

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GmbHG §§ 30, 31, 32 a, b

Will der Gesellschafter einer GmbH seine der Gesellschaft in der Krise gewährte oder belassene Leistung nicht als Eigenkapitalersatz gelten lassen, so ist es regelmäßig an ihm darzulegen, warum er ausnahmsweise keine Möglichkeit gehabt haben will, den Eintritt der Gesellschaftskrise zu erkennen.

BGH, Urt. v. 17. Februar 1992 - II ZR 154/91 - OLG Frankfurt
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 154/91

URTEIL

Verkündet am:
17. Februar 1992
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klaus K., Rechtsbeistand, als Konkursverwalter über
das Vermögen der Friedrich K. GmbH,
H. Straße, D.,

Kläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin -

g e g e n

1. Architekt Herbert F., H. Allee, D.,

2. Kaufmann Thomas F., H. Allee, D.,

3. Kerstin F., G. Straße, I./Österreich,

Beklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Frhr. v. -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. April 1991 aufgehoben.

Die Sache wird 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](#)

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger ist laut Beschluß des Amtsgerichts Darmstadt vom 5. Juli 1988 Konkursverwalter über das Vermögen der Friedrich K. GmbH (Gemeinschuldnerin). Die Beklagten sind deren Gesellschafter. Von dem Stammkapital der Gemeinschaftschuldnerin hält der Beklagte zu 1 einen Anteil von 150.000,-- DM, sein Sohn, der Beklagte zu 2, von 315.000,-- DM und seine Tochter, die Beklagte zu 3, von 50.000,-- DM. Die Beklagten verbürgten sich zu einem nicht mitgeteilten Zeitpunkt sämtlich in unbeschränkter Höhe für die Kreditverbindlichkeiten der Gemeinschaftschuldnerin gegenüber der Stadt- und Kreissparkasse D. (Bank). In einem Bericht der IHK D. vom 17. November 1987, der im Verlauf des der Konkurseröffnung vorangegangenen Vergleichsverfahrens erstattet wurde, heißt es u.a., der Gemeinschaftschuldnerin habe in den zurückliegenden Jahren "keine ausreichende Eigenkapitaldecke zur Verfügung gestanden"; die Gesellschafter hätten mehrfach "kapitalersetzende Darlehen" gewährt, der Rohertrag sei von 21,28 % im Jahre 1984 auf 4,91 % im Jahre 1986 gefallen. Die Verbindlichkeiten der Gemeinschaftschuldnerin gegenüber der Bank betrügen 3.259.039,23 DM. Die vorgenannten Verbindlichkeiten seien "weitestgehend durch Grundbesitz der Gesellschafter bzw. einer Erbengemeinschaft, die auch aus den Personen der Gesellschafter" bestehe, in Höhe von 4.527.000,-- DM gesichert. Der von der Bank gewährte Kredit wurde im Jahre 1989 um einen Betrag von 396.865,-- DM zurückgeführt. Die Mittel stammten aus dem Verkauf einzelner Teile eines im Eigentum der Gemeinschaftschuldnerin stehenden Grundstücks. Der Kläger hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen. Die Beklagten seien durch die Rück-

zahlung in gleicher Höhe von ihrer Bürgschaft gegenüber der Bank bzw. ihrer Haftung mit den ihr gestellten Grundpfandrechten frei geworden und deshalb nach Eigenkapitalersatzregeln verpflichtet, der Masse einen entsprechenden Betrag zu erstatten.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag in Höhe von 150.000,-- DM weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Keinen Erfolg haben allerdings die Angriffe der Revision, die sich dagegen richten, daß sich das Berufungsgericht außerstande gesehen hat festzustellen, daß die von den Beklagten für die Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin bei der Stadt- und Kreissparkasse D[REDACTED] gestellten Sicherheiten schon zum Zeitpunkt ihrer Gewährung eigenkapitalersetzend gewesen seien. Der Kläger hat trotz einer entsprechenden schriftlichen Auflage des Berufungsgerichts weder schlüssig vorgetragen, wann die Gemeinschuldnerin den in dem Bericht der IHK D[REDACTED] vom 17. November 1987 erwähnten Kredit über (jedenfalls zuletzt) 3.249.039,23 DM aufgenommen hat, noch ausreichend substantiierte Angaben dazu gemacht, wer von den Beklagten wann welche Sicherheiten in welcher Höhe gestellt haben soll. Ebenso fehlt es an

17

einer substantiierten, durch entsprechende Indiztatsachen belegten Angabe darüber, wann bei der Gemeinschuldnerin Liquiditätsengpässe aufgetreten sind, die dazu angetan waren, eine Krise der Gesellschaft im Sinne der Eigenkapitalersatzregeln zu begründen. Selbst wenn man angesichts der auf den Auskünften der Beklagten zu 1 und 2 beruhenden Angaben in dem Bericht der IHK D[REDACTED] vom 17. November 1987, den der Kläger zum Gegenstand seines Parteivortrags gemacht hat, sowie des eigenen Vortrags der Beklagten im Schriftsatz vom 4. April 1991 (Seite 4), wonach die Gemeinschuldnerin ohne die von den Gesellschaftern gestellten Sicherheiten ab 1984 von keiner Seite mehr Kredit erhalten hätte, davon ausgeht, daß die Gemeinschuldnerin spätestens im Jahre 1984 kreditunwürdig gewesen ist, ermöglicht dies nicht die Feststellung eines Eigenkapitalersatzcharakters der von den Beklagten gewährten Sicherheiten schon im Zeitpunkt ihrer Bestellung. Es bleibt nämlich auch dann in Ermangelung einer substantiierten Darlegung der Entwicklung der Kreditverbindlichkeit der Gemeinschuldnerin bei der Bank sowie des Zeitpunkts der Einräumung der von den Beklagten gestellten Sicherheiten offen, ob letztere vor oder nach Eintritt der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft gestellt worden sind. Die "gegriffen" wirkende, in jeder Hinsicht unpräzise Angabe des Klägers, der Kreditsaldo habe schon 1984 bei (ca.) 2.000.000 DM gelegen, was darauf schließen lasse, daß auch noch in der darauffolgenden Zeit weiterer Kredit in Anspruch genommen worden sei, vermag den hier erforderlichen konkreten Sachvortrag ebensowenig zu ersetzen wie das im Gegensatz zu dem Bestreiten weiterer Darlehensaufnahmen seit 1984 im Termin vor dem Berufungsgericht am 6. März 1991 stehende Vorbringen der Beklagten, ohne Mit-

belastung privaten Bodens hätte eine Darlehensgewährung in den Jahren seit 1984 nicht erfolgen können. Dies gilt um so mehr, als nicht einmal vorgetragen worden ist, wem dieser Grundbesitz gehörte und in welcher Weise dieser im einzelnen belastet worden ist. Das Berufungsgericht stellt dazu - insoweit von der Revision nicht angegriffen - lediglich fest, ausweislich des Berichts der IHK D[REDACTED] vom 17. November 1987 seien die Verbindlichkeiten der Gesellschaft "weitestgehend durch Grundbesitz der Gesellschafter bzw. einer Erbengemeinschaft, die auch aus den Personen der Gesellschaft bestehe", in Höhe von 4.527.000 DM gesichert gewesen. Bei dieser Sachlage ist selbst unter Berücksichtigung des weiteren, aber gleichfalls völlig unsubstantiiert gebliebenen Vortrags des Klägers, noch im Jahre 1986 sei ein Darlehen über 500.000 DM aufgenommen worden, entgegen der Ansicht der Revision für die Anwendung von § 138 Abs. 3 und 4 ZPO kein Raum.

II. Die Revision muß jedoch Erfolg haben, weil das Berufungsgericht mit rechtlich nicht zutreffender Begründung auch ein Stehenlassen der von den Beklagten gewährten Sicherheiten nach Eintritt der Krise der Gemeinschuldnerin verneint hat.

1. Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, kann eine eigenkapitalersetzende Leistung der Gesellschafter auch darin liegen, daß sie eine Sicherheit, die sie für einen Fremdkredit der Gesellschaft gestellt haben und die insbesondere auch in der Übernahme einer Bürgschaft liegen kann, in einer Lage aufrechterhalten, in der die Gesellschaft von

dritter Seite aus eigener Kraft keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr hätte erhalten können (BGHZ 81, 252 und st. Rspr.). Dies gilt sowohl im Rahmen der §§ 32 a, b GmbHG als auch der auf eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG gestützten Rechtsprechungsregeln.

Nach den dazu vom Berufungsgericht im unstreitigen Tatbestand seines Urteils getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, daß sich die Beklagten sämtlich in unbeschränkter Höhe für die Kreditverbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin bei der Stadt- und Kreissparkasse D[REDACTED] verbürgt haben. Offengeblieben ist in Ermangelung eines entsprechenden substantiierten Vortrag des Klägers lediglich der Zeitpunkt, in dem die Übernahme oder auch spätere etwaige Erweiterungen dieser zuletzt unbeschränkten Bürgschaft erfolgt sein sollen. Des weiteren liegt es nach dem Vorbringen beider Parteien nahe anzunehmen, daß die Gemeinschuldnerin nicht erst unmittelbar vor Einleitung des Insolvenzverfahrens im September 1987 kreditunwürdig geworden ist, was für einen rechtzeitigen Abzug der von den Beklagten zur Verfügung gestellten Gesellschafterhilfen u.U. keinen genügenden Raum mehr gelassen hätte (vgl. dazu SenUrt. v. 24. September 1990 - II ZR 174/89, ZIP 1990, 1467, 1468), sondern daß dieser Tatbestand bereits zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist. Nach dem unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers soll dieser Zeitpunkt spätestens im Jahre 1984 gelegen haben. Dafür spricht sowohl der hohe Bilanzverlust von 2.565.000 DM, den die Gesellschaft (trotz eines gewissen seit 1983 erfolgten Verlustabbaus) in diesem Jahr aufzuweisen hatte und dem lediglich ein Stammkapital von 515.000 DM gegenüberstand, als auch der eigene Vortrag der Beklagten,

in den Jahren seit 1984 sei eine nennenswerte, der Gesellschaft Liquidität verschaffende Kreditaufnahme nur noch durch Mitbelastung privaten Grund und Bodens möglich gewesen, da die Gesellschaft zur Stellung von Sicherheiten aus ihrem eigenen Vermögen nicht mehr in der Lage gewesen sei. Von 1984 als dem Jahr des Eintritts der Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin will anscheinend, ohne dazu allerdings eindeutige Feststellungen zu treffen, auch das Berufungsgericht ausgehen, wie seine Ausführungen zeigen, es sei kein Umstand ersichtlich, daß die Gemeinschuldnerin vor 1984 mit der Bank zu nicht marktüblichen Bedingungen gearbeitet habe. Spätestens aber dürfte die Gemeinschuldnerin im Jahr 1986 kreditunwürdig gewesen sein, nachdem ihre nur vorübergehend erfolgreichen Versuche, ihren Bilanzverlust zu verringern, gescheitert waren und dieser auf den neuen Höchststand von 3.218.300 DM gestiegen war. Das Berufungsgericht wird dazu noch genauere Feststellungen zu treffen haben.

Ist mithin davon auszugehen, daß die Gemeinschuldnerin ab 1984, spätestens aber ab 1986, kreditunwürdig war, so hätte das Berufungsgericht den eigenkapitalersetzenden Charakter jedenfalls der von den Beklagten gestellten Bürgschaften, möglicherweise auch der von ihnen eingeräumten Grundpfandrechte, zu denen allerdings bisher nähere tatsächliche Feststellungen fehlen, nicht mit der von ihm gegebenen Begründung verneinen dürfen. Soweit die Gemeinschuldnerin noch nach diesem Zeitpunkt zusätzliche Kredite in Anspruch genommen haben sollte, waren die dafür von ihren Gesellschaftern übernommenen Bürgschaften von Anfang an eigenkapitalersetzend. Soweit die Kreditaufnahme und die Verbürgung

der Gesellschafter schon vorher erfolgt waren, erlangten die bei Begründung der Kreditverbindlichkeit eingegangenen Gesellschafterbürgschaften - die weiteren Voraussetzungen für die Umqualifizierung zunächst unterstellt - eigenkapitalersetzenden Charakter spätestens dadurch, daß die Gesellschafter sie auch über den Eintritt der Krise hinaus aufrechterhielten. Wenn sich das Berufungsgericht mithin wegen der fehlenden konkreten Angaben des Klägers zu den Zeitpunkten der Kreditaufnahme und der Begründung der sie sichernden Gesellschafterbürgschaften zu Recht (vgl. oben unter I.) nicht davon zu überzeugen vermochte, daß die von den Beklagten in unbeschränkter Höhe eingegangenen Bürgschaften für die Kreditverbindlichkeit ihrer Gesellschaft schon bei ihrer Begründung eigenkapitalersetzend waren, so mußte sich die Prüfung, ob diese Bürgschaften nicht dadurch eigenkapitalersetzend geworden waren, daß sie auch über den Eintritt der für die Jahre 1984 bis 1986 anzunehmenden Kreditunwürdigkeit hinaus bis zum endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft aufrechterhalten wurden, nachdrücklich aufdrängen. Bei dieser Sach- und Rechtslage durfte das Berufungsgericht der Klage den Erfolg im Ergebnis nicht deshalb versagen, weil der Kläger nicht die genauen Zeitpunkte der Kreditaufnahme und der Übernahme der die Rückzahlungsverbindlichkeit sichernden Gesellschafterbürgschaften vorgetragen hat.

2. Es ist allerdings, ohne daß das angefochtene Urteil dies mit hinlänglicher Sicherheit erkennen läßt, nicht auszuschließen, daß auch das Berufungsgericht dies nicht verkannt hat und die Klage lediglich deshalb abweisen will, weil es die Voraussetzungen für ein Aufrechterhalten der Bürgschaften in der Krise nicht für erfüllt erachtet. Auch insoweit sind seine Ausführungen jedoch von Rechtsfehlern beeinflußt.

a) Wie der Senat bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist es für das die Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapitalersatz auslösende Stehenlassen einer Gesellschafterhilfe über den Zeitpunkt des Eintritts der Krise der Gesellschaft hinaus nicht erforderlich, daß die Weitergewährung auf einer mit der Gesellschaft (ausdrücklich oder konkludent) getroffenen Finanzierungsabrede beruht. Auch eine ohne rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit der kreditunwürdig gewordenen Gesellschaft belassene Gesellschafterleistung ersetzt in gesellschaftsrechtlich nicht zu billiger Weise notwendiges Eigenkapital (vgl. SenUrt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84, WM 1985, 1028, 1029; ebenso Urt. v. 12. Januar 1987 - II ZR 63/86, WM 1987, 284, 285; jeweils sowohl für §§ 32 a ff. als auch für §§ 30, 31 GmbHG). Bisher offengelassen hat der Senat lediglich, ob das Stehenlassen einer Gesellschafterleistung in der Krise der Gesellschaft dem Gesellschafter auch dann als eigenkapitalersetzende Finanzierungsleistung zuzurechnen ist, wenn er von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft nichts wußte und nichts wissen mußte (vgl. BGHZ 75, 334, 338 f; Urt. v. 6. Mai 1985 aaO). Auch der vorliegende Fall nötigt nicht dazu, diese Frage zu entscheiden, da jedenfalls nach dem bisherigen Sachstand nichts dafür dargetan ist, daß die Beklagten die wirtschaftliche Krisensituation ihrer Gesellschaft nicht kannten oder kennen mußten. Die Beklagten haben dazu lediglich vorgetragen, die Beklagten zu 2 und 3 seien 1984, d.h. in dem unterstellten frühesten Zeitpunkt des Eintritts der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft, erst 22 bzw. 20 Jahre alt gewesen und hätten ihre Beteiligungen nicht durch aktives Zutun, sondern aufgrund Erbfolge erworben. Dieses Vorbringen ist ersichtlich nicht dazu geeignet darzulegen,

daß sie die krisenhafte wirtschaftliche Situation ihrer Gesellschaft nicht gekannt haben und nicht kennen mußten. Ebenso wenig kommt es in dem gegebenen Zusammenhang auf die von dem Berufungsgericht angesprochene und offengelassene Frage an, ob die Beklagte zu 3 mit ihrer Beteiligung unternehmerische Interessen verfolgt. Noch deutlicher verhält es sich hinsichtlich des Beklagten zu 1, der gleichzeitig der Geschäftsführer der Gesellschaft war. Wenn das Berufungsgericht umgekehrt von dem Kläger die positive Darlegung der Umstände verlangt, aus denen sich ergeben soll, daß die Beklagten die wirtschaftliche Krisensituation ihrer Gesellschaft erkannten oder doch zumindest hätten erkennen müssen, so verkennt es, daß diese Erkenntnismöglichkeit nach der Rechtsprechung des Senats bei einer normalen Gesellschaft, wozu die vorliegend in Frage stehende Familiengesellschaft ohne weiteres zu zählen ist, im allgemeinen vorauszusetzen ist (BGHZ 75, 334, 339; Sen.Urt.v. 18. November 1991 - II ZR 258/90, WM 1992, 187 m.w.N.). Dementsprechend ist sie nicht von demjenigen, der sich auf den eigenkapitalersetzenden Charakter der von einem Gesellschafter gewährten Finanzierungshilfe beruft, darzulegen. Es obliegt vielmehr dem Gesellschafter, der seine der Gesellschaft in der Krise gewährte oder belassene Leistung ausnahmsweise nicht als Eigenkapitalersatz gelten lassen will, darzulegen, warum er die normalerweise ohne weiteres voraussetzende Kenntnismöglichkeit ausnahmsweise nicht besessen haben will.

b) Fehlerhaft sind schließlich auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach es dem Kläger oblegen hätte, im einzelnen darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen, welche rechtlichen Möglichkeiten die Beklagten aufgrund

der mit der Bank getroffenen Absprachen hatten, ihr Engagement als Sicherungsgeber zu beenden, da es ohne eine ausdrückliche vertragliche Abmachung nur wenig wahrscheinlich erscheine, daß die Beklagten auf ihr Ersuchen die von ihnen gestellten Sicherheiten von der Bank zurückerhalten hätten. Das Berufungsgericht verkennt dabei, daß der Versuch, von dem Gläubiger aus der Bürgschaftsverpflichtung entlassen zu werden, keineswegs der einzige Weg ist, auf dem ein Gesellschafter, der sich für die Kreditverbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt hat, seine Finanzierungshilfe für die aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähige Gesellschaft beenden kann. Denn auch wenn der von dem Berufungsgericht erörterte Weg - wie zumeist - nicht gangbar ist, bleibt dem Gesellschafter bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft die Möglichkeit, entweder unmittelbar die Abwicklung der Gesellschaft zu betreiben oder sie mittelbar dadurch zu erzwingen, daß er von der Gesellschaft nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB Befreiung von seiner Bürgschaft verlangt (BGHZ 81, 252, 257 st. Rspr.). Entsprechende Abwicklungsmöglichkeiten stehen ihm regelmäßig auch dann zu Gebote, wenn er im Auftrag der Gesellschaft andere Sicherheiten aus seinem Privatvermögen gestellt hat. Von der damit gegebenen Wahlmöglichkeit haben die Beklagten keinen Gebrauch gemacht.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache ist jedoch noch nicht zur Entscheidung reif, weil das Berufungsgericht zu einigen möglicherweise entscheidungserheblichen Fragen von seinem abweichenden rechtlichen Standpunkt aus keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Dies gilt insbesondere für den

bisher nur unterstellten Zeitpunkt des Eintritts der Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin sowie für die von dem Berufungsgericht offengelassene rechtliche Wirksamkeit der von der Beklagten zu 3 eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung. Die Sache ist deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhrich

Stodolkowitz

Dr. Goette