

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 130 a; GmbHG § 64

Erklärt ein Gesellschafter, der sich für die Darlehensschuld der Gesellschaft gegenüber einem Dritten verbürgt hat, daß er mit seinen Forderungen gegenüber der Gesellschaft im Range hinter denen der übrigen Gläubiger zurücktritt, so hat er die Gesellschaft von ihrer Darlehensverbindlichkeit freizustellen; ist dieser Freistellungsanspruch vollwertig, so gleicht seine Aktivierung im Überschuldungsstatus die Darlehensverbindlichkeit aus.

BGH, Urt. v. 9. Februar 1987 - II ZR 104/86 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 104/86

URTEIL

Verkündet am:
9. Februar 1987
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Günter S [REDACTED], T [REDACTED]allee [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Hinnerk-Joachim M [REDACTED] als Konkursverwalter über das
Vermögen der Johannes H [REDACTED] GmbH & Co., Große B [REDACTED] [REDACTED],
Ha [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Brandes und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 10. Zivilsenat, vom 27. Februar 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens der Johannes Harder GmbH & Co., deren persönlich haftende Gesellschafterin die Tiefbau Hans H. & Co. GmbH ist. Er nimmt den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch, weil dieser als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH Zahlungen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geleistet habe, als das Vermögen der Kommanditgesellschaft deren Schulden schon nicht mehr gedeckt habe. Kommanditisten sind der Beklagte mit 50.000 DM, Hedwig H[REDACTED], die beide Gesellschaften gemeinsam mit ihrem Ehemann Hans H[REDACTED] gegründet hatte, mit 300.000 DM und deren Tochter Karin Burzler mit 50.000 DM. Hans H[REDACTED] verstarb 1976; er hatte Hedwig Harder zu seiner nicht befreiten Vorerbin eingesetzt und zur Verwaltung des Nachlasses Testamentsvollstreckung angeordnet.

Die Kommanditgesellschaft schuldet Hedwig Harder die Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 712.000 DM. In Höhe von weiteren 600.000 DM hatte sich Hedwig H[REDACTED] für die Rückzahlung von Krediten verbürgt, die die Kommanditgesellschaft der Vereins- und Westbank schuldete; diese Bürgschaftsverpflichtung wurde wiederum durch Grundschulden auf einen zum Nachlaß gehörenden Grundstück abgesichert. Am 20. Oktober 1981 gab der Testamentsvollstrecker eine Rangrücktrittserklärung ab, die u. a. wie folgt lautet:

Die Darlehensgeberin verpflichtet sich, ihre jetzigen und künftigen Forderungen an die Darlehensnehmerin solange nicht geltend zu machen solange die teilweise oder vollständige Begleichung dieser Forderungen zu einer Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von § 130 a HGB führt.

Auf Antrag vom 5. April 1982 wurde am 4. Oktober 1982 über das Vermögen der Kommanditgesellschaft das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt.

Der Kläger macht geltend, am 31. Oktober 1981 sei das Vermögen der Kommanditgesellschaft mit 1.061.900 DM überschuldet gewesen; der Beklagte habe nach diesem Zeitpunkt

an verschiedene Gläubiger insgesamt 178.093,24 DM gezahlt.
Der Kläger klagt auf Ersatz dieses Betrages.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Versäumnisurteil zur Zahlung von 177.998,79 DM verurteilt, dieses Urteil später wieder aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten und den Beklagten zur Zahlung weiterer 94,45 DM verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Die Revision wendet sich mit Recht gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kommanditgesellschaft sei am 31. Oktober 1981 überschuldet gewesen. Grundlage seiner Entscheidung ist die vom Kläger für den Stichtag 31. Oktober 1981 aufgestellte, mit einer Überschuldung von 1.061.900 DM abschließende Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven, in der als Verbindlichkeiten auch die Darlehensschulden gegenüber Hedwig H. [REDACTED] in Höhe von 712.000 DM sowie gegenüber der Vereins- und Westbank in Höhe von 770.000 DM ausgewiesen sind, die wiederum - zumindest in Höhe von 600.000 DM - durch Bürgschaft von seiten Hedwig Harders sowie mittelbar durch Grundschulden abgesichert war. Das Berufungsgericht unterstellt zugunsten des Beklagten,

daß die Darlehensschuld in Höhe von 712.000 DM nicht in die Überschuldungsrechnung hätte aufgenommen werden dürfen. Es führt aus, daß der vom Testamentsvollstrecker am 20. Oktober 1981 erklärte Rangrücktritt diese Forderung erfaßt hätte, falls sie zum Nachlaß gehört und damit seiner Verwaltung unterlegen haben sollte. Ob das letztere der Fall gewesen sei, brauche nicht aufgeklärt zu werden; selbst wenn die Rangrücktrittserklärung dieses Darlehen erfaßt habe, bleibe nämlich immer noch eine Überschuldung von rund 300.000 DM. Denn der Kläger habe die von der Kommanditistin Harder zugunsten der Vereins- und Westbank abgesicherte Darlehensschuld in Höhe von 770.000 DM mit Recht in die Überschuldungsbilanz aufgenommen, weil zu den in dieser Bilanz zu berücksichtigenden Passiva auch kapitalersetzende Gesellschafterleistungen zählten, solange nicht vereinbart worden sei, daß sie im Range hinter die übrigen Verbindlichkeiten zurücktreten. Die Rangrücktrittserklärung des Testamentsvollstreckers habe hieran nichts geändert; denn der Umstand, daß auch künftige Forderungen im Range hätten zurücktreten sollen (in diesem Falle der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nach Befriedigung der Bank), ändere nichts daran, daß am 31. Oktober 1981 die Schuld in Höhe von 770.000 DM bestanden habe. Diese Ausführungen haben keinen Bestand, weil das Berufungsgericht wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hat.

2. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend der Frage nicht weiter nachgegangen, ob es sich bei den Darlehen und Sicherheiten, die der Kommanditgesellschaft von der Kommanditistin zur Verfügung gestellt worden sind, um kapitalersetzende Gesellschafterleistungen im Sinne des

§ 32 a GmbHG, § 129 a HGB oder der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gehandelt hat. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob diese Leistungen allgemein oder nur unter bestimmten Voraussetzungen im Überschuldungsstatus nicht als Verbindlichkeiten zu passivieren sind; einig ist man sich aber darin, daß eine Passivierung zumindest dann nicht in Betracht kommt, wenn der Gesellschafter mit der Gesellschaft vereinbart, daß sein Anspruch auf Rückzahlung hinter die der übrigen Gläubiger zurücktreten und aus einem Liquidationsüberschuß oder aus künftigem die sonstigen Schulden der Gesellschaft übersteigenden Vermögen zu befriedigen ist. Ein solcher Rangrücktritt ist im vorliegenden Falle vereinbart worden.

3. Der Rangrücktritt ist nicht nur möglich, wenn der Gesellschafter die kapitalersetzende Leistung der Gesellschaft unmittelbar zur Verfügung gestellt hat. Auch Darlehensverbindlichkeiten gegenüber Dritten, die kapitalersetzend sind, weil ein Gesellschafter sie durch Übernahme einer Bürgschaft oder Bestellung von Grundschulden abgesichert hat, dürfen im Überschuldungsstatus fehlen, falls der Gesellschafter durch Vereinbarung mit der Gesellschaft klarstellt, daß er im Innenverhältnis zu dieser die Schuld zu tilgen und die Gesellschaft gegen ihn einen vollwertigen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen hat, falls der Gläubiger sie in Anspruch nimmt. Dieser Ansicht ist auch das Berufungsgericht. Es verkennt nur, daß ein solcher Rangrücktritt die Summe der Verbindlichkeiten sofort und nicht erst dann verringert, wenn der Gesellschafter die Gesellschaftsschuld tilgt und nunmehr von der Gesellschaft seine Aufwendungen nicht ersetzt bekommt, weil er für die Dauer

der Überschuldung darauf verzichtet hat. Ein Bürge hat gegen den Schuldner nicht erst dann einen Anspruch, wenn er den Gläubiger befriedigt, sondern schon von Übernahme der Bürgschaft ab einen Freistellungsanspruch, der unter den Voraussetzungen des § 775 BGB fällig werden kann. Denn der Bürge hat im Verhältnis zum Schuldner nicht an dessen Stelle zu leisten, sondern nur dessen Kredit zu sichern (vgl. Sen.Urt. v. 9.10.1986 - II ZR 58/86, WM 1986, 1554, 1555). Dieses Verhältnis kehrt sich um, wenn ein Gesellschafter durch Übernahme der Bürgschaft eine kapitalersetzende Leistung erbringt oder in Fällen, in denen die Bürgschaft bisher nicht den Charakter von Kapitalersatz hatte, mit der Gesellschaft einen Rangrücktritt vereinbart; solange diese Voraussetzungen vorliegen, hat nunmehr nicht mehr der Bürge gegen die Gesellschaft einen Freistellungsanspruch, sondern umgekehrt diese gegen den Bürgen (vgl. Sen.Urt. v. 14.10.1985 - II ZR 280/84, WM 1986, 18, 19, für den Fall der kapitalersetzenden Bürgschaft). Erklärt der für die Gesellschaft bürgende Gesellschafter den Rangrücktritt, so stellt er entweder (für die Prüfung der Überschuldung hinreichend) klar, was ohnehin schon gilt, daß nämlich wegen des kapitalersetzenden Charakters seiner Leistung seine Ansprüche gegen die Gesellschaft jetzt und in Zukunft denen der anderen Gläubiger im Range nachgehen, oder er verschafft seinen Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüchen erstmals diesen Rang mit der Folge, daß seine bis dahin freie Leistung nunmehr zu Kapitalersatz wird und die Gesellschaft gegen ihn derartige Ansprüche hat, solange ihr Vermögen das Stammkapital nicht deckt. Für die Frage, wie weit die Darlehensschuld im Überschuldungsstatus fehlen darf oder durch Aktivierung des Freistellungsanspruchs ausgeglichen werden

kann, kommt es allerdings entscheidend auf den Wert dieses Anspruchs an. Im vorliegenden Falle hat die Kommanditistin die Schuld gegenüber der Bank mindestens im Werte der bestellten Grundschulden von 600.000 DM getilgt; dieser Umstand könnte dafür sprechen, daß der am 31. Oktober 1981 bestehende Anspruch der Gesellschaft, von ihrer Darlehensschuld gegenüber der Bank befreit zu werden, mindestens soviel wert gewesen ist. Hätte das Berufungsgericht im Rahmen seiner Feststellungen und Unterstellungen die Summe der Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus nicht nur um die Darlehensschuld gegenüber der Kommanditistin (712.000 DM) gekürzt, sondern zusätzlich um die Schuld gegenüber der Bank in Höhe von 600.000 DM, so hätte es die Frage, ob am 31. Oktober 1981 das Vermögen der Kommanditgesellschaft deren Schulden deckte, bejahen und demnach die Berufung des Klägers zurückweisen müssen.

4. Die Sache wird zurückverwiesen, damit das Berufungsgericht die fehlenden Feststellungen, insbesondere zur Nachlaßzugehörigkeit der Darlehensforderung und zum Wert der Forderung auf Freistellung, nachholen kann. Anlässlich der erneuten Verhandlung hat der Beklagte auch Gelegenheit, die übrigen mit der Revision erhobenen Rügen vorzubringen.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Brandes

Dr. Henze