
Datum: 13.08.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 177/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0813.8U177.00.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 237/00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11. September 2000 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert den Kläger mit weniger als 60.000,00 DM.

Tatbestand:

1

Die Beklagte war Gesellschafterin der am 05.05.1994 gegründeten Heizungs- und Sanitärtechnik N GmbH. Auf das in voller Höhe sofort einzuzahlende Stammkapital von 50.000,00 DM hatte sie eine Stammeinlage von 25.000,00 DM übernommen. Die GmbH, die ihren Geschäftsbetrieb noch im Jahre 1994 aufnahm, wurde erst am 17.03.1995 ins Handelsregister eingetragen. Mit Beschluß vom 03.01.2000 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

2

- Er nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der sog. Differenz- oder Vorbelastungshaftung in Höhe eines Teilbetrages von 25.000,00 DM in Anspruch, weil das Stammkapital im Zeitpunkt der Eintragung bereits vollständig verbraucht gewesen sei. Unstreitig wies bereits die Bilanz per 31.12.1994 einen Fehlbetrag von 82.425,37 DM auf. Der Kläger hat behauptet, daß sich hieran bis zur Eintragung nichts geändert habe.
- Die Beklagte hat geltend gemacht, daß wegen vorzunehmender Korrekturen an der Bilanz per 31.12.1994 der Verlust in Wahrheit nur bei 614,00 DM gelegen habe. Dieser sei durch erwirtschaftete Gewinne bis zur Eintragung mehr als ausgeglichen worden. 4
- Der größte unter den Parteien streitige Einzelposten ist dabei eine in der Bilanz per 31.12.1994 berücksichtigte Darlehensforderung des Ehemanns der Beklagten von 77.583,37 DM. Die Beklagte hat gemeint, daß dieses Darlehen wegen folgender am 22.12.1994 unstreitig geschlossener Rangrücktrittsvereinbarung aus der Bilanz zu eliminieren sei: 5
- "Zur Abwendung einer etwa gegebenen oder in Zukunft auftretenden Überschuldung des Schuldners wird vereinbart, daß der Gläubiger mit seinen Forderungen an den Schuldner im Rang hinter allen Gläubigern zurücktritt und seine Forderungen in einem etwaigen Konkursverfahren nicht geltend macht, soweit dadurch eine Überschuldung eintritt oder sich eine Überschuldung erhöht." 6
- Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, daß auch unter Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten im übrigen im Zeitpunkt der Eintragung eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens in Höhe von mindestens 25.000,00 DM bestanden habe, weil das Darlehen ihres Ehemannes bei der Ermittlung des Verlustes nicht abzusetzen sei. Die Rangrücktrittsvereinbarung enthalte nämlich keinen Verzicht i.S.v. § 397 BGB und sei selbst dann als Passivposten zu berücksichtigen, wenn es sich um ein kapitalersetzendes Darlehen gehandelt habe. 7
- Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung sowie des Parteivorbringens in erster Instanz wird auf dieses Urteil verwiesen. 8
- Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. 9
- Sie macht geltend, daß die Rangrücktrittsvereinbarung vom 22.12.1994 einen bedingten Forderungsverzicht enthalte und daß die Bedingung, nämlich die Überschuldung der Gesellschaft im Falle der Berücksichtigung der Darlehensforderung, eingetreten sei. Sowohl die Interessen der Gläubiger wie auch die der Gesellschafter seien damit gewahrt. Außerdem führe ein echter Rangrücktritt auch ohne Verzichtsvereinbarung dazu, daß die Darlehensverbindlichkeit in der Bilanz nicht zu passivieren sei. Die vom Landgericht zitierte Entscheidung BGH NJW 1994, 724 sei nicht einschlägig, weil ein Forderungsverzicht vorliege und es sich nicht um ein kapitalersetzendes Darlehen handele, da das Darlehen nicht von ihr, sondern von ihrem Ehemann stamme. 10
- Es sei deshalb eine Stichtagsbilanz zum 17.03.1995 erforderlich. Die Zwischenbilanz zum 28.02.1995 genüge nicht. Die Richtigkeit der vom Kläger erstellten Bilanzen werde bestritten. Es seien in erheblich höherem Umfange ausstehende Forderungen zu berücksichtigen. Tatsächlich sei bis zum Stichtag kein Verlust erwirtschaftet worden. Ferner müsse der Kläger detailliert darlegen, wie sich der ausgewiesene Verlust zusammensetze. Es seien Gründungskosten enthalten, die im Rahmen der Vorbelastungshaftung nicht auszugleichen 11

seien.

Desweiteren behauptet die Beklagte, daß sie und ihr Ehemann anlässlich ihres Ausscheidens aus der Gesellschaft am 16.12.1997 gemäß dem Schreiben Bl. 101 GA ausdrücklich auf ihre sämtlichen Forderungen von damals ca. 769.000,00 DM verzichtet hätten. Eine Vorbelastungshaftung müsse ausscheiden, nachdem sie der Gesellschaft kapitalersetzende Darlehen von fast 800.000,00 DM gewährt habe und damit das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Erhaltung des Stammkapitals gewahrt sei. 12

Die Beklagte beantragt, 13

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 14

Der Kläger beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, daß die Vereinbarung vom 22.12.1994 keinen Forderungsverzicht enthalte. Der Standpunkt der Beklagten finde weder im Wortlaut der Vereinbarung noch in sonstigen Umständen eine Stütze. Der bloße Rangrücktritt könne jederzeit wieder aufgehoben werden. Außerdem müsse sich die Beklagte daran festhalten lassen, daß die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber ihrem Ehemann tatsächlich in den Bilanzen passiviert worden sei. 17

Soweit sich die Beklagte darauf berufe, daß eigenkapitalersetzende Darlehen, für die ein Rangrücktritt vereinbart sei, grundsätzlich nicht zu passivieren seien, stehe dem entgegen, daß es sich hier um ein Darlehen handele, das nach ihrem eigenen Vortrag ein Dritter aus eigenen Mitteln zur Verfügung gestellt habe. 18

Der Kläger verweist des weiteren darauf, daß die von ihm vorgelegten Bilanzen mit Ausnahme der Zwischenbilanz per 28.02.1995 nicht von ihm stammten und bestreitet die Echtheit des Schreibens vom 16.12.1997 im Sinne datenrichtigen Zustandekommens der dort niedergelegten Vereinbarung. 19

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen. 20

Entscheidungsgründe: 21

A. 22

Die Berufung ist zulässig. Trotz der Angabe in der Berufungsschrift, daß die Berufung "namens der Klägerin" eingelegt werde, war aus den Umständen insgesamt eindeutig ersichtlich, daß die Parteirollen im Rubrum versehentlich vertauscht worden sind und die Berufung namens der Beklagten eingelegt sein sollte, für die sich der Prozeßbevollmächtigte bestellt hatte und die alleine durch das angefochtene Urteil beschwert ist. 23

B. 24

Die Berufung ist auch begründet. Ein Anspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte auf anteilige Differenzhaftung (Unterbilanzhaftung) gemäß den Grundsätzen der Entscheidung BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373 besteht nicht, weil sich das Vorliegen einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung der Schuldnerin am 17.03.1995 nicht feststellen läßt. 25

I.	26
Für eine solche Feststellung bedurfte es einer stichtagsbezogenen Vorbelastungsbilanz, in der die Aktiva nicht mit den fortgeschriebenen Buchwerten aus der Eröffnungs- oder einer bereits vorliegenden Jahresbilanz, sonder mit den echten Fortführungs- oder Liquidationswerten anzusetzen sind (vgl. Scholz/K. Schmidt, § 11 GmbHG, Rdn. 129 m.w.N.). Daran fehlt es hier.	27
II.	28
Einer fortgeschriebenen Jahresbilanz kann lediglich indizielle Bedeutung zukommen. Der vom Kläger fortgeschriebenen Jahresbilanz der Schuldnerin vom 31.12.1994 zum 28.02.1995 kommt vorliegend aber nicht einmal eine hinreichende Indizwirkung zu, weil das in ihr enthaltene Darlehen des Ehemannes der Beklagten zu entfernen ist, da es wegen des vereinbarten Rangrücktritts nicht zu passivieren war, und die im übrigen verbleibenden Bilanzposten eine Unterbilanz nicht einmal mit Wahrscheinlichkeit vermuten lassen.	29
1.	30
Auszugehen ist hier vom Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens, das zwar einen Rangrücktritt, aber keinen Forderungsverzicht enthält.	31
Dabei folgt der Eigenkapitalersatzcharakter des Darlehens gerade aus dem vereinbarten Rangrücktritt. Denn mit dieser Vereinbarung hat der Ehemann der Beklagten zu erkennen gegeben, daß der Gesellschaft die erforderlichen, als Darlehen gewährten Mittel, gerade für den Fall belassen werden sollen, daß diese ihr im Gesellschaftsvertrag festgelegtes Stammkapital nicht mehr hat oder überschuldet ist. Das Darlehen wird damit durch Vereinbarung mit der Gesellschaft haftendem Kapital gleichgestellt. Nach dem Inhalt der Vereinbarung geht es gerade um die Abwehr einer Überschuldung. In einem solchen Fall kann es, auch wenn Darlehen von nahen Angehörigen eines Gesellschafters nicht generell, sondern nur in bestimmten Fällen den Kapitalerhaltungsregeln unterliegen, keinen Unterschied machen, ob das Darlehen vom Gesellschafter selbst oder für diesen vom Ehegatten gewährt wird, weil nur dieser über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt.	32
Dagegen ist ein Forderungsverzicht für den maßgeblichen Eintragungszeitpunkt nicht erklärt, sondern allenfalls ein solcher für den Konkursfall. Das ist hier unerheblich.	33
2.	34
Ob ein solches eigenkapitalersetzendes Darlehen mit Rangrücktrittsvereinbarung, aber ohne Forderungsverzicht, in der Vorbelastungsbilanz als Passivposten zu berücksichtigen ist, ist im Schrifttum umstritten (bejahend z.B. Scholz/K. Schmidt, § 11 GmbHG Rdn. 129 und Baumbach/Hueck, § 41 GmbHG, Rdn. 44; a.A. z.B. Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rdn. 20). Der Senat schließt sich der ablehnenden Auffassung an. Der Zweck der Vorbelastungsbilanz gebietet es lediglich, daß im Zeitpunkt der Eintragung den Gläubigern haftendes Kapital in der Höhe zur Verfügung steht, wie es nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Insoweit ist den Interessen der Gläubiger aber Genüge getan, wenn der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellte Geldmittel vom Gläubiger im Falle der Unterbilanz wegen des Rangrücktritts nicht zurückgefordert werden können. Dabei kommt es nur auf den Eintragungszeitpunkt und nicht auf eine mögliche spätere Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung an. Der Zweck der Vorbelastungsbilanz spricht damit auch für eine Gleichbehandlung mit der Überschuldungsbilanz.	35

Dies deckt sich offensichtlich auch mit der neueren Auffassung des Bundesgerichtshofs. 36

In der Entscheidung BGH NJW 1994, 724 hatte er die Frage noch offengelassen, indem er ausführte, daß eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen "jedenfalls" bei Fehlen einer Rangrücktrittsvereinbarung in der Jahresbilanz der Gesellschaft als Verbindlichkeiten zu passivieren seien. Demgegenüber hat der BGH mit Urteil vom 08.01.2001 (NJW 2001, 1280) nunmehr für die Überschuldungsbilanz ausdrücklich entschieden, daß eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen dort nicht zu passivieren seien, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt habe, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung, bedürfe es nicht. In diesem Zusammenhang hat der BGH aber auch ausgeführt, daß sich nach allgemeiner Meinung "die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt ... erklärt hat" und daß dies "in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zur Vorbelastungs- und Jahresbilanz (BGHZ 124, 282 = NJW 1994, 724)" stehe. 37

Auch wenn sich dies nach Auffassung des erkennenden Senats aus der zitierten Entscheidung nicht ergibt und einige Stimmen im Schrifttum gerade zwischen der Überschuldungsbilanz und der Vorbelastungsbilanz insoweit differenzieren wollen (Scholz/K. Schmidt, a.a.O.; Baumbach/Hueck, a.a.O.), zeigt dies nach Ansicht des Senats doch, daß der BGH jedenfalls nunmehr von einer einheitlichen Handhabung der Überschuldungs- und der Vorbelastungsbilanz bei der Behandlung von eigenkapitalersetzenden Darlehen mit Rangrücktrittserklärung ausgeht. 38

3. 39

Der Kläger kann sich nicht auf die tatsächliche Passivierung des Darlehens in der Jahresbilanz berufen. Für die Frage der Unterbilanzhaftung ist es alleine ausschlaggebend, ob im Eintragungszeitpunkt tatsächlich eine Unterbilanz bestanden hat. Steht es wie hier fest, daß ein in der Bilanz ausgewiesenes Darlehen in Wahrheit nicht zu berücksichtigen ist, so kann die Beklagte dies erfolgreich geltend machen. 40

4. 41

Ohne das in Rede stehende Darlehen des Ehemannes der Beklagten läßt sich eine Unterbilanz per 17.03.1995 - auch in geringerer Höhe - nicht feststellen. Denn bereits die Jahresbilanz per 31.12.1994 weist ohne dieses Darlehen nur noch eine Unterbilanz von 4.842,00 DM aus. Zwar behauptet der Kläger, daß bis zum 28.02.1995 ein weiterer Verlust von 6.477,18 DM eingetreten sei (Bl. 34/35 GA). Aber es bleibt zum einen die zeitliche Lücke bis zum 17.03.1995 und zum anderen hat der Kläger keinen Vermögensstatus erstellt, sondern rechnet mit Buchwerten. Da außerdem noch die Gründungskosten aus der Vorbelastungsbilanz herauszurechnen sind, weil die Gründer hierfür nach Sinn und Zweck der Vorbelastungshaftung nicht einzutreten haben (vgl. Scholz/K. Schmidt, § 11 GmbHG, Rdn. 129 a.E.; Scholz/ Crezelius, Anhang § 42 a GmbHG, Rdn. 48; Baumbach/Hueck, § 11 GmbHG, Rdn. 59), deren Höhe der Eröffnungsbilanz zu entnehmen sein müßte, ist den vom Kläger vorgelegten Bilanzen angesichts der geringen Fehlbeträge in diesem Fall nicht einmal eine hinreichende Indizwirkung beizumessen. 42

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.