

<b>Gericht</b>	LG Berlin
<b>Aktenzeichen</b>	100 O 75/09
<b>Datum</b>	Beschluss vom 16.12.2009
<b>Vorinstanzen</b>	
<b>Rechtsgebiet</b>	Gesellschaftsrecht, GmbH-Recht
<b>Schlagworte</b>	Stammkapital, Eigenkapitalersatz, stille Einlage, Gesellschafterdarlehen, Fehlbetrag, drohende Zahlungsunfähigkeit, Insolvenz, MoMiG
<b>Leitsätze</b>	<p>1. Nach der Neuregelung des MoMiGs sind Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichgestellte Leistungen grundsätzlich nicht mehr wie haftendes Eigenkapital zu behandeln. Die früher von der Rechtsprechung entwickelte Haftung als eigenkapitalersetzendes Darlehen ist durch die Gesetzesänderung abgeschafft worden.</p> <p>2. Dies gilt nicht nur für das Darlehen an sich, sondern auch für den Zinsanspruch aus einem Darlehen.</p> <p>3. Um Zahlungen an Gesellschafter nach § 64 S. 3 GmbHG n. F. berechtigt zu verweigern, muss eine Zahlungsunfähigkeit kausal durch die geforderte Zahlung ausgelöst werden. (redaktionelle Leitsätze)</p>

## **Kapitalerhaltung in der Krise: Verweigerung der Zahlung eines Festentgelts nach den Neuregelungen des MoMiGs**

### **1. Zusammenfassung**

Die Klägerin war Gesellschafterin der beklagten GmbH. Die Parteien schlossen dann einen Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft. Nach diesem stand der Klägerin gegen die Beklagte nicht nur ein Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung, sondern auch ein jährliches Festentgelt zu, das in vier Raten, einmal pro Quartal, gezahlt werden sollte. Die Beklagte verweigerte im Jahr 2009 die Zahlung der Rate für das 1. Quartal, da sich aus dem Jahresabschluss 2008 ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergab.

Das LG Berlin kam zu dem Ergebnis, dass der Klägerin der Anspruch zustand. Nach der Neuregelung des MoMiGs sind Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichgestellte Leistungen grundsätzlich nicht mehr wie haftendes Eigenkapital zu behandeln. Die früher von der Rechtsprechung entwickelte Haftung als eigenkapitalersetzendes Darlehen in der Krise ist durch die Gesetzesänderung abgeschafft worden. Rückzahlungen von Darlehen an Gesellschafter sind nunmehr auch dann erlaubt, wenn dadurch das Stammkapital angegriffen wird. Das LG Berlin sieht diese Möglichkeit nicht nur für das Darlehen an sich, sondern auch für den Zinsanspruch aus einem Darlehen. Es sah das im Streitfall vereinbarte Festentgelt wirtschaftlich als Zins auf ein Darlehen an.

Auch das neu in das Gesetz aufgenommene Verbot, wonach ein Geschäftsführer Zahlungen an Gesellschafter nicht leisten darf, wenn diese unmittelbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führt (§ 64 S. 3 GmbHG n. F.), stand dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Denn in dem Streitfall konnte das LG Berlin nicht feststellen, dass die geforderte Zahlung der Festentgeltrate zu einer Zahlungsunfähigkeit geführt hätte.

## 2. Volltext der Entscheidung

### I.

Die Klägerin (Kl.in) ist GmbH-Gesellschafterin der Beklagten (Bekl.). Am 10.6.1999 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft. Neben einer Gewinnbeteiligung sollte die Kl.in ein jährliches Festentgelt von 7,5 % der stillen Einlage erhalten, das in vier Raten jeweils pro Quartal ausgezahlt werden sollte. ... Die Kl.in erklärte im Gesellschaftsvertrag mit Änderung v. 27.2.2001 einen Rangrücktritt. Nach dem Jahresabschluss v. 31.12.2008 hatte die Bekl. in ihrer Bilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von ... €. Mit Schreiben v. 31.3.2009 forderte die Kl.in die Zahlung des Festentgelts für das erste Quartal des Jahres. ...

Nachdem die Bekl. die Klageforderung nach Schluss der mündlichen Verhandlung bezahlte, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

### II.

Nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung war gem. § 91a ZPO nur noch über die Kosten zu entscheiden. Dabei entsprach es der Billigkeit unter Berücksichtigung des derzeitigen Sach- und Streitstandes, dass die Bekl. die Kosten trägt, denn die Klage wäre ohne das erledigende Ereignis begründet gewesen. Die Kl.in hatte gegen die Bekl. aus § 7 des Vertrags v. 10.6.1999 Anspruch auf das Festentgelt für das erste Quartal des Jahres 2009.

#### 1. Keine Behandlung als Eigenkapitalersatz

Dabei kann zumindest im Hinblick auf § 30 GmbHG offen bleiben, ob das Festentgelt wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu behandeln ist, denn die von der Rspr. entwickelten Regeln zu § 30 GmbHG a.F. sind durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) abgeschafft worden (Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140 S. 42; Orlikowski-Wolf, GmbHR 2009, 902): Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichgestellte Leistungen sind damit grundsätzlich nicht mehr wie haftendes Eigenkapital zu behandeln.

Die Neuregelung des § 30 GmbHG ist auf den hier zu beurteilenden Fall anwendbar, weil die Fälligkeit der streitgegenständlichen Zinsrate nach Inkrafttreten des MoMiG eingetreten ist. Die Rspr. wendet mangels einer Übergangsregelung für Fallgestaltungen, in denen das Insolvenzverfahren vor dem 1.11.2008 eröffnet wurde (BGH v. 26.1.2009 - II ZR 260/07, GmbHR 2009, 427 m. Komm. Blöse) bzw. die Gewährung und Rückzahlung des Darlehens vor dem 1.11.2008 stattfand (OLG Thüringen v. 18.3.2009 - 6 U 761/07, GmbHR 2009, 431), die alte Fassung des GmbHG an. Für den hier zu beurteilenden Fall der Fälligkeit der Zinsraten nach Inkrafttreten der Neuregelung ergibt sich keine Einschränkung der Anwendbarkeit.

Nach der Rspr. zu § 30 GmbHG a. F., waren u. a. Rückzahlungen von Darlehen an Gesellschafter verboten, wenn dadurch das Stammkapital angegriffen wird. Durch die Neufassung von § 30 GmbHG im MoMiG werden seit dem 1.11.2008 Darlehen von diesem Zahlungsverbot ausdrücklich ausgenommen. Zweck der Neuregelung war, die Grundsätze der Kapitalerhaltung einerseits in das Insolvenzrecht zu verlagern, andererseits es den Gesellschaftern zu erleichtern, mit ihrer Gesellschaft alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten (Begr.RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41). Damit dürfen Gesellschafterdarlehen und diesen wirtschaftlich gleichstehende Leistungen nunmehr vor einer Insolvenz auch in der Krise der Gesellschaft zurückgewährt werden. Diese Ausnahme gilt nach Auffassung der erkennenden Kammer auch für Zinsen aus einem Darlehen, denn die Nebenforderung folgt in ihrem Schicksal grundsätzlich der Hauptforderung (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 32 a Rz. 57). Soweit man das Festentgelt wirtschaftlich als Zins auf ein Darlehen behandelt, gilt damit die Ausnahme des § 30 GmbHG n.F. auch für die Zinsen.

## 2. Kein Zahlungsverbot wegen § 64 S. 3 GmbHG n. F.

Die Zahlung des Festentgelts ist auch nicht wegen § 64 S. 3 GmbHG n.F. verboten. Nach dieser durch das MoMiG eingefügten Regelung darf ein Geschäftsführer Zahlungen an Gesellschafter nicht vornehmen, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Die Norm enthält zwar ein echtes Zahlungsverbot (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 64 Rz. 20; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 64; Orlikowski-Wolf, GmbHR 2009, 902) und damit verbunden ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich derartiger Zahlungen (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 91). Die Kammer vermag jedoch nicht festzustellen, dass die streitgegenständliche Zahlung zu einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führt. Nach dem Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG ist die Kausalität zwischen Zahlung an den Gesellschafter und Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ex post zu beurteilen; davon geht auch die Begr. zum RegE (BT-Drucks. 16/6140, S. 46 f.) und die Kommentierung aus (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 68;); für die Beurteilung eines Leistungsverweigerungsrechts kommt es jedoch auf eine Prognose zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Zahlung an. Aus der Sicht des Geschäftsführers muss die Zahlung ohne das Hinzutreten weiterer Faktoren unmittelbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.

Zu einer Prognose der eintretenden Zahlungsunfähigkeit reicht der Vortrag der Bekl. schon nicht aus. Derzeit ist die Bekl. nach ihrem eigenen Vortrag weder überschuldet noch zahlungsunfähig. Sie trägt lediglich vor, die Zahlung an die Bekl. und die Zahlung an eine weitere stille Gesellschafterin würden die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft heraufbeschwören. Die Zählen, die sie dazu vorlegt, sind dafür nicht aussagekräftig, so dass die Einholung des angebotenen Sachverständigenbeweises ein reihe Ausforschung darstellte. Aus den vorgelegten Auszügen aus dem Jahresabschluss zum 31.12.2008 lässt sich derartiges nicht entnehmen. Auch aus den vorläufigen Gewinn- und Verlustrechnungen bzw. der Planung für das laufende Jahr (...) lässt sich lediglich entnehmen, dass die Bekl. nach ihrer Planung die Erträge und damit das Betriebsergebnis im Jahr 2009 deutlich zu verbessern gedenkt. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 Abs. 2 InsO definiert und beurteilt sich nach einer Liquiditäts- und nicht nach einer Vermögensbilanz. Ein Verlust in der Jahresbilanz gestattet grundsätzlich keinen Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit (OLG Düsseldorf

v. 18.4.1997 - 22 U 226/96, WM 1997, 1867 = GmbHR 1997, 699). Stattdessen sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen, flüssig zu machenden Mittel (BGH v. 19.7.2007 - IX ZB 36/07, ZIP 2007, 1666) in Bezug zu setzen zu den am Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten. Einen solchen Finanzplan (Eilenberger in Münch.Komm.InsO, § 17 Rz. 10; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 71) hat die Bekl. nicht vorgelegt.

Schließlich spricht gegen eine drohende Zahlungsunfähigkeit, dass nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien und dem von der Bekl. vorgelegten Schreiben v. 31.8.2009 (...) die Gehälter der Geschäftsführer, die auch unter § 64 S. 3 GmbHG fallen (vgl. K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 64 Rz. 79; Lindemann, GmbHR 2009, 737) derzeit ungeschmälert gezahlt werden.



2010 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin