# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 239/04

Verkündet am:
16. November 2006
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

---

EGInsO Art. 106; KO § 41; InsO § 146 Abs. 1

In Insolvenzverfahren, die nach dem 31. Dezember 1998 beantragt worden sind, verjährt der Anfechtungsanspruch auch dann gemäß § 146 InsO, wenn die rechtlichen Wirkungen der anfechtbaren Rechtshandlung vor dem 1. Januar 1999 eingetreten sind.

BGH, Urteil vom 16. November 2006 - IX ZR 239/04 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Vill und Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. April 2004 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 Beklagte war Gesellschafterin der M. GmbH (fortan: GmbH oder Schuldnerin). An deren Stammkapital von zunächst 50.000 DM war sie mit einem Anteil von 45.000 DM beteiligt. Mit notariellem Vertrag vom 11. Oktober 1997 wurden das Stammkapital der GmbH auf 1.150.000 DM und die Beteiligung der Beklagten auf 23.500 DM und 517.000 DM erhöht. Zugleich überließ die Beklagte der GmbH das von ihr zuvor von einem Dritten - ohne Zwischeneintragung der Beklagten - angekaufte Betriebsgrundstück. Die GmbH übernahm die dingliche Haftung für eine das Grundstück in Höhe von 3.000.000 DM belastende Grundschuld, welche die Beklagte zur Finanzierung der Kaufpreisforderung bestellt hatte. Die persönliche Haftung für die gesicherte Darlehensforderung verblieb bei der Beklagten. Die GmbH verpflichtete sich

jedoch im Innenverhältnis zur Beklagten, die Darlehensforderung zu tilgen und die geschuldeten Zinsen an die Darlehensgläubigerin zu zahlen. Die GmbH wurde Anfang 1998 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

2 Von August bis November 1998 bezahlte die GmbH jeweils zum Monatsende die Zinsen von monatlich 25.000 DM - insgesamt 100.000 DM (= 51.129,19 €) - an die Darlehensgläubigerin. Auf Grund eines Eigenantrags vom 8. Januar 1999 wurde am 1. März 1999 über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger wurde zum Insolvenzverwalter bestellt.

3 Der Kläger begehrt die Zahlung von 51.129,19 € unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung und der unzulässigen Rückgewähr eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen gemäß §§ 30, 31 GmbHG analog. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner zugelassenen Revision.

## Entscheidungsgründe:

4 Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

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

I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, gemäß der Übergangsvorschrift des Art. 106 EGInsO seien die Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung auf die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens am 1. Januar 1999 vorgenommenen Rechtshandlungen auch dann nicht anzuwenden, wenn lediglich die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltende Anfechtungsfrist kürzer sei als nach dem jüngeren Recht. In diesem Fall sei die Rechtshandlung ebenfalls "in geringerem Umfang der Anfechtung unterworfen". Infolgedessen sei die Anfechtung durch den Kläger gemäß § 32a Abs. 1, 3 GmbHG, § 135 Abs. 2 InsO verspätet erfolgt. Sein Antrag auf Erlass eines entsprechenden Mahnbescheids sei am 28. Februar 2001 bei Gericht eingegangen. Zu diesem Zeitpunkt sei die Anfechtungsfrist des § 41 KO bereits abgelaufen gewesen. Auf die § 30 Abs. 1, § 31 GmbHG könne die Klageforderung nicht gestützt werden, weil das Stammkapital der Schuldnerin durch die Übernahme der auf dem Betriebsgrundstück lastenden Grundschuld und die Zinszahlungen nicht verringert worden sei. Die Leistungen der Schuldnerin seien nicht isoliert, sondern im wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung der Beklagten - der Übereignung des Betriebsgrundstücks - zu sehen. Dessen Verkehrswert habe deutlich höher gelegen als die dinglichen Belastungen.

II.

6 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

7 1. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage kann die Anfechtung durchgreifen.

8 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Anfechtung sei verspätet erfolgt, weil gemäß der Übergangsvorschrift des Art. 106 EGInsO die kürzere Anfechtungsfrist des § 41 KO - und nicht die Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO - maßgeblich sei, ist unzutreffend.

9 aa) Sie wird allerdings auch im Schrifttum vertreten (so von Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 129 Rn. 57; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz 1999 Rn. 8; Johlke/Schröder EWiR 1999, 511, 512). Überwiegend wird sie jedoch abgelehnt (MünchKomm-InsO/Kirchhof, vor §§ 129 bis 147 Rn. 109; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch 3. Aufl. § 51 Rn. 40; Hirte ZInsO 2001, 784, 786; ders. in Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 129 Rn. 53, 60; Kreft ZInsO 1999, 370 f; ders. in HK-InsO, 4. Aufl. Art. 106 EGInsO Rn. 12; HmbKomm-InsO/Rogge, Vorbemerkungen zu §§ 129 ff Rn. 24 ff; Braun/de Bra, InsO 2. Aufl. § 129 Rn. 70; Spliedt NZI 2001, 127, 128 f; Münch in Festschrift für Gerhardt, S. 621, 644).

10 bb) Ob bereits dem Wortlaut des Art. 106 EGInsO entnommen werden kann, dass eine Rechtshandlung nur dann "der Anfechtung entzogen" oder ihr "in geringerem Umfang ... unterworfen" ist, wenn sie überhaupt nicht unter einen Anfechtungstatbestand gefasst oder lediglich unter erschwerten Voraussetzungen angefochten werden kann, mag dahinstehen.

11 cc) Jedenfalls sprechen Sinn und Zweck des Art. 106 EGInsO dagegen, die Vorschrift auf den hier interessierenden Fall anzuwenden, dass sich nur die Anfechtungsfristen unterscheiden. Die Insolvenzordnung hat das Anfechtungsrecht verschärft. Die neuen Vorschriften sollen deshalb aus Gründen des Vertrauensschutzes auf bereits vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung vorgenommene Rechtshandlungen nur anwendbar sein, soweit sie auch nach bishe-

rigem Recht der Anfechtung unterlagen (BT-Drucks. 12/3803, S. 119 f). Darauf, dass für eine vor dem 1. Januar 1999 vorgenommene Rechtshandlung die kürzere Anfechtungsfrist des § 41 KO gilt, obwohl das Insolvenzverfahren erst nach diesem Zeitpunkt eröffnet wird, kann jedoch niemand berechtigterweise vertrauen. Das Vertrauen kann sich nur darauf beziehen, dass eine bestimmte Rechtshandlung unter keinen Anfechtungstatbestand subsumiert werden kann. Muss der Anfechtungsgegner indes davon ausgehen, dass die Rechtshandlung anfechtbar ist, kann er sich nicht darauf verlassen, dass ein Antrag auf Eröffnung eines Konkurs- oder Insolvenzverfahrens überhaupt nicht oder allenfalls zu einem ihm günstigen Zeitpunkt gestellt wird und zur Eröffnung führt. Im vorliegenden Fall fehlt es an einem Anknüpfungszeitpunkt vor dem 1. Januar 1999. Der Anfechtungsanspruch entsteht erst mit der Insolvenzeröffnung. Erst danach unterliegt er einer Ausübungsfrist. Es kommt hinzu, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. NJW 2000, 1554, 1555) Verjährungsvorschriften ohnehin nicht zu denjenigen Normen zählen, für die aus verfassungsrechtlichen Gründen in besonderem Maße Vertrauensschutz zu gewähren ist.

12 Für die Unanwendbarkeit des § 41 KO spricht ferner der systematische Zusammenhang von Art. 103, 104 einerseits und Art. 106 EGInsO andererseits. Nach den zuerst genannten Vorschriften gilt für Verfahren, die nach dem 31. Dezember 1998 beantragt worden sind, grundsätzlich das neue Recht der Insolvenzordnung. Davon macht Art. 106 EGInsO eine Ausnahme. Wenn es für die Frage, ob vor dem 1. Januar 1999 vorgenommene Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht "der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen" sind, auch auf die Anfechtungsfrist (Ausübungsfrist) ankäme, wäre auf die genannten Rechtshandlungen jedoch - gleichgültig ob die materiellen Anfechtungsvoraussetzungen verschärft wurden - stets das alte, mit der kürze-

ren Anfechtungsfrist ausgestattete Anfechtungsrecht anzuwenden. Ein entsprechender Wille des Normgebers ist in der gesetzlichen Regelung nicht zum Ausdruck gekommen.

13 b) Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand können die materiellen Voraussetzungen des § 133 InsO vorliegen.

14 aa) Die Zahlungen der Schuldnerin an die Gläubigerin der Beklagten waren Rechtshandlungen, die in dem von § 133 InsO erfassten Zeitraum erfolgten.

15 bb) Ist eine Rechtshandlung mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen worden (§ 133 Abs. 1 InsO), scheidet ein Bargeschäft von vornherein aus (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 24). Auch sonst wären dessen Voraussetzungen nicht erfüllt. Zwar hat die Beklagte für das, was sie von der Schuldnerin bekommen hat (die Schuldbefreiung in Höhe von insgesamt 100.000 €), eine Gegenleistung erbracht: Sie hat dafür gesorgt, dass die Schuldnerin das Eigentum an dem Betriebsgrundstück erhielt. Die beiderseitigen Leistungen sind jedoch nicht in einem unmittelbaren, auch zeitlich engen Zusammenhang ausgetauscht worden. Die Beklagte hat das Grundstück - wirtschaftlich betrachtet - auf Kredit an die Schuldnerin verkauft. Auch beim Vorliegen eines Kreditgeschäfts scheidet § 142 InsO aus (vgl. BGH, Urt. v. 19. Dezember 2002 - IX ZR 377/99, ZIP 2003, 488, 493; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 15; HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 6).

16 cc) Nach dem Vortrag des Klägers hat die Schuldnerin mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt und dieser war der Beklagten auch bekannt. In diesem Zusammenhang wird das Schreiben zu würdigen sein, das der Steuerberater der Schuldnerin, O. , der selbst Gesellschafter war, unter dem

1. August 1998 an alle (Mit-)Gesellschafter gerichtet hat. Darin heißt es, ein Antrag auf Konkurseröffnung sei unausweichlich, weil Zahlungsunfähigkeit eingetreten sei; es liege außerdem eine rechnerische Überschuldung vor, weil das Stammkapital vollständig durch Verluste aufgezehrt sei. Feststellungen hat das Berufungsgericht dazu nicht getroffen.

17 2. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann ferner ein Rückgewähranspruch gemäß den "Rechtsprechungsregeln" zum Eigenkapitalersatzrecht (§§ 30, 31 GmbHG analog) nicht ausgeschlossen werden.

18 a) Ein Gesellschafter, welcher der Gesellschaft eine Finanzierungshilfe zuteil werden lässt, die funktional eigenkapitalersetzenden Charakter aufweist, darf diese Hilfe nicht zu Lasten des das Stammkapital deckenden Vermögens abziehen. Von einem funktionalen Eigenkapitalersatz ist auszugehen, wenn der Gesellschafter die Hilfe zu einem Zeitpunkt leistet oder aufrechterhält, zu dem die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr erhält und deshalb ohne die Finanzierungsleistung des Gesellschafters liquidiert werden müsste (BGHZ 81, 252, 255 ff; 109, 55, 66; 119, 201, 206; 127, 1, 7; 140, 147, 149 f).

19 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte der Schuldnerin eine Finanzierungshilfe geleistet, indem sie ihr ein Grundstück auf Kredit verkauft hat (vgl. BGH, Urt. v. 16. Mai 1997 - II ZR 154/96, NJW 1997, 3026). Die Beklagte war mit der Kaufpreisschuld gegenüber ihrem Verkäufer und der Bedienung des Realkredits ins Obligo getreten. Durch die monatlichen Zinszahlungen der Schuldnerin an den Gläubiger der Beklagten wurde diese in entsprechender Höhe von ihren Verbindlichkeiten entlastet. Dies stellt sich wirtschaftlich als mit-

telbare Leistung an die Beklagte dar (vgl. Hommelhoff/Goette/Kleindiek, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis 3. Aufl. Rn. 139).

20 b) Aufgrund des bisherigen Sach- und Streitstands kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schuldnerin zu dem Zeitpunkt, als die Beklagte ihre Finanzierungshilfe erbracht hat, bereits in der Krise war und es auch danach noch blieb. Gegebenenfalls unterliegt die mittelbare Leistung an die Beklagte der Rückzahlungspflicht gemäß § 31 GmbHG analog.

21 Allerdings kann insoweit nicht auf die Zeitpunkte abgestellt werden, zu denen die Schuldnerin die Zinsbeträge gezahlt hat. Auf diese Zeitpunkte bezogen, scheidet eine Umqualifizierung der von der Beklagten erbrachten Gesellschafterhilfe in Eigenkapitalersatz durch "Stehenlassen in der Krise" aus, weil die Beklagte ihre Hilfe nicht abziehen konnte. Entgegen der Auffassung der Revision konnte sie den der Schuldnerin gewährten Kredit nicht "widerrufen". An den Kaufvertrag vom 11. Oktober 1997 war sie gebunden. Unbehelflich ist auch der Hinweis der Revision, die Beklagte wäre gehalten gewesen, die Liquidation der Gesellschaft herbeizuführen. Hierzu war die Beklagte nicht imstande. Nach der Kapitalerhöhung im Jahre 1997 war sie lediglich noch mit 47 v.H. an der Schuldnerin beteiligt. Deswegen konnte sie einen Auflösungsbeschluss, der gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen bedarf, allein nicht durchsetzen.

22 Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige des Vertragsschlusses vom 11. Oktober 1997, mit dem die Beklagte sich gebunden hat. Nach der Bilanz für 1997 war die Schuldnerin Ende dieses Jahres mit 271.691,45 DM überschuldet. Dies könnte dafür sprechen, dass die Überschuldung auch bereits im Oktober 1997 bestand. Falls das Anfang des Jahres 1998 erworbene Grundstückseigen-

tum bilanziert wurde, hat dies - wie das erwähnte Schreiben des Steuerberaters O. zeigen könnte - die Überschuldung möglicherweise nicht nachhaltig beseitigt. Im Falle einer Überschuldung kommt es nicht darauf an, ob die Schuldnerin kreditunwürdig war (BGH, Urt. v. 14. Juni 1993 - II ZR 252/92, NJW 1993, 2179, 2180). Voraussetzung ist zwar, dass zu einer rechnerischen Überschuldung noch eine negative Fortführungsprognose hinzukommt (vgl. BGHZ 119, 201, 210 ff; 125, 141, 148; BGH, Urt. v. 12. Juli 1999 - II ZR 87/98, NJW 1999, 3120, 3121). Im vorliegenden Fall könnte sich eine solche jedoch daraus ergeben, dass ausweislich der Bilanz für 1997 in diesem Jahr ein Fehlbetrag von 1.772.276,78 DM erwirtschaftet worden ist.

23 Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - zur Überschuldung keine Feststellungen getroffen. Falls eine Überschuldung nicht festgestellt werden kann, käme es auf die von dem Kläger behauptete Kreditunwürdigkeit der Schuldnerin an. Auch insoweit ist der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif. Das Berufungsurteil verhält sich dazu nicht.

III.

24 Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist, hat eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zu erfolgen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Raebel

Vill Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 26.08.2002 - 13 O 3087/01 -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 05.04.2004 - 8 U 3097/02 -