

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 32 a, 32 b

- a) Allein durch die Tatsache seiner Beteiligung an der Gesellschaft übernimmt der Gesellschafter die Verantwortung dafür, daß er die GmbH durch Finanzierungsleistungen in Zeiten am Leben erhält, in denen ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten; es kommt nicht auf die Zwecke an, die er mit seiner Beteiligung verfolgt.
- b) Ein mit dem Gesellschafter verbundenes und deshalb für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung verantwortliches Unternehmen ist auch eine Gebietskörperschaft, die sich über ihre - auf der Grundlage öffentlichen Rechts errichtete - Landesbank an einer GmbH beteiligt.
- c) Zur Frage, ob eine GmbH wegen erheblicher und andauernder Liquiditätsschwierigkeiten auch dann kreditunwürdig ist, wenn ein sie beherrschendes Unternehmen aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrages verpflichtet ist, deren Verluste auszugleichen.

BGH, Urt. v. 19. September 1988 - II ZR 255/87 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 255/87

Verkündet am:
19. September 1988

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 11. Zivilsenat, vom 24. Juli 1987 wird auf Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte - außer zur Zahlung der zuerkannten Beträge - verurteilt wird, Ansprüche aus dem Verträge vom 12. April 1984 abzutreten, soweit sie der Beklagten aufgrund des Besserungsscheins aus der Vereinbarung vom 19./22. April/19. Mai 1988 bis zur Höhe von 5 Mio DM erwachsen können, und daß die Hauptsache erledigt ist, soweit die Beklagte vom Berufungsgericht zur Abtretung weitergehender Ansprüche verurteilt worden ist.

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 des Vermögens der H
S werke GmbH (HSW). Er verlangt von der verklagten
Landesbank die Abtretung bzw. Herausgabe von Forderungen und
Entgelten, die diese aus der Verwertung von Sicherungsgut
erlangt hat und noch erlangt, das ihr von den HSW übereignet
worden ist.

Die Beklagte ist als Staatsbank eine landesunmittelbare
Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie ist auf der Grund-
lage eines Erlasses des Senats der Freien und Hansestadt
Hamburg (FHH) vom 26. Februar 1938 und einer gleichzeitig
vom Senat verabschiedeten Satzung errichtet worden.

Die Gesellschafterin der am 19. Dezember 1961 als "I
GmbH" mit einem Stammkapital von 600.000 DM und
Sitz in L gegründeten HSW änderte durch Beschluß
vom 27. August 1969 Firma und Unternehmensgegenstand; ferner
verlegte sie den Sitz der Gesellschaft nach Hamburg, wo die
Änderungen am 10. Oktober 1969 ins Handelsregister eingetra-
gen wurden.

Die Gesellschafterin der HSW, die K -M. -R -
AG (KMR), spätere K -St AG (KSt), beschloß am
9. Februar 1970, das Kapital der HSW auf 35 Mio DM zu erhö-
hen. Auf Verlangen der FHH schlossen die HSW am 24. Februar
1970 mit der I AG zu deren

Gunsten einen Ergebnisabführungsvertrag. Am 18. März 1970 bot die Beklagte als Führerin eines Finanzkonsortiums von insgesamt neun Kreditinstituten den HSW einen Kredit über 100 Mio DM an; am 23. März 1970 nahmen die HSW das Angebot an (Kredit-Block I). Die Beklagte war an der Kreditsumme mit einem Konsortialanteil von 16 %, ab Januar 1974 von 22,5 %, beteiligt. Am 17./23. April 1970 übereigneten die HSW der Beklagten ihr Anlagevermögen zur Absicherung aller zugunsten der Beklagten - einschließlich des Konsortiums - bestehender oder noch entstehender Forderungen. Die Beklagte hielt diese Sicherheiten auch treuhänderisch für die Konsorten. Am 28. April 1970 sicherte die FHH den Kredit zusätzlich durch eine Ausfallbürgschaft ab, die sich zunächst auf 50 Mio DM und ab 16. November 1970 auf den gesamten Kredit erstreckte.

Einen weiteren Kredit von 25 Mio DM erhielten die HSW aufgrund Vertrages vom 19./23. Februar 1971 von mehreren Gesellschaften des G -Konzerns (GK), die mit den HSW und der Beklagten am 15./16. April 1971 vereinbarten, daß die gemäß Sicherungsübereignungsvertrag vom 17./23. April 1970 der Beklagten übertragenen Werte auch diesen Kredit im Range nach dem Kredit in Höhe von 100 Mio DM sichern sollten und daß die Beklagte das Sicherungsgut auch treuhänderisch für den GK halten sollte. Auch diesen Kredit sicherte die FHH zusätzlich durch eine Bürgschaft.

Am 16./19. Juli 1971 wurde den HSW ein zweiter Investitionskredit als Konsortialkredit von neun Kreditgebern gewährt, an dem die Beklagte mit 16 %, ab Januar 1974 mit

32 %, beteiligt war (Kredit-Block II). Einen dritten Kredit über 26,5 Mio DM sagte die Beklagte den HSW am 25. Juli 1972 zu. Beide Kredite waren durch die bereits bestellten und nach Erweiterung des Anlagevermögens noch hinzukommenden Realsicherheiten sowie durch die Bürgschaft der FHH gesichert.

Die Beklagte gewährte den HSW ab 1971 außerdem Betriebsmittelkredite in Form eines Buchkredits, eines Wechseldiskontkredits und (ab 1976) eines Festkredits, die ebenfalls durch die bestellten Realsicherheiten und Teile des Umlaufvermögens, nicht aber durch Landesbürgschaften gesichert waren. Die Kreditlinie für den Buchkredit wurde von ursprünglich (1971) 5 Mio DM mehrfach erhöht, betrug am 23. Mai 1980 40 Mio DM, stieg ab 29. Juni 1981 auf 54 Mio DM und wurde von Oktober 1981 bis 30. Juni 1982 wieder auf 40 Mio DM zurückgeführt. Der am 23. September 1976 zugesagte Festkredit belief sich auf 5 Mio DM und der am 9. August 1971 eingeräumte Wechseldiskontkredit auf 15 Mio DM.

Am 5. März 1971 und 16. Dezember 1971 beschloß die Gesellschafterin der HSW, die KMR, weitere Kapitalerhöhungen, und zwar zunächst auf 40 Mio DM und dann auf 60 Mio DM. Am 29. März 1972 trat die KMR der Beklagten den aus der Kapitalerhöhung auf 40 Mio DM erlangten Geschäftsanteil von 5 Mio DM und einen aus der Erhöhung auf 35 Mio DM gebildeten Teilgeschäftsanteil in Höhe von 12 Mio DM als Sicherheit für Kredite ab, die jene unter anderem der KMR und der ebenfalls zur K -Gruppe gehörenden K I: H:

GmbH & Co. KG (KIH) gewährt hatte. Ebenfalls am 29. März 1972 übernahm die Beklagte gegenüber der KIH die Verpflichtung, den neu gebildeten Geschäftsanteil von 20 Mio DM zu übernehmen und der KIH eine Erwerbsoption einzuräumen; die KIH verpflichtete sich, der Beklagten den Anteil bis spätestens 31. Dezember 1976 abzunehmen. Die Beklagte erwarb den Geschäftsanteil von 20 Mio DM mit Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister am 7. April 1972. Nachdem die KIH am 27. September 1972 ihr Optionsrecht zum 31. Dezember 1972 ausgeübt hatte, übertrug die Beklagte ihr den Geschäftsanteil am 27. Dezember 1972 mit Wirkung vom 31. Dezember 1972. Im selben Verträge übertrug die Beklagte der KSt, in die Mitte 1972 die KMR umgegründet worden war, mit Wirkung vom 31. Dezember 1972 den Geschäftsanteil von 12 Mio DM sowie einen aus dem Anteil von 5 Mio DM gebildeten Teilgeschäftsanteil von 600.000 DM zurück. Ebenfalls im selben Verträge übertrug die KSt einen aus dem Geschäftsanteil von 12 Mio DM gebildeten Teilgeschäftsanteil von 9,4 Mio DM weiter an die KIH, die ihn ihrerseits zusammen mit einem aus dem Geschäftsanteil von 20 Mio DM gebildeten Teilgeschäftsanteil von 6,2 Mio DM an die FCB (später: FCB) Beteiligungsgesellschaft mbH (FCB) abtrat, die als Gesellschafterin der HSW vorgesehen war und deren Gesellschafter damals die Beklagte und die KSt AG (KW) mit Geschäftsanteilen von jeweils 15 Mio DM und einem Vorzugsstimmrecht der KW waren. Die FCB wiederum übertrug in dem genannten Verträge vom 27. Dezember 1972 die erworbenen Anteile mit Wirkung vom 31. Dezember 1972 auf die Beklagte zur Besicherung eines Kredits von 21 Mio DM, den ihr die Beklagte aufgrund Vereinbarung vom 29. Dezember 1972 gewährte. Die

Beklagte verpflichtete sich am 27. Dezember 1972, der KSt auch den ihr verbliebenen Teilgeschäftsanteil von 4,4 Mio DM zurückzuübertragen, sobald die EWG-Kommission den Eintritt der KW in die FCB genehmigt hätte; nachdem diese Genehmigung erteilt war, übertrug die Beklagte den Anteil am 27. Juni 1973 auf die KSt.

Am 18. Dezember 1973 übertrug die Bank, die Sicherungsnehmerin des von der KIH gehaltenen restlichen Geschäftsanteils in Höhe von 13,8 Mio DM war, diesen Anteil mit Wirkung vom 31. Dezember 1973 auf die FCB, die ihn im selben Verträge zur Sicherung der ihr gewährten Kredite an die Beklagte weiterübertrug. Am 27. Dezember 1973 schlossen die Beklagte und die FCB hinsichtlich aller von dieser übertragenen Anteile in Höhe von insgesamt 29,4 Mio DM einen Sicherungsvertrag, in dem die Beklagte die FCB unter anderem ermächtigte, im eigenen Namen die Stimmrechte aus diesen Anteilen auszuüben. Die Beteiligung der Beklagten mit 29,4 Mio DM und die der KSt mit 30,6 Mio DM änderte sich in den folgenden Jahren nicht mehr.

Nachdem der Ergebnisabführungsvertrag vom 24. Februar 1970 zum Jahresende 1973 gekündigt worden war, schlossen die HSW am 14., 19./27. Dezember 1973 einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit KSt und FCB, die sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung "Vereinigung der Gesellschafter der H. S. GmbH" zusammengeschlossen hatten. Die Beklagte stimmte sowohl dem

Unternehmensvertrag wie dem Zusammenschluß der Gesellschafter zu. Seit 1973 besteht auch ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen FCB und KW zugunsten der letzteren.

Die HSW erzielten lediglich in den Jahren 1974 und 1979 Überschüsse, und zwar in Höhe von ca. 33 Mio DM und ca. 2 Mio DM, die an die "Vereinigung" abgeführt wurden. Diese glich andererseits die Verluste der Jahre 1973, 1975 - 1978, 1980 und 1981 in Höhe von insgesamt ca. 204 Mio DM aus. Der Jahresfehlbetrag des Jahres 1982 in Höhe von 172 Mio DM ist aufgrund eines Vergleichs, in dem sich die FCB dem Kläger verpflichtete, 42,5 Mio DM zu zahlen, nur zum Teil ausgeglichen worden.

Am 7. August 1974 und 9. Dezember 1975 räumte die Beklagte den HSW einen vierten und fünften Investitionskredit über 10,6 Mio DM und 56,7 Mio DM ein, die in Höhe von 10,14 Mio DM und 35 Mio DM in Anspruch genommen wurden und ebenfalls durch die Realsicherheiten und die Ausfallbürgschaft der FHH gesichert waren. Von dem ersten Investitionskredit des Jahres 1970 wurde durch Vertrag vom 5. Juni/15. und 17. Juli 1975 die Kreditgeberposition in Höhe eines Teilbetrages von 15 Mio DM auf zwei Gesellschaften des GK übergeleitet, wobei die ursprünglichen Sicherheiten bestehen blieben.

Im Jahre 1976 stellten sowohl die Deutsche Bank AG und die Dresdner Bank AG den HSW Kredite in Höhe von je 10 Mio DM zur Verfügung, die von den Konzernmüttern abgesichert wurden.

In den Jahren 1978 - 1982 stundete die Beklagte den HSW Tilgungsraten in Höhe von insgesamt 33,3 Mio DM; die Stundungen durch den GK beliefen sich auf ca. 3,58 Mio DM. Auch für diese Rückstände verbürgte sich die FHH.

Mit Wirkung vom 1. Januar 1983 übernahmen die KW die Geschäftsanteile der Beklagten an der FCB.

Infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten der K - Gruppe, insbesondere des Zusammenbruchs der KIH als alleinige Abnehmerin der Produkte der HSW wurde über deren Vermögen am 20. Januar 1983 das vorläufige Vergleichsverfahren und am 9. Dezember 1983 das Konkursverfahren eröffnet.

Die FHH trat als Bürgin für die noch offenen Beträge aus den fünf Investitionskrediten sowie für die dem GK noch zustehenden Forderungen über ca. 5,7 Mio DM und 6,25 Mio DM ein und hat infolgedessen zur Konkurstabelle Forderungen in Höhe von insgesamt ca. 129,2 Mio DM angemeldet. Die Beklagte meldete eine aus dem Betriebsmittelkredit herrührende Forderung von ca. 11,66 Mio DM an.

Am 12. April 1984 veräußerte die Beklagte unter Mitwirkung des Klägers die Realsicherheiten an die als Auffanggesellschaft gegründete "Neue H S w GmbH" für 30 Mio DM, die sich im Falle einer negativen Geschäftsentwicklung in bestimmter Weise ermäßigen, bei günstiger Entwicklung auf bis zu 40 Mio DM erhöhen sollten. Der Kaufpreis wurde bis zum 31. Dezember 1987 gestundet. An die Beklagte ausgezahlt werden sollte er unter dem Vorbehalt, daß er

gegebenenfalls an die Konkursmasse auszukehren sei. Am 19./22. April/15. Mai 1988 setzten die Parteien und die Neue H S w GmbH den restlichen Kaufpreis für das Anlagevermögen zum 31. Dezember 1987 mit der Maßgabe auf Null DM fest, daß er unter bestimmten - im einzelnen genannten Bedingungen - bis zur Höhe von 5 Mio. DM wiederauflebe.

Am 2. April 1985 übertrug die Beklagte ihre Geschäftsanteile an den HSW zurück auf die FCB.

Der Kläger ist der Ansicht, daß die Ausfallbürgschaften der FHH und sämtliche unter Beteiligung der Beklagten den HSW gewährten Kredite kapitalersetzende Leistungen gewesen seien; er hat deshalb die Sicherungsübereignung des Anlagevermögens und dessen Übernahme durch die Beklagte angefochten. Der Kläger hat zunächst auf Feststellung geklagt, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm die Ansprüche aus dem Verkauf der Sicherheiten abzutreten und die schon erlangten Erlöse herauszugeben, hilfsweise, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, die Kaufpreisforderung einzuziehen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger auf Abtretung des Kaufpreisanpruchs und Zahlung von 5.255.333,33 DM sowie 4.408.470 DM, jeweils zuzüglich Zinsen, geklagt; ferner will er festgestellt wissen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle weiteren Kaufpreis- und Zinszahlungen auszukehren. Das Berufungsgericht hat der Berufung bis auf Abstriche bei den Zinsen stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag weiter, die Berufung zurückzuweisen. Der Kläger beantragt, die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß

festgestellt wird, daß die Hauptsache infolge der Zusatzvereinbarung vom April/Mai 1988 erledigt ist, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, mehr als eine aufschiebend bedingte Kaufpreisforderung von 5 Mio. DM abzutreten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts unterlag die Sicherungsübereignung des Anlagevermögens der Konkursanfechtung (§ 32 a KO) mit der Folge, daß die Beklagte gemäß § 37 KO den an die Stelle des Sicherungsguts getretenen Veräußerungserlös an die Konkursmasse zurückzugewähren habe. Mit dem Anlagevermögen hätten die HSW Leistungen (Darlehen und Regreßansprüche aus Bürgschaften) abgesichert, die kapitalersetzend gewesen seien, weil die Beklagte als Gesellschafterin und die mit ihr eine wirtschaftliche Einheit bildende FHH ihre in gesunden Zeiten erbrachten Leistungen den HSW nach dem Inkrafttreten der GmbH-Novelle 1980 in einem Zeitpunkt belassen hätten, in dem Gesellschafter als ordentliche Kaufleute ihrer Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. a) Die Beklagte war seit dem 29. März 1972 - mit zunächst unterschiedlich hohen Beteiligungen, seit dem

1. Januar 1974 gleichbleibend mit einem Anteil von 49 % - Gesellschafterin der HSW und damit Normadressat des § 32 a Abs. 1 GmbHG. Das Berufungsgericht hat mit Recht dem Umstand, daß die Beklagte als institutionelle Kreditgeberin die Geschäftsanteile nur treuhänderisch als Sicherheit für Kredite hielt, die sie der FCB gewährt hatte, ebensowenig Bedeutung beigemessen wie der Tatsache, daß sie sich mit ihrem Kredit bei den HSW im wirtschaftspolitischen Interesse der FHH engagierte. Für eine einschränkende Auslegung der genannten Bestimmung in dem Sinne, daß sie auf Gesellschafter nicht anwendbar wäre, die mit ihrer Beteiligung keine gesellschaftsunternehmerischen, sondern nur Sicherungsinteressen verfolgen und deshalb die Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Stimmrechts, dem Sicherungsgeber überlassen haben, ist kein Platz. Der Treuhänder ist Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten; der Verantwortung, die sich daraus ergibt, kann er nicht dadurch entgehen, daß er die Ausübung der Gesellschafterrechte anderen überläßt. Läßt eine Bank sich bei der Kreditvergabe mehr von ihrer Gläubiger- als von ihrer Gesellschafterstellung leiten, so wird die Qualifizierung als Eigenkapitalersatz vielfach schon daran scheitern, daß die Gesellschaft auch für Dritte noch kreditwürdig ist. Dagegen lassen sich, wie der Senat bereits im Urteil vom 11. September 1981 (BGHZ 81, 311, 315) ausgeführt hat, Gesellschafter- und Gläubigerinteressen nicht voneinander trennen, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft anstelle von Eigenkapital, das sie benötigt, um lebensfähig zu bleiben, Darlehen gibt, die jene in Ermangelung einer ausreichenden Vermögensgrundlage zu marktüblichen Bedingungen von dritter Seite nicht erhalten hätte.

Nach den vom Gesetz und der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zum Kapitalersatz ist jeder Gesellschafter für eine seriöse Finanzierung der im Rechtsverkehr auftretenden GmbH verantwortlich. Zwar ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, die GmbH über den Mindestbetrag des § 5 GmbHG hinaus mit Kapital auszustatten, und auch in der Wahl der Mittel frei, wenn er sich für eine Finanzierungsleistung entscheidet. Wählt er aber eine Finanzierungsweise, mit der er einer nach den Umständen gebotenen Einbringung von Eigenkapital ausweicht, so darf er daraus keinen Vorteil zum Nachteil der Gläubiger ziehen, indem er auf sie das Risiko abwälzt, das mit der an sich gebotenen Zuführung von Eigenkapital verbunden ist; er muß vielmehr die Finanzierungsleistung der GmbH belassen, bis die Krise behoben ist, während derer Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (vgl. BGHZ 90, 381, 389 m.w.N.). Unabhängig von subjektiven Zielsetzungen hat der Gesellschafter allein wegen seiner Gesellschafterstellung im Interesse der Gläubiger zu verantworten, der GmbH in der Krise anstelle von Eigen- Fremdkapital zugeführt zu haben. Auch wenn der Gesellschafter sich ausschließlich von Sicherungs- oder - wie eine Gebietskörperschaft - von ansiedlungspolitischen Interessen leiten läßt, ermöglicht er mit seiner Finanzierungsleistung der an Kapitalmangel leidenden Gesellschaft den Fortbestand; dieser Befund rechtfertigt regelmäßig, die Leistung - ihrem wirtschaftlichem Zweck entsprechend - als Eigenkapital anzusehen.

Auch der Gesellschafter, dessen Motivation nicht im Ungewissen bleibt, von dem vielmehr objektiv feststeht, daß

er nichts anderes als ein Kreditgeber sein will, übernimmt im Falle der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft mit seinem Finanzierungsbeitrag die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung, die es verbietet, eine beabsichtigte Finanzhilfe für die unterkapitalisierte Gesellschaft zum Nachteil der Gläubiger statt durch objektiv gebotene Einbringung haftenden Kapitals durch eine andere, weniger riskant erscheinende Finanzierungsart zu erbringen. Will der Gesellschafter/Kreditgeber diese Verantwortung, was ihm freisteht, nicht übernehmen, muß er von einer weiteren Finanzierung mit der Folge absehen, daß das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger liquidiert wird.

b) Rechtlich unbedenklich konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß für die Dauer der Mitgliedschaft der Beklagten auch die FHH für eine ordnungsgemäße Finanzierung der HSW verantwortlich war. Nach § 32 a Abs. 3 GmbHG gelten die Vorschriften über Kapitalersatz sinngemäß für Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 und 2 der genannten Bestimmung wirtschaftlich entsprechen. Das trifft auf Rechtshandlungen Dritter zu, die mit dem Gesellschafter eine wirtschaftliche Einheit bilden, wie es bei Unternehmen der Fall sein kann, die im Sinne der §§ 15 ff. AktG mit einem Gesellschafter oder der Gesellschaft verbunden sind (vgl. BGHZ 81, 311, 315; 365, 368; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1985 - II ZR 276/84, WM 1986, 237, 239). Eine wirtschaftliche Einheit zwischen Gesellschafter und Dritten ist aber nicht nur in Fällen einer gesellschaftsrechtlichen

Verbundenheit anzunehmen; vielmehr kommt es hinsichtlich der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung nicht darauf an, wie die Verbindung rechtstechnisch ausgestaltet ist. Eine Gebietskörperschaft kann sich auch mittels einer von ihr abhängigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft an einer GmbH beteiligen und auf diese Weise bestimmen, ob die Gesellschaft mit Eigenkapital oder gesellschaftereigenem Fremdkapital ausgestattet werden soll. Die Verantwortung hierfür hat die Gebietskörperschaft nach dem Zweck des § 32 a Abs. 3 GmbHG wegen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit ebenso zu tragen, als wenn sie gesellschaftsrechtlich über eine Tochter beteiligt wäre. Diese Rechtsfolge leuchtet ohne weiteres ein, wenn die FHH sich mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, über die von ihr abhängige Bank an einem Unternehmen beteiligt und Kredite Dritter abgesichert hätte; nichts anderes gilt, wenn mit der Finanzierungsleistung öffentlich-rechtliche Ziele verfolgt werden.

Nach den anhand der Satzung der Beklagten getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte eine Staatsbank (§ 1 Abs. 1), deren Stammkapital allein der FHH zusteht (§ 3). Diese haftet neben der Beklagten unbeschränkt für deren Verbindlichkeiten (§ 2) und hat auch deren Verluste zu decken (§ 18); andererseits fällt ihr der Gewinn der Beklagten zu, soweit er nicht in die Sicherheitsrücklage einzustellen ist (§ 17). Die FHH hat maßgeblichen Einfluß auf die Bestellung des Direktoriums als des Geschäftsführungsorgans (§§ 13 Abs. 2, 20 Abs. 1) und auf die Besetzung des Verwaltungsrats (§ 9 Abs. 1 und 2), der seinerseits die

Geschäftsführung der Beklagten überwacht (§ 11 Nr. 3). Die Beklagte hat unter anderem die bankmäßigen Geschäfte der FHH zu besorgen (§ 5 Abs. 1 Buchst. a), wozu auch die Kredithilfe zugunsten von Unternehmen gehört, deren Ansiedlung in Hamburg die FHH wünscht und fördert. Auch im vorliegenden Falle ist die Beklagte als Finanzier und Treuhänderin der FHH tätig geworden, weil diese aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht selbst Darlehen hat vergeben können. Nach alledem ist das Berufungsgericht - rechtlich unbedenklich - von einer wirtschaftlichen Identität von Beklagter und FHH sowie von deren Mitverantwortung für die Unternehmensfinanzierung ausgegangen.

c) In diesen Verantwortungsbereich fallen nicht nur die Darlehen, die die Beklagte selbst den HSW gewährt hat, sondern auch die Kredite, die durch dritte Banken (die beiden G -Kredite und die auf dritte Kreditinstitute entfallenden Quoten der Konsortialkredite) an die HSW vergeben und von der FHH durch Bürgschaften abgesichert worden sind. Die Revision sieht in diesen Gesellschafterleistungen deshalb keinen Kapitalersatz, weil die FHH mit ihnen kein unternehmerisches Eigeninteresse an den HSW verfolgt, vielmehr die Bürgschaften aus ansiedlungspolitischen Gründen und dazu schon zu einem Zeitpunkt vereinbart habe, als die Beklagte noch nicht Gesellschafterin der HSW gewesen sei; aus diesem Grunde könne nicht durch das bloße Faktum von deren späterem Beitritt und dem Eintritt einer Finanzierungskrise eine Umqualifizierung der von der FHH im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe gegebenen Bürgschaft stattfinden. Die Revision verkennt in diesem Zusammenhang, daß sich ähnlich wie die

Gläubigerinteressen der Beklagten auch die ansiedlungspolitischen Interessen der FHH nicht von der Gesellschafterstellung trennen lassen. Die FHH war frei in ihrer Entscheidung, ob sie die Bürgschaften einging und sich über die von ihr abhängige Beklagte an den HSW beteiligte. Entschied sie sich aber für Kredithingabe und Beteiligung auch noch zu einer Zeit, in der die Gesellschaft kreditunwürdig war, so ist ihr wie jedem anderen Gesellschafter nach § 32 a Abs. 1 GmbHG die Erstattung im Konkurse der Gesellschaft versagt, ist sie vielmehr ihrerseits der Gesellschaft erstattungspflichtig, falls sie den Kapitalersatz abgezogen hat, bevor der mit ihm bezweckte Erfolg eingetreten ist. Der besonderen Verantwortung, die ein Gesellschafter im Interesse des Gläubigerschutzes übernimmt, wenn er die Gesellschaft mit Krediten am Leben erhält, die sie von dritter Seite nicht erhalten hätte, kann sich, wie unter 1 a) bereits ausgeführt wurde, auch eine Gebietskörperschaft nicht entziehen, die am Fortbestand des Unternehmens weniger als Gesellschafter denn unter ansiedlungspolitischen Gesichtspunkten interessiert ist. Sie steht wie jeder andere Gesellschafter vor der Wahl, der Gesellschaft den Kredit, ohne den diese nicht lebensfähig ist, zu versagen bzw. zu entziehen, oder ihn der Gesellschaft bis zum Ende der Krise - im Falle des Konkurses für immer - zu belassen, und muß - je nachdem, wie sie sich entscheidet - für die Folgen eintreten.

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kredite der Beklagten und die Bürgschaften von seiten der FHH hätten in der Zeit ab 1981 fehlendes Eigenkapital ersetzt, greift die Revision - im Ergebnis - ebenfalls ohne Erfolg an.

a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die HSW seien ab 1981 nicht mehr in der Lage gewesen, die planmäßigen Tilgungsleistungen für die fünf Investitionskredite sowie für die Kredite des GK aufzubringen, so daß die gestundeten Tilgungsleistungen im Laufe der Jahre schließlich bis auf rund 37 Mio DM angewachsen seien. Ein außenstehender Kreditgeber hätte angesichts der Tatsache, daß diese Zahlungsschwierigkeiten, wie die Stundungsanträge belegten, schon seit 1975 bestanden, nicht nur damit rechnen müssen, daß seine Kredite planwidrig verspätet getilgt würden, sondern wäre dem Risiko ausgesetzt gewesen, daß der Unternehmensvertrag nicht fortgeführt wird und die Lage der Kreditnehmerin sich weiter verschärft. Unerheblich sei, daß nicht festgestellt werden könne, ob bei den HSW bereits das Stammkapital im Sinne einer Unterbilanz angegriffen gewesen sei; denn schon massive Zahlungsschwierigkeiten könnten eine so erhebliche Bedeutung erlangen, daß ein Unternehmen nach marktüblichen Kriterien nicht mehr als kreditwürdig anzusehen sei. Ohne Sicherungen von seiten der Gesellschafter wäre ein außenstehender Dritter deshalb nicht bereit gewesen, der Gesellschaft entweder selbst ein Darlehen zur Verfügung zu stellen oder für Darlehen anderer zu bürgen. Der Behauptung der Beklagten, das für die Tilgung der Kredite vorhandene Geld sei benötigt worden, um Investitionen zu finanzieren, für die im Falle der Tilgung eine Neuverschuldung erforderlich geworden wäre, ist das Berufungsgericht nicht weiter nachgegangen, weil sie zu unsubstantiiert und verspätet sei.

b) Diese Ausführungen und damit die Feststellung, die HSW hätten das für Tilgung erforderliche Geld gar nicht erst

aufgebracht, greift die Revision mit Erfolg an. Das Berufungsgericht hat verkannt, welche Bedeutung die sich aus den vorgelegten Verlust- und Gewinnrechnungen ergebenden Abschreibungen auf das Anlagevermögen und der aufgrund des Unternehmensvertrages bis einschließlich 1981 erfolgte Ausgleich der Verluste für die Unternehmensfinanzierung hatten. Hieraus ergab sich, daß die HSW in Höhe der jährlichen Abschreibungen über Kapital verfügt haben müssen, das sie entweder zur Tilgung und damit zum Abbau des Fremdkapitals oder für Investitionen einsetzen konnten. Die bilanzielle Abschreibung hat die Aufgabe, die Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Wirtschaftsgütern, die eine mehrjährige Nutzungsdauer haben, auf die Jahre der Nutzung zu verteilen. Andererseits wird die mittels kalkulatorischer Abschreibung erfaßte tatsächliche Wertminderung am Anlagevermögen bei der Ermittlung der Verkaufspreise der Produkte als Kostenfaktor berücksichtigt. Die auf diese Weise durch den Verkauf verdienten Abschreibungen sind in den Verkaufserlösen auf der Ertragsseite der Erfolgsrechnung enthalten, während die auf der Aufwandseite ausgewiesene bilanzielle Abschreibung dafür sorgt, daß die verdienten Abschreibungsgegenwerte nicht als Gewinn erscheinen und deshalb im Unternehmen verbleiben. Die als Aufwand ausgewiesenen Abschreibungen stellen auf diese Weise den Teil der Anschaffungskosten eines Wirtschaftsgutes dar, der auf dem Wege über die Umsatzerlöse der Produkte entweder bereits wieder in liquide Form übergegangen oder kurzfristig noch in den Forderungen enthalten ist. Die Abschreibung macht auf diese Weise eine Desinvestition, also eine Vermögensumschichtung sichtbar, die darin besteht, daß

sich der Bilanzwert des Anlagebestandes mindert und der Bestand an Zahlungsmitteln sich entsprechend erhöht. Liquide Mittel, die für längere Zeit in Sachmitteln gebunden sind, werden schrittweise wieder in die liquide Form überführt und stehen nach Ablauf der Nutzungsdauer zur Verfügung, um die abgeschriebenen Anlagegüter zu ersetzen (Reinvestition), wenn der Produktionsprozeß im bisherigen Umfange aufrechterhalten werden soll. Nichts anderes gilt, wenn die kalkulatorischen Abschreibungen - möglicherweise aus Gründen der Konzernfinanzierung - nicht über die Preise an die Abnehmer der Produkte weitergegeben werden. Zwar fällt in dem Falle der Gewinn geringer und ein Verlust höher aus; wird aber der Verlust - wie im vorliegenden Falle - aufgrund eines Unternehmensvertrages übernommen, so fließen dem Unternehmen damit auch die Mittel zu, die sie für die Wiederbeschaffung der abgeschriebenen Wirtschaftsgüter benötigt - vorausgesetzt, der Wiederbeschaffungspreis entspricht noch dem ursprünglichen Anschaffungspreis.

Aus alledem folgt, daß die HSW in Höhe der freigesetzten Abschreibungsgegenwerte über Kapital verfügt haben müssen, das sie zwar zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten einsetzen konnten, das ihnen aber dann fehlte und wiederum durch Fremdkapital ersetzt werden mußte, sobald sie ihre abgeschriebenen Wirtschaftsgüter ersetzen mußten, um den Produktionsprozeß im bisherigen Umfange aufrechterhalten zu können. Haben somit die Feststellungen des Berufungsgerichts keinen Bestand, soweit es um die Aufbringung des Kapitals geht, so tragen die übrigen Feststellungen die Entscheidung gleichwohl.

c) Denn bei Prüfung der Frage, ob die HSW kreditwürdig waren, war für das Berufungsgericht weniger die Kapitalaufbringung als die Tatsache entscheidend, daß für die Tilgung der Schulden kein Kapital zur Verfügung stand; auf diesen Punkt stellt der Kapitalmarkt, wenn es um die Vergabe von Krediten geht, weit stärker ab als auf die Frage, aus welchem Grunde es fehlt: Ob der Kreditsuchende es nicht erwirtschaftet oder ob er es, um lebensfähig zu bleiben, für Investitionen benötigt. Die HSW konnten die Schulden, mit denen sie die Investitionen ihres Anlagevermögens finanziert hatten, nur durch die Aufnahme neuer Kredite oder durch den Abbau des Anlagevermögens in der Weise tilgen, daß sie die freigesetzten Abschreibungsgegenwerte an die Gläubiger auszahlten und auf eine Reinvestition verzichteten; denn Gewinne, die für die Tilgung der Schulden und somit für die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital hätten verwandt werden können, haben die HSW entweder nicht erzielt oder aufgrund des Unternehmensvertrages abgeführt. Da die freigesetzten Abschreibungen (teilweise) reinvestiert werden mußten, kam insoweit für die Tilgung langfristig entweder nur eine Neuverschuldung in Betracht oder sie unterblieb. Auf diese Weise mußten den HSW von 1978 - 1982 insgesamt rund 37 Mio DM an Tilgungen gestundet werden. Wenn das Berufungsgericht angesichts der hierin zum Ausdruck kommenden, über Jahre sich erstreckenden Zahlungsschwierigkeiten die Feststellung trifft, daß ein Unternehmen nach marktüblichen Kriterien nicht mehr als kreditwürdig anzusehen ist, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen.

Diese Beurteilung wird - nach den rechtlich unbedenklichen Ausführungen des Berufungsgerichts - nicht dadurch in Frage gestellt, daß KSt und FCB aufgrund des Ergebnisabführungsvertrages vom Dezember 1973 verpflichtet waren, die Verluste der HSW auszugleichen. Der Verlustausgleich bewirkt zwar, daß der beherrschten Gesellschaft das bei Vertragsbeginn vorhandene Vermögen für die Dauer der Beherrschung erhalten bleibt; gleichwohl vermochte er - nach Ansicht des Berufungsgerichts - die Kreditwürdigkeit der HSW nicht zu begründen, weil er die genannten Zahlungsschwierigkeiten nicht beseitigte. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht geht - mit Recht und von der Revision unbeanstandet - davon aus, daß die Verlustausgleichsverpflichtung der Konzernmütter rechtlich verbindlich war. Selbst wenn - wofür manches spricht - der von allen Gesellschaftern der HSW gebilligte und über viele Jahre durchgeführte Unternehmensvertrag, weil nur schriftlich geschlossen, unwirksam ist, wäre er nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft gleichwohl als wirksam anzusehen und das herrschende Unternehmen zum Ausgleich der Verluste verpflichtet (vgl. Sen.Urt. v. 14. Dezember 1987 - II ZR 170/87, WM 1988, 258). Da diese Verpflichtung auch den Verlust eines Rumpfgeschäftsjahres erfaßt, wenn das Vertragsverhältnis vor Ablauf des Geschäftsjahres endet, ist - bei Leistungsfähigkeit des Mutterunternehmens - bis zu diesem Zeitpunkt regelmäßig gewährleistet, daß die Verluste der Gesellschaft deren Stammkapital nicht angetastet haben. Ist allerdings mit dem Ende des Beherrschungsverhältnisses

die abhängige Gesellschaft nicht mehr lebensfähig und deshalb - mit möglicherweise erheblichen Abwicklungsverlusten - zu liquidieren, so kann das Gesellschaftsvermögen verbraucht sein, wenn man der überwiegenden Meinung im Schrifttum folgt, daß nur die laufenden, nicht aber auch die Abwicklungsverluste auszugleichen sind (vgl. Koppensteiner im KKzAktG, 2. Aufl., § 302 Rdn. 19 m.w.N.) In diesem Falle wären die Gläubiger aber dadurch gesichert, daß sie entsprechend § 303 AktG das herrschende Unternehmen auf Zahlung in Anspruch nehmen können (vgl. BGHZ 95, 330, 346).

Ungeachtet der rechtlichen Verbindlichkeit hat das Berufungsgericht den Unternehmensvertrag nicht als eine ausreichende Kreditsicherheit angesehen, weil er die Illiquidität der Untergesellschaft nicht verhindert und somit nicht gewährleistet, daß diese ihre laufenden Tilgungsverpflichtungen erfüllen kann. Benötigt die Untergesellschaft die freigesetzten Abschreibungsgegenwerte, die ihr mit dem Verlustausgleich zufließen, für die Ersatzbeschaffung ihrer abgeschriebenen Wirtschaftsgüter, um den Produktionsprozeß im bisherigen Umfang aufrechtzuerhalten, so stehen sie ihr nicht zur Schuldtilgung zur Verfügung. Zwar wird die Gesellschaft die Abschreibungsgegenwerte eines Wirtschaftsguts regelmäßig nicht bis zu dessen Ersatzbeschaffung ungenutzt lassen, sondern sofort anderweitig investieren; sie wird aber zugleich mittels eines Abschreibungs- und Reinvestitionsplans sicherstellen, daß stets ausreichend freigewordene Abschreibungsgegenwerte anderer Wirtschaftsgüter für die Ersatzbeschaffung zur Verfügung stehen. Diese Innenfinanzierung ist langfristig nur gewährleistet, wenn die

Gelder im Unternehmen verbleiben und nicht dazu benutzt werden, die Kredite zu tilgen. Wird das früher oder später für die Reinvestition benötigte Geld an die Gläubiger ausgezahlt und kein Gewinn erwirtschaftet, der im Unternehmen verbleibt und für die Ersatzbeschaffung abgeschriebenener Wirtschaftsgüter eingesetzt werden kann, so ist diese nur durch eine Neuverschuldung möglich, wenn der Produktionsprozeß im bisherigen Umfange aufrechterhalten werden soll. Mit anderen Worten: Die abhängige Gesellschaft erhält durch den Verlustausgleich die sowohl für die Schuldtilgung als auch für die Ersatzbeschaffung erforderlichen Finanzierungsmittel nur einmal und muß deshalb, wenn sie investiert, die Tilgungsleistungen entweder einstellen oder durch Aufnahme neuer Kredite finanzieren. Daß die Konzernmütter bereit gewesen wären, den HSW über den Umfang der Verluste hinaus Kapital zur Verfügung zu stellen, damit diese ihren Finanzbedarf für Investition und Tilgung gleichermaßen decken konnten, schließt die Revision ausdrücklich aus.

Aber auch im Umfange eines im Geschäftsjahr zu erwartenden Verlustes hatten die HSW keinen rechtlich unzweifelhaften Anspruch, schon vor Ablauf des Geschäftsjahres - am Liquiditätsbedarf orientierte - Abschlagszahlungen zu erhalten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die beteiligten Konzernunternehmen sich nicht für verpflichtet gehalten, die HSW ständig und pünktlich mit den von diesen benötigten liquiden Mitteln zu versorgen. Tatsächlich haben sie zwar immer wieder kurzfristige Darlehen gewährt, die entweder alsbald zurückgezahlt oder mit dem Verlustausgleich

verrechnet wurden. Da das aber ohne Anerkennung einer rechtlichen Bindung geschah und die Mittel zudem nicht ausreichten, um den Geldbedarf für Schuldtilgung und Investitionen gleichzeitig zu decken, ist das Berufungsgericht - vertretbar - zu der Feststellung gelangt, daß einem außenstehenden Kreditgeber der Ergebnisabführungsvertrag als Kreditgrundlage allein nicht ausgereicht hätte. Belegt wird dieser Befund durch das Verhalten der D. und der Dr. Bank AG, denen der Unternehmensvertrag keine hinreichende Sicherheit war, als sie 1976 Kredite in Höhe von insgesamt 20 Mio. DM gewährten, damit die HSW ihre Schulden tilgen und zugleich investieren konnten; diese Kredite mußten die Konzernmütter zusätzlich absichern.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatten sämtliche Kredite, die durch Übereignung des Anlagevermögens der HSW abgesichert waren, kapitalersetzenden Charakter. Das gilt auch für die Investitionskredite, die die Beklagte unter interner quotaler Beteiligung dritter Kreditgeber als Konsortialkredite vergab. Regelmäßig wird zwar die Tatsache, daß sich neben dem Gesellschafter auch Fremdgläubiger an der Finanzierungsaktion beteiligen, eine Umqualifizierung der Gesellschafterleistung in Eigenkapital ausschließen, weil sich zeigt, daß die Gesellschaft auch für Dritte noch kreditwürdig ist (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 7 II. Aufl., §§ 32 a, 32 b, Rdnr. 61; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, 7. Aufl., §§ 32 a, 32 b Rdnr. 38; Fleck, FS für Werner, S. 107, 127). Es gilt aber - wie das Berufungsgericht richtig sieht - dann etwas anderes, wenn den außenstehenden Kreditgebern das Kreditrisiko von seiten der Gesellschafter

abgenommen wird, wie das hier durch die Bürgschaften der FHH geschehen ist. Für die Frage, ob die HSW kreditwürdig waren, sind diese Kredite deshalb nicht anders zu beurteilen als die Leistungen der Gesellschafter.

Daß die Bürgschaften der FHH Eigenkapital der HSW ersetzen, hat das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsfehler festgestellt. Sie waren nach dem Vortrag der Beklagten erforderlich, weil die HSW über keinen Grundbesitz verfügten, den sie zur Sicherung der Darlehen Dritter hätten beileihen können; diese hätten deshalb ohne die Bürgschaften von seiten der FHH die Kredite nicht gewährt. Unerheblich ist, daß es sich bei diesen Sicherheiten um Ausfallbürgschaften handelt; erhält die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit, ohne daß der Gesellschafter bürgt, so ist diese Bürgschaft auch dann kapitalersetzend, wenn der Gesellschafter mit ihr vereinbarungsgemäß nachrangig hinter den von der Gesellschaft gestellten Sicherheiten haftet (vgl. Sen.Urt. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, WM 1987, 1488).

Rechtlich fehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen ist schließlich die Feststellung, daß die HSW ohne die Kredite, für die die FHH gebürgt hat, nicht lebensfähig gewesen wären, vielmehr hätten liquidiert werden müssen.

3. Die schon früher gegebenen Kredite sind 1981 den HSW in einer Weise belassen worden, die dem "Gewähren eines Darlehens" im Sinne von § 32 a Abs. 1 und 3 GmbHG entspricht. Der Senat hat im Urteil vom 6. Mai 1985 (II ZR 132/84, WM

1985, 1028, 1029) ausgeführt, daß auch das ohne rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit der kreditunwürdig gewordenen Gesellschaft belassene Darlehen, durch das die sonst gebotene Liquidation vermieden wird, in gesellschaftsrechtlich nicht zu billiger Weise notwendiges Eigenkapital ersetzt. Nach dem Gläubigerschutzzweck des § 32 a GmbHG besteht kein rechtfertigender Grund, dieses Darlehen anders zu behandeln als den während der Krise durch Rechtsgeschäft verlängerten Kredit. § 32 a Abs. 3 GmbHG zeigt, daß alle dem Gesetzeszweck unterzuordnenden Tatbestände möglichst lückenlos erfaßt werden sollten. Der Senat hat damals lediglich die Frage offengelassen, ob es eine allzu einseitige und nach der Interessenlage nicht mehr vertretbare Rücksichtnahme auf die Gesellschaftsgläubiger wäre, das bloße Unterlassen der Rückforderung des Darlehens dem Gesellschafter auch dann als kapitalersetzende Finanzierungsleistung zuzurechnen, wenn er von der Lage der Gesellschaft nichts wußte und nichts wissen mußte und schon deshalb keinen Anlaß hatte, tätig zu werden. Auch der vorliegende Fall nötigt nicht dazu, sie zu beantworten; denn weder der Beklagten noch der FHH fehlte dieses Kenntnis. Wegen der Liquiditätsprobleme bei den HSW hat die Beklagte fällige Tilgungsleistungen langfristig gestundet und die FHH hat für die mit dritten Kreditgebern vereinbarten Stundungen Bürgschaften übernommen. Sowohl die Beklagte als auch die FHH kannten also die Zahlungsschwierigkeiten, in denen sich die HSW befanden; sie hätten deshalb, als die Umqualifizierung ihrer Finanzierungsleistungen drohte, diese aus wichtigem Grunde kündigen oder nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB verlangen können, von der Bürgschaft befreit zu werden. Im Verträge vom 28. April 1970 war im Abschnitt

III A 4 ein solches Recht zugunsten der FHH und dem Abschnitt III B 4 in Verbindung mit 8 Buchstabe e ein außerordentliches Kündigungsrecht zugunsten der Beklagten ausdrücklich vereinbart. Ob die FHH und die Beklagte ihre Kredite für gefährdet hielten, ist - entgegen der Ansicht der Revision - nicht entscheidend. Es kommt allein darauf an, daß sie bei objektiver Betrachtung die tatsächlichen Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit und damit die Gefahr einer Umqualifizierung ihrer Finanzierungsleistungen erkennen konnten; nicht erforderlich ist, daß sie daraus die richtigen Schlüsse gezogen haben. Die tatsächlichen Voraussetzungen waren ihnen nach den - nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - bekannt.

4. Ersetzten nach alledem ab 1981 die Darlehen der Beklagten und die Bürgschaften der FHH haftendes Eigenkapital der HSW, so hat der Kläger die Übereignung des Anlagevermögens, die die Darlehensforderungen und die durch Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtungen entstandenen Forderungen auf Aufwendungsersatz sichern sollte, nach § 32 a KO wirksam angefochten mit der Folge, daß die Beklagte dem Kläger nach Veräußerung des Anlagevermögens nach § 37 Abs. 1 KO dessen Wert ersetzen muß. Daß die Gesellschafterleistungen und die Sicherungsübereignung schon zu einer Zeit erfolgt sind, als die HSW noch kreditwürdig waren, steht diesem Befund nicht entgegen; werden ursprünglich neutrale Gesellschafterleistungen mit Beginn der Krise zu haftendem Kapital, so unterliegen ab diesem Zeitpunkt die sie sichernden Rechtshandlungen der Gläubiger- oder Konkursanfechtung.

Daß eine objektive Gläubigerbenachteiligung als weitere Voraussetzungen des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs vorlag, hat das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsfehler bejaht. Eine Gläubigerbenachteiligung besteht, wenn die Befriedigungsmöglichkeit der Konkursgläubiger in irgendeiner Weise objektiv beeinträchtigt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 23. September 1981 - VIII ZR 245/80, WM 1981, 1206, 1207). Diese Beeinträchtigung liegt insofern vor, als die Konkursmasse ohne die Sicherungsübereignung um den Wert des Anlagevermögens reicher wäre.

Allerdings wären die Konkursgläubiger nicht benachteiligt, wenn die Konkursmasse - wie die Beklagte behauptet - ohne Anfechtung und Rückgewähr des Sicherungsguts ausreichen würde, um alle Gläubiger zu befriedigen. Ob die vorhandene Masse ausreicht, steht jedoch nicht fest. Diese Ungewißheit geht zu Lasten der Beklagten, ohne daß es in diesem Falle darauf ankäme, wer für die Zulänglichkeit der Masse die Beweislast trägt, wenn nicht Überschuldung, sondern Zahlungsunfähigkeit Konkursgrund ist.

Bei der Prüfung, ob die Konkursmasse - auch ohne die Rückgewähr - ausreichen würde, alle Konkursgläubiger zu befriedigen, reicht es entgegen der Ansicht der Revision nämlich nicht aus, dem Aktivvermögen außer Massekosten und -schulden nur die Konkursforderungen gegenüberzustellen, die nach § 144 Abs. 1 KO als festgestellt gelten, weil ihnen im Prüfungstermin weder Konkursverwalter noch -gläubiger widersprochen haben oder ein erhobener Widerspruch beseitigt ist. Der Konkursverwalter hat vielmehr in Rechnung zu stellen,

daß die Gläubiger streitig gebliebener Forderungen diese nach § 146 KO durch Urteil feststellen lassen oder ihm zumindest innerhalb der Ausschlußfrist des § 152 KO nachweisen, daß sie zu diesem Zweck eine Feststellungsklage erhoben haben; er muß deshalb auch im Interesse dieser Gläubiger die Masse vervollständigen, indem er zurückholt, was durch anfechtbare Handlung fortgegeben worden ist. Hiermit kann er nicht warten, bis die Feststellungstreitigkeiten ausgetragen sind und er abschließend beurteilen kann, wie hoch die Summe der Konkursforderungen ist. Denn anfechten kann er die Rechtshandlungen nur binnen Jahresfrist seit Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 41 Abs. 1 KO). In den Vergleich der Aktiven und Passiven sind deshalb auch die Konkursforderungen einzubeziehen, die gerichtlich noch zur Konkurstabelle festgestellt werden können, weil der Widerspruch des Klägers sich als unbegründet erweist. Für die Forderungen, die die FHH und die Beklagte in Höhe von 129.247.999,94 DM und 11.668.589,19 DM zur Konkurstabelle angemeldet haben, gilt insoweit nichts anderes. Der Kläger hat ihnen zwar widersprochen, weil die ihnen zugrundeliegenden Leistungen Eigenkapital ersetzten (§ 32 a Abs. 1 GmbHG), und mit derselben Begründung in diesem Rechtsstreit die Rückgabe der Sicherheiten geltend gemacht. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß die FHH und die Beklagte ihre Forderungen gegenüber dem Kläger weiterverfolgen. Sind somit ihre Forderungen in die Vergleichsrechnung miteinzubeziehen, so stehen der verteilungsfähigen Masse (nach Abzug von Massekosten und -schulden sowie der bevorrechtigten Konkursforderungen, aber ohne die nicht mehr zu berücksichtigende Rückstellung für den Sozialplan) in Höhe von 93.290.434,16 DM angemeldete,

nicht bevorrechtigte Konkursforderungen in Höhe von 224.349.111,93 DM gegenüber. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten berücksichtigt, daß 10 Mio DM doppelt angemeldet worden sind, überwiegen die Passiven die Konkursmasse selbst dann noch erheblich, wenn diese um den Wert für das Anlagevermögen in Höhe von höchstens rd. 15 Mio DM erweitert worden ist.

5. Nachdem im April/Mai 1988 der Kaufpreis herabgesetzt worden ist, war antragsgemäß festzustellen, daß die Hauptsache erledigt ist, soweit das Berufungsgericht zur Abtretung eines weitergehenden Anspruchs verurteilt hat.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Röhricht

Dr. Henze