BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 256/06

Verkündet am:
5. Juli 2007
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO §§ 38, 39 Abs. 1 Nr. 5, § 130 Abs. 1 Nr.1, § 133;
GmbHG §§ 30, 31;
EGV Art 87 Abs. 1, Art. 88 Abs. 2 und 3

Der Umstand, dass der Insolvenzgläubiger die dem Schuldner gewährte und von diesem vor Insolvenzeröffnung zurückgezahlte Beihilfe nach einer Entscheidung der Europäischen Kommission zurückzufordern hat, steht der Insolvenzanfechtung der Rückzahlung nicht entgegen; eine Rückgewähr nach §§ 30 ff GmbHG scheidet dagegen aus.

BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 - IX ZR 256/06 - OLG Jena
LG Erfurt

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Dr. Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 30. November 2005 mit Ausnahme der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 1. Der Kläger ist Verwalter in dem am 22. Dezember 2000 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der L. GmbH (i. F.: Schuldnerin).

2 Zweck der beklagten Bank ist die Förderung der Wirtschaft in Thüringen. Dem gleichen Zweck dient auch die vormalige Streithelferin, die T. GmbH & Co. KG (i. F.: Streithelferin).

3 2. R. P. gründete eine Reihe von Gesellschaften (i. F.: P.-Gruppe). Eine zu dieser P. -Gruppe gehörende Kommanditgesellschaft errichtete ab August 1990 in A. /Thüringen ein Werk zur Produktion von Compact Discs. Durch übertragende Umwandlung zweier weiterer zur Gruppe gehörender Kommanditgesellschaften wurde im November 1992 die Schuldnerin gegründet, deren Firma sich seitdem mehrfach änderte. Die Schuldnerin produzierte die Compact Discs, fungierte also als Betriebsgesellschaft.

4 Die Schuldnerin hatte 1993 Bankverbindlichkeiten in Höhe von ca. 128 Mio. DM. Im Rahmen einer Sanierungsvereinbarung erwarben im März 1994 die Beklagte 2 % und die Streithelferin 98 % der Geschäftsanteile der Schuldnerin. Alleinige Kreditgeber waren ab diesem Zeitpunkt die Gesellschafter; daneben nahm die Schuldnerin nur noch einen Kontokorrentkredit bei einer Bank von maximal 4 Mio. DM in Anspruch, der durch eine Bürgschaft der Beklagten gesichert war. Zum Zwecke der Sanierung gewährte die Beklagte der Schuldnerin zwischen März 1994 und November 1995 Darlehen in Höhe von 64,5 Mio. DM. Die Schuldnerin bekam seit 1993 von Dritten keinen Kredit mehr zu vergleichbaren Konditionen.

5 Die Bilanzen der Schuldnerin wiesen durchgängig einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag aus. Dieser reduzierte sich zunächst von ca. 124 Mio. DM im Jahr 1993 auf ca. 29 Mio. DM im Jahr 1996, um sodann bis zum Jahr 1999 wieder auf ca. 75,5 Mio. DM anzusteigen.

6 Am 17. Dezember 1997 veräußerte die Schuldnerin ihren gesamten operativen Geschäftsbetrieb, einschließlich der dazu gehörenden Sachanlagen, mit Wirkung zum 1. Januar 1998 an eine neu gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Firma in der Folgezeit in C.

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

GmbH (i. F.: C. GmbH) geändert wurde. Alleingesellschafterin der C. GmbH war die Streithelferin. Der Kaufpreis betrug 33,5 Mio. DM und war durch Übernahme eines Teils der oben genannten Verbindlichkeiten der Schuldnerin von 64,5 Mio. DM gegenüber der Beklagten zu leisten. Die C. GmbH übernahm folgende Verbindlichkeiten: ein Darlehen vom Januar 1995 über 9,5 Mio. DM, ein Darlehen vom 26. Oktober 1996 über 15 Mio. DM und einen Teilbetrag von 9 Mio. DM eines Darlehens vom 29. September 1994 über 15 Mio. DM. Vom Verkauf ausgenommen waren das gesamte unbewegliche Vermögen der Schuldnerin und alle Sachanlagen, die dem Geschäftsbereich Logistik zugeordnet waren.

7 In Erfüllung des Kaufvertrages vom 17. Dezember 1997 zahlte die C. GmbH am 29. Februar 2000 zur Tilgung der übernommenen Darlehen 12.424.392,71 € (24,3 Mio. DM) an die Beklagte. Dazu hatte sie bei der D. Bank AG ein Darlehen aufgenommen. Dieses wurde durch eine Grundschuld besichert, die zuvor von der Beklagten zugunsten der C. GmbH freigegeben worden war.

8 Am 19. Mai 2000 veräußerte die Schuldnerin ihre mit einer Grundschuld zugunsten der Beklagten belastete Betriebsimmobilie sowie ein Hochregallager. Der Kaufpreis wurde auf ein Treuhandkonto gezahlt; von dort floss am 13. September 2000 ein Teil in Höhe von 654.094,39 € (1.279.297,43 DM) zur Tilgung eines mit der Grundschuld gesicherten Darlehens an die Beklagte.

9 Sämtliche weitere Sachanlagen veräußerte die Schuldnerin an die C. GmbH. Von dem Kaufpreis zahlte sie am 14. August 2000 1.562.707,39 € (3.056.390 DM) an die Beklagte, um weitere Darlehensverbindlichkeiten zu tilgen.

10 Am 22. September 2000 beantragte die Schuldnerin, über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren zu eröffnen.

11 3. Bereits im Oktober 1994 wandte sich die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (i. F.: Kommission) an die Bundesrepublik Deutschland und erbat Informationen über die staatliche Förderung des Werks in A. /Thüringen. Sie entschied mit Bescheid vom 21. Juni 2000 unter anderem, dass die der Schuldnerin im Rahmen ihrer Umstrukturierung gewährten Beihilfen in Höhe von 166,3 Mio. DM mit Art. 87 Absatz 1 EG-Vertrag (i. F.: EGV) unvereinbar seien, und forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Beihilfen zuzüglich Zinsen zurückzufordern (ABlEG L 318, 62). Das Berufungsgericht geht davon aus, dass zu diesen mit den europarechtlichen Regelungen unvereinbaren Beihilfen auch sämtliche hier in Rede stehenden der Schuldnerin von der Beklagten im Rahmen der Umstrukturierung gewährten Kredite gehören.

12 Der Freistaat beantragte vor dem Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (i. F.: Gericht erster Instanz), die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären. Die Klage blieb wegen der im Zuge der Umstrukturierung der Schuldnerin gewährten Darlehen ohne Erfolg (EuG, T-318/00, Slg. 2005, II-4179).

13 4. Der Kläger verlangt von der Beklagten - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - die Rückzahlung der von der C. GmbH an sie gezahlten Summe sowie Rückzahlung der an sie geflossenen Erlöse aus dem Verkauf der Betriebsimmobilie, des Hochregals und der sonstigen Anlagegüter.

14 Das Landgericht hat der Klage nur wegen der Veräußerungserlöse stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers ist die Beklagte verurteilt worden, auch die ihr von der C. GmbH gezahlten Beträge zurückzuzahlen; die auf vollständige Abweisung der Klage gerichtete Anschlussberufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

15 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

16 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in WM 2006, 222 (mit Anm. Cranshaw DZWiR 2006, 185 und Breitling/Grüter EWiR 2006, 435) veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

17 Der Kläger könne nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln die von der C. GmbH gezahlten 12.424.392,71 € in entsprechender Anwendung der § 30 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 GmbHG fordern. Der Beklagten hätten Bereicherungsansprüche gegen die Schuldnerin zugestanden, weil die Darlehensverträge wegen des Verstoßes gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV nichtig seien. Die Ansprüche seien eigenkapitalersetzend gewesen. Das Eigenkapitalersatzrecht werde durch die europarechtlichen Regelungen und die auf diesen beruhende Kommissionsentscheidung nicht verdrängt.

18 Die Veräußerungserlöse von insgesamt 2.216.801,68 € könne der Kläger aus § 143 Abs. 1, § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO verlangen.

II.

19 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

20 1. Dem Kläger steht kein Anspruch aus einer entsprechenden Anwendung der § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG zu. Weder die §§ 32a, 32b GmbHG noch die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz sind vorliegend anwendbar. Sie werden durch das vorrangige Europarecht verdrängt.

21 a) Der Mitgliedstaat, an den eine Entscheidung gerichtet ist, die ihn zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet, hat alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen (EuGH, Rs. C-209/00, Slg. 2002, I-11695 Rn. 31; Rs. C-404/00, Slg. 2003, I-6695 Rn. 21; Rs. C-232/05, EuZW 2007, 56, 58 Rn. 42). Er muss erreichen, dass der Beihilfegeber die geschuldeten Beträge tatsächlich wiedererlangt (EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925 Rn. 75; Rs. C-415/03, Slg. 2005, I-3875 Rn. 44; Rs. C-232/05, EuZW 2007, 56, 58 Rn. 42). Mit der Rückzahlung verliert nämlich der Empfänger den Vorteil, den er auf dem Markt gegenüber seinen Konkurrenten besaß, und die Lage vor der Zahlung der Beihilfe wird wiederhergestellt (EuGH, Rs. C-350/93, Slg. 1995, I-699 Rn. 22; Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925 Rn. 75). Die Rückforderung hat nach Art. 14 Abs. 3 Satz 1 der EG-Verordnung 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV vom 22. März 1999 (ABlEG L 83, 1; i. F.: EG-VO 659/1999) unver-

züglich zu erfolgen. Das Hauptziel der Rückerstattung liegt darin, die Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen, die durch den mit der Beihilfe verbundenen Wettbewerbsvorteil verursacht wurde (EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925 Rn. 76).

22 Die Beihilfen sind nach Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 4 der Entscheidung der Kommission vom 21. Juni 2000 (ABlEG L 318, 62, 78) von der Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe des deutschen Rechts zurückzufordern. Die nationalen Regelungen dürfen aber die Rückforderung nicht ausschließen oder faktisch unmöglich machen (vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 EG-VO 659/1999 und EuGH, Rs. 94/87, Slg. 1989, 175 Rn. 12; Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 Rn. 24; EuGH, Rs. C-480/98, Slg. 2000, I-8717 Rn. 34; Rs. C-209/00, Slg. 2002, I-11695 Rn. 35; Rs. C-232/05, EuZW 2007, 56, 58 Rn. 49). Im Fall von rechtswidrigen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen muss ein wirksamer Wettbewerb wiederhergestellt und dazu die betreffende Beihilfe unverzüglich zurückgefordert werden (EuGH, Rs. C-209/00, Slg. 2002, I-11695 Rn. 35). Die Anwendung der nationalen Verfahren darf somit die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs nicht erschweren, indem sie die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung verhindert (EuGH, Rs. C-232/05, EuZW 2007, 56, 58 Rn. 50). Generell sind bei der Durchführung der Rückforderung auch die mit dem Beihilfeverbot verfolgten Ziele zu berücksichtigen (EuGH, Rs. C-334/99, Slg. 2003, I-1139 Rn. 118). Falls zwischen dem unmittelbar anwendbaren Recht der Europäischen Gemeinschaften und dem nationalen deutschen Recht ein Widerspruch auftritt, kommt dem EG-Recht nach Art. 24 Abs. 1 Grundgesetz ein Anwendungsvorrang zu (BVerfGE 73, 339, 375; 75, 223, 244; 85, 191, 204). Verhindert also die Anwendung des deutschen Rechts die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung und erschwert sie dadurch die Wiederherstellung eines wirksamen

Wettbewerbs, sind die entsprechenden deutschen Normen nicht anzuwenden (vgl. EuGH, Rs. C-232/05, EuZW 2007, 56, 58 Rn. 53). Das nationale Gericht ist dabei verpflichtet, einen Schutz gegen die Auswirkung der rechtswidrigen Durchführung von Beihilfen sicherzustellen (EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547 Rn. 67). Mit der Kommissionsentscheidung steht damit das "Ob" der Rückforderung fest (vgl. BGH, Urt. v. 20. Januar 2004 - XI ZR 53/03, WM 2004, 468, 470).

23 b) Eine eigenkapitalersetzende Forderung des Beihilfegebers ist im Insolvenzverfahren deshalb entgegen § 32 Abs. 1 GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht als nachrangig anzusehen, wenn dieser aufgrund einer Kommissionsentscheidung nach Art. 88 Abs. 2 EGV in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Satz 2, Art. 7 Abs. 5, Art. 14 Abs. 1 EG-VO 659/1999 verpflichtet ist, von ihm gewährte unerlaubte Beihilfen zurückzufordern (BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, z.V.b. in BGHZ). Die Rückforderungsverpflichtung wird mit ihrer Anmeldung im Insolvenzverfahren nur dann effektiv und unverzüglich umgesetzt, wenn die Rückforderungsansprüche als nicht nachrangige Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) behandelt werden. Nur dann wird die in der unerlaubten Beihilfe liegende Wettbewerbsverzerrung wirksam beseitigt, weil der Beihilfegeber auf eine schnellstmögliche Liquidation des Beihilfeempfängers hinwirken kann und in der Regel muss.

24 c) Auch im Vorfeld des Insolvenzverfahrens resultieren aus dem Eigenkapitalersatzcharakter der unerlaubten Beihilfen keine Einwendungen gegen Rückforderungsansprüche, und zwar insbesondere nicht nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln in entsprechender Anwendung der § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG.

25 aa) Der Beihilfegeber kann und darf sich seiner Pflicht, die unerlaubte Beihilfe zurückzufordern, nicht durch privatrechtliche Absprachen entziehen, insbesondere indem er für von ihm gewährte Darlehen einen Rangrücktritt erklärt (BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, z.V.b. in BGHZ). Darüber hinaus kann er sich dieser Pflicht aber auch nicht dadurch entziehen, dass er die unerlaubte Beihilfe in die Kapitalrücklage (vgl. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) oder das Stammkapital leistet (EuGH, Rs. 323/82, Slg. 1984, 3809 Rn. 31; Rs. 52/84, Slg. 1986, 89 Rn. 12 ff; EuG, T-129/95, T-2/96, T-97/96, Slg. 1999, II-17 Rn. 131). So hat die Kommission die Bundesrepublik Deutschland in der Entscheidung vom 21. Juni 2000 (ABlEG L 318, 62) auch verpflichtet, für eine Rückforderung der von der Streithelferin im Zuge des Anteilserwerbs in die Kapitalrücklage gezahlten 12 Mio. DM zu sorgen (vgl. Rn. 34 u. 39 sowie Art. 2 Abs. 3 der Entscheidung). Diese Entscheidung hat das Gericht erster Instanz gebilligt (EuG, T-318/00, Slg. 2005, II-4179, Rn. 220 f, 234).

26 Soweit § 30 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 GmbHG die Rückforderung der verbotenen Beihilfe als solche verhindern, sind sie daher gemäß Art. 88 Abs. 2 EGV in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Satz 2, Art. 7 Abs. 5, Art. 14 Abs. 1 der EG-VO 659/1999 nicht anzuwenden. Erst recht kann daher die entsprechende Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht der Rückzahlung einer ohnehin nur als Darlehen geleisteten Beihilfe entgegenstehen.

27 bb) Daran ändert auch nichts, dass die Kommissionsentscheidung vom 21. Juni 2000 erst nach Abschluss des Vertrages vom 17. Dezember 1997 und nach Rückzahlung der auf den Darlehen beruhenden Forderungen der Beklagten am 29. Februar 2000 ergangen ist.

28 (1) Die Rückforderungsverpflichtung entsteht zwar erst mit der Kommissionsentscheidung. Der Verstoß gegen das - formelle - Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV allein führt noch nicht dazu, dass die Beihilfe endgültig zurückzufordern ist (vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 5, Art. 14 Abs. 1 EG-VO 659/1999). Aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot steht noch nicht fest, dass die Darlehen eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstellten und deshalb gegen das Beihilfeverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV (früher Art. 92 Abs. 1 EGV) verstießen. Diese Bestimmung entfaltet in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erst dann unmittelbare Wirkung, wenn sie insbesondere durch eine Entscheidung der Kommission nach Art. 88 Abs. 2 EGV (früher Art. 93 Abs. 2 EGV) in Verbindung mit den vorgenannten Artikeln der EG-VO 659/1999 konkretisiert wurde (EuGH, Rs. 77/72, Slg. 1973, 611 Rn. 6; Rs. 78/76, Slg. 1977, 595 Rn. 10; Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307 Rn. 9 f, 21). Mit der Entscheidung der Kommission vom 21. Juni 2000 steht hier aber seit diesem Tage fest, dass die Darlehen auch materiell-rechtlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar waren und nach innerstaatlichem Recht der Bundesrepublik Deutschland zurückzufordern sind.

29 (2) Wenn die verbotene Beihilfe schon vorher zurückgewährt worden ist, wirkt die Entscheidung der Kommission auf den Zeitpunkt der Rückgewähr zurück. Etwaige sich aus dem deutschen Recht ergebende Hindernisse, die zu diesem Zeitpunkt dem "Ob" der Rückforderung noch entgegenstanden, entfallen mit Bestandskraft der Kommissionsentscheidung. Das ergibt sich aus ihrem feststellenden Teil, aus ihrem Sinn und Zweck sowie dem ihr vorgelagerten Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV.

30 (a) Die Kommissionsentscheidung erschöpft sich nicht in der Aufforderung an den Mitgliedstaat, die Beihilfe zurückzufordern, sondern stellt darüber hinaus fest, dass die Beihilfen von Anfang an wettbewerbsverzerrend und deshalb mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar waren. Dieser feststellende Teil der Kommissionsentscheidung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, zu dem die jeweiligen Beihilfen gewährt wurden, also auch auf den danach liegenden Zeitpunkt der Rückgewähr.

31 (b) Zum Schutz des Gemeinsamen Marktes sollen wettbewerbsverzerrende Beihilfen so schnell wie möglich zurückgefordert werden, um dadurch zügig wieder einen funktionierenden Wettbewerb wiederherzustellen. Dieses Ziel wird gerade dann erreicht, wenn der Beihilfegeber die Beihilfe vor der Kommissionsentscheidung zurückerhält. Wenn nun die unerlaubte Beihilfe aufgrund von Vorschriften des deutschen Rechts, hier der Kapitalerhaltungsvorschriften, nicht zurückgeführt werden dürfte, obwohl feststeht, dass sie verboten war, würde dieser Zweck der möglichst zügigen und effektiven Rückforderung vereitelt.

32 (c) Für die Rückwirkung der Kommissionsentscheidung spricht vor allem das ihr vorgelagerte Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV. Zwar wird der Mitgliedstaat erst durch die Entscheidung zur Rückforderung verpflichtet; er ist aber gleichwohl berechtigt, die Beihilfe auch schon vorher zurückfordern.

33 (aa) Der Beklagten stehen keine Darlehens-, sondern Bereicherungsansprüche gegen die Schuldnerin zu, weil die zwischen den Parteien vereinbarten Darlehen gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (früher Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EGV) verstießen. Diese Norm ist unmittelbar anwend-

bar und betrifft nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insbesondere jede Beihilfemaßnahme, die ohne die in Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV vorgeschriebene Notifizierung durchgeführt wird (EuGH, Rs. 120/73, Slg. 1973, 1471 Rn. 8; Rs. C-354/90, Slg. 1991, I-5505 Rn. 11; Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547 Rn. 39). Eine Notifizierung der Darlehensverträge ist hier unterblieben (vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Juni 2000 - ABl. L 318, 62, Rn. 45). Dieser Verstoß führt zur Nichtigkeit der Verträge; denn Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB (BGH, Urt. v. 4. April 2003 - V ZR 314/02, WM 2003, 1491, 1492; v. 24. Oktober 2003 - V ZR 48/03, VIZ 2004, 77, 78; v. 20. Januar 2004 - XI ZR 53/03, WM 2004, 468, 469; vgl. auch EuGH, Rs. 354/90, Slg. 1991, I-5505 Rn. 12).

34 Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV ist als Verbotsgesetz zu behandeln, weil der mit ihm befolgte Zweck nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung (BGH, Urt. v. 4. April 2003, aaO S. 1492 f; v. 20. Januar 2004, aaO S. 469). Das Durchführungsverbot will gerade Wettbewerbsvorteile verhindern, die der Beihilfeempfänger aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen kann (BGH, Urt. v. 4. April 2003, aaO S. 1493). Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Beihilfeempfängers in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer - weiteren - Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen (BGH, Urt. v. 4. April 2003, aaO S. 1492).

35 (bb) Das Durchführungsverbot und die aus ihm folgende Nichtigkeit der Darlehensverträge zwingen dazu, den materiell-rechtlichen Gehalt der Rückfor-

derungsverpflichtung bereits auf den Zeitpunkt der Gewährung der verbotenen Beihilfe zurückzubeziehen. Die Nichtigkeit soll gerade die Zeit zwischen Gewährung der Beihilfe und der Kommissionsentscheidung - einstweilen - regeln. Der Beihilfegeber muss die Beihilfe noch nicht zurückfordern; er kann es aber, weil die Darlehensverträge nichtig sind.

36 Wenn er die Beihilfe nun, aus welchem Grund auch immer, tatsächlich zurückerhält, ist damit dem Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV Genüge getan, ohne dass entschieden werden müsste, ob der bloße Verstoß gegen das Durchführungsverbot den auch gegenüber dem Bereicherungsanspruch möglichen Eigenkapitalersatzeinwand bereits entfallen lässt, der Beihilfegeber den Bereicherungsanspruch also hätte durchsetzen können. Zumindest wenn aufgrund der Kommissionsentscheidung feststeht, dass die Beihilfe mit den Bestimmungen des EG-Vertrags unvereinbar war, kommt eine Rückzahlung der im Einklang mit der Wertung des Durchführungsverbots zurückgewährten Beihilfe nicht in Betracht.

37 cc) Die vom Berufungsgericht hervorgehobenen Gesichtspunkte des Schutzes der übrigen Insolvenzgläubiger stehen dieser Sichtweise nicht entgegen.

38 Die Insolvenzgläubiger sind ausreichend geschützt. Die Kapitalerhaltungsvorschriften stehen der Rückforderung der Beihilfe schon dem Grunde nach entgegen und sind nach dem Vorstehenden deshalb nicht anzuwenden. Auf welche Weise die Beihilfe hingegen zurückzufordern ist - im Wege von vertraglichen Absprachen, der Einzel- oder der Gesamtvollstreckung -, ist damit noch nicht entschieden. Wenn das Vermögen des Beihilfeempfängers nicht ausreicht, um alle seine Gläubiger zu befriedigen, ist die verbotene Beihilfe im

Rahmen eines Insolvenzverfahrens zurückzufordern. Sofern und soweit die Rückgewähr von Eigenkapital oder eigenkapitalersetzenden Leistungen die übrigen Gläubiger benachteiligt, kann das nur auf dem Wege der Gläubiger- oder Insolvenzanfechtung korrigiert werden.

39 dd) Auch die Art und Weise der Rückzahlung der Darlehen zwingt zu keiner anderen Beurteilung. Der Beihilfegeber, hier die Beklagte, ist, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, in ihren Möglichkeiten nicht darauf beschränkt, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beihilfeempfängers zu beantragen. Die Insolvenzantragspflicht traf vielmehr die gesetzlichen Vertreter der Schuldnerin (vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG). Die Fragen, ob die auf den Darlehen beruhenden Ansprüche des Beihilfegebers und Gesellschafters eigenkapitalersetzend sind, ob oder in welchem Umfang die Gesellschaft überschuldet ist (vgl. Lutter/Hommelhoff, aaO Rn. 110), können von Gesellschafter und Gesellschaft durchaus kontrovers beurteilt werden. Wenn der Gesellschafter meint, seine Forderungen seien (nicht länger) eigenkapitalersetzend und die Gesellschaft auch nicht zahlungsunfähig, kann er nicht gezwungen werden, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies obliegt dann vielmehr den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft, die deren wirtschaftliche Lage anders beurteilen. Daneben kann auch jeder Gläubiger die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen.

40 2. Das angefochtene Urteil erweist sich insoweit auch nicht aus einem anderen Grunde als richtig.

41 a) Entgegen der Auffassung der Revision trifft allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zu. Die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung

sind trotz der Kommissionsentscheidung und der ihr zugrunde liegenden europarechtlichen Regelungen anzuwenden.

42 aa) Die Verpflichtung zur Rückforderung besteht nicht uneingeschränkt. Befindet sich das Unternehmen in der Insolvenz, genügt es, dass der Beihilfegeber seine Rückerstattungsforderung zur Tabelle anmeldet (EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 Rn. 62; Rs. C-277/00, Slg. 2004, I-3925 Rn. 85; BGH, Beschl. v. 15. Dezember 2005 - IX ZB 135/03, WM 2006, 778, 779). Denn durch das Insolvenzverfahren und die Liquidation des Beihilfeempfängers wird die durch die unerlaubte Beihilfe hervorgerufene Beeinträchtigung des Wettbewerbs in aller Regel bereinigt. Durch die Liquidation haben in der Vergangenheit benachteiligte Wettbewerber die Möglichkeit, die durch das Ausscheiden des Beihilfeempfängers frei werdende Lücke am Markt zu nutzen. Sie können auch die Vermögensgegenstände des Beihilfeempfängers vom Insolvenzverwalter erwerben und ihrerseits einsetzen (EuGH, Rs. C-328/99 u. C-399/00, Slg. 2003, I-4035 Rn. 69). Auf die Rückforderung der Beihilfe sind dann grundsätzlich die jeweiligen nationalen Insolvenzvorschriften anzuwenden.

43 bb) Die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung betreffen, anders als diejenigen über die Kapitalerhaltung, nicht das "Ob" der Rückforderung, sondern deren "Wie". Es besteht deshalb kein Anlass, sie nicht anzuwenden. Eine Nichtanwendung der §§ 129 ff InsO käme vielmehr nur in Betracht, wenn die Insolvenzanfechtung die effektive und sofortige Erfüllung der Rückforderungsverpflichtung verhinderte. Dies ist aber nicht der Fall.

44 Wird über das Vermögen des Beihilfeempfängers das Insolvenzverfahren eröffnet, muss und darf der zur Rückforderung verpflichtete Beihilfegeber seinen Anspruch nach dem oben Gesagten zur Tabelle anmelden. Die sich daraus

ergebende nur unvollständige Erfüllung des Rückforderungsanspruchs beruht auf der tatsächlichen Unmöglichkeit der vollständigen Befriedigung aller Gläubiger. Im Insolvenzfall genügen Mitgliedstaat und Beihilfegeber ihrer Rückforderungsverpflichtung, auch wenn sie die Beihilfe nicht vollständig, sondern nur quotal zurückerhalten. Diese Einschränkung greift schon ein, sobald der Beihilfeempfänger zahlungsunfähig ist, und hängt nicht davon ab, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der Kommission bereits das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Deshalb ist bereits ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Beihilfeempfängers nur noch eine quotale Rückforderung erforderlich; denn dessen Ausscheiden aus dem Wettbewerb wird durch das Insolvenzverfahren erreicht (vgl. EuGH, Rs. C-277/00, Slg. 2004, I. 3925 Rn. 85, 86).

45 (1) Die faktische Unmöglichkeit, alle Ansprüche zu erfüllen, hängt nicht von dem Zeitpunkt ab, zu dem die jeweilige Kommissionsentscheidung ergeht. Sie tritt in jedem Fall ein, sobald der Beihilfeempfänger zahlungsunfähig ist. Auch wenn das Insolvenzverfahren bei Erlass der Kommissionsentscheidung noch nicht eröffnet, der Beihilfeempfänger aber bereits zahlungsunfähig ist oder dies wegen der Rückforderung wird, kann der Beihilfegeber nicht die vollständige Rückzahlung der wettbewerbsverzerrenden Beihilfe erreichen, sondern muss sich mit einer Quote begnügen.

46 (2) Die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung dienen dazu, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, aber noch im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verschobenes Vermögen des Schuldners in die Masse zurückzuführen. Dieser Schutzzweck ist auch bei der Rückforderung wettbewerbsverzerrender Beihilfen betroffen. Dem Rückforderungsanspruch gebührt, wie aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Behandlung dieses Anspruchs in der Insolvenz des Beihilfeempfängers folgt, kein Vorrang; insoweit

gilt vielmehr der insolvenzrechtliche Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (vgl. BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, z.V.b. in BGHZ). Anfechtungsrechtlich ist er daher wie jede andere Forderung zu behandeln.

47 (3) Das Ausscheiden des Beihilfeempfängers aus dem Wettbewerb wird erreicht, weil die Forderung des Beihilfegebers im Insolvenzverfahren als nicht nachrangig anzusehen ist (BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, aaO) und dieser deshalb auf dessen Liquidation hinwirken kann.

48 b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügen indes nicht, um eine abschließende Entscheidung über einen Anfechtungsanspruch des Klägers zu treffen.

49 Im Hinblick auf die von der C. GmbH im Kaufvertrag vom 17. Dezember 1997 erklärte Schuldübernahme kommt eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO (vgl. Art. 106 EGInsO) in Betracht.

50 aa) Die erforderliche Rechtshandlung des Schuldners (BGHZ 162, 143, 147) liegt vor. Hierfür genügt eine Handlung einer anderen Person, wenn sie im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Schuldner erfolgt (BGHZ 143, 332, 333; 162, 143, 152; HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. § 133 Rn. 6). Daher liegt hier in der Zahlung der C. GmbH eine mittelbare Leistung der Schuldnerin. Hierauf hatte die Beklagte keinen Anspruch. Für die subjektiven Voraussetzungen ist daher gemäß § 140 Abs. 1 InsO auf den Zeitpunkt der Zahlung abzustellen. Es bedarf bereits erneuter tatrichterlicher Würdigung, ob zu diesem Zeitpunkt - was allerdings nahe liegt - die Schuldnerin Gläubigerbenachteiligungsvorsatz hatte und die Beklagte davon wusste. Insoweit wird das Berufungsgericht bei seiner erneuten Entscheidung auch zu beachten haben, dass die durch die Zahlung

der C. GmbH erlangte Deckung inkongruent war; denn auf eine Befriedigung auf diesem Weg hatte die Beklagte keinen Anspruch (vgl. BGHZ 123, 320, 326; 137, 267, 283; 157, 242, 251 f; BGH, Urt. v. 11. März 2004 - IX ZR 160/02, ZIP 2004, 1060, 1062; v. 22. April 2004 - IX ZR 370/00, ZIP 2004, 1160, 1161; v. 13. Mai 2004 - IX ZR 128/01, ZIP 2004, 1370, 1373).

51 bb) Es hat aber, aus seiner Sicht konsequent, nicht geprüft, ob eine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) ausgeschlossen ist, weil es die auf der Ausreichung der Darlehen beruhenden Forderungen der Beklagten als eigenkapitalersetzend angesehen hat, so dass die bestehenden Sicherheiten aus seiner Sicht nicht verwertet werden konnten (vgl. BGHZ 133, 298, 305). Tatsächlich greift der Eigenkapitalersatzeinwand aber nicht ein. Die Ansprüche der Beklagten waren damit durch die Grundschuld gesichert (vgl. BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, z.V.b. in BGHZ).

52 Durch die Anfechtung soll die Zugriffslage wiederhergestellt werden, die ohne die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners für die Insolvenzgläubiger bestanden hätte (vgl. BGHZ 104, 355, 357; 123, 183, 184 f; 130, 314, 322). Deshalb ist eine Rechtshandlung des Schuldners nur anfechtbar, wenn durch sie die Befriedigungsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger aus dem Schuldnervermögen beeinträchtigt wird, der Gläubiger also objektiv benachteiligt worden ist (BGH, Urt. v. 20. Oktober 2005 - IX ZR 276/02, WM 2006, 490, 491). Eine Gläubigerbenachteiligung kommt nicht in Betracht, wenn Grund-stücke wertausschöpfend belastet sind und eine Verwertung durch den Insolvenzverwalter nicht zu einer - auch nur teilweisen - Befriedigung der Insolvenzgläubiger geführt hätte (vgl. BGHZ 104, 355, 357; BGH, Urt. v. 17. Dezember 1998 - IX ZR 196/97, WM 1999, 226, 228; v. 20. Oktober 2005 - IX ZR 276/02, aaO). Dies ist hier der Fall, wenn das von der Schuldnerin veräußerte Grundstück und

das jeweils veräußerte Anlagevermögen zugunsten der Beklagten wertausschöpfend belastet waren und sich die Sicherungsrechte der Beklagten an den jeweiligen Veräußerungserlösen fortgesetzt haben. Das Grundpfandrecht müsste gegen ein Sicherungsrecht am Veräußerungserlös ausgetauscht worden sein (vgl. BGH, Urt. v. 1. Oktober 2002 - IX ZR 360/99, WM 2002, 2369, 2371), so dass ein Zugriff der Insolvenzgläubiger auf diese Vermögenswerte zu keiner Zeit möglich war. Dies ist der Fall, wenn das Treuhandkonto die Beklagte zur Aussonderung berechtigte (vgl. BGH, Urt. v. 8. Februar 1996 - IX ZR 151/95, WM 1996, 662; v. 24. Juni 2003 - IX ZR 120/02, WM 2003, 1641 f; v. 7. Juli 2005 - III ZR 422/04, WM 2005, 1796, 1797). Die zugunsten der Beklagten bestehenden Grundpfandrechte können nach § 1192 Abs. 1, § 1120 i.V.m. §§ 97, 98 Nr. 1 BGB auch das Anlagevermögen umfasst haben.

53 3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann auch wegen der dem Kläger aus § 143 Abs. 1, § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO zugesprochenen 2.216.801,68 € keinen Bestand haben.

54 Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu Unrecht bejaht.

55 a) Allerdings ist es zu Recht von einer kongruenten Deckung ausgegangen. Die Schuldnerin kehrte die Veräußerungserlöse am 13. September und am 14. August 2000 an die Beklagte aus, also in beiden Fällen nach der Kommissionsentscheidung vom 21. Juni 2000, welche die Bundesrepublik Deutschland und mit ihr die Beklagte als Beihilfegeberin zur Rückforderung verpflichtete. Ob die Beklagte zu den jeweiligen Zeitpunkten von der Kommissionsentscheidung wusste, ist insoweit ohne Belang. Aber auch sofern und soweit die Anfechtung der Veräußerungsgeschäfte selbst in Betracht zu ziehen sein sollte, wäre im

Verhältnis zur Beklagten eine kongruente Deckung zu bejahen. Auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung wirkt die Kommissionsentscheidung zurück (vgl. oben 1. c) bb).

56 b) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Beklagte nahestehende Person im Sinne des § 130 Abs. 3 in Verbindung mit § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist.

57 c) Ob jedoch die Insolvenzgläubiger mittelbar benachteiligt worden sind, kann der Senat, wie oben ausgeführt, auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

58 4. Eine Vorlage gemäß Art. 234 EGV an den Europäischen Gerichtshof ist nicht angezeigt. Eine Vorlagepflicht gemäß Art. 234 Abs. 3 EGV besteht dann nicht, wenn das letztinstanzliche nationale Gericht in dem bei ihm schwebenden Verfahren feststellt, dass die betreffende entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage bereits Gegenstand der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof war oder die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts offenkundig für einen vernünftigen Zweifel keinen Raum lässt (EuGH, Urt. v. 6. Oktober 1982, Rs. 283/81 - C.I.L.F.I.T. - Slg. 1982, 3415, 3430 Rn. 6; vgl. BVerfG NJW 1988, 1456; BGHZ 109, 29, 35). So liegt der Fall hier.

III.

59 Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif.

60 1. Das Berufungsgericht wird wegen der Ansprüche aus § 133 InsO auch seine bisherigen Feststellungen zu überprüfen haben (vgl. BGH, Urt. v. 7. Februar 1969 - V ZR 115/65, NJW 1969, 661; Zöller/Gummer, ZPO 26. Auflage § 563 Rn. 3). Nur diejenigen von der Beklagten gewährten und von der C. GmbH zurückgezahlten Darlehen sind von den Restriktionen des Kapitalerhaltungsrechts befreit, deren Rückforderung die Kommission angeordnet hat. Die C. GmbH hat auch das Darlehen vom 26. Oktober 1996 über 15 Mio. DM übernommen. Die Rückforderung dieses Darlehens hat die Kommission nicht angeordnet (ABlEG 2000 L 318, 62 Rn. 39). Sofern und soweit die C. GmbH also mit ihrer Teilleistung von 24,3 Mio. DM auch dieses Darlehen getilgt hat (vgl. ggf. § 366, § 367 BGB), kommt ein Anspruch des Klägers aus einer entsprechenden Anwendung der § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG in Betracht. Das Berufungsgericht ist insoweit zu Recht davon ausgegangen, dass die Bereicherungsansprüche der Beklagten eigenkapitalersetzend waren.

61 a) Die Nichtigkeit der Darlehensverträge und die jederzeitige Kondizierbarkeit (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) der ausgereichten Darlehen stehen der Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz nicht entgegen. Dafür reicht es vielmehr aus, dass der Gesellschafter von der objektiv bestehenden Möglichkeit, seine Hilfe abzuziehen, keinen Gebrauch macht (BGHZ 121, 31, 41). Eine bewusste Entscheidung des Gesellschafters, die Bereicherungsansprüche nicht geltend zu machen, sie vielmehr stehen zu lassen, ist für eine Qualifizierung als eigenkapitalersetzend nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 11. Dezember 1995 - II ZR 128/94, WM 1996, 259, 260). Überdies liegt in der Vereinbarung der Rangrücktritte und dem Versuch der nachträglichen Notifizierung auch die Entscheidung, der Schuldnerin die ausgereichten Darlehensmittel zu belassen.

62 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe die auf den Darlehen beruhenden Forderungen über den zwischen ihr und der C. GmbH am 17. Dezember 1997 geschlossenen Kaufvertrag zurückgezahlt, wird von der Revision zu Recht nicht angegriffen.

63 c) § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG greift nicht ein, weil die Forderungen bereits vor dem Inkrafttreten dieser Norm am 24. April 1998 stehengelassen wurden (vgl. BGH, Urt. v. 11. Juli 2005 - II ZR 285/03, WM 2005, 1751).

64 Gleiches gilt für § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG. Die an den Anteilserwerb zwecks Sanierung der Gesellschaft anknüpfende Regelung kann einen vor ihrem Inkrafttreten verwirklichten Erwerb nicht rückwirkend zu Lasten der Gesellschaft privilegieren (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. §§ 32a, 32b Rn. 222).

65 2. Jedenfalls wegen der Ansprüche auf die Veräußerungserlöse wird das Berufungsgericht, wie bereits ausgeführt, die Gläubigerbenachteiligung prüfen müssen.

Fischer Raebel Kayser

Cierniak Lohmann

Vorinstanzen:
LG Erfurt, Entscheidung vom 07.09.2004 - 1 HKO 260/02 -
OLG Jena, Entscheidung vom 30.11.2005 - 6 U 906/04 -