

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

HGB § 172 a; GmbHG §§ 30, 31, 32 a; KO § 32 a

- a) Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung eines Betriebsgrundstücks begründet im Konkurs der Gesellschaft keinen Anspruch der Konkursmasse auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf dessen Herausgabe an den Konkursverwalter zum Zwecke der Verwertung durch Veräußerung.
- b) Ebenso wenig besteht grundsätzlich (vgl. aber auch Sen.Urt. v. 11. Juli 1994 - II ZR 146/92) ein Anspruch der Masse auf Ersatz des Verkehrswertes oder des kapitalisierten Wertes der weiteren Nutzung des Grundstücks.
- c) Der Konkursverwalter ist jedoch berechtigt, das der Gemeinschuldnerin in eigenkapitalersetzender Weise überlassene oder belassene Grundstück zugunsten der Konkursmasse durch Weiternutzung innerhalb des Gesellschaftsunternehmens oder durch anderweite Vermietung oder Verpachtung weiter zu verwerten.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1994 - II ZR 162/92 - OLG Hamm
LG Dortmund

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 162/92

Verkündet am:
11. Juli 1994
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Dr. Winfried A. [REDACTED], handelnd als Konkursverwalter im Verfahren über das Vermögen der Heinrich S. [REDACTED] GmbH & Co. KG, B. [REDACTED] Allee [REDACTED], D. [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Heinz Ulrich S. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED],
2. Eckhart S. [REDACTED], A. [REDACTED] H. [REDACTED] [REDACTED], D. [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1994 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 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 1. Juni 1992 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auch der Antrag des Klägers auf Rückerstattung gezahlter Mietzinsen für die Grundstücke B-straße und - in D für die Zeit vom 1. Januar 1984 bis 31. August 1988 in Höhe von 114.270,-- DM abgewiesen worden ist. Die weitergehende Revision des Klägers sowie die Revision der Beklagten werden zurückgewiesen.

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 in dem am 31. August 1989 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der Heinrich S. GmbH & Co. KG (Gemeinschuldnerin). Die beiden Beklagten sind deren Kommanditisten, der Beklagte zu 1 mit einem Kommanditanteil von 252.012,50 DM, der Beklagte zu 2 mit einem Kommanditanteil von 125.987,50 DM. Die Gemeinschaftschuldnerin betrieb ein Bauunternehmen auf den in D. gelegenen Grundstücken Am P., B.-straße und -. Der betrieblichen Nutzung dieser Grundstücke durch die Gemeinschaftschuldnerin lagen drei in den Jahren 1961 und 1965 geschlossene Mietverträge zugrunde. Danach hatte die Gemeinschaftschuldnerin für die Benutzung des im Alleineigentum des Beklagten zu 1 stehenden Grundstücks Am P. einen jährlichen Mietzins von 10.530,-- DM und für die Benutzung der im Miteigentum beider Beklagter stehenden Grundstücke B.-straße und - einen jährlichen Mietzins von 11.700,-- DM zu zahlen. Hinzu kam eine Jahresmiete von 8.520,-- DM für einen auf dem Grundstück B.-straße stehenden Verbindungsbau. Der Mietzins war jeweils in Vierteljahresraten zum dritten Werktag nach Quartalsbeginn zu zahlen. Die Dauer des Mietverhältnisses war in allen drei Fällen zum 31. Juli 1971 befristet, sollte sich jedoch jeweils um drei Jahre verlängern, wenn es nicht mit einer Frist von einem Jahr gekündigt wurde. Das auf dem Grundstück Am P. stehende Wohnhaus wird von der Mutter des Beklagten zu 1 aufgrund eines Nießbrauchrechts bewohnt; der Beklagte zu 1 wohnt in einem auf dem Grundstück B.-straße stehenden Haus.

Unter dem Datum des 6. Juli 1984 gaben die beiden Beklagten gegenüber der Gemeinschuldnerin zwei jeweils als "Schuldübernahme" bezeichnete, ähnlich formulierte schriftliche Erklärungen ab, in denen sie sich bereiterklärten, persönlich für Darlehensschulden der Gemeinschuldnerin bei der D [REDACTED] Bank und der Stadtsparkasse D [REDACTED] bis zu Höchstbeträgen von 500.000,-- DM (Beklagter zu 1) bzw. 250.000,-- DM (Beklagter zu 2) einzustehen. Zu der Abgabe dieser unstreitig nicht zur Kenntnis der genannten Kreditinstitute gelangten Erklärungen hatte der Wirtschaftsprüfer Dr. S [REDACTED] geraten, nachdem er bei der Aufstellung des Jahresabschlusses 1983 eine bilanzmäßige Überschuldung der Gemeinschuldnerin festgestellt hatte.

Nach dem Vortrag des Klägers hat der im Jahresabschluß zum 31. Dezember 1983 ausgewiesene Bilanzverlust von über 867.000,-- DM das damalige Kapital der Gesellschaft von 399.000,-- DM mit der Folge vollständig aufgezehrt, daß die Gemeinschuldnerin schon in diesem Zeitpunkt nicht nur buchmäßig, sondern auch tatsächlich überschuldet gewesen sei. Ausweislich des Vermerks der für die Gemeinschuldnerin tätigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in dem Jahresabschluß habe diese Überschuldung nur durch die persönlichen Schuldübernahmeerklärungen der Beklagten ausgeglichen werden können. Nach einem im Jahr 1984 erwirtschafteten Jahresüberschuß von rund 338.000,-- DM habe sich die wirtschaftliche Situation der Gemeinschuldnerin in den Jahren 1985 und 1986 nicht entscheidend gebessert, so daß die Gesellschaft jedenfalls Ende 1987 konkursreif gewesen sei. Die Bilanz zum 31. Dezember 1987 weise eine Überschuldung von mehr als 877.000,-- DM aus. Die wirkliche Überschuldung habe jedoch

noch höher gelegen, weil dabei bereits ein erst im Februar 1988 zustande gekommener Forderungsverzicht von Lieferanten in Höhe von 610.000,-- DM berücksichtigt sei. In der bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens verbleibenden Zeit hätten sich die Verluste der Gemeinschuldnerin noch weiter erhöht. - Der von der Gemeinschuldnerin tatsächlich gezahlte Mietzins für die überlassenen Grundstücke habe völlig außer Verhältnis zu dem tatsächlich angemessenen Mietzins gestanden, der bei jährlich 200.000,-- DM gelegen habe. Zur Zahlung dieses Mietzinses wäre die Gemeinschuldnerin jedoch nicht in der Lage gewesen. Dies bestätige sich auch dadurch, daß sie nicht einmal den vereinbarten Mietzins von 8.520,-- DM für den Verbindungsbau auf dem Grundstück B-straße bezahlt habe.

Der Kläger sieht die Überlassung der Grundstücke an die Gemeinschuldnerin als eigenkapitalersetzend an und leitet daraus (sog. Komplex I) einen Anspruch auf deren Übereignung und Herausgabe, hilfsweise auf Zahlung eines Betrages in Höhe ihres Wertes an die Konkursmasse ab. Mit dieser Begründung nimmt er unter näherer Darlegung der Grundstückswerte den Beklagten zu 1 auf Zahlung von 825.000,-- DM und den Beklagten zu 2 auf Zahlung von 412.500,-- DM in Anspruch. Weiter hilfsweise verlangt er zugunsten der Konkursmasse Rückzahlung der in der Zeit nach dem 31. Dezember 1983 bis zur Konkurseröffnung tatsächlich an die Beklagten gezahlten Mietzinsen im Gesamtbetrag von 125.970,-- DM. Zusätzlich (sog. Komplex II) nimmt er die Beklagten aus den von ihnen abgegebenen "Schuldübernahmen" auf Zahlung von 500.000,-- DM (Beklagter zu 1) und 250.000,-- DM (Beklagter zu 2) in Anspruch. Hierzu hat er unbestritten vorgetragen, im Zeitpunkt

der Konkurseröffnung seien die Kredite der Gemeinschuldnerin bei den genannten Kreditinstituten mit insgesamt mehr als 2 Mio. DM in Anspruch genommen gewesen.

Das Landgericht hat die Beklagten je zur Hälfte (5.850,-- DM) zur Rückzahlung des im letzten Jahr vor Konkurseröffnung gezahlten Mietzinses für die Grundstücke B...straße ... (11.700,-- DM - "Komplex I") sowie zur Zahlung weiterer 500.000,-- DM (Beklagter zu 1) und 250.000,-- DM (Beklagter zu 2) aufgrund der von ihnen abgegebenen "Schuldübernahmeerklärungen" ("Komplex II") verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegten Berufungen, mit denen sich der Kläger gegen die überwiegende Abweisung seiner Anträge zu dem sog. Komplex I (Überlassung der Grundstücke) und die Beklagten gegen ihre Verurteilung nach den Anträgen des Klägers zu dem sog. Komplex II ("Schuldübernahmen") gewendet haben, blieben ohne Erfolg. Mit ihren Revisionen verfolgen beide Parteien ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist unbegründet, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht den Antrag auf Eigentumsübertragung und Herausgabe der Grundstücke sowie den Hilfsantrag auf Zahlung des Verkehrswertes dieser Liegenschaften abgewiesen hat. Dagegen hat sie Erfolg, soweit das Berufungsgericht dem Kläger auch einen Anspruch auf Rückerstattung der in der Zeit vom 1. Januar 1984 bis 31. August 1988 an die Beklagten gezahlten Mietzinsen versagt hat. Insoweit führt die Revision zur Aufhebung des an-

gefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 500.000,-- DM bzw. 250.000,-- DM aus den von ihnen abgegebenen sog. Schuldübernahmeerklärungen bleibt in vollem Umfang ohne Erfolg.

A. Revision des Klägers:

I. Das Berufungsgericht hat den aus dem sog. Komplex I hergeleiteten Anspruch des Klägers auf Übereignung und Herausgabe der Grundstücke ebenso wie den dazu hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Zahlung ihres Wertes mit der Begründung abgewiesen, eine eigenkapitalersetzende Vermietung von Betriebsgrundstücken an eine GmbH führe im Konkursfalle weder dazu, daß diese Grundstücke an die Masse zu übereignen seien, noch rechtfertige sie im allgemeinen einen Anspruch der Masse auf Ersatz ihres Substanzwertes. Diese rechtliche Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

II. 1. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Senats (BGHZ 109, 55; Urt. v. 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, WM 1990, 548, 551 = ZIP 1990, 578, 581; v. 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, WM 1990, 2112, 2115 = ZIP 1990, 1593, 1595; BGHZ 121, 31, 33 f.) kann die Gebrauchsüberlassung (hier: der Betriebsgrundstücke), insbesondere aufgrund eines Miet- oder Pachtverhältnisses, ebenso den Tatbestand einer eigenkapitalersetzenden Leistung erfüllen wie die Gewährung eines Darlehens. Dies hat bei einer GmbH zur Folge, daß auf die Miet- oder Pachtzinsen § 32 a GmbHG und § 32 a KO anzuwenden sind. Für die GmbH & Co. KG gelten diese Bestimmungen gemäß § 172 a HGB in sinngemäßer

Anwendung. Im übrigen darf entsprechend den §§ 30, 31 GmbHG nach den sog. Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz der vertragliche Anspruch auf Zahlung des Miet- oder Pachtzinses nicht aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft erfüllt werden (BGHZ 109, 55, 56; 121, 31 ff.). Für die analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co. KG kommt es darauf an, ob durch die Auszahlung das zur Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH erforderliche Vermögen beeinträchtigt wird (BGHZ 60, 324, 329; 67, 171, 178; 69, 274, 280; 76, 326, 336 f.).

2. Was die darüber hinausgehenden Rechtsfolgen angeht, so hat der Senat schon in seiner Entscheidung BGHZ 121, 31, 45 ausgesprochen, daß die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf die Gebrauchsüberlassung jedenfalls nicht dazu führen kann, daß das Eigentum an den zur Nutzung überlassenen Gegenständen in dem Zeitpunkt, in dem die Eigenkapitalersatzregeln eingreifen, auf die Gesellschaft übergeht. Eine derartige von selbst eintretende Änderung der dinglichen Rechtslage läßt sich weder aus §§ 32 a, b GmbHG noch aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG (Rechtsprechungsregeln) herleiten. Ebensowenig erwirbt aber die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt als Konsequenz der Umqualifizierung einen Anspruch auf Erwerb des Eigentums an diesen Gegenständen. Darüber hinaus muß im Regelfall auch jede andere Rechtsfolge ausscheiden, die dem Konkursverwalter in welcher Form auch immer das Recht gibt, das Eigentum an dem nur zur Nutzung überlassenen Gegenstand durch Veräußerung zugunsten der Masse zu verwerten, so daß es keiner Prüfung

bedarf, inwieweit in dem Antrag des Klägers auf Übereignung und Herausgabe der Grundstücke als Minus die Inanspruchnahme eines solchen Verwertungsrechts liegen könnte.

Grundlage sämtlicher Auffassungen, die dem Konkursverwalter den unmittelbaren oder mittelbaren Zugriff auf das Eigentum ermöglichen wollen (vgl. dazu die Nachweise in BGHZ 109, 55, 65; ferner: Wiedemann, ZIP 1986, 1293, 1300; Ebenroth/Wilken, BB 1993, 305, 309; Wellkamp, DB 1993, 1759, 1761; Keßler, GmbHR 1993, 541, 545 f. unter Beschränkung auf solche Wirtschaftsgüter, die auf die Belange der Gesellschaft zugeschnitten sind; Drygala, Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, 1991, S. 67 ff. sowie in BB 1992, 80, 81, allerdings unter Beschränkung auf Sachen, die einem Wertverzehr unterliegen, also nicht bei Grundstücken; siehe auch die Nachweise bei Priester in Priester/Timm [Hrsg.], Abschied von der Betriebsaufspaltung?, 1990, S. 5, 6 Fn. 28, 29), ist die auch von der Revision vertretene, allein aus der Eignung der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung zur Verlängerung der Gesellschaftskrise abgeleitete Erwägung, die Gesellschafter könnten das der Gesellschaft anstelle von Eigenkapital zur Nutzung überlassene Wirtschaftsgut ebensowenig zurückverlangen wie ein kapitalersetzendes Darlehen. Die unterschiedliche dingliche Zuordnung des darlehensweise hingegebenen Geldes und der für den Betrieb des Gesellschaftsunternehmens zur Verfügung gestellten Miet- oder Pachtgegenstände beruhe lediglich auf der Eigenheit des Geldes und seiner Nutzungsmöglichkeit und könne deshalb für die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln nicht entscheidend sein. Infolgedessen habe der Gesellschafter das betroffene Wirtschaftsgut auch dinglich in die Konkursmasse

zu überführen, jedenfalls aber dessen Verwertung für die Konkursmasse durch Veräußerung, erforderlichenfalls nach vorheriger Herausgabe, zu dulden (so im Ergebnis auch Wiedemann, ZIP 1986, 1293, 1300; Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123, 142 f.).

Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen gebieten dem Gesellschafter nicht, der in die Krise geratenen Gesellschaft neue Eigenmittel zuzuführen. Sie verbieten ihm lediglich für die Dauer der Krise den Abzug der ihr tatsächlich zur Verfügung gestellten Mittel. Damit verbindet sich das Ziel zu verhindern, daß der Gesellschafter das zusätzliche, aus seiner Entscheidung für die Fortsetzung der aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft folgende Risiko auf deren (Alt- und Neu-) Gläubiger abwälzt. Haben die Eigenkapitalersatzregeln mithin nicht die Rechtsfolgen einer unterlassenen, sondern die Umqualifizierung einer tatsächlich durchgeführten (zusätzlichen) Finanzierung der Gesellschaft (Brandes bei Priester/Timm aaO, S. 47; ebenso Priester aaO, S. 18) zum Gegenstand, enthalten sie also lediglich ein Abzugsverbot, kein Zuführungsgebot (Priester aaO, S. 11 und 18), so kann der Umqualifizierung nur das unterliegen, was der Gesellschafter der Gesellschaft tatsächlich zusätzlich zu ihrem haftenden Eigenkapital zugeführt hat. Was die Gesellschaft von ihrem Gesellschafter nicht erhalten hat, steht dagegen von vornherein außerhalb einer möglichen Bindung nach Eigenkapitalersatzregeln.

Die Mittel aus einem Gesellschafterdarlehen werden, da sie in das Eigentum der Gesellschaft übergehen, ungeachtet des Rückzahlungsanspruchs des darlehensgebenden Gesellschafters ohne weiteres Teil ihres Vermögens und damit ihrer allgemeinen Haftungsmasse. Sie selbst oder ihr Gegenwert stehen infolgedessen den Gläubigern von Anfang an als Zugriffsobjekt zur Verfügung. Sie können ihnen auch im Konkurs der Gesellschaft, wo der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters als solcher schon nach allgemeinen Regeln lediglich eine Konkursforderung begründen würde, nicht mehr entzogen werden. Darüber hinaus können sie bereits nach Eintritt der Krise nicht mehr ohne Verstoß gegen den Leitgedanken der Eigenkapitalersatzregeln abgezogen werden. Gegenstand der als Ergebnis der Umqualifizierung eintretenden Abzugssperre ist mithin bei eigenkapitalersetzenden Darlehen ausschließlich ein Vermögenswert, den der Gesellschafter zuvor aufgrund der von ihm getroffenen Finanzierungsentscheidung zusätzlich zu dem Eigenkapital der Gesellschaft in deren allgemeine Haftungsmasse eingeschossen hatte.

a) Anders verhält es sich bei der miet- oder pachtweisen Überlassung von Gegenständen. Bei der Gebrauchsüberlassung hat der Gesellschafter der Gesellschaft weder das Eigentum noch das Recht zu dessen Erwerb oder Verwertung im Krisenfall übertragen. Das Eigentum an den zur Miete oder Pacht überlassenen Gegenständen oder der in ihm verkörperte Substanzwert haben damit vor Eintritt der Krise zu keinem Zeitpunkt als Bestandteil der allgemeinen Haftungsmasse der Gesellschaft als Befriedigungsobjekt für deren Gläubiger zur Verfügung gestanden. Auch im Konkurs der Gesellschaft wäre dies nicht der Fall. Eine Bindung des Eigentums nach Eigen-

kapitalersatzregeln liefe mithin anders als beim Darlehen nicht auf ein Abzugsverbot hinaus, sondern auf den Zwang, der in die Krise geratenen Gesellschaft einen zusätzlichen Vermögenswert zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung zur Verfügung zu stellen, den der Gesellschafter ihr bisher aufgrund der von ihm getroffenen Finanzierungsentscheidung gerade nicht zugeführt hatte. Für eine solche Rechtsfolge bietet das geltende Recht keine ausreichende Grundlage. Gegenstand der Zuführung ist bei der Gebrauchsüberlassung allein das Recht, die vermietete oder verpachtete Sache im Rahmen der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu nutzen. Dementsprechend kann auch nur dieses Nutzungsrecht Gegenstand der Gleichstellung mit haftendem Eigenkapital mit der Folge sein, daß es nach Eintritt der Gesellschaftskrise der Umqualifizierung unterliegt und so zu behandeln ist, als hätte es der Gesellschafter der Gesellschaft zulässigerweise in Form einer Sacheinlage als haftendes Eigenkapital zur Verfügung gestellt (so im Grundsatz auch die ganz überwiegende Meinung, vgl. Brandes, ZGR 1989, 244, 246 und bei Priester/Timm aaO, S. 43, 47; Priester aaO, S. 1, 18; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 32 a, b Rdn. 113; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 32 a/b Rdn. 105; G. Hueck, ZGR 1989, 216, 236 ff.; Büscher/Klusmann, ZIP 1991, 10, 15). Dabei muß das im einzelnen umstrittene Problem (vgl. dazu Knobbe-Keuk, ZGR 1980, 214 ff.; Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhalt in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG 1964, insbesondere S. 232 ff.; Döllerer, BB 1971, 1251 und ZGR 1979, 354 ff.; ders. FS Fleck, 1988, S. 38; Bork, ZHR 154 [1990], S. 205 ff.; K. Schmidt, ZHR 154 [1990], S. 237 ff.; Fabritius, Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH, 1988, insbesondere S. 161 ff.;

Lutter/Hommelhoff aaO, § 5 Rdn. 19; Hachenburg/Ulmer aaO, § 5 Rdn. 34 ff., 40), ob und inwieweit obligatorische Nutzungsrechte Gegenstand einer zulässigen Sacheinlage sein können, ebenso außer Betracht bleiben wie die damit eng zusammenhängende weitere Frage nach dessen (möglicherweise) fehlender Verwertbarkeit im Konkurs der Gesellschaft. Es geht nicht darum, die rechtlichen Konsequenzen aus einer tatsächlich (wenn auch vielleicht unzulässigerweise) eingebrachten Sacheinlage zu ziehen, sondern allein darum, den Wert einer Sachleistung unabhängig von ihrer Zulässigkeit als förmliche Sacheinlage durch Umqualifizierung als Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsvermögen zu binden, weil der Gesellschafter mit ihrer Hilfe die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs einer nicht mehr aus eigener Kraft überlebensfähigen Gesellschaft ebenso ermöglicht hat wie mit einer Geldleistung (vgl. BGHZ 109, 55, 58).

Die aus der Gleichstellung mit haftendem Eigenkapital der Gesellschaft folgende Bindung bewirkt, daß der Gemeinschaftschuldnerin das eigenkapitalersetzend gewordene Nutzungsrecht an den ihr überlassenen Gegenständen von ihrem Gesellschafter unter Ausschluß gerade an den Insolvenzfall anknüpfender gesetzlicher oder vertraglicher Kündigungs- oder Beendigungsgründe weiterzugewähren ist und dort im Interesse der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ebenso der Verwertung durch den Konkursverwalter vermittelt Weiternutzung innerhalb des Gesellschaftsunternehmens oder anderweiter Vermietung oder Verpachtung (mit oder ohne das Unternehmen im ganzen) unterliegt, wie wenn seine Einräumung den Gegenstand einer mit diesem Inhalt vereinbarten Sacheinlage bilden würde (Brandes, ZGR 1989, 244, 248 f.; Hachenburg/Ulmer

aaO, § 32 a, b Rdn. 113 m.w.N.). Dabei bedarf es im gegebenen Zusammenhang keiner Entscheidung der Frage nach Umfang und Dauer dieses Weiternutzungsrechts, insbesondere nach der Beachtlichkeit vertraglich vereinbarter zeitlicher Begrenzungen im Krisenfälle. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits genügt die Feststellung, daß sich jedenfalls ein Recht des Konkursverwalters, das Eigentum an den nur zur Nutzung überlassenen Gegenständen an sich zu ziehen oder durch Veräußerung zu verwerten, wie es der Kläger mit seinem Hauptantrag in Anspruch nimmt, aus der Umqualifizierung des Nutzungsrechts in Eigenkapitalersatz nicht herleiten läßt.

Nach alledem haben die Vorinstanzen den zum sog. Komplex I gestellten Hauptantrag zu Recht abgewiesen. Dies gilt auch, soweit die Revision rügt, das Berufungsurteil enthalte keine Begründung für die Abweisung auch des Herausgabeanspruchs. Herausgabe der Grundstücke hätte der Kläger unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Rechtslage allein mit dem Ziel verlangen können, die Grundstücke durch Weiternutzung im Rahmen der Fortführung des bisherigen Gesellschaftsunternehmens oder durch anderweite Vermietung oder Verpachtung im Interesse der Masse zu verwerten. Einen solchen Anspruch hat der Kläger jedoch nicht geltend gemacht. Der Antrag auf Herausgabe der Grundstücke ist ersichtlich nur im Zusammenhang mit der begehrten Eigentumsübertragung gestellt worden. Dies ergibt sich sowohl daraus, daß die Herausgabe jeweils als Punkt b) innerhalb des Übereignungsanspruchs verlangt wird, als auch daraus, daß der Kläger nicht einmal vorgetragen hat, daß er sich nicht im Besitz der der Gemeinschuldnerin zur Nutzung überlassenen Grundstücke befinde.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Abweisung des hilfsweise zu dem Klagebegehren auf Übereignung und Herausgabe gestellten Antrags auf Zahlung und Wertersatz in Höhe des Verkehrswerts der Grundstücke.

Zur Begründung eines solchen Anspruchs kann sich die Revision allerdings darauf berufen, daß ein Teil des Schrifttums im Hinblick auf die geringe Praktikabilität eines auf die Weiternutzung der überlassenen Wirtschaftsgüter beschränkten Verwertungsrechts und die damit auf jeden Fall verbundene Verlängerung des Konkursverfahrens dafür eintritt, dem Konkursverwalter gegen Herausgabe der von der Gesellschaft genutzten Sachen einen Wertersatzanspruch gegen den überlassenden Gesellschafter einzuräumen, den er nach Einziehung oder - aufgrund eines entsprechenden Titels - nach Vollstreckung in die bis dahin zurückbehaltenen Nutzungsgegenstände zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verwenden kann (v. Gerkan/Hommelhoff, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2. Aufl. S. 154; v. Gerkan, GmbHR 1986, 218, 223; ders. EWIR § 32 a GmbHG 4/92, 883, 884; Fabritius aaO, S. 177 ff. für die Fälle, daß der überlassene Gegenstand der Gesellschaft entzogen wird oder im Konkurs nicht verwertet werden kann; Ziegler, Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassungsverhältnisse und Konzernhaftung bei der GmbH, 1989, S. 101 f.; Bäcker, ZIP 1989, 681, 691; ders., Eigenkapitalersetzende Rechtshandlungen der GmbH-Gesellschafter und Dritter, 1990, 209 ff.; Vonnemann, DB 1990, 261, 263; Junge, FS Merz, 1992, S. 241, 243 ff.; Wilken, Kapitalersetzende Nutzungsüberlassungen im internationalen Unterordnungskonzern, 1993, S. 83 ff.; Keßler, GmbHR 1993, 541, 546 unter Differenzierung zwischen Standard- und auf

die Bedürfnisse der Betriebsgesellschaft zugeschnittenen Wirtschaftsgütern; Wellkamp, DB 1993, 1759, 1761 unter Erstreckung auf den Substanzwert; für Grundstücke auch Drygalla, Gläubigerschutz [aaO], S. 74; ders., BB 1992, 80, 81; tendenziell auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG 8. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 177 für dauerhaft überlassene Wirtschaftsgüter; zur Kritik an der "Nutzungsrecht-Verwertungslösung" siehe ferner Büscher/Klusmann, ZGR 1991, 10, 15). Zur rechtlichen Begründung dieses Anspruchs wird teilweise auf § 32 b GmbHG hingewiesen. Die die analoge Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigende Ähnlichkeit zur Nutzungsüberlassung soll darin bestehen, daß der Gesellschafter in beiden Fällen der Gesellschaft eine Hilfe gewährt, die als solche deren Vermögen nicht vermehrt; belastet er etwa zugunsten der kreditgebenden Bank sein Privatgrundstück, so erhält die Gesellschaft weder das Eigentum noch ein dingliches Recht an dem Grundstück. Trotzdem muß er in dem in § 32 b GmbHG geregelten Fall der Gesellschaft Geldmittel in Höhe des aus ihrem Vermögen an den außenstehenden Kreditgeber zurückgezahlten Betrages zur Verfügung stellen.

Diese Analogie vermag nicht zu überzeugen. § 32 b GmbHG ist eine Ausnahmeregelung, die ausschließlich der besonderen Lage Rechnung tragen soll, die sich daraus ergibt, daß dem Konkursverwalter ein unmittelbarer Zugriff auf die eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung versagt ist, weil diese wegen der indirekten Form dieser Art von Gesellschaftshilfen niemals in seinen unmittelbaren Besitz gelangt ist. Die Analogie zur Einräumung von Nutzungsrechten muß

schon daran scheitern, daß bei ihr regelmäßig unmittelbarer Besitz der Gesellschaft und des Konkursverwalters begründet wird (gegen sie auch Wiedemann ZIP 1986, 1293, 1300; Büscher/Klusmann aaO, 10, 16; G. Hueck, ZGR 1989, 216, 234; Hachenburg/Ulmer aaO sowie ders. in FS Kellermann, 1991, S. 485, 502). Darüber hinaus unterscheiden sich Gebrauchsüberlassung und Besicherung von Fremdkrediten auch insofern, als der Gesellschaft im letztgenannten Fall tatsächlich eigene Geldmittel zugeführt werden, die ihre dem Gläubigerzugriff unterliegende Haftungsmasse vergrößern. Dafür ist es ohne ausschlaggebende Bedeutung, ob der Gesellschafter diese Mittel dadurch besorgt, daß er selbst zu Lasten seines Privatvermögens ein Darlehen aufnimmt und das Geld sodann an die Gesellschaft weiterleitet, oder ob er unter Einsatz seines Privatvermögens als Beleihungsgrundlage die Gesellschaft in die Lage versetzt, selbst als Kreditnehmer aufzutreten. Im Gegensatz dazu sind miet- oder pachtweise überlassene Gegenstände infolge des fortbestehenden Eigentums des überlassenden Gesellschafters zu keinem Zeitpunkt dazu geeignet, die zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehende Haftungsmasse der Gesellschaft zu vergrößern.

Auch im übrigen bietet das geltende Recht keine Grundlage, der Gesellschaft in den Regelfällen eigenkapitalersetzender Gebrauchsüberlassungen einen auf Wertersatz gerichteten Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter zuzubilligen.

Soweit mit einem solchen Anspruch, wie es der Kläger - jedenfalls in erster Linie - anstrebt, der Substanzwert der vermieteten oder verpachteten Gegenstände für die Masse in Anspruch genommen werden soll, steht dem bereits der Ein-

wand entgegen, daß der Gesellschafter der Gesellschaft anstelle der an sich gebotenen Eigenkapitalzufuhr nicht das Eigentum oder das Recht, dieses für ihre Zwecke zu verwerten, übertragen, sondern lediglich die Befugnis eingeräumt hat, die betroffenen Wirtschaftsgüter zu nutzen. Mit diesem Sachverhalt wäre es nicht zu vereinbaren, wenn auf dem Wege der Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz nunmehr doch der gerade nicht zugeführte, sondern im Vermögen des Gesellschafters verbliebene Substanzwert der von der Gesellschaft nur genutzten Wirtschaftsgüter in die Haftungsmasse einbezogen würde. Die Einbeziehung des Substanzwertes verstieße damit nicht weniger gegen den Grundsatz, daß die Eigenkapitalersatzregeln den Gesellschafter lediglich an den Folgen einer von ihm tatsächlich vollzogenen Finanzierungsentscheidung festhalten sollen, nicht aber an denjenigen einer unterlassenen, als die reale Inanspruchnahme des Eigentums selbst.

Aus ähnlichen Erwägungen muß aber auch die Zubilligung eines auf den kapitalisierten Wert der Nutzung während der Restdauer der Überlassung beschränkten Zahlungsanspruchs ausscheiden. Ein solcher Wertersatzanspruch wäre zwar nicht dem Bedenken ausgesetzt, daß mit seiner Gewährung der Gesellschaft im Ergebnis die Befugnis eingeräumt würde, den Gegenwert eines Rechts zu ihrer Haftungsmasse zu ziehen, das ihr der Gesellschafter gerade nicht überlassen, sondern in seinem eigenen Vermögen zurückbehalten hat. Bei Zubilligung eines Anspruchs auf Zahlung des Kapitalwertes der (verbleibenden) Nutzung würde nicht mehr an Wert in der Gesellschaft gebunden als ihr der Gesellschafter zuvor tatsächlich anstelle des benötigten Eigenkapitals zugeführt hat. Ganz da-

von abgesehen, daß dieser Wert zumindest bei vorausgesetzter längerer Nutzungsdauer ohne weiteres den gegenwärtigen Verkehrswert des betreffenden Wirtschaftsgutes weitgehend erschöpfen kann, muß aber auch ein solcher Wertersatzanspruch dem Einwand begegnen, daß er den Gesellschafter - anders als bei der darlehensweise erfolgenden Überlassung von Geldmitteln - verpflichtete, der Haftungsmasse der Gesellschaft im Krisenfälle, wenn schon nicht mehr, so doch etwas anderes zuzuführen als das, was er der Gesellschaft tatsächlich als Ersatz für das ihr fehlende Eigenkapital überlassen hat. Damit verstieße auch diese Form des Wertersatzes gegen den Grundsatz, daß sich aus den Eigenkapitalersatzregeln auf der Rechtsfolgenseite jedenfalls nach bisherigem Verständnis lediglich ein Abzugsverbot, nicht aber ein Zuführungsgebot ergibt. Anders verhielte es sich nur dann, wenn sich das der Gesellschaft eingeräumte Nutzungsrecht in dem Zeitpunkt, in dem es eigenkapitalersetzend wird, ipso iure in einen Anspruch auf Geldzahlung umwandelte. Für eine solche Annahme bietet das geltende Eigenkapitalersatzrecht, insbesondere auch in Anbetracht der mangelnden Tragfähigkeit eine Analogie zu § 32 b GmbHG, jedoch keine Grundlage. Angesichts dessen scheitert auch die Zubilligung eines Anspruchs auf Zahlung des kapitalisierten Wertes der Nutzung während der verbleibenden Nutzungsdauer des betroffenen Wirtschaftsgutes daran, daß der Gesellschafter nach dem bisherigen Verständnis der Eigenkapitalersatzregeln grundsätzlich nicht verpflichtet werden kann, der Gesellschaft im Krisenfälle mehr oder etwas anderes zu belassen, als er ihr anstelle fehlenden Eigenkapitals zur Verfügung gestellt hatte. Das aber ist das Recht, die ihr - regelmäßig im Wege der Miete oder Pacht - überlassenen Wirtschaftsgüter tatsächlich zu nutzen,

und nicht eine Geldeinlage. Es muß daher dabei bleiben, daß der Gesellschafter lediglich die Verwertung des Nutzungsrechts durch den Konkursverwalter für den Zeitraum, für den er die Gegenstände der Gesellschaft belassen muß, zu dulden hat (gegen einen Wertersatzanspruch auch Ulmer, FS Kellermann, 1991, S. 485, 502 f.; ders. in Hachenburg/Ulmer aaO, § 32 a, b Rdn. 113). Soweit eine solche Verwertungsmöglichkeit aus praktischen Gründen nicht besteht - etwa weil der Konkursverwalter den Betrieb nicht weiterführen kann oder will und die überlassenen Gegenstände weder zusammen mit dem Betrieb noch einzeln vermietbar oder verpachtbar sind - haben dieses Risiko nicht die Gesellschafter, sondern die Gläubiger zu tragen. Etwas anderes kann lediglich dann in Betracht kommen, wenn der Gesellschaft das ihr tatsächlich eingeräumte Nutzungsrecht ohne ihren Willen aus in der Sphäre des Gesellschafters liegenden Gründen entzogen wird, obwohl es ihr nach Kapitalersatzregeln weiter hätte überlassen werden müssen. Dem ist jedoch an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen, da sich der Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreit zur Begründung seines hilfsweise geltend gemachten Zahlungsanspruchs nicht auf einen solchen Sachverhalt beruft.

3. Dagegen muß die Revision Erfolg haben, soweit sie sich dagegen wendet, daß die Vorinstanzen dem Kläger auch den Anspruch auf Erstattung der von der Gemeinschuldnerin gezahlten Mietzinsen für die Zeit zwischen dem 1. Januar 1984 und dem 31. August 1988 versagt haben.

a) Da die Revision keine Einwände gegen die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts vorträgt, wonach ein Anspruch auf den höheren ortsüblichen Mietzins, wie ihn der Kläger in der Berufungsinstanz zur Begründung seines hilfsweise gestellten Zahlungsantrags geltend gemacht hat, mit dem Zweck der Kapitalerhaltung unvereinbar sei, ist davon auszugehen, daß in der Revisionsinstanz nur noch der Anspruch auf Rückzahlung der tatsächlich von der Gemeinschuldnerin geleisteten Mietzahlungen in Streit ist.

b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Anspruch auf Rückzahlung der Mietzinsen, auch für die Zeit ab April 1986, für die eine Verjährung zweifelsfrei nicht in Betracht kommt, unbegründet, weil sich nicht feststellen lasse, daß durch diese Zahlungen das Stammkapital der Komplementär-GmbH der Gemeinschuldnerin angegriffen worden oder das Vermögen beider Gesellschaften überschuldet gewesen sei. Zum einen liege die Bilanz der Gemeinschuldnerin für das Geschäftsjahr 1986 nicht vor, zum anderen fehlten auch Bilanzen der Komplementär-GmbH, zu deren Finanzstruktur und wirtschaftlichen Situation überdies nichts vorgetragen worden sei. Für die in der davorliegenden Zeit vom 1. Januar 1984 bis einschließlich des ersten Quartals 1986 gezahlten Mietzinsen müsse ein Erstattungsanspruch unter Berücksichtigung der vereinbarten Zahlungsweise und der erstmaligen Geltendmachung dieses Anspruchs mit Schriftsatz vom 12. März 1991 zudem wegen Ablaufs der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 31 Abs. 5 GmbHG ausscheiden. Diese Beurteilung ist, wie die Revision mit Erfolg rügt, nicht frei von rechtlichen Bedenken.

c) aa) Dem Berufungsgericht ist zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zu folgen, wonach Zahlungen der Kommanditgesellschaft an die Gesellschafter den Tatbestand der für den fraglichen Zeitraum allein in Betracht kommenden, in Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz nur insoweit erfüllen können, wie als Folge der Zahlungen das Vermögen ihrer Komplementär-GmbH unter den Nennwert ihres Stammkapitals absinkt oder eine bereits bestehende Überschuldung der GmbH vergrößert wird. Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 60, 324, 329; 67, 71, 178; 69, 280; 76, 326, 336 f.; BGHZ 109, 55, 66). Das angefochtene Urteil läßt jedoch, wie die Revision zutreffend rügt, eine Auseinandersetzung damit vermissen, daß der Kläger in der Berufungsinstanz unter Präzisierung seines bisherigen Vortrags behauptet hat, die Gemeinschuldnerin sei ab Jahresende 1983 überschuldet und konkursreif gewesen. Diese Behauptung hatte er schon vorher für das Jahresende 1983 und sodann wieder für den 31. Dezember 1987 mit konkreten Zahlen belegt, die eine hohe Überschuldung der Gemeinschuldnerin ausweisen. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß dieser Vortrag unzutreffend sei; es unterstellt vielmehr, wenn auch in etwas anderem Zusammenhang und ohne Festlegung auf den Umqualifizierungsgrund der Überschuldung oder der Kreditunwürdigkeit, daß die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen die Überlassung eines im Eigentum des Gesellschafters stehenden Grundstücks an die Gesellschaft zu betrieblichen Zwecken als eigenkapitalersetzende Leistung anzusehen ist, im vorliegenden Fall erfüllt seien. Geht man deshalb, wie für die Revisionsinstanz geboten, von der Richtigkeit der von dem Kläger behaupteten Überschuldung der Gemeinschuldnerin in dem frag-

lichen Zeitraum aus, so liegt es angesichts der unbeschränkten persönlichen Haftung der Komplementär-GmbH für die Verbindlichkeiten der KG (§§ 128, 161 HGB) zumindest nahe, daß die Auszahlung der Mietzinsen nicht ohne Beeinträchtigung auch des zur Erhaltung des Stammkapitals der GmbH erforderlichen Vermögens möglich war, falls die GmbH nicht zu diesem Zeitpunkt sogar schon selbst überschuldet war mit der Folge, daß die Auszahlungen ihre Überschuldung vertieften. Diese Annahme drängt sich im vorliegenden Fall angesichts der Höhe der am Jahresende 1987 bestehenden bilanziellen Überschuldung der KG i.H.v. 877.000,-- DM zumindest für die unmittelbar davorliegenden Jahre, in denen die Ertragssituation der Gesellschaft gleichfalls bereits sehr schlecht gewesen sein soll, um so mehr auf, als die Komplementär-GmbH der Gemeinschuldnerin anscheinend kein eigenes Unternehmen betrieb, dessen Erträge sie in die Lage versetzt haben könnten, die Verluste der KG ohne Beeinträchtigung ihres eigenen Stammkapitals aufzufangen. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht den auf Rückerstattung der gezahlten Mieten gerichteten Hilfsantrag des Klägers nicht allein wegen der von ihm vermißten Vorlage der bezeichneten Bilanzen und des fehlenden Vortrags des Klägers zur Finanzstruktur und wirtschaftlichen Situation der Komplementär-GmbH für unbegründet erachten dürfen. Die damit erforderliche Aufhebung dieses Teils seines Urteils gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, den Streitstoff mit den Parteien unter dem vorstehend dargelegten Gesichtspunkt zu erörtern und das Versäumte nachzuholen.

bb) Soweit das Berufungsgericht den Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Mietzahlungen zudem nach § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG für verjährt erachtet, lassen seine Ausführungen, wie die Revision insoweit gleichfalls zutreffend beanstandet, eine Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG vermissen. Danach findet die fünfjährige Verjährungsfrist keine Anwendung, wenn dem Verpflichteten eine bössliche Handlungsweise zur Last fällt. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine "bössliche Handlungsweise" im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn der Gesellschafter die § 30 GmbHG zuwider erfolgte Leistung in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit entgegengenommen hat (vgl. Urt. v. 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, WM 1987, 1040, 1041; v. 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, WM 1990, 548, 552). Die Beklagten brauchten mithin nur zu wissen, daß die von ihnen entgegengenommenen Mietzinszahlungen von einer kreditunwürdigen oder bereits überschuldeten Gesellschaft zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals ihrer Komplementär-GmbH erforderlichen Vermögens geleistet wurden (vgl. dazu die obigen Nachweise aus der Senatsrechtsprechung). Da in Ermangelung konkreter Feststellungen des Berufungsgerichts zur Vermögenssituation der Gemeinschuldnerin in den Jahren 1984 bis 1987 zugunsten des Klägers davon auszugehen ist, daß die Gemeinschuldnerin bereits in diesem Zeitraum überschuldet war (oben in diesem Urteil unter 3. c) aa)) und der Kläger überdies bereits in der Klage vorgetragen hat, daß sich die Überschuldung aus ihren Bilanzen seit 1983 ergeben habe, liegen gewichtige Anhaltspunkte dafür vor, daß sich die Beklagten die Mietzinsen zumindest während eines Teils dieses Zeitraums in dem Wissen um die damit verbundene Beeinträchtigung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH ausgezahlt haben. Bei dieser Sachlage

hält die Abweisung des Hilfsantrages auf Erstattung der Mietzinsen revisionsrechtlicher Prüfung auch insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht seine Entscheidung für die vor dem 1. April 1986 geleisteten Zahlungen in erster Linie auf den Eintritt der Verjährung nach § 31 Abs. 5 GmbHG gestützt hat. Es ist zwar nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen und möglicherweise sogar naheliegend, daß sich die Situation der Gemeinschuldnerin im Jahre 1984 vorübergehend insoweit gebessert haben könnte, daß die Zahlung der Miete für einen Teil des im Streit stehenden Zeitraums zwischen dem 1. Januar 1984 und dem 31. März 1986 gerechtfertigt sein könnte. Da dem angefochtenen Urteil aber auch hierzu keine konkreten in der Revisionsinstanz verwertbaren Feststellungen zu entnehmen sind, muß die Abweisung der Klage auch für den genannten Zeitraum, in dem das Berufungsgericht den Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Mietzinsen wegen Eintritts der Verjährung für unbegründet erachtet hat, aufgehoben werden, damit das Berufungsgericht, gegebenenfalls nach entsprechender Ergänzung des Parteivortrags, die bisher fehlenden Feststellungen zur Entwicklung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin in den bezeichneten Jahren, einer daraus möglicherweise folgenden Beeinträchtigung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH durch die geleisteten Mietzahlungen und der Kenntnis der Beklagten hiervon nachholen kann.

B. Revision der Beklagten:

Dagegen muß die Revision der Beklagten, mit der sie sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung der in den beiden als "Schuldübernahme" bezeichneten Erklärungen festgelegten Beträge in Höhe von 500.000,-- DM bzw. 250.000,-- DM (sog. Komplex II) wenden, in vollem Umfang ohne Erfolg bleiben.

I. Nach den in den Vorinstanzen vorgetragenen Behauptungen der Beklagten sollen diese beiden Erklärungen lediglich vorsorglich wegen der per 31. Dezember 1983 festgestellten bilanziellen Überschuldung der Gemeinschuldnerin auf Drängen des mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragten Wirtschaftsprüfers Dr. Sch[REDACTED] abgegeben, später aber im Jahre 1986 im Hinblick auf die inzwischen eingetretene Besserung der Vermögenslage der Gemeinschuldnerin einverständlich wieder aufgehoben worden sein. Dies ergebe sich ungeachtet der Tatsache, daß das dem Wirtschaftsprüfer ausgehändigte Exemplar der Schuldübernahmeerklärungen ihm auch später nicht mehr abgefordert worden sei, u.a. aus dem Umstand, daß der Kläger entsprechende Exemplare der Erklärungen in den Unterlagen der Gemeinschuldnerin nicht mehr vorgefunden habe.

II. Das Berufungsgericht hat diese Erklärungen, die unstreitig den betreffenden Gläubigerbanken niemals übergeben worden sind, als Erfüllungsübernahmen im Sinne von § 329 BGB gewürdigt, die sich bei Konkurseröffnung in einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen die Beklagten verwandelt hätten, und die Beklagten als beweispflichtig für deren spätere einverständliche Aufhebung angesehen. Wie schon vorher das

Landgericht hat es sich auch nach ergänzender Vernehmung des Zeugen Dr. Sch[REDACTED] nicht davon zu überzeugen vermocht, daß diese unbedingt und ohne zeitliche Beschränkung abgegebenen Erklärungen im Jahre 1986 einverständlich wieder aufgehoben worden seien.

III. Diese Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme ist jedenfalls möglich und frei von Rechtsfehlern. Wie auch die Revision nicht in Abrede stellen kann, hat der Zeuge in Ermangelung einer konkreten Erinnerung an den Inhalt der bei der Bilanzbesprechung am 20. Juni 1986 und bei dem Telefonat am 22. Juli 1986 geführten Gespräche nicht bestätigen können, daß überhaupt über die Rückgabe der Schuldübernahmeerklärungen gesprochen worden ist. Wenn die Revision demgegenüber im Gegensatz zu dem Berufungsgericht (BU 32 unten/33 oben) den von dem Zeugen zusätzlich geäußerten Annahmen, die ausschließlich auf nachträglichen Schlußfolgerungen aus der seinerzeitigen vorübergehenden Besserung der Vermögenslage der Gemeinschuldnerin beruhen, einen ausschlaggebenden Beweiswert beimessen will, so bewegt sie sich damit auf dem ihr verschlossenen Gebiet tatrichterlicher Beweiswürdigung. Entsprechendes gilt von der Beurteilung der sonstigen Umstände, wie insbesondere dem Fehlen eines Vermerks über die Schuldübernahmeerklärungen in der Bilanz für 1985 und der späteren Erwähnung von Freistellungserklärungen gegenüber den kreditgewährenden Banken im Jahresabschluß 1987, denen die Revision teils ein anderes, teils ein größeres Gewicht beimessen will als das Berufungsgericht. Entgegen der Ansicht der Revision war das Berufungsgericht auch nicht gehalten, dem Antrag auf Vernehmung der Ehefrau des Beklagten zu 1 nachzugehen. Auch dann, wenn der Beklagte zu 1 seiner

Frau als Inhalt des Telefonats mit Dr. Sch[REDACTED] anschließend mitgeteilt haben sollte, daß die Schuldübernahmeerklärungen mit der (vorübergehenden) Beseitigung der buchmäßigen Überschuldung ihre Bedeutung verloren hätten, bewiese dies nicht die förmliche einverständliche Aufhebung der Schuldübernahmen, sondern lediglich eine von dem Beklagten zu 1 im Einverständnis mit Dr. Sch[REDACTED] gezogene Schlußfolgerung aus dem Umstand, daß die Bilanz für das Jahr 1985 möglicherweise keine buchmäßige Überschuldung der Gesellschaft mehr auswies. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht ohne Verfahrensfehler von der Vernehmung der Zeugin absehen. - Abgesehen davon wird die Würdigung des Beweisergebnisses und des Tatsachenvortrages der Beklagten durch das Berufungsgericht mindestens zusätzlich durch den Umstand getragen (vgl. BU 35), daß die Beklagten die Existenz von Schuldübernahmeerklärungen vor dem Konkursgericht zunächst völlig in Abrede gestellt und auch in dem gegenwärtigen Rechtsstreit ihre Behauptung, die Schuldübernahmeerklärungen seien nachträglich aufgehoben worden, erst aufgestellt haben, nachdem sich ihr anfängliches Bestreiten, daß die Erklärungen überhaupt irgendetwas mit einer Überschuldung der Gesellschaft zu tun haben könnten, als widerlegt herausgestellt hatte. Wenn das Berufungsgericht daraus in

Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Schluß zieht, es sei nicht ausgeschlossen, daß die behauptete Aufhebung der Schuldübernahmeerklärungen lediglich eine Schutzbehauptung sei, so läßt dies keinen Rechtsfehler erkennen.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Dr. Goette

Dr. Greger