



hat der 8. Zivilsenat des Kammergerichts Eißholzstraße 30 - 33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 26.07.2004 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Bieber und die Richterinnen am Kammergericht Spiegel und Dr. Henkel

### **f ü r R e c h t e r k a n n t :**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 6. November 2003 verkündete Urteil der Zivilkammer 13 des Landgerichts Berlin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der vollstreckbaren Kosten zuzüglich 10 % abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **G r ü n d e**

#### **I.**

Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen das am 06. November 2003 verkündete Urteil der Zivilkammer 13 des Landgerichts Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

Die Klägerin trägt zur Begründung der Berufung vor:

Im Zeitpunkt der Darlehensgewährung durch die Klägerin habe sich die Gesellschaft nicht in einer Krise befunden, sondern wegen der Expansion der Geschäftstätigkeit hätte lediglich ein kurzfristiger Liquiditätsengpass überbrückt werden müssen. Daher sei das Darlehen auch nur mit einer kurzen Laufzeit – nämlich Rückführung bis Ende 2000 - vereinbart worden. Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung sei davon auszugehen gewesen, dass die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig zur Fortführung des Unternehmens ausreichen würde. Seit 1997 bis 2000 sei eine Umsatzsteigerung zu verzeichnen gewesen. So habe der Jahresumsatz im Jahre 1997 ca. 2,9 Mio EUR betragen, im Jahre 2000 sei eine Steigerung von 33 % gegenüber dem Vorjahr, nämlich auf ca. 4,6 Mio EUR zu erreicht worden. Die im Wachstum begriffene Gesellschaft habe im Jahre 2000 bereits einen Gewinn von 460.000,- EUR ausgewiesen und habe eine weitere Gewinnsteigerung erwarten lassen. Die positive Einschätzung habe sich auch in der Entwicklung des sogenannten „Cashflow“ und in der

Gesamtbeurteilung, die von der Steuerberatungsgesellschaft ■■■■■■■■ im Jahresabschluss abgegeben worden sei, widergespiegelt. Zwar sei dann das Ergebnis des Jahres 2001 mit einem Verlust von 1,55 Mio EUR enttäuschend gewesen. Daraus könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bereits im Jahre 2000 eine positive Überlebensprognose nicht habe gestellt werden können. Alle Gesellschafter seien zu diesem Zeitpunkt von einer weiteren Gewinnsteigerung und positiven Entwicklung ausgegangen. Hierbei sei darauf hinzuweisen, dass sich der Sender noch im Aufbau befunden habe und sich erst eine Stellung am „Hörermarkt“ habe erkämpfen müssen. Bis zum Jahre 2000 sei die Zuhörerzahl auch stets angestiegen. Erst als die Familie ■■■■ zunehmend in die Geschäftsleitung gedungen sei, sei es im Geschäftsjahr 2001 zu einem dramatischen Absturz gekommen.

Die Klägerin habe auch über eigene Mittel verfügt, um das Darlehen auszureichen. Die Tatsache, dass die Klägerin mit Herrn ■■■■ verheiratet sei, dürfe nicht dazu führen, die finanziellen Mittel automatisch ihren Ehemann zuzurechnen. Die Überweisung des Darlehens sei von zwei Konten erfolgt, die ausschließlich auf den Namen der Klägerin geführt und von ihren Mieteinnahmen gespeist würden. Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung und bereits Jahre zuvor habe die Klägerin über regelmäßige Mieteinnahmen aus verschiedenen Gewerbeobjekten verfügt. Im übrigen sei bereits erstinstanzlich unter Beweisantritt vorgetragen, dass diese Mittel nicht von ■■■■■■■■ oder von der Tochter ■■■■■■ stammten.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils  
die Forderung der Klägerin aus dem Anerkenntnisvorbehaltsurteil  
des Landgerichts Berlin vom 23.10.2002 - 13 O 441/01 - in Höhe  
von 156.253,87 zuzüglich ausgerechneter Zinsen in Höhe von  
20.559,47 sowie Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 8.554,23  
mithin in Höhe von insgesamt 185.407,57 endgültig zur Insolvenztabelle  
über das Vermögen der ■■■■■■ Hörfunkgesellschaft Berlin mbH & Co.  
Medien KG festzustellen.

Hilfsweise beantragt die Klägerin,

festzustellen, dass der Klägerin gegen den Beklagten als Insolvenz-  
verwalter über das Vermögen der ■■■■■■ Hörfunkgesellschaft  
Berlin mbH & Co. Medien KG ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von weiteren  
20.559,47 (ausgerechnete Zinsen) sowie 8.554,23 (Rechtsverfolgungskosten)  
zum Rang gemäß § 39 Abs. 1 Ziff.5 InsO zusteht.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte trägt vor:

Die ■■■■■ GmbH & Co. KG habe sich zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung und insbesondere im Jahre 2001 in einer Krise befunden. Dies ergebe sich aus dem Schreiben des damaligen Geschäftsführers der Gesellschaft, Herrn ■■■■■■■■, vom 02. Februar 2000. Die prekäre Situation werde an der sog. „Cash- Flow“ - Darstellung vom 29. Februar 2000 erkennbar, woraus auch die Kredite der Deutschen Bank ersichtlich seien. Ferner habe der Geschäftsführer im Schreiben vom 09. Februar 2000 auf die Liquiditätsschwierigkeiten und die Notwendigkeit der Zuführung von Finanzmitteln hingewiesen. Ausweislich des Lageberichts 2001 habe die Gesellschaft bei Umsatzerlösen von über 3,5 Mio. EUR einen Jahresfehlbetrag von 1.541.906,- EUR erwirtschaftet. Die negative Entwicklung habe schon im Herbst 2000, zu dem Zeitpunkt zu dem das Darlehen hätte zurückgeführt werden müssen, eingesetzt. Ferner ergebe sich aus dem Liquiditätsstatus vom 29. Februar 2000 und der Stichtagsbilanz vom 28. Februar 2000, dass die Gesellschaft dringend Geldmittel benötigt habe. Dass die Gesellschaft im Jahre 2000 Gewinne von 460.414,- EUR erzielt habe, besage nicht, dass die Gesellschaft mittelfristig überlebensfähig gewesen sei. Auch ein solcher Gewinn sei nicht ausreichend, die langfristigen Schulden zu bedienen. Im übrigen handele es sich insoweit nicht um einen operativen Gewinn, sondern der ausgewiesene Jahresüberschuss sei durch sog. Sondereffekte erzielt worden, nämlich der Auflösung von Wertberichtigungen.

Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Darlehensmittel dem Ehemann der Klägerin zuzurechnen seien. Dies ändere nicht, dass der Darlehensbetrag von Konten der Klägerin – was bestritten werde – geflossen sei. Denn diese Einnahmen resultierten offensichtlich nur aus Immobilienübertragungen des Ehemannes. Die Einnahmen der Klägerin aus Mietshausverträgen aus Objekten, die im Eigentum der Töchter stünden, wiesen um so mehr auf die wirtschaftliche Verquickung hin. Die Darlehensgewährung lasse sich nur aus der familiären Nähe erklären.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

### A.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch, dass die Forderung aus dem Darlehensvertrag in Höhe von 156.253,87 EUR zuzüglich ausgerechneter Zinsen in Höhe von 20.559,47 EUR sowie Rechtsverfolgungskosten von 8.544,23 EUR zur Insolvenztabelle

festzustellen ist, nicht zu. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass das von der Klägerin gewährte Darlehen gemäß schriftlichem Darlehensvertrag vom 14. Dezember 2000 als kapitalersetzende Maßnahme zu bewerten ist. Dem Rückzahlungsanspruch der Klägerin steht daher das Rückforderungsverbot gemäß § 32 a GmbHG sowie die von der Rechtsprechung aus den §§ 30,31 GmbHG abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Rückforderungsanspruch bei kapitalersetzenden Darlehen entgegen.

1.

Nach der gemäß § 32 a GmbHG maßgebenden Sicht eines ordentlichen Kaufmanns ist die Zuführung von Eigenkapital dann geboten, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig ist. Kreditunwürdigkeit ist dann gegeben, wenn sie überschuldet oder zahlungsunfähig ist oder wenn die Gesellschaft, ohne zahlungsunfähig oder überschuldet zu sein, von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen ohne Besicherung durch ihre Gesellschafter keinen Kredit mehr erhalten könnte und deshalb ohne die Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen liquidiert werden müsste (vgl. grundlegend BGHZ 31,258,272 = NJW 1960,285; BGHZ 76,326,329 = NJW 1980,1524; BGHZ 81,311,315; BGH NJW 1994,1477,178; Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 4. Auflage, § 32 a GmbHG, Rdnr.33; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17.Auflage, § 32 a GmbHG, Rdnr.43; Karsten Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbHG, 9. Auflage, §§ 32 a, 32 b GmbHG, Rdnr.38ff). Für die Feststellung der Überschuldung in diesem Sinne kommt es nach der Rechtsprechung des BGH darauf an, ob das Vermögen bei Ansatz der Liquidationswerte unter Aufdeckung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens genügt (negative Fortführungsprognose), (BGH NJW 1999,3120; BGHZ 119,201; Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.37). Auch ohne Insolvenzreife (Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit) kann bereits im Vorfeld Kreditunwürdigkeit vorliegen ( Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.46). Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft zu ihrer Fortführung notwendigen Kapitalbedarf im gleichen Zeitpunkt nicht durch entsprechende Kredite von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte decken können und deshalb ohne die Leistung hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 76,326; OLG München, ZIP 1993,504). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH NJW 1988,824 = BB 1987,2390) hat ausreichend dargetan, dass die Gesellschaft bei der Gewährung des Darlehens am 14. Februar 2000 kreditunwürdig war. So ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft nach der Gewinn- und Verlustrechnung in den Vorjahren nur Verluste erwirtschaftete, für das Jahr 1997 ergab sich ein Jahresfehlbetrag von 1.798.000,00 EUR, für das Jahr 1998 432.000,00 EUR und für das Jahr 1999 912.000,00 EUR ( vgl. Übersicht der Gewinn- und Verlustrechnung, Seite 49 des Jahresabschlusses 2001).

Aus der Stichtagsbilanz vom 28. Februar 2000 ergibt sich, dass die Gesellschaft dringend Geldmittel benötigte. So bestanden Verbindlichkeiten von 7.966.000,- DM gegenüber Kreditinstituten sowie Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen von 1.219.000,- DM und sonstigen Verbindlichkeiten von 66.000,- als Passiva, wobei diese nach den Angaben in der Stichtagsbilanz nicht einmal vollständig erfasst sind. Demgegenüber verfügte die Gesellschaft nur über Vermögenswerte von rund 2,3 Mio. DM (Sacheinlagen, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, sonstige und immaterielle Vermögenswerte usw.) und ausstehenden Sacheinlagen von 2.907.000,- DM als Aktiva. Zwar ergibt sich die Kreditwürdigkeit noch nicht allein aus dem Vorliegen einer Unterbilanz oder aus der Tatsache, dass noch nicht alle Einlagen eingezahlt und die Gesellschafter der Gesellschaft Kredite gewährt haben. Diesen Umständen kommen aber indizielle Bedeutung zu und können Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Krise der Gesellschaft sein (Rohwedder/Schmidt- Leithoff/Pentz, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.40). Ferner ergibt sich aus der zwischen der ■■■■■ Hörfunkgesellschaft Berlin mbH & Co. Medien KG und ihren Gesellschaftern geführten Korrespondenz, dass dringender Finanzbedarf bestand. Insoweit hat das Landgericht die Schreiben der Gesellschaft vom 02. Februar 2000 und 09. Februar 2000 sowie das Antwortschreiben des Ehemanns der Klägerin, ■■■■■■, vom 11. Februar 2000 zutreffend gewürdigt. Damit hat die Klägerin sich in der Berufung nicht auseinandergesetzt. So teilte die Gesellschaft, vertreten durch den damaligen Geschäftsführer Schwenk, dem Ehemann der Beklagten, ■■■■■■, mit Schreiben vom 02. Februar 2000 mit, dass das Unternehmen vor aktuellen Liquiditätsproblemen stehe und, dass bei Ausbleiben eines deutlich überdurchschnittlichen Zahlungseinganges die Gesellschaft zahlungsunfähig werde. Hierin wies der Geschäftsführer darauf hin, dass Ursache für die Liquiditätslücke u.a. schlechter Zahlungseingang aus dem Monat Dezember 1999 sei sowie, dass ein reduzierter Spielraum der Bankkreditlinie bestehe, weil die Bank 100.000,- DM als „Puffer“ für angefallene Zinsen zurückhalte. Dies spricht dafür, dass weitere Kreditmittel von der Bank auch nicht zur Verfügung gestellt worden wären. Nach dem Liquiditätsstatus per 29.02.2000 war die Kreditlinie im Januar und Februar 2000 auch nahezu ausgeschöpft. Eine erschöpfte oder überzogene Kreditlinie spricht für die Krise (BGHZ 119,201; BGH NJW 1992,1169).

Mit Schreiben vom 09. Februar 2000 teilte die Gesellschaft ■■■■■■ weiter mit, dass die Gesellschaft dringend Liquiditätszufluss benötige, um nicht zahlungsunfähig zu werden. Sie wies unter Bezugnahme auf den Liquiditätsstatus darauf hin, dass der Kreditrahmen 8.480.000,- DM betrage und insgesamt 9.190.000,- DM benötigt würden, um alle Rechnungen sowie zwei Raten von je 300.000,00 DM auf einen Kredit bei der Hypo - Vereinsbank bedienen zu können. Die sich ergebende Finanzlücke von über 700.000,- DM sollte nach dem Vorschlag des Geschäftsführers durch eine Kapitalerhöhung oder durch die Gewährung von Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft geschlossen werden. In Beantwortung dieses Schreibens teilte ■■■■■■ unter dem 11. Februar 2000 mit, dass eine Kapitalerhöhung nicht akzeptabel sei, sondern das fehlende

Kapital durch Darlehen gegeben werde. Daraus ergibt sich, dass die Gesellschaft ohne weitere Kapitalzufuhr nicht in der Lage war, ihre laufenden Verpflichtungen zu bedienen. Bei dieser wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft erscheint es daher auch ausgeschlossen, dass sich ein wirtschaftlich vernünftig handelnder außenstehender Kreditgeber Anfang 2000 bereit gefunden hätte, den laufenden Kreditbedarf der Gesellschaft zu marktüblichen Bedingungen durch ein Darlehen zu decken (vgl. dazu BGH ZIP 1987,1542 = WM 1987,1488).

Soweit die Klägerin mit der Berufung geltend macht, dass sich nach dem Geschäftsbericht 2000 eine positive Entwicklung abgezeichnet habe und dies sich aus dem festgestellten Gewinn von 460.000,- EUR ergebe, lässt sich daraus allein eine positive Fortführungsprognose für das Unternehmen nicht herleiten. Durch diesen Gewinn hätten die hohen Kreditverpflichtungen nicht bedient werden können. Zudem hat der Beklagte zuletzt unbestritten vorgetragen, dass es sich bei dem ermittelten Gewinn nicht um einen operativen handelte, sondern um einen solchen der durch Auflösung von Wertberichtigungen zustande gekommen ist und hierin auch Fördermittel in Höhe von 153.387,56 EUR enthalten seien, die dem Jahre 1999 zuzuordnen seien. Jedenfalls lässt sich aufgrund der weiteren Geschäftsentwicklung im Jahre 2000 und des Jahres 2001 nicht feststellen, dass für die Gesellschaft zur Zeit der Darlehenshingabe im Jahre 2000 eine positive Fortführungsprognose bestanden hat. Aus dem Bilanzvergleich für das Geschäftsjahr 2000 (siehe Seite 43 – 44 des Jahresabschlusses für 2001) lässt sich entnehmen, dass den Aktiva von 2.885.344,00 EUR Passiva von 5.388.537,00 EUR gegenüberstanden und sich damit eine Differenz von 2.503.193,00 EUR ergab. Im Jahre 2001 sind Aktiva von 2.138.510,00 EUR und Passiva von 6.010.940,00 EUR ausgewiesen, so dass die Differenz 4.045.098,99 EUR betrug. Der Jahresabschluss für 2001 wies bei Umsatzerlösen von 3.541.578,08 EUR einen Jahresfehlbetrag von 1.541.906,13 EUR aus.

2.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Darlehensgewährung durch die Klägerin dem Gesellschafter ■■■■■■■■ zuzurechnen ist und daher auch dem Anwendungsbereich des § 32 a GmbHG unterfällt. Hierbei ist das Landgericht davon ausgegangen, dass ■■■■■■■■ weiterhin Gesellschafter ist, weil der zwischen ■■■■■■■■ und dessen Tochter ■■■■■■■■ abgeschlossene Kaufvertrag vom 31. Dezember 1997/ 12. März 1998 über die Geschäftsanteile an der Kommanditgesellschaft sowie der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 26. März 1998 über die Übertragung der Stammeinlage nicht wirksam geworden sind. Dem ist die Klägerin mit der Berufung nicht entgegengetreten, so dass auch der Senat dies für die Berufung zugrunde zu legen hat (§ 529 ZPO). Soweit die Klägerin dies erstmals im Schriftsatz vom 14. Mai 2004 – nach Ablauf der Berufungsbegründungsschrift – angreift und geltend macht, dass von der weiteren Gesellschafterstellung des ■■■■■■■■ nicht ausgegangen werden könne, ist dieser Vortrag wegen Verspätung nicht zu berücksichtigen (§ 530 ZPO).

Über den Kreis der Gesellschafter hinaus finden die Bestimmungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen gemäß § 32 a GmbHG aber auf Darlehen Dritter Anwendung, wenn diese Dritten den Gesellschaftern gleichgestellt werden können. Eine Gleichstellung kommt aufgrund solcher Umstände in Betracht, die in der besonderen persönliche Nähe des Darlehensgebers zum Gesellschafter begründet sind (Rowedder/Schmidt- Leithoff/Pentz, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.71). Zwar können Familienangehörige nicht bereits wegen ihrer verwandtschaftlichen Nähe zu einem Gesellschafter mit diesem gleichgesetzt werden. So hat der BGH die Auffassung vertreten, dass Darlehen naher Angehöriger nur dann von § 32 a Abs. 3 GmbHG erfasst werden, wenn entweder die Darlehensmittel vom Gesellschafter selbst stammten oder dieser den Geschäftsanteil treuhänderisch für den Kreditgeber halte (BGH NJW- RR 1991,744, BGHZ 81,365; BGH NJW 1993,2179). Das verwandtschaftliche Näheverhältnis kann jedoch in Verbindung mit weiteren Indizien einen Anscheinsbeweis dahin rechtfertigen, dass das Darlehen causa societatis gewährt wurde (Rowedder/Schmidt- Leithoff/Pentz, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.78; Karsten Schmidt, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.134; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 32 a GmbHG, Rdnr.25; BGH GmbHR 1991,155). Das Landgericht hat die Umstände der Darlehensgewährung zutreffend dahin gewertet, dass sie den Beweis des ersten Anscheins rechtfertigen. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen, denen die Klägerin mit der Berufung nicht erheblich entgegengetreten ist. Soweit die Klägerin rügt, dass das Landgericht nicht darauf hingewiesen habe, dass es den Vortrag der Klägerin hierzu nicht für ausreichend ansehe, kommt es darauf nicht maßgeblich an. Denn die Klägerin hat auch mit der Berufung diesen Anscheinsbeweis nicht erschüttert. Sie hat nur ohne nähere Darlegung vorgetragen, dass die auf den Konten befindlichen Gelder aus eigenen Mieteinnahmen der Klägerin stammten. Hierzu hätte es jedoch – auch aufgrund des Bestreitens des Beklagten - eines konkreten Vortrags der Klägerin bedurft, welche Mieteinnahmen genau von welchen Objekten erzielt worden sind und, dass diese auch nur ihr allein zustehen. Soweit sie sich darauf beruft, dass Einnahmen aus Mietobjekten geflossen sind, die im Eigentum der Töchter stehen, wird die familiäre Verquickung – worauf der Beklagte zutreffend hinweist - um so deutlicher.

B.

Der Klägerin steht auch der weitergehende Feststellungsanspruch bezüglich der Zinsen und der Rechtsverfolgungskosten nicht zu. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen, die die Klägerin mit der Berufung in keiner Weise angegriffen hat.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10,711 ZPO. Revisionszulassungsgründe sind nicht ersichtlich ( § 543 Abs. 2 Ziff.1und 2 ZPO).

Bieber Spiegel Dr. Henkel