Kopie an Mdt.: Stellungn.
WV:
EINGEGANGEN
23. Dez. 2011
Brodski und Lehner
Rechtsanwälte

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 6/11

vom

15. November 2011

in dem Rechtsstreit

[redacted]

Beklagter und Beschwerdeführer,

- Prozessbevollmächtigte: [redacted]

gegen

[redacted]

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozessbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte Brodski und Lehner, Leopoldstraße 50, München -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird abgelehnt.

Gründe:

1 Der Antrag ist abzulehnen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 ZPO).

I.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, [redacted] (im Folgenden: Klägerin), war Gesellschafterin der Schuldnerin, einer GmbH, und gewährte dieser am 13./20. Juli 2000 ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 1,5 Mio. DM. Gleichzeitig erklärte sie sich bereit, der Schuldnerin bei erkennba-

rer Notwendigkeit weitere 1,5 Mio. DM zur Verfügung zu stellen. Am 22./23. Januar 2002 veräußerte die Klägerin ihre Geschäftsanteile an der Schuldnerin an ihre Mitgesellschafter, wobei sie sich verpflichtete, der Schuldnerin die weiteren Darlehensmittel in Höhe von 766.937,82 € innerhalb von zwei Bankarbeitstagen zu zahlen. Die Klägerin und die Erwerber erklärten bezüglich der Darlehensmittel einen bis 31. Dezember 2005 befristeten Rangrücktritt. Das Darlehen sollte in Raten von 500.000 DM zum 31. Dezember 2003, in Höhe von 1.000.000 DM zum 31. Dezember 2004 und in Höhe von 1.500.000 DM zum 31. Dezember 2005 getilgt werden; die beiden ersten Raten sollten nur fällig werden, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft eine Tilgung zuließ. Spätestens zum 31. Dezember 2005 sollte die Klägerin die Rückzahlung des gesamten ausstehenden Betrags verlangen können. Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Schuldnerin Rückzahlung des Darlehens.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil das Darlehen eigenkapitalersetzend sei. Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 darauf hingewiesen, dass die frühere Rechtsprechung zu den eigenkapitalersetzenden Darlehen auf Altfälle keine Anwendung mehr finde, hat den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den „heute aufgeworfenen Rechtsfragen" bis 8. November 2010 Stellung zu nehmen, und hat Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 22. November 2010 bestimmt. Am 4. November 2010 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Am 8. November 2010 hat das Berufungsgericht beschlossen, dass das Verfahren unterbrochen sei, den Verkündungstermin aber nach § 249 Abs. 3 ZPO aufrechterhalten. Mit seinem am 22. November 2010 verkündeten Urteil, in dem der Beklagte als Insolvenzverwalter der Schuldnerin als Partei bezeichnet ist, hat das Berufungs-

gericht (OLG München, ZIP 2011, 225) das Urteil des Landgerichts abgeändert und „die Beklagte" zur Zahlung von 1.533.875,60 € nebst Zinsen verurteilt. Dagegen hat der Beklagte Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und innerhalb der Begründungsfrist Prozesskostenhilfe beantragt.

II.

4 Die beabsichtigte Rechtsverfolgung hat im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg.

5 1. Zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe muss die Rechtsverfolgung auch im materiellen Ergebnis Erfolgsaussichten haben. Prozesskostenhilfe ist dem Rechtsmittelführer nicht zu bewilligen, wenn die angefochtene Entscheidung formell keinen Bestand haben kann, das materielle Ergebnis sich nach einer Zurückverweisung jedoch voraussichtlich nicht ändern wird. Der Zweck der Prozesskostenhilfe, dem Unbemittelten weitgehend gleichen Zugang zu Gericht wie dem Bemittelten zu gewähren, gebietet lediglich, ihn einem solchen Bemittelten gleichzustellen, der seine Prozessaussichten vernünftig abwägt und dabei auch das Kostenrisiko berücksichtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2006 - IX ZB 107/05, AnwBl 2007, 94; Beschluss vom 27. Juni 2003 - IXa ZB 21/03, NJW-RR 2003, 1648; Beschluss vom 14. Dezember 1993 - VI ZR 235/92, NJW 1994, 1160). Das gilt auch für die Aufhebung eines Urteils, das trotz Unterbrechung des Verfahrens infolge Insolvenzeröffnung erlassen wurde.

6 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat zwar Aussicht auf Erfolg. Die Revision wäre zuzulassen, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

7 a) Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, wenn ein absoluter Revisionsgrund nach § 547 Nr. 1 bis 4 ZPO geltend gemacht wird und vorliegt (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2007 - X ZR 20/05, BGHZ 172, 250 Rn. 8). Das während einer Unterbrechung des Verfahrens aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei erlassene Berufungsurteil ist zuungunsten einer Partei ergangen, die nicht nach der Vorschrift des Gesetzes vertreten war; ein solcher Verfahrensfehler begründet den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 4 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2009 - XI ZR 519/07, ZIP 2009, 1027 Rn. 11 m.w.N.).

8 Das am 22. Dezember 2010 verkündete Berufungsurteil hätte wegen der nach der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 eingetretenen Unterbrechung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 4. November 2010 nicht ergehen dürfen. Nach § 249 Abs. 3 ZPO wird die Verkündung der aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu erlassenden Entscheidung durch die nach dem Schluss dieser mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung grundsätzlich nicht gehindert. Die Verkündung ist aber unzulässig, wenn die Unterbrechung zwar nach dem Schluss einer mündlichen Verhandlung, aber vor Ende einer Schriftsatzfrist, die einer Partei bewilligt war, eingetreten ist. Infolge der Insolvenzeröffnung ist eine Partei nicht mehr handlungsfähig, so dass eine Schriftsatzfrist infolge der Unterbrechung nicht mehr ablaufen kann (MünchKommZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 249 Rn. 23; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 249 Rn. 8). Eine solche Schriftsatzfrist wurde den Parteien vom Be-

rufungsgericht bewilligt. Ihnen wurde bis 8. November 2010 Gelegenheit gegeben, zu den im Termin aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Darauf, ob sich die Parteien nur zu Rechtsfragen äußern sollten oder ob Rechtsausführungen zu einem Schriftsatzrecht für den Gegner führen (so MünchKommZPO/Prütting, 3. Aufl., § 283 Rn. 9 m.w.N.; aA Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 283 Rn. 2a), kommt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an. Wenn eine Partei Gelegenheit erhält, zu einem bisher nicht beachteten rechtlichen Gesichtspunkt Stellung zu nehmen (§ 139 Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 ZPO), kann sie auf den Hinweis auch mit der Ergänzung von Tatsachenvortrag oder Beweisantritt reagieren (BGH, Beschluss vom 4. Mai 2011 - XII ZR 86/10, NJW-RR 2011, 1009 Rn. 12; Urteil vom 21. Dezember 2004 - XI ZR 17/03, BGHReport 2005, 671 m.w.N.).

9 b) Nach Zulassung der Revision wäre das Berufungsurteil, um die Unterbrechungswirkung herzustellen, aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2009 - XI ZR 519/07, ZIP 2009, 1027 Rn. 14 m.w.N.).

10 3. Die Rechtsverfolgung hat im materiellen Endergebnis aber keine Aussicht auf Erfolg. Der Klägerin stand eine Darlehensrückzahlungsforderung in Höhe von 1.533.875,60 € nebst Zinsen zu, die nach Insolvenzeröffnung auch zur Tabelle festzustellen ist, selbst wenn das Darlehen eigenkapitalersetzend war.

11 a) Die Forderung der Klägerin auf Rückzahlung ihres Darlehens war durchsetzbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führte ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu einer Sperre für die Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs im Sinn einer Stundung (vgl. BGH, Urteil vom

8. November 2004 - II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 84). Da die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG) (BGBl. I S. 2026) am 1. November 2008 aufgehoben wurden (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG), konnten die Gesellschafter und erst recht gesellschaftsfremde Dritte wie die Klägerin, die keine Gesellschafterin mehr war, die Rückzahlung ihrer eigenkapitalersetzenden Darlehen ab diesem Zeitpunkt durchsetzen.

12 b) Der Klägerin stehen auch die Zinsen zu. Rückstände auf Zinsen können geltend gemacht werden, wenn die Bindung eines Darlehens als Eigenkapitalersatz entfällt (BGH, Urteil vom 8. November 2004 - II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 84; Urteil vom 15. Februar 1996 - IX ZR 245/94, ZIP 1996, 538, 540). Da die Bindung mit Inkrafttreten des MoMiG entfiel, konnten auch die Zinsen aus der Vergangenheit geltend gemacht werden.

13 c) Der Beklagte könnte nach Fortsetzung des Rechtsstreits auch nicht erfolgreich einwenden, dass die Forderung der Klägerin nach § 174 Abs. 3 Satz 1, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wegen eines Nachrangs nicht zur Tabelle festzustellen ist. Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit der Beklagte den Nachrang nach Aufnahme des Verfahrens geltend machen kann. Die Forderung ist nicht als nachrangig zu behandeln, da die Klägerin früher als ein Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus der Schuldnerin ausgeschieden ist.

14 Der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters ist im Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig zu behandeln, wenn er im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag

ausgeschieden ist. Die Nachrangigkeit beurteilt sich nach § 39 InsO in der Fassung des MoMiG, weil das Insolvenzverfahren nach dem 1. November 2008 eröffnet wurde (Art. 103d Satz 1 EGInsO; vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, ZIP 2011, 575 Rn. 8).

15 In der Literatur besteht im Ergebnis Einigkeit, dass ein Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht unabhängig vom Zeitpunkt des Ausscheidens als nachrangig anzusehen ist und insoweit § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO entsprechend anwendbar ist. Dabei kann dahinstehen, ob eine nach § 39 Abs.1 Nr. 5 InsO nachrangige Forderung beim Ausscheiden des Gläubigers aus der Gesellschaft den Nachrang behält. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist in diesem Fall entsprechend anzuwenden, entweder weil der Wechsel in der Gesellschafterstellung insoweit einer Befriedigung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gleichsteht (Habersack in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 5.27; Habersack/Ulmer, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 46; Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 39 Rn. 46) oder weil ein zeitlich unbegrenzter Nachrang gegenüber einer Person, die die persönlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, nicht zu rechtfertigen ist (Gehrlein, BB 2008, 846, 850; Goette/Kleindiek, Gesellschafterfinanzierung nach MoMiG, 6. Aufl., Rn. 241; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Anh. § 64 Rn. 119; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rn. 21; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 30 Anh. Rn. 29; Thiessen in Bork/Schäfer, GmbHG, Anh. zu § 30 Rn. 31; Hk-GmbHG/Kolmann, Anh. § 30 Rn. 78; i.E. auch Haas, ZInsO 2007, 617, 626; Altmeppen, NJW 2008, 3601, 3603). Da im Gegensatz zum früheren Recht dem Beginn und dem Ende der Krise keine begrenzende Funktion mehr zukommt und das MoMiG statt dessen in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf ein zeitli-

ches Konzept umgestellt hat, ist dies auch auf die persönlichen Voraussetzungen für die Nachrangigkeit zu übertragen. Dem Altgesellschafter kann es nicht zum Nachteil gereichen, dass er trotz des Ausscheidens aus der Gesellschaft das Darlehen belassen und nicht zurückgefordert hat. Nachrangig ist die Forderung danach nur, wenn der Gläubiger innerhalb der Anfechtungsfrist Gesellschafter war.

16 Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dahin verstanden wird, dass bereits nach dem Wegfall der Gesellschafterstellung kein Gesellschafterdarlehen mehr vorliegt. Zum Schutz vor einer Umgehung der Regel von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO durch einen kurzfristigen Gesellschafterwechsel soll dann der ausgeschiedene Gesellschafter noch für eine zeitlich begrenzte Frist der Subordination unterworfen werden, wozu die Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO herangezogen wird (so HambKomm/Lüdtke, 3. Aufl., § 39 InsO Rn. 32).

17 Die Klägerin hat ihren Geschäftsanteil am 22./23. Januar 2002 und damit weit früher als ein Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom 15. Oktober 2010 abgetreten. Selbst wenn wegen einer bis zum Inkrafttreten des MoMiG fortbestehenden Verstrickung des Darlehens der 1. November 2008 der maßgebende Zeitpunkt wäre, läge er früher als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag.

18 Ein Nachrang aufgrund einer Rangvereinbarung (§ 39 Abs. 2 InsO) bestand nicht. Der Rangrücktritt war bis 31. Dezember 2005 befristet.

19 d) Auf die Frage, ob der Geschäftsführer die Zahlung an die Klägerin seit Inkrafttreten des MoMiG nach § 64 Satz 3 GmbHG verweigern durfte, kommt es

nach Insolvenzeröffnung nicht mehr an. Im Übrigen war die Klägerin nicht mehr Gesellschafterin und wurde daher von der Vorschrift nicht erfasst.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 18.09.2007 - 9 HKO 23317/06 -
OLG München, Entscheidung vom 22.12.2010 - 7 U 4960/07 -

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Mandant hat Abschrift

Vollstreckbare Ausfertigung

Aktenzeichen: 7 U 4960/07

9 HKO 23317/06 LG München I

Verkündet am 22. Dezember 2010

Die Urkundsbeamtin:

[redacted]

Justizangestellte

EINGEGANGEN
19. Jan. 2011
Brodski und Lehner
Rechtsanwälte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[redacted]

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Brodski und Lehner,
Leopoldstr. 50, 80802 München

gegen

[redacted]

wegen Forderung

erlässt der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Kainz, die Richterin am Oberlandesgericht Neumair und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Frank aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 folgendes

Endurteil:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 18. September 2007 dahingehend abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird,

an die Klägerin 1.533.875,60 € zu zahlen

sowie Zinsen aus 766.937,82 € gemäß folgender Zinsstaffel,

vom 26. Juli 2000 bis zum 25. Juli 2001 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2000 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2001 bis zum 25. Juli 2002 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2001 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2002 bis zum 25. Juli 2003 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2002 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2003 bis zum 25. Juli 2004 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2003 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2004 bis zum 25. Juli 2005 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2005 bis zum 25. Juli 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2005 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2006 bis zum 25. Juli 2007 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2006 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

und weitere Zinsen aus 766.937,82 € gemäß folgender Zinsstaffel,

vom 27. Januar 2002 bis zum 26. Januar 2003 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2002 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 27. Januar 2003 bis zum 26. Januar 2004 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2003 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 27. Januar 2004 bis zum 26. Januar 2005 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 27. Januar 2005 bis zum 26. Januar 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 27. Januar 2006 bis zum 26. Januar 2007 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2006 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte die Rückzahlung zweier Gesellschafterdarlehen nebst Zinsen und außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten geltend.

[redacted]als Rechtsvorgängerin der Klägerin und zunächst auch Gesellschafterin der Beklagten gewährte dieser mit Vertrag vom 13./20. Juli 2000 (Anlage K 1) ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 1,5 Mio DM. Der Darlehensbetrag ging bei der Beklagten am 26. Juli 2000 ein.

Zur Verzinsung findet sich unter Ziffer 2 des Vertrags folgende Regelung:

> "Das Darlehen ist jährlich mit 1 % über dem 12-Monats-Euribor als Referenzzins (aktuell 5,05 % p.a.) zu verzinsen.
> Die 1. Zinsperiode beginnt mit Eingang des Darlehensbetrages bei der [redacted] Holding GmbH und läuft für 12 Monate, danach beginnt eine neue Zinsperiode. Die [redacted] wird den Gesellschaftern sowohl den Geldeingang als auch den für die folgenden 12 Monate geltenden Zinssatz mitteilen."

Weiterhin erklärte sich die Rechtsvorgängerin der Klägerin unter Ziffer 1 des Vertrags "bereits heute" bereit, der Beklagten "bei erkennbarer Notwendigkeit" einen weiteren Betrag in Höhe von 1,5 Mio DM als Darlehen zur Verfügung zu stellen.

Mit notariellem Vertrag vom 22./23. Januar 2002 (Anlage K 4) veräußerte die Rechtsvorgängerin der Klägerin ihre Gesellschaftsanteile an der Beklagten an die damaligen Mitgesellschafter unter gleichzeitiger Anteilsabtretung. Zugleich verpflichtete sie sich in § 9 Abs. 2 des notariellen Vertrags unter Hinweis auf die Regelung in Ziffer 2 des Vertrags vom 13./20. Juli 2000, der Beklagten die weiteren

"Darlehensmittel in Höhe von 766.937,82 € innerhalb von zwei Bankarbeitstagen" auf ein näher bezeichnetes Konto einzuzahlen.

Weiter finden sich in § 9 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 noch folgende Regelungen:

> "(3) Die Verzinsung des bereits gewährten Darlehens ... sowie der weiteren Darlehensmittel gemäß Abs. 2 erfolgt wie in dem Gesellschafterdarlehen vereinbart.
>
> (4) Die Verkäuferin und die Käufer erklären bezüglich der vorstehend in Abs. 1 und 2 genannten Darlehensmittel den Rangrücktritt inhaltlich kumulativ entsprechend den in den Anlagen 2 und 3 enthaltenen Rangrücktrittserklärungen, befristet bis zum 31.12.2005. ...
>
> (5) Die Tilgung der von der Verkäuferin bereitgestellten Darlehensmittel erfolgt in drei Raten, und zwar in Höhe von DM 500.000,00 zum 31.12.2003, in Höhe von DM 1.000.000,00 zum 31.12.2004, und in Höhe von DM 1.500.000,00 zum 31.12.2005. ... Die Fälligkeit der beiden ersten Raten ist nur gegeben, wenn die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft eine Tilgung der Raten zulässt, d.h. wenn durch die Tilgung keine Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt wird. Die Verkäuferin kann jedoch spätestens zum 31.12.2005 die gesamte Rückzahlung des noch ausstehenden Betrages verlangen."

Der weitere Darlehensbetrag in Höhe von 766.937,82 € wurde zum 27. Januar 2002 an die Beklagte zur Auszahlung gebracht.

Die Klägerin hat die Beklagte mehrfach erfolglos zur Rückzahlung der Darlehen aufgefordert, weshalb sie den Klageweg beschritten hat.

Mit Endurteil vom 18. September 2007, berichtigt durch Beschluss vom 13. November 2007, hat das Landgericht München I die auf Darlehensrückzahlung, Zinsen und außergerichtliche Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Nach Auffassung des Landgerichts stehen einer Rückzahlung die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts analog §§ 30, 31 GmbHG entgegen. Die Beklagte sei, was sich aus der entsprechenden Bilanz ergebe, spätestens seit Ende 2002 kreditunwürdig. Eine Forderung der Beklagten gegen ihre Tochtergesellschaft, die TFC Filmproduktion GmbH, in Höhe von 4,85 Mio € sei uneinbringlich und nicht verwertbar. Daran habe sich bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nichts geändert. Die Klägerin hatte auch Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation der Beklagten.

Die Klägerin verfolgt die Klage mit der Berufung weiter. Sie ist der Auffassung, dass die Beklagte zumindest zum Zeitpunkt des Ausscheidens der Firma [redacted] aus der Beklagten kreditwürdig gewesen sei. Das Erstgericht habe sich hierzu nicht ohne weiteres auf die Bilanzen der Beklagten stützen dürfen, sondern hätte gegebenenfalls ein Sachverständigengutachten, auch zur Feststellung von stillen Reserven, in Auftrag geben müssen. Die Forderung der Beklagten gegen ihre Tochtergesellschaft sei werthaltig.

Die Klägerin beantragt in zweiter Instanz,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 18. September 2007 die Beklagte zu verurteilen,

an die Klägerin 1.533.875,60 € zu zahlen

sowie Zinsen aus 766.937,82 € gemäß folgender Zinsstaffel,

vom 26. Juli 2000 bis zum 25. Juli 2001 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2000 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

vom 26. Juli 2001 bis zum 25. Juli 2002 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2001 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 26. Juli 2002 bis zum 25. Juli 2003 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2002 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 26. Juli 2003 bis zum 25. Juli 2004 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2003 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 26. Juli 2004 bis zum 25. Juli 2005 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 26. Juli 2005 bis zum 25. Juli 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2005 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
ab dem 26. Juli 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 26. Juli 2006 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
und weitere Zinsen aus 766.937,82 € gemäß folgender Zinsstaffel,
vom 27. Januar 2002 bis zum 26. Januar 2003 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2002 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 27. Januar 2003 bis zum 26. Januar 2004 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2003 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 27. Januar 2004 bis zum 26. Januar 2005 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
vom 27. Januar 2005 bis zum 26. Januar 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2004 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,

ab dem 27. Januar 2006 in Höhe von 1 Prozentpunkt über dem am 27. Januar 2006 ermittelten 12-Monats-EURIBOR-Geldmarktsatz,
sowie der Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 8.009,80 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt in zweiter Instanz,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie befinde sich seit dem Jahr 2000 ununterbrochen in der Krise. Dies sei auch der Grund gewesen, weshalb die Rechtsvorgängerin der Klägerin zusammen mit den damaligen Mitgesellschaftern der Beklagten in den Jahren 2000 und 2002 die streitgegenständlichen Darlehen gewährt hätte. Diese hätten kapitalersetzenden Charakter gehabt. Die Forderung der Beklagten gegen ihre Tochtergesellschaft sei ebenso wertlos wie die Beteiligung als solche. Weitere Vermögenswerte besitze die Beklagte nicht. Im Übrigen sei die Befristung des Rangrücktritts bis 31. Dezember 2005 wegen Verstoßes gegen §§ 32a, 30, 31 GmbHG a.F. und als Vereinbarung zu Lasten der Beklagten unwirksam.

Der Senat hat durch Beschluss vom 2. April 2008 ein Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben, ob sich die Beklagte zum Zeitpunkt des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 in der Krise befunden hat, ihre Kreditunwürdigkeit fortbesteht und die Rückzahlung der Darlehen zu einer Unterbilanz oder Überschuldung der Beklagten führt. Die Einholung einer ergänzenden Stellungnahme zu dem erteilten Gutachten hat der Senat zurückgestellt, die Sach- und Rechtslage mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 erörtert und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf 22. Dezember 2010 bestimmt (Bl. 326/328 d.A.).

Am 4. November 2010 wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Hamburg das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten eröffnet und [redacted]

[redacted] zum Insolvenzverwalter ernannt. Durch Beschluss des Senats vom 8. November 2010 wurde die Unterbrechung des Verfahrens festgestellt (Bl. 332 d.A.).

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird ergänzend auf das Endurteil des Landgerichts München I vom 18. September 2007 (Bl.65/82 d. A.), berichtigt durch Beschluss vom 13. November 2007 (Bl. 93/94 d.A.), sowie hinsichtlich des weiteren Vorbringens auf die Schriftsätze der Parteien und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 20. Februar 2008 (Bl. 136/138 d.A.) und 6. Oktober 2010 (Bl. 326/328 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist überwiegend begründet und dringt nur im Zinsausspruch und bei den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht bzw. nicht vollumfänglich durch.

1. Nach § 249 Abs. 3 ZPO steht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten am 4. November 2010 einer Entscheidung über die Berufung der Klägerin nicht entgegen (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 249 Rdnr. 8; Gehrlein, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 249 Rdnr. 22). Die Beklagte war zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung am 6. Oktober 2010 partei- und prozessfähig.

   Entgegen der Auffassung des Insolvenzverwalters der Beklagten steht der Anwendung des § 249 Abs. 3 ZPO nicht entgegen, dass der Senat den Parteien eine Äußerungsfrist bis 8. November 2010, also bis zu einem Zeitpunkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, gesetzt hat. Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 (Bl. 328 d.A.) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den im Termin "aufgeworfenen

Rechtsfragen", dies betraf die Anwendbarkeit der früheren Rechtsprechung zu kapitalersetzenden Darlehen nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Stellung zu nehmen. Zu Rechtsfragen können sich die Parteien bis zur Verkündung einer gerichtlichen Entscheidung äußern. Daher kann sich der Insolvenzverwalter der Beklagten auch nicht auf Greger (in: Zöller, ZPO, aaO., § 249 Rdnr. 8) berufen, der die Zulässigkeit einer Verkündung verneint, wenn einer Partei eine Schriftsatzfrist nach § 283 ZPO, also auf tatsächliches Vorbringen, gewährt wurde. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor (so auch Greger, in: Zöller, ZPO, aaO., § 283 Rdnr. 2a).

2. Die Klägerin hat als Rechtsnachfolgerin der [redacted] AG einen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Beklagte aus § 9 Abs. 5 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 (Anlage K 4) in Verbindung mit § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB und Art. 229 § 5 EGBGB in Höhe der beantragten (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) 1.533.875,60 € (vormals 3 Mio DM).

   a. Die Parteien verbindet unstreitig ein Darlehensverhältnis, in dessen Verlauf die Rechtsvorgängerin der Klägerin der Beklagten im Juli 2000 und im Januar 2002 jeweils 1,5 Mio DM gewährte. Die Darlehensmittel sind nach § 9 Abs. 5 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 zur Rückzahlung fällig. Dabei kann offen bleiben, ob die wirtschaftliche Situation der Beklagten zum 31. Dezember 2003 und zum 31. Dezember 2004 eine Tilgung der vereinbarten Raten zugelassen hat. Nach § 9 Abs. 5 Satz 4 kann die Klägerin spätestens seit 31. Dezember 2005 die Rückzahlung des gesamten noch ausstehenden Darlehensbetrags verlangen. Dies sind, soweit beantragt, unstreitig 1.533.875,60 € (vormals 3 Mio DM).

   b. Dem Darlehensrückzahlungsanspruch stehen Einwendungen nicht entgegen. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei den Darlehenszahlun-

gen im Juli 2000 und im Januar 2002 um sogenannte kapitalersetzende Darlehen gehandelt hat. Die früheren Regelungen der §§ 32a, b GmbHG a.F. und die zu §§ 30 ff. GmbHG ergangene Rechtsprechung (etwa BGHZ 105, 168, 175/176; 109, 55, 57/58; 127, 336, 343 ff.) finden nach Inkrafttreten des MoMiG zum 1. November 2008 keine Anwendung.

Der Regelungsgehalt der bisherigen §§ 32a, b GmbHG wurde durch den Gesetzgeber in das Insolvenzrecht verlagert (vgl. Habersack, in: Großkommentar GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 30 Rdnr. 20/30). Dort bestimmt § 135 InsO die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die für eine Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens Sicherheit oder Befriedigung gewährt hat. Ein Auszahlungsverbot besteht demgegenüber nicht, wie § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG in der seit 1. November 2008 geltenden Fassung nunmehr ausdrücklich klarstellt.

Der Darlehensrückzahlungsanspruch ist zwar spätestens seit 31. Dezember 2005 und damit vor dem Inkrafttreten des MoMiG zum 1. November 2008 fällig. Die Übergangsvorschrift des § 3 EGGmbHG trifft für § 30 GmbH aber keine Anordnung (ebenso OLG Frankfurt ZinsO 2010, 235, 237; OLG München [23. Zivilsenat] GmbHR 2010, 815, 816; LG Berlin GmbHR 2010, 201, 202 m. Anm. Hofmann; Habersack, in: Großkommentar GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, aaO., § 30 Rdnr. 34/35). Auch Art. 103d Satz 1 EGInsO enthält nur eine Regelung für Altverfahren, also Insolvenzverfahren, die vor dem 1. November 2008 eröffnet wurden. Für diese gelten die §§ 32a, b GmbHG a.F. und die hierzu ergangene Rechtsprechung fort. Entsprechendes gilt, wenn die Darlehensrückzahlung vor dem 1. November 2008 erfolgt ist, der Erstattungsanspruch also bereits entstanden ist (ausdrücklich BGH NJW 2009, 1277, 1278; OLG Köln ZIP 2009, 315; Kleindiek, in: Lut-

ter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 64 Rdnr. 147; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Nachtrag MoMiG §§ 32a/b a.F. Rdnr. 12-14). So liegt der Sachverhalt hier aber nicht, da Tilgungen bislang unstreitig nicht geleistet wurden und das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten erst am 4. November 2010 eröffnet wurde.

Dem Darlehensrückzahlungsanspruch steht auch § 64 Sätze 1 und 3 GmbHG nicht entgegen. Diese Vorschrift begründet nur einen Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer, nicht aber ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft (vgl. OLG München [23. Zivilsenat] GmbHR 2010, 815, 816/817; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 64 Rdnr. 61).

c. Eine Beweiserhebung zu der Frage, ob sich die Beklagte zum Zeitpunkt des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 in der Krise befunden hat, ihre Kreditunwürdigkeit fortbesteht und die Rückzahlung der Darlehen zu einer Unterbilanz oder Überschuldung der Beklagten führt, bedarf es im Hinblick auf die Neuregelung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG durch das MoMiG nicht mehr.

3. Dem Darlehensrückzahlungsanspruch steht auch nicht ein Rangrücktritt entgegen. Die Parteien haben zwar bereits vor dem notariellen Vertrag vom 22./23. Januar 2002 (Anlage K 4) zwei Rangrücktrittsvereinbarungen geschlossen (Anlagen K 2 und K 3), in denen die Firma [redacted] mit ihrer Forderung hinter alle übrigen Gläubiger der Beklagten zurückgetreten ist. In § 9 Abs. 4 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 haben die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Beklagte den Rangrücktritt aber bis zum 31. Dezember 2005 befristet.

Diese Befristung ist auch wirksam. § 9 Abs. 4 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 enthält entgegen der Auffassung der Beklagten keinen Vertrag zu Lasten Dritter, hier der Beklagten. Ausweislich der Feststellungen im Vertrag (Anlage K 4, dort Seite 1) handelten Michael Schaack und Thomas Walker jeweils für sich persönlich und als Geschäftsführer der Beklagten. Auch wenn in § 9 Abs. 4 (Anlage K 4, dort Seite 8) nur die "Verkäuferin und die Käufer", also die [redacted] sowie [redacted] und [redacted]r, den Rangrücktritt erklärten, bezog sich dieser, wie sich aus dem Verweis auf die früheren Rangrücktrittsvereinbarungen (Anlagen K 2 und K 3) ergibt, auch auf die Beklagte und erfolgte aufgrund des gleichzeitigen Handeln der Herren [redacted] als Geschäftsführer der Beklagten letztlich mit deren Zustimmung.

Die nachträgliche Befristung des Rangrücktritts verstößt nicht gegen die früheren Regelungen zum Eigenkapitalersatz. Der Rangrücktritt wurde ausschließlich zwischen den Darlehensgebern und der Beklagten ohne Beteiligung von Gläubigern vertraglich vereinbart und kann deshalb in gleicher Weise wieder geändert werden. Drittgläubiger sind ausreichend über §§ 32a, b GmbHG a.F. bzw. seit Inkrafttreten des MoMiG über § 135 InsO geschützt.

4. Der Zinsanspruch für das Darlehen ergibt sich aus Nr. 2 des Vertrags vom 13./20. Juli 2000 (Anlage K 1) und § 9 Abs. 3 des notariellen Vertrags vom 22./23. Januar 2002 (Anlage K 4). Das Darlehen ist jährlich mit 1 % über dem 12-Monats-Euribor zu verzinsen. Die Zinsperiode hat jeweils mit dem Eingang des Darlehensbetrags bei der Beklagten begonnen, hier unstreitig am 26. Juli 2000 bzw. für den zweiten Darlehensbetrag am 27. Januar 2002. Wie sich aus Nr. 2 Sätze 2 und 3 des Vertrags vom 13./20. Juli 2000 ergibt, ist für die Zinshöhe der 12-Monats-Euribor-Zins zu Beginn der Zinsperiode maßgeblich. Der Zinslauf ist gesondert auszusprechen auf den am 26. Juli 2000 (1,5 Mio DM, umgerechnet 766.937,82 €) und den am 27. Januar 2002 (766.937,82 €) ausbezahlten Betrag. Da die Zinsperiode jeweils nur für ein

Jahr läuft, kann die Klägerin für den am 27. Januar bzw. 26. Juli 2006 ermittelten 12-Monats-Euribor-Geldmarktsatz Zinsen nur bis zum 26. Januar bzw. 25. Juli 2007 verlangen, nicht aber wie beantragt darüber hinaus. Insoweit ist die Berufung zurückzuweisen.

5. Die Klägerin kann Erstattung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht verlangen. Fällig ist der Darlehensrückzahlungsanspruch jedenfalls mit Inkrafttreten des MoMiG zum 1. November 2008 und damit nach Rechtshängigkeit. Ob die Voraussetzungen des Verzugs (§ 286 Abs. 1 und 2 BGB) bereits ab 1. Januar 2006 und damit vor Rechtshängigkeit vorgelegen haben, ist von der Klägerin nicht dargetan worden und hat sich auch nicht im Lauf des Verfahrens ergeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keine Zulassungsgründe vorliegen (§ 543 Abs. 2 ZPO, § 563 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat bei seiner Entscheidung die bislang ergangene obergerichtliche Rechtsprechung angewendet und ist nicht von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgerichts abgewichen. Die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG auch auf Gesellschafterdarlehen, die vor Inkrafttreten des MoMiG ausgereicht, aber noch nicht zurückgezahlt sind, ist inzwischen durch die übereinstimmende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (siehe unter II. 2.) geklärt, so dass es hierzu einer Zulassung der Revision nicht bedarf (so ausdrück-

lich BGH ZIP 2010, 622). Entsprechendes gilt, soweit der Insolvenzverwalter der Beklagten eine Zulassung der Revision beantragt, weil der Senat § 283 ZPO auf Rechtsausführungen nicht anwendet.

Dr. Kainz	Neumair	Dr. Frank
Vorsitzender Richter	Richterin	Richter

am Oberlandesgericht

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit der Klagepartei zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.
Ausfertigung wurde von Amts wegen zugestellt
der Klagepartei am 03.01.2011
der bekl. Partei am 03.01.2011
Oberlandesgericht München, den 14. Januar 2011,

Gabmaier, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle