

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 211/95

Verkündet am:
2. Juni 1997
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG §§ 32 a, 32 b

- a) Zur Darlegungs- und Beweislast der Parteien, nachdem das Gericht ein Sachverständigengutachten zur rechnerischen Überschuldung der Gesellschaft eingeholt hat.
- b) Zur Frage der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft.

BGH, Urt. v. 2. Juni 1997 - II ZR 211/95 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1997 durch den Vorsitzenden Richter Röhrich und die Richter Dr. Hesselberger, Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29. Juni 1995 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 29. September 1987 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der E. -GmbH (Gemeinschuldnerin), die 1985 mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM gegründet wurde. Die Beklagten sind deren Gesellschafter. Zur Absicherung eines Aval- und eines Buchkredits, welche die Bank G. der Gemeinschuldnerin am 11. September 1986 für ein weiteres Jahr einräumte, verbürgten sich die Beklagten in Höhe von jeweils 221.000,-- DM. Die Kredite wurden außerdem gesichert durch eine weitere Bürgschaft des Beklagten zu 1 "und/oder" des Beklagten zu 2 über 115.000,-- DM und durch eine von dem Beklagten zu 1 bestellte Grundschild in Höhe von 125.000,-- DM. Einen Kontokorrentkredit, den die Sparkasse H. der Gemeinschuldnerin am 4. Februar 1987 einräumte, sicherten die Beklagten ebenfalls durch Bürgschaften in Höhe von jeweils 100.000,-- DM. Bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens am 29. September 1987 führte die Gemeinschuldnerin den am 4. Februar 1987 mit 518.628,-- DM in Anspruch genommenen Buchkredit auf 54.697,97 DM und den am 5. August 1987 mit 204.966,40 DM in Anspruch genommenen Kontokorrentkredit auf 6.083,70 DM zurück. Der vom Kläger vorgelegte vorläufige Konkursstatus weist ein Aktivvermögen von 423.201,48 DM und Passiva in Höhe von 3.115.438,37 DM aus.

Der Kläger, der zunächst noch weitere, nicht mehr im Streit befindliche Forderungen geltend gemacht hat, nimmt die Beklagten mit der Begründung, daß die gestellten Sicherheiten eigenkapitalersetzende Leistungen gewesen seien, als Gesamtschuldner auf Zahlung von



595.577,60 DM in Anspruch. Nachdem die Klage insoweit in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben ist, verfolgt er diesen Anspruch mit der Revision weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht spricht dem Kläger Erstattungsansprüche für die Masse weder gemäß §§ 32 a, 32 b GmbHG noch nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf kapitalersetzende Leistungen zu. Obwohl die Gemeinschuldnerin nach dem eingeholten Sachverständigengutachten bereits im September 1986 rechnerisch überschuldet war und ihre Finanzkraft aus damaliger Sicht nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreichte, steht der eigenkapitalersetzende Charakter der von den Beklagten gewährten Finanzierungshilfen nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht fest, weil der Sachverständige von tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen sei, die der Kläger nicht bewiesen habe. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nach dem Sachverständigengutachten belief sich die rechnerische Überschuldung der Gemeinschuldnerin am 11. September 1986 auf 364.000,-- DM und am 31. Dezember 1986 - dem zugunsten der Beklagten auch für die Beurtei-

lung der später übernommenen Bürgschaften zugrundelegenden Stichtag - auf 710.073,46 DM.

a) Hierbei geht der Sachverständige davon aus, daß die von der Gemeinschuldnerin errichteten Reihenhäuser in W. am 11. September 1986 zu 65 % bzw. 50 % und am 31. Dezember 1986 zu 80 % bzw. 60 % fertiggestellt waren. Den sich daraus ergebenden Bewertungsfaktor läßt das Berufungsgericht mit der Begründung außer acht, der Kläger sei den Beweis dafür schuldig geblieben, daß der Baufortschritt nicht größer gewesen sei. Eines solchen Beweises bedurfte es indessen nicht. Die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung am 29. Juni 1995 eine Stellungnahme des von ihnen beauftragten Privatgutachters B. übergeben lassen, in der eine "Liste der zum Stichtag 11.09.1986 in Bearbeitung ... befindlichen Bauvorhaben" enthalten ist, in der die "Anarbeitung" der Reihenhäuser zum 11. September 1986 auf 45 % (2 Häuser), 40 % (4 Häuser) und 50 % (ein Haus) geschätzt wird. Diese Ausführungen des Privatgutachters, aus denen sich ein deutlich geringerer als der von dem Gericht bestellten Sachverständigen angesetzte Baufortschritt ergibt, haben sich die Beklagten zueigen gemacht.

Mit dem Sachverständigengutachten ist bei der Bewertung der sieben Reihenhäuser auch von dem Preis auszugehen, den die Gemeinschuldnerin für die Errichtung und Veräußerung tatsächlich erzielt hat (151.000,-- DM bzw. 151.700,-- DM für die Grundstücke und Häuser 1, 6 und 7; 156.000,-- DM für die restlichen Häuser mit Grundstück). Soweit das Berufungsgericht demgegenüber den von der Gemeinschuldnerin erstrebten Preis in Höhe von 285.000,-- DM pro Haus für maßgeblich hält, weil der Kläger einen geringeren Wert nicht bewiesen habe, über-

sieht es, daß die Verträge über die Errichtung der Häuser 1, 6 und 7 ausweislich der Abschlagsrechnungen spätestens im April 1986 und somit geraume Zeit vor den maßgeblichen Stichtagen geschlossen worden sind. Da für die restlichen vier Häuser im Frühjahr 1987 kein nennenswert höherer Preis erzielt werden konnte, ist nicht ersichtlich, warum in der Zwischenzeit, in der sich gerade kein Käufer gefunden hat, ihr Wert auf 285.000,-- DM gestiegen sein sollte. Die Beklagten, die den Verkauf dieser Häuser zum Selbstkostenpreis mit Liquiditätsengpässen infolge einer nahezu zweimonatigen Frost- und Schlechtwetterperiode erklären, machen nicht plausibel, daß die Häuser, die im Jahr 1986 gar nicht oder jedenfalls nicht mit Gewinn zu veräußern waren, einen Preis von 285.000,-- DM erzielt hätten, wenn die finanziellen Verhältnisse der Gemeinschuldnerin im Frühjahr 1987 ein weiteres Zuwarten erlaubt hätten. Für die Feststellung der rechnerischen Überschuldung ist daher die Bewertung des Sachverständigen zu übernehmen, ohne daß es einer weiteren Beweisführung durch den Kläger bedarf.

b) Zu Unrecht bürdet das Berufungsgericht dem Kläger die Beweislast dafür auf, daß die Gemeinschuldnerin bis zum 11. September 1986 keine zusätzlichen, nicht bilanzierten Leistungen erbracht hat, die mehr als 140.000,-- DM wert waren. Eines solchen Beweises bedurfte es nicht. Von den behaupteten Zusatzleistungen in Höhe von 970.000,-- DM entfallen allein 610.000,-- DM auf den Bauherrn C. , der die Zahlung der Zusatzleistungen nicht nur mit Erfolg verweigert, sondern zudem von der für die Gemeinschuldnerin bürgenden Bank G. 100.000,-- DM gefordert und erhalten hat. Dies spricht nachdrücklich für die Richtigkeit der An-

nahme des Sachverständigen, die mangelnde Realisierbarkeit der Forderungen für die Zusatzleistungen habe "in der Leistungserbringung dem Grund und der Qualität nach" gelegen. Deshalb konnten für Zusatzleistungen nur 277.000,-- DM als Ertrag gewertet werden, wobei der Sachverständige in nachvollziehbarer Weise davon ausgegangen ist, daß etwa die Hälfte dieser Leistungen - in Höhe von rund 140.000,-- DM - bis zum Jahresende 1986 erbracht worden seien. Im übrigen würde die Überschuldung der Gemeinschuldnerin sich durch die behaupteten Zusatzleistungen rechnerisch zwar erheblich verringern; sie würde jedoch nicht entfallen.

2. Der Sachverständige hat die der Gemeinschuldnerin schon im September 1986 zu stellende negative Fortbestehensprognose mit eingehender Begründung auf die nicht mehr ausreichende Ertragskraft, die ungünstige Kostenstruktur, die geringe Ertragsdecke und die sich abzeichnende Auftragsstagnation gestützt. Dem sind die Beklagten nur insofern entgegengetreten, als sie eine Stagnation der Aufträge in Abrede gestellt und eine Reihe von Bauvorhaben aufgelistet haben. Das Berufungsgericht, das den Kläger auch in diesem Punkt als beweisfällig behandelt, erkennt, daß die Gemeinschuldnerin die aufgelisteten Neuaufträge mit einem geschätzten Gesamtauftragsvolumen von 8.390.000,-- DM nach dem Vortrag der Beklagten im September 1986 gerade nicht hatte, sondern lediglich innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt des Konkurses - also bis September 1989 - erwartete. Zweifel an der negativen Fortbestehensprognose hätte das Berufungsgericht wegen dieser Auftragserwartungen daher allenfalls dann haben können, wenn im September 1986 wahrscheinlich gewesen wäre, daß die Gemeinschuldnerin die

Zeit der erwarteten Auftragseingänge - und zwar ohne die ihr gewährten Gesellschafterhilfen - überhaupt erleben und nicht - wie trotz der gewährten Gesellschafterhilfen geschehen - vorher zusammenbrechen werde. Die insoweit darlegungspflichtigen Beklagten haben keine Umstände vorgetragen, aus denen sich eine solche Wahrscheinlichkeit ergibt. Auf Grund ihres Vorbringens muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß der Gemeinschuldnerin aus damaliger Sicht - und ohne Rücksicht auf die sonstigen von dem Sachverständigen dargelegten Faktoren, die ein Überleben unwahrscheinlich machten - spätestens ab Mitte des Jahres 1987 Anschlußaufträge fehlen würden, um die Zeit bis zum Eingang der erwarteten Aufträge zu überbrücken. Die Umsatzerlöse, die aufgrund der im September 1986 vorhanden gewesenen Alt- und Neuaufträge bis zum 31. Juli 1987 tatsächlich erzielt wurden, lagen (jeweils ohne Berücksichtigung der bereits unter I 1 a abgehandelten Reihenhäuser) mit 5.229.721,-- DM sogar über den Restumsatzerlösen, die nach dem Vortrag der Beklagten am 11. September 1986 zu erwarten waren. Haben die vorhandenen gewesenen Aufträge aber bis zum 31. Juli 1987 schon zu höheren Umsätzen geführt, als im September 1986 vor auszusehen war, ist nicht ersichtlich, wie sich die Gemeinschuldnerin aus damaliger Sicht in der zweiten Hälfte des Jahres 1987 hätte über Wasser halten sollen. Vielmehr war die Gemeinschuldnerin - wie die Beklagten einräumen - bereits im Frühjahr 1987 konkursreif.

II. Die ergänzenden Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin sind rechtlich nicht haltbar.

Kreditunwürdigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft zwar noch nicht konkursreif, also zahlungsunfähig oder überschuldet ist, wenn sie aber ohne die Gesellschafterleistung liquidiert werden müßte und kein vernünftig handelnder außenstehender Kreditgeber ihr einen Kredit unter denselben Bedingungen wie der Gesellschafter gewähren würde (vgl. BGHZ 81, 252, 255; 81, 311, 317 f.; Sen.Urt. v. 11. Dezember 1995 - II ZR 128/94, ZIP 1996, 273, 274 f.; v. 4. Dezember 1995 - II ZR 281/94, ZIP 1996, 275 ff.). Allerdings werden kurzfristige Überbrückungskredite von den Eigenkapitalersatzregeln nicht erfaßt (vgl. BGHZ 90, 391, 393 f.; Sen.Urt. v. 28. November 1994 - II ZR 77/93, WM 1995, 55, 56 m.w.N.), wenn im Zeitpunkt der Einräumung des Kredits aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens objektiv damit gerechnet werden konnte, daß die Gesellschaft den Kredit in der vorgesehenen kurzen Zeitspanne ablösen können (Sen.Urt. v. 28. November 1994 - II ZR 77/93 aaO).

Davon kann hier - wie bereits dargestellt - nicht die Rede sein. Die Kreditunwürdigkeit kann - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - insbesondere nicht mit der pauschalen Erwägung verneint werden, es sei nicht auszuschließen, daß die Gemeinschuldnerin noch Vermögensgegenstände oder stille Reserven gehabt habe, die sie ihren Gläubigern als ausreichende Sicherheiten hätte zur Verfügung stellen können. Dem Konkursverwalter ist es nur zumutbar, den von ihm zu erbringenden Negativbeweis zu führen, wenn der Gesellschafter konkret darlegt, welche Vermögensgegenstände die (spätere) Gemeinschuldnerin seiner Ansicht nach ihren Gläubigern noch als Sicherheiten hätte anbieten können und inwie-

fern sie noch über stille Reserven, die als Kreditsicherheit tauglich gewesen wären, verfügt haben soll.

Im übrigen hat das Berufungsgericht es rechtsfehlerhaft unterlassen, eine etwaige Überschuldung und/oder Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin zu einem späteren, aber noch geraume Zeit vor der Stellung des Konkursantrags liegenden Zeitpunkt in seine Wertung einzubeziehen. Wie die Beklagten selber einräumen, war die Gemeinschuldnerin jedenfalls im Frühjahr 1987 konkursreif. Der Konkursantrag ist aber erst Ende August 1987 gestellt worden.

III. 1. Steht der eigenkapitalersetzende Charakter der gewährten Finanzierungshilfen somit nach dem gegenwärtigen Sachstand fest, so ist eine abschließende Entscheidung gleichwohl nicht möglich. Vielmehr bedarf es noch weiterer Feststellungen im Hinblick auf den Vortrag der Beklagten, daß die Grundsuld verwertet und sie aus den Bürgschaften in Anspruch genommen oder den kreditgebenden Banken gegenüber weiterhin verpflichtet seien. Die Sicherheiten, die die Beklagten gestellt haben, waren dem Betrage nach beschränkt, und die Gemeinschuldnerin hat die gesicherten Kredite nur teilweise getilgt. Nur soweit die Beklagten durch die Tilgung von ihrer jeweiligen Haftung befreit worden sind, weil der getilgte Betrag den nicht gesicherten überstieg, sind sie zur Erstattung verpflichtet (vgl. Sen.Urt. v. 2. April 1990 - II ZR 149/89, ZIP 1990, 642). Das Berufungsgericht wird daher aufgrund eines ergänzenden Parteivortrags Feststellungen darüber zu treffen haben, welche Bewandnis es mit der Bürgschaft in Höhe von 115.000,-- DM des Beklagten zu 1 "und/oder" des Beklagten zu 2 hat, ob die Beklagten über die jeweiligen Bürgschaftssummen hin-

aus für Zinsen und Kosten einzustehen hatten und in welcher Höhe ihren jeweiligen Einstandspflichten nach den Zahlungen der Gemeinschuldnerin noch Verbindlichkeiten aus dem Aval-, dem Buch- und dem Kontokorrentkredit gegenüberstanden.

2. Der weitere Einwand der Beklagten, daß die Bank G. die Bürgschaften zum Teil schon vor den Tilgungsleistungen der Gemeinschuldnerin freigegeben habe, geht dagegen ins Leere. Diese Tilgungsleistungen hätten nicht zu einer Befreiung der Beklagten geführt. Da ihre Bürgschaften eigenkapitalersetzenden Charakter hatten, waren sie gehalten, die Gemeinschuldnerin von der Verpflichtung zur Darlehensrückzahlung freizustellen (vgl. Sen.Urt. v. 9. Dezember 1991 - II ZR 43/91, ZIP 1992, 108, 109). Hätten sie das getan, so hätten sie keinen Rückgriff nehmen können. Im Innenverhältnis hatten also die Beklagten - in Höhe der jeweils gewährten Sicherheiten - für die Rückzahlung der Darlehen aufzukommen. Daran hat die Freigabe der Sicherheiten nichts geändert. Die kreditgebende Bank konnte zwar auf ihre Rechte aus den Bürgschaften verzichten, die Beklagten jedoch nicht von der Verantwortung entlasten, die sie mit ihren eigenkapitalersetzenden Leistungen übernommen hatten. Der Erstattungsanspruch, den die Gemeinschuldnerin mit der Tilgung des Darlehens erlangte, beruht auf §§ 32 a, 32 b und den nach der Senatsrechtsprechung analog anzuwendenden §§ 30, 31 GmbHG, aber nicht auf dem Übergang der Bürgschaftsforderung, die durch die Tilgung der Hauptschuld ohnehin erloschen wäre (vgl. Sen.Urt. v. 14. Oktober 1985 - II ZR 280/84, ZIP 1986, 30, 31). Daß die Bürgschaftsforderung nicht mehr bestand, weil die kreditgebende Bank sie schon zuvor erlassen hatte, ist daher ohne Belang. Jedenfalls dann, wenn die Bürgschaft

ihren kapitalersetzenden Charakter in der Zeit zwischen der Freigabe und der Darlehenstilgung durch die Gesellschaft nicht durch eine nachhaltige Überwindung der Krise verloren hat, ist der Gesellschafter der Gesellschaft in dem Umfang zur Erstattung verpflichtet, in dem er ohne die Freigabe der Sicherheit verpflichtet gewesen wäre.

Röhrich

Dr. Hesselberger

Dr. Goette

Dr. Kurzweily

Kraemer