. Der Gegeneinwand der Anfechtbarkeit führt noch nicht einmal zu einem schuldrechtlichen Rückgewähranspruch (vgl. dazu BGH, Urt. v. 21. September 2006 - IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 f); vielmehr wird damit lediglich der Eigenkapitalersatzeinwand ausgeräumt. Ist dies geschehen, bleibt der geltend gemachte schuldrechtliche Anspruch bestehen, der in der Insolvenz des Schuldners zur Insolvenzforderung wird. Eine solche macht der Kläger zutreffend geltend.

III.

45 Der Rechtsstreit ist nur hinsichtlich der Forderungen des Klägers aus Dienstvertrag und Miete zur Endentscheidung reif. Im Übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1, 3 ZPO.

46 1. Hinsichtlich der Darlehensforderung haben die KG und die GmbH am 27. April 2000 über einen Teilbetrag von 1,5 Mio. DM eine Vereinbarung geschlossen, wonach die KG gegenüber der GmbH einen Rangrücktritt mit bedingtem Verzicht erklärt hat, den die GmbH angenommen hat. Die Forderung der KG gegen die GmbH sollte im Rang zugunsten aller gegenwärtiger und künftiger Gläubiger der GmbH zurücktreten. Tilgungen, Zinsen und Kosten auf die Forderung sollten lediglich aus einem künftigen Bilanzgewinn oder Liquidationsüberschuss geleistet werden. Die Forderung sollte erlassen sein für den Fall, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet wird.

47 Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob sich daraus ein Rangrücktritt oder Erlass hinsichtlich der vom Kläger zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen ergibt, und hat die von den Parteien problematisierte Wirksamkeit und Anfechtbarkeit der Vereinbarung dahingestellt sein lassen. Diese Beurteilung wird nunmehr nachzuholen sein.

48 a) Ist die Vereinbarung wirksam und nicht erfolgreich angefochten, ist die Klage im Umfang von 1,5 Mio. DM (766.937,82 €) nach den bisherigen Feststellungen unbegründet. Im Falle eines vereinbarten Nachranges ergibt sich dies aus § 39 Abs. 2, § 174 Abs. 3 InsO. Im Falle des wirksamen Erlasses ist die Forderung insoweit gemäß § 397 Abs. 1, § 158 Abs. 1 BGB erloschen.

49 Gleichzeitig fehlte es hinsichtlich der Anfechtung des Stehenlassens, das den Eigenkapitalersatzeinwand begründet, an der objektiven Gläubigerbenachteiligung, weil die Darlehensforderung in der Höhe des Rangrücktritts oder des Erlasses ohnehin in der Insolvenz der GmbH nicht mehr als Insolvenzforderung hätte geltend gemacht werden können.

50 Allerdings ist die Auswirkung des Rangrücktritts oder des Verzichts auf die Darlehensforderung insoweit ungeklärt, als der Kläger in der Berufung aus einer zuvor geltend gemachten Gesamtsumme von 3.447.399,91 € nur noch einen Teilbetrag von 3.303.459,20 € weiterverfolgt hat (vgl. BU 6). Weder aus dem Berufungsurteil noch aus der Berufungsbegründung des Klägers ist zu entnehmen, um welchen Teilbetrag es sich hierbei handelt. Um Unklarheiten im Hinblick auf die Rechtskraft zu vermeiden, wird der Kläger klarzustellen haben, auf welchen Teil der Forderung sich der Teilbetrag bezieht (vgl. Zöller/ Vollkommer, ZPO 27. Aufl. vor § 322 Rn. 46 ff). Sodann ist zu klären, ob sich der vereinbarte Rangrücktritt und Verzicht womöglich auf den in der Berufung nicht mehr weiterverfolgten Teil der Darlehensforderung bezogen hat und sich deshalb nur mehr in Höhe des Differenzbetrages auf den noch weiterverfolgten Teil der Darlehensforderung auswirkt.

51 b) Sind der Rangrücktritt und der Verzicht nicht wirksam vereinbart oder sind sie erfolgreich angefochten, greift die Anfechtung des Stehenlassens nach den bisherigen Feststellungen in vollem Umfang auch hinsichtlich des Darlehensanspruchs in dem noch geltend gemachten Umfang durch.

52 Auch für diesen Fall wird der Kläger jedoch klarzustellen haben, welcher Teil der ursprünglichen Darlehensforderung mit der Berufung weiterverfolgt worden ist, damit Unklarheiten im Hinblick auf den Umfang der Rechtskraft vermieden werden.

53 2. Die Revision hat allerdings geltend gemacht, die Darlehensforderung sei unabhängig von der Anfechtbarkeit des Eigenkapitalersatzeinwandes schon nach den Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG begründet. Dem Aus-

zahlungsverbot des § 30 GmbHG gebühre der Vorrang vor der Durchsetzungssperre des § 32a GmbHG. Demgegenüber hat das Berufungsgericht den Regeln des Kapitalersatzrechts den Vorrang eingeräumt. Welche Ansicht zutrifft, kann im derzeitigen Verfahrensstadium offen bleiben. Denn die tatsächlichen Voraussetzungen eines Auszahlungsverbotes gemäß § 30 GmbHG sind vom Kläger nicht ausreichend substantiiert vorgetragen. Das kann das Revisionsgericht in eigener Zuständigkeit entscheiden (vgl. BGH, Beschl. v. 8. Januar 2007 - II ZR 304/04, ZIP 2007, 322, 324 f).

54 Das Berufungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob der bestrittene Vortrag des Klägers zu den Anspruchsvoraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG, insbesondere zum Vorliegen einer Unterbilanz bei der KG im Zeitpunkt der jeweiligen Darlehensgewährung ausreichend substantiiert ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht auf eine Unterbilanz, sondern angesichts der hier fehlenden Kapitalbeteiligung der V-GmbH an der KG allein auf eine Überschuldung an, weil der Entzug betriebsnotwendigen Eigenkapitals in der nicht überschuldeten Kommanditgesellschaft das Stammkapital der GmbH allein noch nicht beeinträchtigt (BGHZ 76, 326, 336 f; BGH, Urt. v. 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1596). Hierzu ist der Vortrag des Klägers unzureichend. Obwohl er als Insolvenzverwalter Einblick in die geschäftlichen Verhältnisse der KG hat, beschränkt er sich darauf, aus dem bilanziellen Kapitalfehlbetrag auf eine Überschuldung zu schließen.

55 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Überschuldung bei der Gesellschaft bzw. dem für sie tätig werdenden Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter hat die Überschuldung grundsätzlich durch Vorlage eines Überschuldungsstatus darzulegen. Darin sind die stillen Reserven aufzudecken und die Vermö-

gensgegenstände zu Veräußerungswerten anzusetzen. Nicht ausreichend ist dagegen, lediglich die Handelsbilanz vorzulegen, weil diese nach anderen Kriterien als ein Überschuldungsstatus aufzustellen ist. So sagt sie etwa nichts über stille Reserven aus. Die Handelsbilanz kann deshalb nur indizielle Bedeutung für die insolvenzrechtliche Überschuldung haben. Mindestens muss der Insolvenzverwalter die Ansätze der Handelsbilanz daraufhin überprüfen und erläutern, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige daraus nicht ersichtliche Veräußerungswerte vorhanden sind. Dabei braucht er nicht jede denkbare Möglichkeit auszuschließen, sondern nur nahe liegende Anhaltspunkte - beispielsweise stille Reserven bei Grundvermögen - und die von dem Gesellschafter insoweit aufgestellten Behauptungen zu widerlegen (BGHZ 125, 141, 146; BGH, Urt. v. 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807).

56 Auch unter Berücksichtigung der Vorlage des gegen den Gesellschafter H. S. ergangenen Strafbefehls fehlt es an dem somit erforderlichen konkreten Sachvortrag zur Überschuldung der KG.

57 Sollte der erforderliche Sachvortrag nach der Zurückverweisung in der Berufungsinstanz in zulässiger Weise nachgeholt werden, könnte das Auszah-

lungsverbot Bedeutung erlangen, wenn es der Wirksamkeit der Vereinbarung vom 27. April 2000 über den Rangrücktritt und Verzicht entgegensteht. Dies wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben.

Ganter Gehrlein Vill

Fischer Grupp

Vorinstanzen:
LG Heilbronn, Entscheidung vom 13.01.2006 - 7 O 485/04 Ha -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 14.03.2007 - 14 U 25/06 -