
Datum: 28.09.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 3/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0928.18U3.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 87 O 209/08
Schlagworte: Kapitalersatz; Insolvenz, Nachrangigkeit
Normen: GmbH § 32; InsO § 39; EulnsVO Art. 4

Leitsätze:

Die Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen gemäß §§ 32 a, 32 b GmbH a.F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. gehören zum deutschen Insolvenzrecht. Sie finden deshalb auch auf ein im Inland durchgeführtes Insolvenzverfahren einer Gesellschaft mit Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union Anwendung.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.12.2009 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch den Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Beklagte verpflichtet ist, Darlehensforderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin in einer Gesamthöhe von über 80 Mio. € zur Tabelle festzustellen.

Die Schuldnerin wurde im Jahre 2005 als Gesellschaft luxemburgischen Rechts (Société anonyme) gegründet. Ihren Satzungssitz hat sie in M./Luxemburg. Dort befand sich zunächst auch ihre Verwaltung. Die Schuldnerin ist als Holdinggesellschaft an einer Vielzahl von Gesellschaften in Deutschland beteiligt, die Post- und Logistikdienstleistungen erbringen (PIN-Group). Das Gesellschaftskapital beläuft sich auf 28.657.082,50 €; Hauptgesellschafterin der Schuldnerin mit einem Anteil von 63,7 % ist die Klägerin.

Im November 2007 hatte die Bundesregierung beschlossen, im Briefzustellbereich einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen. Dies nahm die Schuldnerin Anfang Dezember 2007 zum Anlass, die Unternehmensberatungsgesellschaft S. C. mit der Prüfung der Frage zu beauftragen, welche Folgerungen sich hieraus für sie ergeben würden. Die Beratungsgesellschaft kam zu dem Ergebnis, dass eine erfolgsversprechende Fortführung des Unternehmens weitere Investitionen in einer Größenordnung von 320 Mio. € erfordere (Anlagen KE 17, KE 9, S. 8). Die Klägerin war nicht bereit, diese Mittel aufzubringen, was den damaligen delegierten Verwaltungsrat (CEO) der Schuldnerin zum Rücktritt veranlasste. Die Gesellschafter der Schuldnerin bestellten daraufhin Rechtsanwalt Q. und Herrn A. zu neuen delegierten Verwaltungsräten und übertrugen diesen die Geschäftsführung. Diese wurde fortan aus den Kölner Büroräumen der Unternehmensberatung A. & Partner heraus ausgeübt. Am 25.01.2008 stellte die Schuldnerin Insolvenzantrag beim Amtsgericht Köln. Dieser führte durch Beschluss vom 15.02.2008 (73 IE 1/08) zur Insolvenzeröffnung und Bestellung des Beklagten zum Insolvenzverwalter; zwischenzeitlich wurde darüber hinaus in Luxemburg ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet.

Die Klägerin hat der Schuldnerin in der Zeit zwischen März 2007 und dem 13.12.2007 Darlehen in Höhe von insgesamt 79.020.000 € gewährt, wegen der Einzelheiten wird auf die als Anlagen K 6 – K 13 vorgelegten Darlehensverträge Bezug genommen. Während das erste Darlehen über 15 Mio. € unbefristet war, waren alle weiteren Darlehen bis zum 31.12.2007 befristet. Eine Rückzahlung erfolgte zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht, vielmehr vereinbarten die Klägerin und die Schuldnerin am 28.12.2007/09.01.2008 die Stundung der Rückzahlung bis zum 15.01.2008 (Anlage K 15). Darüber hinaus wurde folgende Vereinbarung getroffen:

"Die Stundung endet, falls die Schuldnerin vor dem 15.01.2008 Insolvenzantrag stellt."

Mit Vereinbarung vom 15.01.2008 wurde die Stundung unter Einbeziehung eines entsprechenden Vorbehalts durch Vereinbarung vom 15.01.2008 bis zum 31.01.2008 verlängert (Anlage K 16).

Am 22.04.2008 hat die Klägerin gegenüber dem Beklagten die aus vorstehenden Darlehen resultierenden Rückzahlungs- und Zinsansprüche in einer Gesamthöhe von 81.449.048,97 €

angemeldet (Anlage K 1). Der Beklagte hat die Forderungen nicht zur Tabelle festgestellt, sondern in voller Höhe bestritten, weil sie als kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen nur nachrangig zu befriedigen seien (Anlage KE 22).

Die Klägerin ist der Auffassung, dass ihre Darlehensrückzahlungsansprüche nicht nachrangig seien, weil auf die Schuldnerin als Gesellschaft luxemburgischen Rechts die deutschen Regelungen über das Kapitalersatzrecht keine Anwendung fänden. Diese seien gesellschaftsrechtlicher und nicht insolvenzrechtlicher Natur. Die Darlehen hätten aber auch keinen eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt, weil die Schuldnerin zu keinem Zeitpunkt kreditunwürdig gewesen sei. Die bestehenden, nicht voll ausgeschöpften Kreditlinien hätten bis zuletzt fortbestanden. 10

Der Beklagte meint dagegen, dass die Klägerin gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur nachrangige Befriedigung verlangen könne. Die deutschen Kapitalersatzregeln seien insolvenzrechtlicher Natur und deshalb im inländischen Insolvenzverfahren anwendbar. 11

Das Landgericht ist der Rechtsauffassung des Beklagten gefolgt und hat die Klage dementsprechend abgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, dass § 32a GmbHG eine insolvenzrechtliche und nicht eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung sei, die auch auf Auslandsgesellschaften anzuwenden sei. Die Darlehen seien der Schuldnerin sämtlich entweder in einer Krise gewährt oder jedenfalls stehen gelassen worden. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivortrags, der gestellten Anträge sowie der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil vom 04.12.2009 Bezug genommen. 12

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie vertritt weiterhin die Auffassung, dass das Eigenkapitalersatzrecht nicht zum Insolvenzrecht, sondern zum Gesellschaftsrecht gehöre und deswegen auf Auslandsgesellschaften wie die Schuldnerin keine Anwendung finde. Im Übrigen sei das Landgericht aber auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Darlehen der Schuldnerin in einer Krise gewährt oder nicht von ihr abgezogen worden seien. Im Übrigen sei unberücksichtigt geblieben, dass es sich bei der Prolongation der Darlehen Ende 2007/Anfang 2008 um eine kurzfristige Überbrückung gehandelt habe. 13

Die Klägerin beantragt, 14

das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.12.2009 (87 O 209/08) dahin abzuändern, dass der Beklagte verurteilt wird, ihre Insolvenzforderungen in Höhe von 15.921.086,75 € (laufende Nummer 6), 2.480.207,21 € (laufende Nummer 7), 7.845.122,84 € (laufende Nummer 8), 10.237.530,05 € (laufende Nummer 9), 30.617.590,16 € (laufende Nummer 10), 5.102.931,69 € (laufende Nummer 11), 5.134.598,36 € (laufende Nummer 12), 224.924,38 € (laufende Nummer 13) und 3.885.057,53 € (laufende Nummer 14) zur Insolvenztabelle festzustellen. 15

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

II. 18

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet, denn das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil die Darlehensforderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin nachrangig sind. 19

1. Die Nachrangigkeit kapitaleretzender Gesellschafterforderungen ergibt sich sowohl aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. als auch aus § 32a GmbHG a. F. Bei beiden Bestimmungen handelt es sich ungeachtet ihres jeweiligen Standortes materiell um Regelungen des deutschen Insolvenzrechts, das auf die Schuldnerin Anwendung findet.

a) Das für die Schuldnerin maßgebliche Insolvenzstatut ist das deutsche Recht. Dies ergibt sich aus Art. 4 EuInsVO, denn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde von einem deutschen Gericht eröffnet. Dessen Zuständigkeit für die Schuldnerin als Gesellschaft luxemburgischen Rechts ergab sich aus Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, weil diese seit der Übertragung der Geschäftsführung auf die Herren Q. und A. den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen (center of main interressets –COMI) in L. hatte; auf die entsprechenden Ausführungen des Amtsgerichts Köln in seinem Beschluss vom 19.02.2008 (vgl. Anlage KE 2) wird Bezug genommen.

21

Das Gesellschaftsstatut der Schuldnerin richtet sich dagegen nach dem Gründungsstatut, also nach luxemburgischen Recht. Es ist infolge der Entscheidungen des EuGH (NJW 2003, 3331) im Fall "Inspire Art" inzwischen Konsens in Deutschland, dass sich das Gesellschaftsstatut - jedenfalls solcher Gesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union gegründet wurden - nicht nach dem Sitz, sondern nach dem Gründungsort richtet, weil nur so die europarechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit gewahrt werden kann (vgl. Thorn, in: Palandt, 69. Aufl., 2010, Anh Art. 12 Rn 6 ff. m. w. N.).

22

b) Die Frage der Qualifikation der Regelungen über die Nachrangigkeit kapitaleretzender Gesellschafterdarlehen, die sich bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und der Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 in den §§ 32a, 32b GmbHG, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO befanden und seitdem in §§ 39, 135 InsO finden, ist seit geraumer Zeit im Schrifttum umstritten; ober- oder höchstrichterliche Entscheidungen liegen hierzu bislang nicht vor.

23

aa) Das Amtsgericht Hamburg (IPRax 2010, 253, dazu Behrens, IPRax 2010, 230 ff.) hat für das neue ab November 2008 geltende Recht entschieden, dass es sich bei dem Kapitalersatzrecht um Insolvenzrecht handelt, weil diese Bestimmungen nunmehr in der Insolvenzordnung stehen. Diese Begründung ist jedoch nicht tragfähig, denn schon zum früheren Recht bestand Einigkeit darüber, dass die Qualifikation einer Norm nicht entscheidend von dem Gesetz abhängt, in dem sie steht; maßgeblich ist vielmehr der materielle Gehalt der Bestimmung. Deshalb bleibt etwa § 84 GmbHG eine strafrechtliche Bestimmung, obwohl sie in einem gesellschaftsrechtlichen Gesetz steht (vgl. Behrens, IPRax 2010, 230, 231; Goette, ZIP 2006, 541, 546). Es wäre auch nicht einleuchtend, eine Norm mit identischem Regelungsgehalt anders zu qualifizieren, nur weil der Gesetzgeber sie in ein anderes Gesetz "verschoben" hat.

24

Der BGH hat die von ihm entwickelten Rechtsprechungsregeln dem Gesellschaftsstatut zugeordnet (BGH NJW 2001, 3123). Demgegenüber wurden die Novellenregelungen der §§ 32a, 32b GmbHG aber eher insolvenzrechtlich verstanden: ("konkurs- und anfechtungsrechtrechtliche Lösung der Novelle"). In diesem Sinne versteht der Senat auch eine Stellungnahme von Goette, wonach zwischen den Rechtsprechungsregeln und den Novellenregeln durchaus Unterschiede bestehen, die eine unterschiedliche Qualifikation rechtfertigen könnten (ZIP 2006, 541, 546).

25

bb) Ein Teil des Schrifttums (vgl. auch noch Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006 §§ 32a, 32b Rn 8; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Art. 4 EuInsVO Rn 45; Haß/Herweg, in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 2005, Art. 4 Rn 41; Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003,

26

409, 411 f.; Borges ZIP 2004, 733, 743) versteht das Kapitalerhaltungsrecht als Gesellschaftsrecht. Das wesentliche Argument hierfür ist, dass Anknüpfungspunkt die sich aus der Gesellschafterstellung ergebende Finanzierungsverantwortung sei (Müller, NZG 2003, 415, 417; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3589; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 349; Behrens, IPrax 2010, 230, 231).

cc) Nach anderer Auffassung (vgl. auch noch Stodolkowitz/Bergmann, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl., 2008, § 135 Rn 5; Huber, in: Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 131, 172 ff.; Haas, NZI 2002, 457, 466) handelt es sich dagegen bei den Regelungen über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz um Insolvenzrecht. Anders als die Rechtsprechungsregeln knüpften die §§ 32a, 32b GmbHG nicht an eine bestimmte Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft an und seien deshalb rechtsformunabhängig (Fischer, ZIP 2004, 1476, 1480). Das Kapitalersatzrecht der Novellenregeln werde auch – anders als die Rechtsprechungsregeln – erst und ausschließlich in der Insolvenz bedeutsam (Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207). Außerdem gehe es beim Eigenkapitalersatzrecht nur um die Bestimmung des Rangs in der Insolvenz und dafür sehe Art. 4 Abs. 2 lit. i) EuInsVO gerade die Geltung des Insolvenzstatuts vor (Paulus, ZIP 2002, 729, 734). 27

dd) Die insolvenzrechtliche Qualifikation der Bestimmungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen entspricht auch der Auffassung, von der der Gesetzgeber des MoMiG ausgegangen ist: 28

"Die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen werden in das Insolvenzrecht verlagert, 29
sie systematisch hingehören." (BT-Drs. 16/6140, S. 101)

ee) Der Senat teilt diese Ansicht – und zwar auch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des MoMiG. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F. ist – ebenso wie § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. – schon wegen der darin angeordneten Rechtsfolge der Nachrangigkeit von (kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen im Insolvenzrecht. Es handelt sich hierbei um eine ureigene insolvenzrechtliche Materie, deren rechtliche Charakterisierung durch die Anknüpfung einzelner tatbestandlicher Voraussetzungen an Normen und Erkenntnisse des Gesellschaftsrechts nicht beeinflusst wird. 30

Gleiches ergibt sich aus Art. 4 Abs. 2 lit. i) EuInsVO, in dem ausdrücklich geregelt wird, dass u. a. für den Rang der Forderungen das Recht des Insolvenzstaates maßgeblich ist. Dasselbe gilt aber auch für das Kapitalersatzrecht der §§ 32a, 32b GmbHG a. F. Sowohl § 32a GmbHG als auch § 32b GmbHG kommen überhaupt nur in der Insolvenz der Gesellschaft zum Tragen, nicht dagegen im Vorfeld einer Insolvenz und auch nicht, wenn eine Insolvenzeröffnung mangels Masse unterbleibt. Aus den Regelungen ergibt sich auch nicht etwa eine Verpflichtung, die Gesellschaft mit einem bestimmten Mindestkapital auszustatten. Es bleibt den Gesellschaftern vielmehr unbenommen, eine materiell unterkapitalisierte Gesellschaft zu gründen und fortzuführen. 31

Des Weiteren sind die Kapitalersatzregeln rechtsformunabhängig. Gesetzliche Regelungen gab es in §§ 32a, 32b GmbHG für die GmbH und in § 129a HGB für Personenhandelsgesellschaften. Entsprechende Anwendung fanden diese Bestimmungen aber auch auf die AG (BGH NZG 2005, 712, 713; 2010, 905). 32

Die Regelungen knüpfen auch nicht an eine bestimmte – rechtsformspezifische - Mindestkapitalausstattung an, sondern an die Diskrepanz zwischen Kapitalbedarf und der Möglichkeit der Kapitalbeschaffung auf dem Kapitalmarkt ausgedrückt durch den nicht 33

gesellschaftsrechtlich belegten Begriff der Krise. Die Krise, die nichts anderes ist als die Gefahr einer Insolvenz, soll nicht durch die Zurverfügungstellung von Fremdkapital künstlich verlängert werden, was für Drittgläubiger die Gefahr mit sich bringt, im Falle einer späteren Insolvenz mit ihren Forderungen jedenfalls in einem höheren Maße auszufallen als bei einer früheren Insolvenzantragstellung. Die Fortführung einer krisenbetroffenen Gesellschaft ist für die anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr mit besonderen Risiken verbunden, denn im Zweifel steigt mit zunehmender Dauer der Krise die Zahl der Gesellschaftsgläubiger, während das Gesellschaftsvermögen abnimmt, sodass die Insolvenzquote entsprechend sinkt. Die Anknüpfung an die Krisensituation der Gesellschaft wird auch dadurch deutlich, dass mit Überwindung der Krise die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln entfällt, selbst wenn es dann später doch noch – aufgrund einer neuen Krise – zu einer Insolvenz der Gesellschaft kommt. Auch das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG a. F. bzw. § 39 Abs. 4 S. 2 InsO n. F. unterstreicht die spezifisch insolvenzrechtliche Bedeutung dieser Norm. Hierdurch soll eine Sanierung zur Vermeidung einer Insolvenz erleichtert werden.

Schutzzweck der Regelung ist schließlich nicht die Erhaltung des Kapitals der Gesellschaft, damit diese damit arbeiten kann, sondern die Erhaltung einer möglichst umfangreichen Insolvenzmasse für die Fremdgäubiger der Gesellschaft. Regelungen, die der Erhaltung und Mehrung der Insolvenzmasse dienen, sind aber spezifisch insolvenzrechtlicher Natur wie sich aus Art. 4 Abs. 2 lit. i) und m) EulnsVO ergibt. 34

ff) Die Anwendung deutschen Kapitalersatzrechts auf Auslandsgesellschaften verstößt entgegen der von der Klägerin im Anschluss an entsprechende Stellungnahmen im Schrifttum (z. B. Borges, ZIP 2004, 733, 743; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 349) auch nicht gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Geht man nämlich von der insolvenzrechtlichen Qualifikation der Kapitalersatzregeln aus, ergibt sich deren Anwendung auf ausländische Gesellschaften im Rahmen einer Inlandsinsolvenz ohne Weiteres bereits aus europäischem Recht (Art. 4 EulnsVO). Die Frage, ob diese Qualifikation zutreffend ist, betrifft aber nicht die Niederlassungsfreiheit. Diese kann deshalb auch kein Grund dafür sein, die Frage der gesellschafts- oder insolvenzrechtlichen Qualifikation abweichend zu beurteilen. 35

2. Die der Schuldnerin von der Klägerin zur Verfügung gestellten Darlehen erfüllen auch die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzes i. S. der §§ 32a GmbHG a. F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F., die auf die Insolvenz der Schuldnerin gem. § 106d EGIInsO Anwendung finden. Dies gilt jedenfalls für die Zeit ab dem 01.01.2008, sodass es nicht darauf ankommt, ob diese Darlehen der Schuldnerin bereits in einer Krisensituation zur Verfügung gestellt worden sind. 36

a) Die Darlehen waren nach der vertraglichen Vereinbarung sämtlich zum Ende des Jahres 2007 fällig bzw. hätten durch Kündigung fällig gestellt werden können. Es ist offensichtlich, dass die Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) in der Lage gewesen wäre, die Darlehen zurückzuführen. Über eigenes liquides Vermögen in dieser Größenordnung verfügte sie nicht. Es kann aus folgenden Gründen auch als ausgeschlossen angesehen werden, dass die Schuldnerin in der Lage gewesen wäre, sich das zur Rückzahlung der Darlehen erforderliche Kapital zu marktüblichen Konditionen auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen: 37

- Die Schuldnerin war überschuldet. Der Insolvenzverwalter kommt in seinem Bericht für die Gläubigerversammlung vom 23.05.2008 (Anlage K 26) per 03.03.2008 zu einem Fortführungswert des Unternehmens in Höhe von ca. 81 Mio. € (Anlage 3, S. 53), dem Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern in Höhe von ca. 84 Mio. € und gegenüber 38

Gesellschaftern in Höhe von über 113 Mio. € gegenüberstehen (Anlage 3 S. 54f.). Dafür, dass die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin drei Monate davor wesentlich anders gewesen sein könnte, bestehen keine Anhaltspunkte; angesichts des Umfangs allein der Gesellschafterdarlehen erscheint dies auch fernliegend.

- Eine Rückführung der Darlehen der Schuldnerin gegenüber der Klägerin durch Aufnahme 39 entsprechender Darlehen auf dem Kapitalmarkt hätte bedeutet, dass zusätzlich zu dem von der Unternehmensberatung Roland Berger ermittelten Kapitalbedarf von 320 Mio. € ein weiterer Kapitalbedarf von ca. 80 Mio. € entstanden wäre, sodass insgesamt 400 Mio. € zu finanzieren gewesen wären. Auf dem Kapitalmarkt wäre ein solche Betrag bei der Situation der Schuldnerin, die bislang nur hohe Verluste erwirtschaftet hatte und deren Geschäftsmodell wegen der Einführung des Mindestlohns mit zusätzlichen Risiken behaftet war, allenfalls gegen Stellung entsprechend werthaltiger Sicherheiten zu erlangen gewesen. Über derartige Sicherheiten verfügte die Schuldnerin aber nicht.
- Dementsprechend hatten die Gesellschafter auch bereits hinsichtlich des erforderlichen 40 weiteren Kapitals von 320 Mio. € nur eine Finanzierung durch weitere Darlehen der Klägerin, die dazu allerdings nicht bereit war, nicht aber über den Kapitalmarkt in Erwägung gezogen (vgl. Anlagen KE 20, 21).
- Für die krisenhafte Zuspitzung der Situation spricht auch der Umstand, dass die 41 Geschäftsführung der Schuldnerin im Dezember 2007 ausgewechselt wurde. Mit Rechtsanwalt Q. trat gerade ein ausgewiesener Sanierungs- und Insolvenzrechtsexperte in die Geschäftsführung ein.
- Schließlich stand der Klägerin das hohe Insolvenzrisiko der Schuldnerin Ende 2007 auch 42 klar vor Augen. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, dass in die jeweils nur vierzehntägige Stundung der Vorbehalt aufgenommen wurde, dass die Stundung unwirksam wird, wenn vor Ablauf der Frist Insolvenz angemeldet wird. Dies zeigt, dass auch die Klägerin ernsthaft mit einer kurzfristigen – innerhalb von Tagen – Insolvenzanmeldung gerechnet hat.

b) Entgegen der von der Klägerin zuletzt noch vertretenen Auffassung kann auch nicht davon 43 ausgegangen werden, dass die Eigenkapitalersatzregeln deshalb keine Anwendung finden, weil es sich beim Stehenlassen der Darlehen Anfang 2008 um eine kurzfristige Überbrückungsfinanzierung gehandelt habe. Das war nämlich nicht der Fall. Von einer kurzfristigen Überbrückungsfinanzierung, auf die die Eigenkapitalersatzregeln keine Anwendung finden, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur ganz ausnahmsweise auszugehen. Voraussetzung dafür ist, dass das Kapital für nicht länger als drei Wochen zur Verfügung gestellt wird und objektiv mit der Rückführung gerechnet werden kann (BGH NZG 2010, 905 Rn 17 m. w. N.). Beides ist hier aber nicht der Fall gewesen. Die Stundung der Rückzahlung betrug insgesamt mehr als drei Wochen. Vor allem aber konnte zu keinem Zeitpunkt objektiv davon ausgegangen werden, dass nach Ablauf der Stundung eine Rückzahlung erfolgen würde. Wie bereits dargestellt war die Schuldnerin nicht in der Lage, sich auf dem Kapitalmarkt zu marktüblichen Bedingungen entsprechendes Kapital zu beschaffen. Es konnte auch bei Stundung der Darlehen nicht davon ausgegangen werden, dass kurzfristig ein anderer Investor – die Rede ist von dem Konkurrenten TNT – eingesprungen wäre. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich nicht ansatzweise, dass die Verhandlungen über eine Beteiligung eines weiteren Investors bereits so weit gediehen waren, dass kurzfristig mit einem Abschluss zu rechnen war. Bei dem hier in Rede stehenden Investitionsbedarf der Schuldnerin einerseits und der infolge des Beschlusses der Bundesregierung zum Mindestlohn deutlich verschlechterten wirtschaftlichen Perspektive der Schuldnerin andererseits, war mit einer Beteiligung allenfalls nach einer sehr sorgfältigen

Prüfung aller Faktoren zu rechnen. Eine solche Prüfung war aber nicht kurzfristig, innerhalb weniger Wochen abzuschließen. Im Übrigen war auch für den Fall der Beteiligung eines neuen Gesellschafters keineswegs gesichert, dass dieser nicht nur das für die zukünftigen Investitionen erforderliche Kapital zur Verfügung stellen würde, sondern darüber hinaus auch noch dasjenige, was zur Ablösung bestehender Gesellschafterdarlehen benötigt wurde. Es ist nicht erkennbar, dass ein neuer Gesellschafter auch dieses Kreditrisiko von der Klägerin noch übernommen hätte.

3. Ein Anspruch auf Feststellung der Forderungen als nachrangige Forderungen besteht
zumindest so lange nicht, wie es noch nicht zu einer Aufforderung des Gerichts zur
Anmeldung nachrangiger Forderungen gekommen ist (§ 174 Abs. 3 InsO). 44

III. 45

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 46

IV. 47

Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist,
liegen vor. Die im Schrifttum umstrittene Frage der gesellschafts- oder insolvenzrechtlichen
Qualifikation der Eigenkapitalersatzregeln ist weder für das frühere Recht noch für das neue
Recht bislang höchstrichterlich geklärt. Ein Klärungsbedarf besteht aber für eine Vielzahl von
Fällen, weil aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Fortgeltung
des Gründungsstatuts bei Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union zunehmend in
Deutschland mit Insolvenzverfahren gegen Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform
gerechnet werden muss. 48

V. 49

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 8,7 Mio. €. 50