

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GmbHG §§ 32 b, 30, 31

Gesellschafterbürgschaft als Eigenkapitalersatz; zu den Anforderungen an die Feststellung der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 1995 - II ZR 128/94 - OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

II ZR 128/94

Verkündet am:
11. Dezember 1995
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dipl.-Sozialwirt Egon K. [REDACTED] als Konkursverwalter über das
Vermögen der M. [REDACTED] Maschinen-Service F. [REDACTED] GmbH,
A. [REDACTED]straße [REDACTED], H. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. ...
2. Ingenieur Friedhelm S. [REDACTED], Am K. [REDACTED], A. [REDACTED],
3. Heizungsbauer Ulrich J. [REDACTED], O. [REDACTED]straße [REDACTED], L. [REDACTED],
4. Schmiedemeister Rolf B. [REDACTED], H. [REDACTED] Straße [REDACTED],
S. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
zu 2:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

- Prozeßbevollmächtigter
zu 3 und 4:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1995 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhricht, Dr. Henze, Dr. Goette und Prof. Dr. Greger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 27. April 1994 aufgehoben, soweit es auch die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen und dem Kläger auch insoweit die Kosten auferlegt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der M. Maschinen-Service F. GmbH (Gemeinschuldnerin). Der Beklagte zu 2 (künftig auch Beklagter) ist neben dem bereits in erster Instanz durch rechtskräftiges Versäumnisurteil verurteilten Beklagten zu 1 Gründer und Gesellschafter der im März 1985 mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM errichteten Gemeinschuldnerin. Am 18. März 1991 übernahm der Beklagte eine unbegrenzte Bürgschaft für den von der Gemeinschuldnerin bei ihrer Hausbank, der D. Bank, in wechselnder Höhe laufend in Anspruch genommenen Kredit. Dieser Kredit, der sich am 23. Juli 1991 auf 113.974,30 DM belief, wurde durch Einreichung von zwei Kundenschecks am 2. Juli und 23. Juli 1991 abgelöst. Mit Schreiben vom 24. Juli 1991 teilte die Bank den Gesellschaftern mit, daß die Bürgschaft erloschen sei. Am 1. August 1991 wurde für die Gemeinschuldnerin Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt. Am 27. September 1991 erfolgte die Eröffnung des Anschlußkonkursverfahrens.

Nach Ansicht des Klägers sind die von dem Beklagten und seinen früheren Mitbeklagten zu 1 sowie zu 3 und 4 hingebenen Bürgschaften kapitalersetzend gewesen, weil sie in der Gesellschaftskrise der Gewährung oder Verlängerung des von der Bank eingeräumten Kredits gedient hätten. Er hat deshalb die Verurteilung des Beklagten als Gesamtschuldner neben seinen früheren Mitbeklagten zur Zahlung von 113.974,30 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen beantragt. Die gegen den Beklagten und gegen seine ehemaligen Mitbeklagten zu 3 und 4 gerichtete Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg.

Nachdem der Senat durch Beschluß vom 19. Juni 1995 die Annahme der Revision abgelehnt hat, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage gegen die früheren Beklagten zu 3 und 4 wendet, verfolgt der Kläger seinen in den Vorinstanzen gestellten Antrag nur noch gegen den Beklagten weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit die Vorinstanzen auch die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen haben.

I. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob das der Gemeinschuldnerin von der D[REDACTED] Bank gewährte Darlehen eigenkapitalersetzend gewesen ist, da der Zurechnungstatbestand auch dem Gesellschafter müsse entgegengehalten werden können, wofür hinsichtlich des Darlehens nichts ersichtlich sei. Es prüft sodann aber gleichwohl, ob die u.a. von dem Beklagten für dieses Darlehen übernommene Bürgschaft eigenkapitalersetzend gewesen sein könnte, was es mit der Begründung verneint, der Kläger habe weder hinreichend dargelegt, daß die Gemeinschuldnerin bereits bei Übernahme der Bürgschaft am 18. März 1991 überschuldet gewesen sei, noch daß der Beklagte später im Zeitpunkt der Überschuldung der Gesellschaft seine Bürgschaft bewußt stehengelassen habe. Diese Erwägungen halten rechtlicher Prüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

II. 1. Das Berufungsgericht verkennt, indem es den eigenkapitalersetzenden Charakter des von der Gemeinschuldnerin in Anspruch genommenen Bankdarlehens und der dafür u.a. von dem Beklagten zu 2 übernommenen Bürgschaft jeweils getrennt voneinander prüft, die zwischen beiden bestehende Wechselwirkung. Wenn das Berufungsgericht die eigenkapitalersetzende Funktion des Darlehens -was im vorliegenden Zusammenhang nur bedeuten kann: die Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft- dahingestellt läßt, was zur Folge hat, daß diese zugunsten des Klägers zu unterstellen ist, so bleibt es ganz abgesehen von den rechtlichen Bedenken, die schon diese Form der Fragestellung hervorrufen muß, bei Fehlen weiterer Feststellungen schwer nachvollziehbar, mit welcher Begründung das Berufungsgericht die für das Darlehen hingeebene Gesellschafterbürgschaft nicht schon im Zeitpunkt ihrer Übernahme als eigenkapitalersetzend gelten lassen will.

2. Diesen Widerspruch löst das Berufungsgericht auch in seinen weiteren Ausführungen allenfalls teilweise auf, indem es meint, der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, daß die Gemeinschuldnerin bereits im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft überschuldet gewesen sei. Seine Entscheidung kann aber jedenfalls schon deshalb keinen Bestand haben, weil es nicht einmal ansatzweise prüft, ob die Gemeinschuldnerin bereits bei Übernahme der Bürgschaft am 18. März 1991 kreditunwürdig war.

Da der Kläger hierzu substantiiert und unter Beweisantritt sowie unter Verweisung auf seine umfangreiche Darstellung der Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage der Ge-

meinschuldnerin seit 1987 vorgetragen hatte und sich dabei ausdrücklich auch auf die Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin bezogen hatte, schöpft das Berufungsgericht den klägerischen Sachvortrag, wie die Revision mit Erfolg rügt, nicht aus, wenn es den Streitstoff allein unter dem Gesichtspunkt der Überschuldung würdigt.

Die Prüfung einer bereits im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bestehenden Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft mußte sich im gegebenen Fall um so mehr aufdrängen, als das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, daß die spätere Gemeinschuldnerin bereits per 31. Dezember 1990 ihr Stammkapital bis auf einen Rest von 19.434,67 DM verloren und ausweislich der vorgelegten Summen- und Saldenliste per 31. Mai 1991 nur einen Rohertrag von 78.373,81 DM zu verzeichnen hatte, dem Kosten in Höhe von 118.820,-- DM gegenüberstanden. Zwar soll dies nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zur Feststellung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin schon in diesem Zeitpunkt ausreichen, was das Berufungsgericht mit dem nicht recht verständlichen Hinweis, die genannten Zahlen ergäben sich nur aus der Summen- und Saldenliste der Gesellschaft, sowie im Hinblick auf den noch bis Mai 1991 erzielten -für die Ertragslage der Gesellschaft allerdings wenig aussagekräftigen- Umsatz von 145.000,-- DM zu begründen sucht. Jedenfalls ändert dies nichts daran, daß es kaum vorstellbar ist, wie eine Gesellschaft, die ihr Stammkapital bereits vollständig oder jedenfalls bis auf geringe Reste verloren hatte, möglicherweise sogar zumindest bilanziell überschuldet war, über keine wesentlichen stillen Reserven und nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers auch über keine Vermögensgegenstände verfügte,

die sie ihren Kreditgebern als Sicherheit hätte anbieten können, aus eigener Kraft über den Kredit verfügt haben sollte, der erforderlich war, um nicht nur den bisher in Anspruch genommenen Kredit von 82.000,-- DM weiterzuführen, sondern darüber hinaus ihren Kreditrahmen auf 104.000,-- DM zu erhöhen. Bei dieser Sachlage legen bereits die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts die Annahme einer Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin schon im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft zumindest äußerst nahe. An dieser Bewertung könnte es nichts ändern, wenn die Überziehung der Kreditlinie dadurch erforderlich geworden sein sollte, daß die Gemeinschuldnerin zusätzliches Kapital benötigte, um das zur Abwicklung der von ihr eingeworbenen Aufträge L [REDACTED] und Dr. H [REDACTED] benötigte Material einkaufen zu können. Unterstellt man die Richtigkeit dieses Vortrags, so würde dies vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Vermögenslage der Gemeinschuldnerin im Frühjahr 1991 im Zusammenhang mit der unstreitigen Tatsache, daß die Bank die Erweiterung der Kreditlinie davon abhängig machte, daß die Gesellschafter sich in unbeschränkter Höhe für den gesamten Kreditsaldo verbürgten, lediglich zusätzlich belegen, daß die Gemeinschuldnerin den benötigten zusätzlichen Kredit ohne Besicherung durch ihre Gesellschafter nicht erhalten hätte und damit aus eigener Kraft nicht mehr in der Lage war, den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs notwendigen Kredit von dritter Stelle aus eigener Kraft zu marktüblichen Bedingungen zu erhalten. Darüber hinaus hat der Kläger Beweis dafür angeboten, daß die Bank sogar die Kündigung der bestehenden Kredite für den Fall angedroht hatte, daß die Gesellschafter nicht zur Übernahme der von ihnen geforderten persönlichen Bürgschaften bereit wären.

3. Darüber hinaus ist das Berufungsurteil auch deshalb fehlerhaft, weil es eine Umqualifizierung der von dem Beklagten zu 2 übernommenen Bürgschaft in Eigenkapitalersatz durch späteres Stehenlassen mit der Begründung ablehnt, der Kläger habe nicht dargelegt und bewiesen, daß der Beklagte zu 2 seine Bürgschaft zum Zeitpunkt der Überschuldung der Gemeinschuldnerin bewußt stehengelassen habe. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Sen.Urt. v. 7. November 1994 - II ZR 270/93, ZIP 1994, 1934 = WM 1994, 2280 u. v. 28. November 1994 - II ZR 77/93, ZIP 1995, 23) ist es nicht erforderlich, daß der Gesellschafter bei Eintritt der Krise eine bewußte Finanzierungsentscheidung im Sinne einer Weitergewährung bisher zur Verfügung gestellter Gesellschafterhilfen getroffen hat. Es reicht vielmehr aus, daß er die Möglichkeit hatte, die Krise der Gesellschaft zu erkennen, und darauf nicht durch Abzug seiner Kredithilfe, bei der Bürgschaft durch Geltendmachung der Rechte aus § 775 BGB, oder durch Liquidation der Gesellschaft, sei es mit oder ohne Durchführung eines Insolvenzverfahrens, reagiert hat, wofür ihm nicht unähnlich dem Geschäftsführer (§ 64 Abs. 1 GmbHG) allenfalls eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Wochen zur Verfügung steht (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 19. Dezember 1994 - II ZR 10/94, ZIP 1995, 280). Da das Fehlen dieser Kenntnismöglichkeit als Ausnahmetatbestand zu betrachten ist und ihr Bestehen als Regelfall (vgl. dazu Sen.Urt. v. 7. November 1994 aaO insbes. ZIP 1994, 1938 f.), konnte es entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht Sache des Klägers sein darzulegen und zu beweisen, wann, wo und wie der Beklagte zu 1 als Geschäftsführer den Beklagten zu 2 von dem Eintritt der Krise informiert haben sollte. Es wäre vielmehr an dem Beklagten zu 2 gewesen, darzulegen und

zu beweisen, warum er ausnahmsweise auch bei Wahrnehmung der ihm als Gesellschafter treffenden Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft, notfalls unter Ausschöpfung der ihm als Gesellschafter zu Gebote stehenden Informationsmöglichkeiten (vgl. § 51 a GmbHG), nicht in der Lage gewesen sein will, Kenntnis von dem kritischen Zustand der Gesellschaft zu erlangen. Nach dem bisherigen Vorbringen des Klägers ist davon auszugehen, daß er den Eintritt der Gesellschaftskrise, also der Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft, spätestens für Ende Mai 1991, mindestens aber in dem sich daran anschließenden Zeitraum vortragen will, so daß die Gesellschafterbürgschaften zum Zeitpunkt ihres Freiwerdens auch unter Berücksichtigung der den Gesellschaftern zustehenden Überlegungsfrist bereits eigenkapitalersetzend geworden waren. Darauf wird es allerdings nur dann ankommen, wenn sich die Gemeinschuldnerin nicht schon, wie der Kläger in erster Linie behauptet, bei Übernahme der Bürgschaft im Zustand der Kreditunwürdigkeit oder Überschuldung befand.

Bei dieser Sachlage ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht den Prozeßstoff unter Beachtung der vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkte mit den Parteien

erörtern und neu würdigen kann. Die Zurückweisung gibt dem Berufungsgericht zugleich Gelegenheit, dadurch etwa zusätzlich erforderlich werdende tatsächliche Feststellungen nachzuholen.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Dr. Goette

Dr. Greger