

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 2zr13_09
letzte Aktualisierung: 31.05.2010

BGH, 01.03.2010 - II ZR 13/09

GmbHG a.F. §§ 30, 31

Passivierung „gesplitteter Einlagen“ in der Überschuldungsbilanz, soweit ausdrückliche Erklärung eines - bis zum Inkrafttreten des MoMiG qualifizierten - Rangrücktritts fehlt

Darlehen, die ein Gesellschafter aufgrund eines Versprechens im Gesellschaftsvertrag neben der Einlage gewährt hat ("gesplittete Einlage"), sind in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, soweit nicht ausdrücklich ein - bis zum Inkrafttreten des MoMiG sog. qualifizierter - Rangrücktritt erklärt ist.



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 13/09

vom

1. März 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG (i.d.F. vor 1. November 2008) §§ 30, 31

Darlehen, die ein Gesellschafter aufgrund eines Versprechens im Gesellschaftsvertrag neben der Einlage gewährt hat ("gesplittete Einlage"), sind in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, soweit nicht ausdrücklich ein - bis zum Inkrafttreten des MoMiG sog. qualifizierter - Rangrücktritt erklärt ist.

BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09 - OLG Köln
LG Aachen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 1. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Strohn, Dr. Reichart, Dr. Drescher und Bender

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Klägers durch Beschluss gemäß § 552 a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

1 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor und sie hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).

I.

2 Ein Zulassungsgrund besteht nicht.

3 1. Soweit das Berufungsgericht (ZIP 2009, 315) die Revision im Hinblick auf die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln für Darlehensrückzahlungen vor Inkrafttreten des MoMiG zugelassen hat, ist der Zulassungsgrund entfallen. Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils bereits mehrfach entschieden, dass die Rechtsprechungsregeln jedenfalls dann weiterhin gelten, wenn das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008 eröffnet wurde (BGHZ 179, 249 Tz. 15 ff. "Gut Buschow"; BGHZ 179, 285 Tz. 8; Urt. v. 6. April 2009 - II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273; v. 20. Juli 2009 - II ZR 36/08, ZIP 2009, 1806). Ob ein Zulassungsgrund besteht, ist nach dem Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts, nicht dem

Erlass des Berufungsurteils zu beurteilen (BGH, Urt. v. 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650).

- 4 2. Auch zur Frage, ob im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Darlehen der Gesellschafter ("gesplittete Einlage") zu passivieren sind, besteht kein Zulassungsgrund.
- 5 Grundsätzliche Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat eine Rechtssache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und die deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, wobei insbesondere erforderlich ist, dass die betreffende Rechtsfrage in einem gewissen Umfang umstritten ist (st. Rspr. siehe nur BGHZ 154, 288, 291).
- 6 Eine solche klärungsbedürftige Rechtsfrage stellt sich nicht. Der Senat hat bereits entschieden, dass auf das erfüllte Finanzplankreditversprechen die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts angewandt werden und der Finanzplankredit keine eigenständige Kategorie des Eigenkapitalersatzrechts ist, vielmehr für die Qualifizierung von Darlehen, die auf Grund einer Vereinbarung der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wurden, die allgemeinen Grundsätze über eigenkapitalersetzende Leistungen gelten (BGHZ 142, 116, 122). Für eigenkapitalersetzende Darlehen ist geklärt, dass sie in der Überschuldungsbilanz als Verbindlichkeiten zu passivieren sind, außer es liegt ein sog. qualifizierter Rangrücktritt vor (BGHZ 146, 264, 271). Dementsprechend sind auch dann, wenn eine so genannte gesplittete Einlage vereinbart ist, die Darlehensrückzahlungsansprüche zu passivieren, soweit nicht ausnahmsweise ein solcher qualifizierter Rang-

rücktritt erklärt ist (Roth/Altmeppen, GmbHG 6. Aufl. § 32a a. F. Rdn. 79; Altmeppen, FS Sigle, S. 211, 216; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 101; Habersack in Ulmer/Winter, GmbHG §§ 32 a, b Rdn. 249 unter Aufgabe von ZHR 161 [1997], 457, 490; Michalski/Heidinger, GmbHG §§ 32 a, 32 b Rdn. 393; Sieger/Aleth, GmbHR 2000, 462, 470; a.A. Ekkenga, WM 2006, 1986, 1989).

II.

7 Die Revision hat auch keinen Erfolg.

8 1. Das Berufungsgericht ist zur Recht davon ausgegangen, dass die Rechtsprechungsregeln noch anwendbar sind, wenn - wie hier - das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008 eröffnet wurde.

9 2. Der Kläger kann entsprechend § 31 GmbHG a.F. Erstattung der auf das Darlehen des Erblassers in den Jahren 2002 bis 2004 zurückbezahlten 122.367,20 € verlangen. Das Darlehen war eigenkapitalersetzend. Die Gesellschaft war überschuldet, weil die mit den Mitgesellschaftern bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbarten, valutierten Darlehen zu passivieren waren.

10 a) Die im Rahmen einer so genannten gesplitteten Einlage gewährten Darlehen der Gesellschafter waren als Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu passivieren. Auch wenn eine Kündigung durch den Gesellschafter ausgeschlossen ist, ist rechtlich ein Darlehen vereinbart, für das eine Rückzahlungspflicht besteht und das als Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus zu passivieren ist, sofern nicht ein - hier nur in Gestalt einer "qualifizierten" Erklärung in Betracht kommender - Rangrücktritt erklärt ist.

Der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Ausschluss des Kündigungsrechts des Gesellschafters kann grundsätzlich wieder aufgehoben und das Darlehen damit fällig gestellt werden. Dass die Darlehen nur zusammen mit der Gesellschafterstellung gekündigt werden können, schließt eine Rückzahlung ebenfalls nicht aus. So kommt eine Kündigung bei Ausscheiden aus der Gesellschaft in Frage, etwa durch die jedenfalls ab 31. Dezember 2010 mögliche Kündigung der Gesellschafterstellung, bei Ausschluss oder bei Einziehung. Schließlich darf die Gesellschaft das Darlehen unter Umständen ihrerseits kündigen oder kann es auch ohne vorherige Kündigung zurückzahlen.

11 b) Ein qualifizierter Rangrücktritt ist nicht erklärt. Eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung fehlt. Dass das Darlehen bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist und nicht ohne die Gesellschafterstellung gekündigt werden kann, bedeutet noch keinen qualifizierten Rangrücktritt und ersetzt die ausdrückliche Rangrücktrittserklärung nicht.

12 Damit, dass der Gesellschafter ein solches Darlehen auch ohne Krise der Gesellschaft belassen muss, ist der Rang seiner Rückzahlungsforderung in der Insolvenz noch nicht bestimmt, insbesondere ist kein Nachrang vereinbart. Aber selbst wenn der Ausschluss der Kündigung bis zur Insolvenzeröffnung nicht aufgehoben wird und darin eine konkludente Nachrangvereinbarung zu sehen wäre, wäre eine Rückzahlung noch vor dem Liquidationserlös im Rang jedenfalls des § 39 Abs. 2 InsO a.F. geschuldet (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 95). Ein Rücktritt in den Rang von § 39 Abs. 2 InsO a.F. genügt jedoch den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt solange nicht, wie der Gesellschafter in dieser Klasse nicht an die letzte Stelle tritt (vgl. Sen.Urt. v. 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Tz. 10). Dass die Darlehen

der Mitgesellschafter bei ihrem Ausscheiden nach § 14 Nr. 6 des Gesellschaftsvertrags in drei Jahresraten zurückzuzahlen waren, führt entgegen der Revision schon materiell nicht zu einem Nachrang, da mit der Insolvenzeröffnung die Gesamtforderung als fällig gilt (§ 41 InsO).

- 13 Die rechtliche Einordnung als nachrangige Forderung reicht ebenfalls nicht aus, um die Passivierung in der Überschuldungsbilanz zu vermeiden. Auch bei materiellem Nachrang ist eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung notwendig, um den Rangrücktritt außer Streit zu stellen und dem Geschäftsführer eine zweifelsfreie und rechtssichere Beurteilungsgrundlage zu geben (BGHZ 146, 264, 273). Das gilt auch für die gesplittete Einlage (Habersack in Ulmer/Winter, GmbHG §§ 32 a, b Rdn. 249).

14 3. Zusätzlich kann der Kläger von der Beklagten nach §§ 30, 31 GmbHG a.F. die Rückzahlung der während einer Unterbilanz durch den Erblasser entnommenen 17.500,00 € verlangen.

Goette

Drescher

Strohn

Bender

Reichart

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Aachen, Entscheidung vom 13.07.2007 - 43 O 10/07 -

OLG Köln, Entscheidung vom 11.12.2008 - 18 U 138/07 -