

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 30, 31

- a) Hat eine GmbH & Co. KG in einem Zeitpunkt, in dem sie dauernd zahlungsunfähig oder überschuldet und infolgedessen auch ihre Komplementär-GmbH konkursreif war, von einem ihrer Gesellschafter ein Darlehen erhalten, so ist dessen Rückgewähr vor einer Gesundung der Gesellschaften einer nach § 30 GmbHG verbotenen Kapitalauszahlung gleichzusetzen.
- b) Das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft das Darlehen nicht zur Abwendung des Konkurses, sondern für andere Zwecke verbraucht hat, oder wenn der Gesellschafter das Darlehen nicht an sie, sondern in ihrem Auftrag und für ihre Rechnung unmittelbar an einen Dritten ausgezahlt hat.
- c) Entsprechend liegt es, wenn der Gesellschafter nicht ein Darlehen gegeben, sondern im Auftrag und Interesse der Gesellschaft, die infolge Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hierzu nicht selber in der Lage ist, für einen Dritten gebürgt hat und die Gesellschaft ihm das auf die Bürgschaft Geleistete erstattet, bevor ihre wirtschaftliche Lage dies rechtfertigt.

BGH, Urt. v. 27. September 1976 - II ZR 162/75 - OLG Karlsruhe
LG Freiburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 162/75

URTEIL

Verkündet am
27. September 1976
Kaufmann
Justizsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Wolfgang S c h [REDACTED]
als Konkursverwalter der S [REDACTED] W [REDACTED] GmbH & Co. KG,
F [REDACTED], Sc [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,

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

gegen

den Kaufmann Eugen G [REDACTED], F [REDACTED]
R [REDACTED]weg [REDACTED]

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1976 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 13. Zivilsenat in Freiburg - vom 2. Juli 1975 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben, soweit die Klage in Höhe von 67.380,79 DM mit Zinsen abgewiesen und dem Kläger Kosten auferlegt wurden. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz fallen zu 7/15 dem Beklagten zur Last. Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der am 1. März 1972 in Konkurs geratenen S. W. GmbH & Co. KG (im folgenden: KG). Diese wurde am 30. August 1967 errichtet. Ihre Kommanditisten, darunter



der Beklagte, waren zugleich Mitglieder der persönlich haftenden Gesellschafterin, der ebenfalls seit dem 1. März 1967 in Konkurs befindlichen S. W. GmbH, die ihr Stammkapital von 50.000 DM satzungsgemäß in die KG einbrachte. Die Kommanditeinlagen beliefen sich auf 200.000 DM. Der Kläger verlangt vom Beklagten entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG die Erstattung von Leistungen, die er entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten habe.

Aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 2. Juli 1969 zahlten die Kommanditisten an die KG 60.000 DM, davon der Beklagte 7.500 DM, die zunächst an die Stelle einer entsprechenden Kommanditeinlage des ausscheidenden Gesellschafters H. treten sollten, dann aber als Darlehen behandelt wurden. Laut Gesellschafterbeschuß vom 25. September 1969 stellten die Kommanditisten der KG ferner "für die Zeit von mindestens 6, höchstens 8 Monaten ... zur Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten" insgesamt 305.000 DM als Darlehen zur Verfügung; davon entfielen auf den Beklagten 45.000 DM. Weitere Darlehen in Höhe von insgesamt 227.400 DM gewährten sie der KG gemäß Gesellschafterbeschuß vom 25. Mai 1970 "zur Ablösung der Bauzwischenfinanzierung bei der Städt. Sparkasse Pf. wegen A. straße" unter Verzicht auf Verzinsung bis zum 30. Juni 1971, darunter ein solches des Beklagten in Höhe von 39.500 DM; die Darlehen sollten ab 1. Februar 1971 in monatlichen Raten von je 1/5 der Darlehenssumme zur Rückzahlung fällig sein.

Gegen den ursprünglichen Hauptgesellschafter und Geschäftsführer H. [REDACTED] erhob die KG Schadensersatzansprüche, die in ihren Bilanzen zunächst zum 31. März 1969 mit rund 200.000 DM, danach ansteigend bis zu etwa 440.000 DM und schließlich zum 28. Februar 1972 noch mit rund 196.000 DM ausgewiesen waren. Durch Vertrag vom 28. Dezember 1970 traten die GmbH und die KG diesen Anspruch an ihre Gesellschafter, darunter den Beklagten, ab, und zwar "erfüllungshalber zum Zwecke der Rückzahlung der von den genannten Gesellschaftern unserer Gesellschaft gegebenen Darlehen, die notwendig waren, um die durch Herrn H. [REDACTED] der Gesellschaft verursachten Liquiditätsschwierigkeiten zu beheben". Bei der Versteigerung eines Grundstücks der Eheleute H. [REDACTED] auf dem zur Sicherung des Schadensersatzanspruchs für die Kommanditisten eine Grundschuld eingetragen war, erzielten die Kommanditisten im Juni 1971 einen Erlös von 271.124,08 DM, der mit ihren Darlehnsansprüchen gegen die KG verrechnet wurde; dem Beklagten flossen hierbei 42.830 DM zu. Unter Anrechnung auf die Darlehnsbeträge erstattete die KG außerdem den Kommanditisten die Zwangsversteigerungskosten, und zwar dem Beklagten einen Betrag von 425 DM.

Auf die Darlehen zahlte die KG den Kommanditisten nach einem Gesellschafterbeschuß vom 2. Februar 1971 Zinsen, und zwar auf die Darlehen von Mai 1970 auch für die Zeit, für die auf Verzinsung verzichtet worden war. Der Beklagte erhielt einen Betrag von 24.127,27 DM, von dem mindestens 16.746,48 DM auf die Darlehen entfielen.

Durch schriftliche Erklärung vom 13. Dezember 1968 hatte der Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft für Bankverbindlichkeiten des damaligen Gesellschafters Huber bis zum Höchstbetrag von 60.000 DM übernommen. Aus dieser Bürgschaft wurde er voll in Anspruch genommen. Aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses erstattete die KG dem Beklagten am 14. Dezember 1971 den Betrag von 60.000 DM und zahlte ihm für die zurückliegende Zeit Zinsen, die sich nach dem Vortrag des Beklagten auf 6.576,46 DM beliefen; ob er weitere 804,33 DM auf die Darlehen oder auf die Bürgschaftssumme erhalten hat, ist nicht geklärt. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte vorgetragen, er habe die Bürgschaft seinerzeit "treuhänderisch" für die KG und in deren Auftrag übernommen.

Der Kläger hat geltend gemacht, die beiden Gesellschaften seien von Anfang an unterkapitalisiert und schon bald dauernd zahlungsunfähig und überschuldet gewesen. Die Gesellschafterdarlehen hätten der Abwendung der Konkursantragspflicht gedient und seien folglich wie haftendes GmbH-Kapital zu behandeln, dessen Auszahlung an die Gesellschafter verboten gewesen sei. Dasselbe müsse für das "Bürgschaftsdarlehen" von 60.000 DM gelten. Der Kläger hat demgemäß beantragt, den Beklagten zur Zahlung von $(42.830 + 425 + 60.000 + 24.127,27 =)$ 127.382,27 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat erwidert, die Gesellschaften seien stets ausreichend mit Eigenkapital ausgestattet gewesen. Die Gesellschafterdarlehen seien nur zur Zwischenfinanzierung einzelner Bauvorhaben gegeben worden, um vorübergehende Liquiditätsschwierigkeiten zu überbrücken, die vor allem auf Verfehlungen des früheren geschäftsführenden Gesellschafters H. zurückzuführen seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 59.576,48 DM stattgegeben und im übrigen die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Der Kläger verfolgt seinen restlichen Klaganspruch mit Ausnahme des Kostenbetrages von 425 DM weiter, während der Beklagte die volle Abweisung der Klage erreichen möchte. Beide Parteien beantragen außerdem, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach § 31 Abs. 1 GmbHG muß ein Gesellschafter Zahlungen, die er entgegen dem Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erhalten hat, der Gesellschaft erstatten. Diese Vorschriften sind nach der Rechtsprechung des Senats auch auf Leistungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG an einen Kommanditisten, der zugleich der Komplementär-GmbH angehört, insoweit anzuwenden, als durch sie mittelbar das Vermögen der GmbH unter den Nennwert des Stammkapitals absinkt. Sie gelten entsprechend, wenn die beiden Gesellschaften bereits überschuldet sind und dem Gesellschafter etwas aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft zugewandt wird (BGHZ 60, 324, 328 ff).

II. Einer unerlaubten Auszahlung zu Lasten des Stammkapitals steht es gleich, wenn sich ein GmbH-Gesellschafter Darlehnsbeträge, die er der GmbH nach Eintritt ihrer Konkursreife anstelle einer in dieser Lage benötigten weiteren Kapitaleinlage gegeben hat, zurückgewähren läßt, bevor der Zweck der Darlehnshingabe nach-

haltig erreicht, also auch unabhängig von der Darlehnsvaluta die Gesellschaft zahlungsfähig und ein Aktivvermögen in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals vorhanden ist (BGHZ 31, 258, 268 ff; Urt. d. Sen. v. 29.11.71 - II ZR 121/69, WM 1972, 74). Ebenso will das Berufungsgericht unter sonst gleichen Voraussetzungen Gesellschafterdarlehen beurteilt wissen, die, wie hier, in das Vermögen einer GmbH & Co. KG gelangt und daraus zurückgeflossen sind. Dem ist zuzustimmen.

Der tragende Grund für die Behandlung von Gesellschafterdarlehen als haftendes Kapital im Sinne der §§ 30, 31 GmbHG ist der, daß ein Gesellschafter, der die sonst konkursreife Gesellschaft anstatt durch die wirtschaftlich gebotene Zufuhr neuen Eigenkapitals durch Darlehen zu stützen sucht, sich zu seinem eigenen Verhalten und dem Zweck der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften in Widerspruch setzt, wenn er der Gesellschaft die als Kapitalgrundlage benötigten Mittel wieder entzieht, obwohl sie noch nicht ohne diese lebensfähig ist. Nicht anders liegt es bei Darlehnsgewährung an eine zahlungsunfähig gewordene GmbH & Co. KG, deren Komplementär-GmbH im Hinblick auf ihre Haftung nach § 128 HGB ebenfalls nicht mehr über genügend Kapital oder flüssige Mittel verfügt. Zwar weist der Beklagte mit seiner Revision zutreffend darauf hin, daß bei einer Kommanditgesellschaft die Kapitalerhaltung nur in den Grenzen der §§ 171, 172 HGB gewährleistet ist und es für die Frage einer darüber hinausgehenden Gesellschaftshaftung nach den Grundsätzen der §§ 30, 31 GmbHG entscheidend auf die Kapitalverhältnisse und Vermögensbewegungen bei der Komplementär-GmbH ankommt, wie das Berufungsgericht auch richtig erkannt hat. Er übersieht aber, daß sich der wirt-

schaftliche Zusammenbruch einer GmbH & Co. KG schon wegen der unbeschränkten Haftung nach § 128 HGB regelmäßig zugleich auf die Vermögenslage der Komplementär-GmbH auswirken muß. Übersteigt der für diese Haftung anzusetzende Passivposten das Aktivvermögen der GmbH oder ist diese sonst außerstande, die fälligen Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft nach deren Ausfall aus eigenen Mitteln zu erfüllen, so bringt die Zahlungsunfähigkeit der Kommanditgesellschaft zwangsläufig auch die GmbH in eine Lage, die nach §§ 63, 64 GmbHG zur Konkursanmeldung verpflichtet, sofern nicht alsbald genügend neues Kapital beschafft werden kann. Versucht in dieser Lage ein Gesellschafter, die Gesellschaft nicht durch eine Kapitaleinlage, sondern dadurch zu stützen, daß er der Kommanditgesellschaft ein Darlehen zur Verfügung stellt, so tritt für die GmbH wirtschaftlich der gleiche Zustand ein, wie wenn das Darlehen unmittelbar an sie gegeben worden wäre: Mit der wiedererlangten Liquidität der Kommanditgesellschaft ist vorläufig auch die Gefahr einer die finanziellen Möglichkeiten übersteigenden Inanspruchnahme der GmbH gebannt, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die kapitalersetzende Darlehnsvaluta nicht zur Unzeit, bevor der mit ihrer Herabgabe verfolgte Zweck nachhaltig erreicht ist, zurückzahlen ist.

Dies rechtfertigt es, den Darlehnsbetrag nicht anders, als wenn er unmittelbar in das Vermögen der sonst konkursreifen GmbH geflossen wäre, so lange wie haftendes Kapital zu behandeln, bis die wirtschaftliche Lage beider Gesellschaften sich so entwickelt hat, daß die GmbH wieder mit ihrem satzungsmäßigen Stammkapital auskommen kann (vgl. Kuhn, Ehrengabe für Bruno Heusinger, 1968, S. 203 ff, 212). Eine frühere Rückgewähr des Dar-

lehens verstößt gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 GmbHG und berechtigt die Kommanditgesellschaft dazu, gegen den Empfänger den Anspruch aus § 31 Abs. 1 und 2 GmbHG geltend zu machen. Nur auf diese Weise läßt sich der rechtlichen und wirtschaftlichen Verknüpfung der beiden Gesellschaften und der durch sie bedingten Verantwortung der Kommanditgesellschaft auch für das Kapital der Komplementär-GmbH gebührend Rechnung tragen; nur eine solche Lösung wird zugleich dem Umstand gerecht, daß bei einer GmbH & Co. KG der Erhaltung dieses Kapitals mit Rücksicht auf das Fehlen eines mit seinem gesamten Privatvermögen unbeschränkt haftenden Gesellschafters für den Gläubigerschutz erhöhte Bedeutung zukommt (vgl. BGHZ 60, 324, 329 f, 332).

Zu Unrecht hält die Revision des Beklagten dem entgegen, die Rückzahlung eines der Kommanditgesellschaft gewährten Darlehens könne einer Auszahlung zu Lasten des Stammkapitals der GmbH schon deshalb nicht gleichzusetzen sein, weil der Darlehensgeber eine gleichwertige Gegenleistung in das Gesellschaftsvermögen erbracht habe. Solange einem Gesellschafterdarlehen aus den genannten Gründen kapitalersetzende Funktion beizumessen ist, kann es für die Frage der Zulässigkeit einer Auszahlung an den Gesellschafter ebensowenig wie bei einer echten Kapitaleinlage darauf ankommen, daß im Zeitpunkt der Hergabe ein entsprechender Wert in das Gesellschaftsvermögen geflossen ist. Maßgebend ist vielmehr die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Rückgewähr: Schmälert die Rückzahlung unmittelbar oder mittelbar das lebensnotwendige Kapital der Komplementär-GmbH, ohne daß hierfür ein anderweitiger Ausgleich erfolgt, so bleiben der Darlehenscharakter der ursprünglichen Leistung und damit auch die Tatsache außer Betracht, daß die Zahlung buch-

mäßig zu einer Verminderung der Gesellschaftsverbindlichkeiten führt.

III. Erfolglos wendet sich die Revision des Beklagten ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es komme nicht darauf an, ob die GmbH von Anfang an unterkapitalisiert gewesen sei. Ein Gesellschafterdarlehen ist wie haftendes Stammkapital zu behandeln, wenn die GmbH ohne das Darlehen vor dem Konkurs gestanden hätte, das Darlehen also nur an die Stelle einer zur Rettung der Gesellschaft sonst notwendigen Stammeinlage getreten ist (BGHZ 31, 258, 272; Urt. d. Sen. v. 15.11.72 - II ZR 134/61, WM 1963, 121). Eine solche Lage kann auch in einer Gesellschaft eintreten, die bei ihrer Errichtung mit einem zunächst ausreichenden Kapital ausgestattet war.

IV. Die Voraussetzungen für eine hiernach in Frage kommende Haftung des Beklagten aus vorzeitiger Rückzahlung kapitalersetzender Darlehen gemäß § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG sieht das Berufungsgericht insoweit als erfüllt an, als es sich um die im Juli und September 1969 und im Mai 1970 gewährten Darlehen sowie die darauf entfallenden Zinsen handelt.

1. Dazu stellt es zunächst in eingehender Würdigung des Sachverhalts fest, die Darlehen seien gegeben worden, um eine sich ständig vergrößernde Liquiditätslücke und damit eine nicht nur vorübergehende, sondern dauernde Zahlungsunfähigkeit der KG zu beseitigen. Infolge der Illiquidität der KG sei mittelbar auch die GmbH jedenfalls seit Juli 1969 unterkapitalisiert und ohne die Kredithilfe ihrer Gesellschafter dauernd zahlungsunfähig gewesen, so daß sonst der Konkurs hätte beantragt werden

müssen. Seit diesem Zeitpunkt habe sich die KG in ständigen Zahlungsschwierigkeiten befunden, die nur dadurch hätten überwunden werden können, daß die Kommanditisten ihr Darlehen gegeben und für sie Bürgschaften übernommen, und daß Firmen, die einzelnen Kommanditisten nahegestanden hätten, ihre Forderungen gestundet hätten. Der Vortrag des Beklagten, bei den Darlehen habe es sich jeweils um kurzfristige Betriebsmittelkredite gehandelt, sei schon durch die Laufzeit der Darlehen (sechs bis zwölf Monate), darüber hinaus aber auch dadurch widerlegt, daß die Gesellschafter nach Ablauf der vertraglich vorgesehenen Laufzeiten nicht auf einer Rückzahlung bestanden hätten und auch bereit gewesen seien, bei Aufnahme neuer Gesellschafter die Darlehen mit den aufgelaufenen Verlusten zu verrechnen.

Gegen diese Feststellungen wendet sich die Revision des Beklagten vergeblich mit Verfahrensrügen. Das Berufungsgericht hat erkannt, daß Darlehen im allgemeinen nicht als haftendes Kapital zu betrachten sind, wenn sie nur einen vorübergehenden, unerwartet aufgetretenen Geldbedarf decken sollen (BGHZ 31, 258, 269). Es hat auch nicht übersehen, daß einzelne Stellen in den Versammlungsniederschriften und Darlehnsurkunden, für sich genommen, den Eindruck hervorrufen könnten, die Gesellschafterdarlehen hätten allein dazu gedient, einen augenblicklichen Mangel an flüssigen Mitteln für kurze Zeit zu überbrücken. Es ist jedoch in zusammenhängender Auswertung zahlreicher weiterer Unterlagen (wie Versammlungsprotokolle und Berichte des Geschäftsführers), die deutlich auf eine mindestens seit Juli 1969 bestehende und fortdauernde "völlige Illiquidität" hinweisen, zu der Überzeugung gelangt, in Wirklichkeit habe die wirtschaftliche Lage der Gesell-

schaften schon zur Zeit der Darlehenshergabe einen beständigen und immer stärker werdenden Kapitalbedarf ausgelöst, dem die Darlehen hätten abhelfen sollen. Dabei konnte das Berufungsgericht davon absehen, die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 21. Januar 1974 benannten Zeugen darüber zu vernehmen, was ohnehin schon in den Darlehnsverträgen steht, nach der rechtlich fehlerfreien tatrichterlichen Würdigung aber angesichts des sonstigen Beweismaterials nicht geeignet ist darzutun, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaften sei nur eine vorübergehende gewesen.

Eine solche Folgerung brauchte das Berufungsgericht auch nicht aus dem mit der Revision aufgegriffenen Vortrag des Beklagten zu ziehen, von 1970 bis 1971 hätten die Bankkredite von 2,75 Mio. um 2 Mio. auf 750.000 DM zurückgeführt werden können, wogegen die Gesellschafterdarlehen in demselben Zeitraum lediglich von 362.000 DM auf 595.000 DM gestiegen seien. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stammten die Mittel zur Tilgung von Krediten aus der Einziehung von Außenständen und der Verwertung von Grundstücken. Das läßt aber nicht schon auf eine wiedergewonnene Liquidität oder, wie die Revision des Beklagten meint, darauf schließen, daß die KG sich im wesentlichen auch ohne die Gesellschafterdarlehen hätte über Wasser halten können. Bei den vom Beklagten angeführten Kreditzahlen handelt es sich nur um einen kleineren Teil der Gesellschaftsverbindlichkeiten (einschließlich Bankschulden), nämlich um "Zwischenkredite für zur Bebauung bestimmte Verkaufsgrundstücke" (Bilanzen zum 31.3.1970 und zum 31.3.1971, Bl. II 53, 55 d. A. 4 U 118/74 = 14 U 163/75 = 5 O 384/73). Ungeachtet ihrer Verringe-

rung wiesen die Bilanzen der KG, wie das Berufungsgericht vermerkt, einen von Jahr zu Jahr größeren Passivsaldo auf. So stieg der Bilanzverlust vom 31. März 1970 bis zum 31. März 1971 von 461.420,40 DM auf 971.759,15 DM; dieser Betrag liegt erheblich höher als die Summe der auf der Passivseite ausgewiesenen Komplementär-Einlage (50.000 DM) und der Gesellschafterdarlehen (595.577,21 DM zum 31.3.1971). Für die richtige Beurteilung dieses Sachverhalts im Hinblick darauf, ob die Gesellschafterdarlehen einem nicht nur vorübergehenden Kapitalmangel abhelfen sollten, benötigte das Berufungsgericht keinen Sachverständigen.

Nicht haltbar ist schließlich die Überlegung des Beklagten, aus der die Summe der Gesellschafterdarlehen weit übersteigenden Höhe der 1969 ausstehenden Forderungen gegen Kaufanwärter (1.158.000 DM) ergebe sich die Kurzfristigkeit des Kapitalbedarfs. Das Größenverhältnis von Außenständen und Darlehnssumme kann schon deshalb nichts Wesentliches über Ausmaß und Dauer der Zahlungsschwierigkeiten aussagen, weil sich die bilanzmäßig ausgewiesenen Verbindlichkeiten - ohne Gesellschafterdarlehen - schon 1969 auf ein Mehrfaches jener Außenstände beliefen. Bezeichnend ist insofern auch, daß nach der vom Berufungsgericht mit verwerteten Aktennotiz des Geschäftsführers vom 2. Juli 1969 eingehende Gelder von Kaufanwärtern jeweils zweckwidrig zur Beseitigung vorhandener Finanzlücken verwendet werden mußten (Bl. II 127 d. A. 4 U 118/74; vgl. ferner die Protokolle der Gesellschafterversammlung v. 25.9.1969 und des Verwaltungsrats v. 19.8.1969, daselbst Bl. II 179, 273 - 277).

2. Die weitere Voraussetzung für eine Inanspruchnahme des Beklagten gemäß § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG - die Rückzahlung von Darlehnsbeträgen zur Unzeit - ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls erfüllt. Danach war die GmbH im Dezember 1970, als die Gesellschaften die Schadensersatzansprüche gegen Huber erfüllungshalber an die Kommanditisten abtraten, überschuldet und infolgedessen konkursreif (§ 63 GmbHG). Dies folgert das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei aus den Bilanzen der KG, von deren Werten es in Ermangelung einer substantiierten Gegendarstellung des Beklagten ausgehen durfte. Sie weisen zum 31. März 1970 - nach Abzug eines Verlustübertrags zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters Huber - noch einen Fehlbetrag von über 461.000 DM, zum 31. März 1971 einen solchen von über 791.000 DM und zum 28. Februar 1972 einen solchen von mehr als 1.285.000 DM aus. Damit überstiegen bereits 1970 die Passiva ohne Berücksichtigung des eingebrachten Stammkapitals der GmbH und der Gesellschafterdarlehen in Höhe von damals 362.591,35 DM die Aktiva (461.420,40 - 50.000 - 362.591,35 = 48.829,05 DM). Das bedeutet, daß auch die GmbH im Hinblick auf ihre unbeschränkte Haftung nach § 128 HGB überschuldet war. Dies machte zum damaligen Zeitpunkt und, da sich das Bilanzbild in der Folgezeit bis zur Konkurseröffnung am 1. März 1972 zunehmend weiter verschlechtert hat, auch später eine Darlehnsrückzahlung an die Gesellschafter gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG unzulässig.

Zu Unrecht möchte der Beklagte dies mit seiner Revision deshalb nicht wahrhaben, weil schon nach dem zeitlichen Zusammenhang kein Anhalt dafür bestehe, daß gerade der Ausfall der zur Darlehnstilgung verwendeten Schadens-

ersatzleistung Hubers den späteren Zusammenbruch der Gesellschaften bewirkt habe, die Gesellschaften also zur Erhaltung ihrer Zahlungsfähigkeit auf den Eingang dieser Gelder angewiesen gewesen seien. Für die Behandlung der Darlehen als haftendes Kapital kommt es nicht darauf an, ob sich der Konkurs unmittelbar an ihre Rückzahlung angeschlossen hat. Entscheidend ist vielmehr, daß sich die GmbH, wie festgestellt, im Zeitpunkt der Rückzahlung und später objektiv noch in einer Lage befand, die nach § 64 GmbHG die Konkursantragspflicht begründete. Ob diese Lage gerade infolge der Darlehensrückzahlung oder sogar unabhängig davon eingetreten war, ist hierfür gleichgültig.

3. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war in dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschafterdarlehen aus dem Zwangsversteigerungserlös zurückgezahlt wurden, das in die KG eingebrachte Stammkapital der GmbH bereits verloren. Gleichwohl muß der Beklagte die empfangenen Leistungen erstatten, und zwar entgegen seiner mit der Revision vertretenen Ansicht auch insoweit, als sie den Nennbetrag des satzungsmäßigen Stammkapitals übersteigen, weil die Darlehen als Ersatz für eine sonst notwendige Kapitalerhöhung zu betrachten sind. Denn § 31 Abs. 1 GmbHG ist auf Auszahlungen aus einem bereits überschuldeten GmbH-Vermögen entsprechend anzuwenden (BGHZ 60, 324, 331 ff).

V. Der Anspruch des Klägers auf Erstattung der an den Beklagten zurückgeflossenen Darlehensbeträge ist demnach begründet. Mit Recht hat das Berufungsgericht in diesen Anspruch auch die auf die Darlehen gezahlten Zinsen einbezogen, die es unter Abzug eines nach Behauptung

tung des Beklagten auf die Bürgschaft entfallenden Anteils mit 16.746,48 DM errechnet hat. Denn solange die Darlehen wie haftendes Kapital zu behandeln waren und eine Gewinnausschüttung entfiel, war jede Zinszahlung einer nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotenen Auszahlung aus dem Stammkapital gleichzusetzen (vgl. Schmidt in Hachenburg, GmbHG 6. Aufl. § 29 Anm. 11, § 30 Anm. 4).

Die Revision des Beklagten ist daher in vollem Umfang zurückzuweisen.

VI. Die Revision des Klägers richtet sich gegen die Abweisung der Klage in Höhe von 67.380,79 DM. Diese Summe setzt sich aus dem erstatteten Bürgschaftsbetrag von 60.000 DM und darauf entfallenden, zugunsten des Beklagten mit 7.380,79 DM angesetzten Zinsen zusammen.

1. Zu den vom Beklagten als Bürgen aufgewandten 60.000 DM führt das Berufungsgericht aus, die Erstattung dieses Betrages aus der Gesellschaftskasse sei nicht wie eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Kapitalauszahlung zu werten. Nach dem zweitinstanzlichen Vortrag des Beklagten, zu dem der Kläger keinen Gegenbeweis angetreten habe, sei er die Bürgschaft für die Bankschulden Hubers im Interesse und im Auftrag der KG eingegangen. Darin könne schon deshalb kein Ersatz für eine Kapitalerhöhung gesehen werden, weil der Kläger weder substantiiert vorgetragen noch unter Beweis gestellt habe, daß die Gesellschaften schon bei der Übernahme der Bürgschaft im Dezember 1968 in der Gefahr dauernder Zahlungsunfähigkeit gewesen seien und der Beklagte dies gewußt habe.

Diese Ausführungen halten der Revision des Klägers nicht stand.

a) Der Rückgewähranspruch des Klägers wäre angesichts der zum maßgeblichen Zeitpunkt (14. Dezember 1971) festgestellten Unterbilanz zweifelsfrei begründet, wenn die KG dem Beklagten die Bürgschaftssumme ohne Rechtspflicht und ohne Gegenleistung erstattet hätte. Der Kläger meint, schon dem unstreitigen Sachverhalt entnehmen zu können, daß der Beklagte durch die Übernahme der Bürgschaft für eine persönliche Darlehensschuld Hubers nichts in das Gesellschaftsvermögen geleistet habe. Diese Folgerung ist jedoch nicht zwingend. Nach einem Schreiben der KG vom 24. September 1971 wurde die Bürgschaftsverbindlichkeit von 60.000 DM auf Beschluß der Gesellschafter in die Bücher aufgenommen, nachdem der Sohn des Beklagten mit Schreiben vom 1. September 1971 geltend gemacht hatte, sein Vater sei die Bürgschaft zugunsten Hubers treuhänderisch für die KG eingegangen, was die Mitglieder des Verwaltungsrats auch bestätigt hatten. Dazu hat der Beklagte vorgetragen, die Gesellschaft habe seinerzeit noch ein Interesse daran gehabt, ihren Geschäftsführer Huber finanziell zu stützen. Obwohl immerhin auffällt, daß der Beklagte anscheinend erst verhältnismäßig spät, nachdem er bereits vor längerer Zeit aus der Bürgschaft in Anspruch genommen worden war, hieraus Forderungen an die KG gestellt hat, ist doch andererseits nicht ohne weiteres zu vermuten, die Erfüllung dieser Forderungen sei ohne tatsächliche und rechtliche Grundlage und damit unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgt (vgl. zur Beweislast BGH, Urt. v. 14.1.53 - I ZR 169/51, LM GmbHG § 30 Nr. 1).

Denn es ist nicht ersichtlich, warum der Beklagte für ein von Huber persönlich aufgenommenes Darlehen gebürgt haben sollte, wenn nicht auch die Gesellschaft hieran wirtschaftlich interessiert gewesen wäre. Bestand ein solches Interesse und verbürgte sich deshalb der Beklagte im Auftrage der KG und an deren Stelle für die Darlehensverbindlichkeit Hubers, so könnte darin ein der KG zugute gekommener Vermögensvorteil gelegen haben, den sie nach Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung auszugleichen hatte (§ 670 BGB).

b) Sollte es sich so verhalten - was gegebenenfalls noch weiter zu klären ist -, so könnte der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG gleichwohl begründet sein, wenn schon bei Übernahme der Bürgschaft die Voraussetzungen vorlagen, unter denen ein Gesellschafterdarlehen als Kapitalersatz zu betrachten ist. Wäre die KG verpflichtet gewesen, Huber von seinen Bankverbindlichkeiten freizustellen, hätte sie diese Verpflichtung wegen dauernder Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen können und hätte der Beklagte ihr deshalb mit einem Darlehen ausgeholfen, so läge auf der Hand, daß dieses Darlehen nach den zuvor erörterten Grundsätzen als Einlage gelten müßte. Dem stünde es gleich, wenn der Beklagte das Darlehen nicht an die Gesellschaft, sondern in ihrem Auftrag und für ihre Rechnung unmittelbar an Huber oder dessen Gläubiger ausgezahlt hätte; denn der wirtschaftliche Erfolg wäre derselbe. War die KG zwar nicht verpflichtet, hatte sie aber, wie hier zu unterstellen ist, ein eigenes Interesse daran, für Huber einzutreten, so hätte ein dazu vom Beklagten gegebenes Darlehen an einer schon bestehenden Konkurslage freilich

nichts geändert, weil es für einen anderen Zweck als zur Beseitigung dieser Lage bestimmt gewesen wäre. Es wäre aber jedenfalls ein Mittel gewesen, der konkursreifen Gesellschaft eine Aufwendung zu ermöglichen, zu der sie aus eigenen Kräften nicht mehr imstande war. Unter den Gesichtspunkten der Kapitalerhaltung und des Gläubigerschutzes macht es aber keinen wesentlichen Unterschied, ob die Gesellschaft aus einem nach Eintritt der Konkursreife erhaltenen Gesellschafterdarlehen schon vorhandene Schulden tilgt, oder ob sie es nicht einmal zum Abbau ihrer Schuldenlast und damit zur Abwendung des Konkurses, sondern für andere Zwecke verbraucht; in beiden Fällen ersetzt das Darlehen eine sonst unumgängliche Einlage, so daß seine Rückgewähr erst nach einer Gesundung der Gesellschaft zu rechtfertigen ist. Ebenso verhält es sich mit einem Darlehen, das der Gesellschafter im Auftrag und Interesse der Gesellschaft einem Dritten gewährt.

Keine entscheidende Bedeutung kommt insoweit schließlich der Tatsache zu, daß der Beklagte nicht ein Darlehen gegeben, sondern für Huber gebürgt und aufgrund dieser Verpflichtung geleistet hat. Denn auch die Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter kann wie eine Einlageleistung zu behandeln sein, wenn sie nichts weiter als ein Weg ist, einer vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stehenden Gesellschaft durch persönlichen Vermögenseinsatz, aber unter Vermeidung einer sonst gebotenen Kapitalerhöhung, neue Mittel zuzuführen, wirtschaftlich also derselbe Erfolg eintritt, wie wenn der Gesellschafter in gleicher Lage unmittelbar ein Darlehen gewährt (Fischer, Anm.

zu LM GmbHG § 2 Nr. 4 unter II; vgl. auch Reg.Entw. eines GmbHG, § 49 Abs. 4 Satz 3, BTDs. VII/253). Ein gleich zu beurteilender Sachverhalt könnte hier gegeben sein, wenn die KG ein wirtschaftliches Interesse an einer Bürgschaftsübernahme für Huber gehabt hätte, wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung aber nicht selbst als Bürgin hätte auftreten können, und wenn deshalb der Beklagte, anstatt ihr die fehlenden Mittel als Einlage oder Darlehen zur Verfügung zu stellen, die Rolle des Bürgen übernommen hätte. Daß dies der Fall gewesen sei, läßt sich nach dem bislang vorgetragenen Sachverhalt nicht ausschließen.

Wie nämlich der Kläger mit seiner Berufungsbe-
gründung vom 6. August 1974 (S. 4, 5) näher dargelegt
hat, soll die KG bereits Ende März 1968, also noch
vor der Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten, über-
schuldet gewesen sein. Nach der hierzu vorgelegten
Bilanz zum 31. März 1968 (Bl. 121 GA 4 U 118/74), die
der Beklagte nach dem Tatbestand des Berufungsurteils
(S. 6) nicht beanstandet hat, beliefen sich die Aktiva
auf rund 2.295.000 DM. Darunter befanden sich aber
rund 110.000 DM Einlageforderungen, von denen nach dem
Vortrag des Klägers höchstens 10.000 DM hereinzuholen
waren, sowie eine, wie behauptet, ebenfalls unein-
bringliche Forderung von etwa 56.000 DM gegen den ge-
schäftsführenden Gesellschafter Huber aus Entnahmen.
Nach Abschreibung der nicht realisierbaren Posten
(vgl. Dahl, GmbHRdsch 1964, 112, 115) verblieb noch
ein Aktivvermögen von $(2.295.000 - 156.000 =) 2.139.000$ DM.
Dem standen (ohne Ansatz des Nennkapitals) rund $(56.046 +$
 $2.113.810 =) 2.169.858$ DM Passiva gegenüber. Damit wären
die KG und mit ihr die Komplementär-GmbH überschuldet

gewesen, so daß diese, wenn kein neues Kapital eingebracht wurde, bereits damals hätte Konkurs anmelden müssen. Mindestens könnte aber die Tatsache, daß schon die folgende Bilanz zum 31. März 1969 einen Überschuß der echten Passiva über die Aktiva (einschließlich der noch ausstehenden Einlageforderungen von über 100.000 DM) in Höhe von $(5.544.666,65 - 5.356.579,86 =) 188.086,79$ DM ausweist, die Annahme nahelegen, daß jedenfalls bei Übernahme der Bürgschaft im Dezember 1968 die GmbH konkursreif war.

Schon mit Rücksicht auf diesen im Berufungsurteil nicht erörterten und vom Kläger mit der Revision aufgegriffenen Sachverhalt bedarf es einer weiteren tatrichterlichen Würdigung.

2. Die Entscheidung über die auf den Bürgschafts-
betrag entfallenden, vom Berufungsgericht mit 7.380,79 DM
angesetzten Zinsen hängt davon ab, ob dem Beklagten die
Hauptsumme erstattet werden durfte. Die Sache ist daher
auch insoweit auf die Revision des Klägers an das Beru-
fungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann