

4

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 30, 31

- a) Die Bürgschaft eines Gesellschafters kann eine kapital-
ersetzende Leistung sein, wenn sie für einen Bankkredit
der Gesellschaft in einer Lage übernommen oder aufrecht-
erhalten wird, in der die Gesellschaft Kredit zu markt-
üblichen Bedingungen sonst nicht mehr hätte erhalten
können.
- b) Auf eine solche Bürgschaft sind die §§ 30, 31 GmbHG
auch zu Lasten eines ausgeschiedenen Gesellschafters
anzuwenden, wenn der Tatbestand, aus dem sich für den
Fall einer Inanspruchnahme des Bürgen ein Rückgriffs-
anspruch gegen die Gesellschaft ergeben könnte, noch
im Zusammenhang mit dessen Gesellschafterstellung
begründet worden ist.
- c) Zahlt die Gesellschaft den so verbürgten Kredit zurück,
bevor ihr Stammkapital wieder durch Eigenmittel gedeckt
ist, so muß ihr der dadurch von seiner Bürgschaft frei
gewordene frühere Gesellschafter das Geleistete erstatten.
- d) Zur Frage, wann die Stundung von Kaufpreisforderungen
aus Warenlieferungen eines Gesellschafters an die Gesell-
schaft als Kapitalersatz zu betrachten sein kann.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1981 - II ZR 256/79 - OLG Köln
LG Aachen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 256/79

URTEIL

Verkündet am

13. Juli 1981

Kaufmann,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der H. [REDACTED] GmbH U. [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer
Adolf W. [REDACTED], M. [REDACTED]straße 45-49, U. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Diplom-Kaufmann Steuerberater Elmar O. [REDACTED], S. [REDACTED]-
straße 9, D. [REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen
der im Handelsregister des Amtsgerichts A. [REDACTED] unter
HRA 2433 eingetragenen Kommanditgesellschaft Hans F. [REDACTED]
GmbH & Co., R. [REDACTED]straße 282, A. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

4

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1981 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Bundschuh für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. Oktober 1979 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Konkursverwalter über das Vermögen der Kommanditgesellschaft Hans F. GmbH & Co. Die Klägerin war an dieser Gesellschaft mit einer Kommanditeinlage von 285.000 DM und an deren persönlich haftender Gesellschafterin, der F. & H. GmbH, mit einer Einlage von 15.000 DM beteiligt; das war die Hälfte des Stammkapitals, das die GmbH ihrerseits in die Kommanditgesellschaft eingebracht hatte. Weiterer Gesellschafter mit gleichen Beteiligungen war Hans F. Die Klägerin hatte sich bei der Deutschen Bank für einen Kontokorrentkredit der Kommanditgesellschaft bis zu 1 Mio. DM verbürgt und der Bank zur weiteren Kreditsicherung außerdem Grundschulden bestellt.

Nachdem die Kommanditgesellschaft seit 1972 buchmäßig mit Verlusten gearbeitet hatte, wies ihre Bilanz



zum 31. Dezember 1975 erneut einen Verlust von 490.000 DM aus. Um die gleiche Zeit verlangte die Deutsche Bank die Rückführung des inzwischen voll ausgeschöpften Kredits von 1 Mio. DM. Es kam dann am 26. Februar 1976 zu einem Vertrag zwischen der Klägerin einerseits, Hans F. [REDACTED] und der Kommanditgesellschaft andererseits. Danach übertrug die Klägerin ihre Anteile an der GmbH und der Kommanditgesellschaft mit Wirkung vom 1. Januar 1976 ohne Gegenleistung auf Hans F. [REDACTED]. Der Kredit bei der Deutschen Bank sollte durch ein Darlehen bei einer U. [REDACTED] Bank abgelöst werden, das wiederum von der Klägerin abzusichern und nach einem Tilgungsplan bis zum 31. Dezember 1978 zurückzuzahlen war. Ferner hieß es, daß der Klägerin zum 31. Dezember 1975 gegen die Kommanditgesellschaft eine Forderung von 230.368,47 DM aus Warenlieferungen, einem Überbrückungskredit und Zinsen zustehe, die vom 1. Mai 1976 an mit monatlich 10.000 DM getilgt werden sollte. Zur Sicherung aller Ansprüche der Klägerin übereignete die Schuldnerin ihr einen Teil ihres Anlagevermögens in Gestalt von Fahrzeugen sowie ihre gesamten Warenvorräte; außerdem trat sie sämtliche gegenwärtigen und künftigen Geschäftsforderungen ab.

Im März 1976 wurde der Kredit der Deutschen Bank durch ein, wie vorgesehen, in Raten zu tilgendes Darlehen der Sparkasse U. [REDACTED] in Höhe von 1 Mio. DM abgelöst, für das die Klägerin sich verbürgte und im gleichen Betrage Grundschulden zur Verfügung stellte. In der Folgezeit verschlechterte sich die Lage der Kommanditgesellschaft weiter, so daß sie am 26. Oktober 1977 ihre Zahlungen einstellen und anschließend über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet werden mußte. Bis dahin hatte sie

an die Sparkasse U● auf das Darlehen 184.647,02 DM zurückgezahlt. Den Rest löste die Klägerin ein. Dafür hat sie im Konkursverfahren der Kommanditgesellschaft neben rückständigen Ansprüchen aus Warenlieferungen eine Forderung von 815.352,98 DM angemeldet, die der Beklagte unter Hinweis auf § 138 BGB und § 30 GmbHG bestritten hat.

Im Revisionsverfahren sind noch folgende Anträge der Parteien im Streit: Die Klägerin möchte eine nach § 774 BGB auf sie übergegangene Darlehensforderung von 815.352,98 DM mit Zinsen zur Konkurstabelle festgestellt wissen. Der Beklagte hat im Wege der Widerklage beantragt festzustellen, daß der Klägerin im Konkursverfahren keine Absonderungsrechte zustünden, sowie gemäß § 31 GmbHG die Erstattung eines Teilbetrages der Darlehensrückzahlungen der Gemeinschuldnerin an die Sparkasse U● in Höhe von 84.647,02 DM von der Klägerin gefordert.

Das Landgericht hat der Klage und der Feststellungswiderklage stattgegeben, während es die Widerklage auf Leistung abgewiesen hat. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen, auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen und der Widerklage auch insoweit stattgegeben, als sie auf Zahlung von 84.647,02 DM gerichtet ist. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch und ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung über Klage und Widerklage hängt wesentlich davon ab, ob die Klägerin dadurch, daß sie sich für einen Bankkredit der Hans F. [REDACTED] GmbH & Co. verbürgt hat, eine Gesellschafterleistung erbracht hat, die als Ersatz für Eigenkapital zu betrachten und deshalb ebenso wie dieses gesetzlich gebunden ist. Da Übernahme und Einlösung der Bürgschaft lange Zeit vor dem 1. Januar 1981 liegen, beurteilt sich diese Frage allein nach den §§ 30, 31 GmbHG in Verbindung mit den in der Rechtsprechung dazu aufgestellten Grundsätzen (Art. 12 § 3 Satz 1 und 2 d. Ges. v. 4. 7. 1980, BGBl I 836). Mit Recht hat das Berufungsgericht nach diesen Grundsätzen auf die Bürgschaft der Klägerin die §§ 30, 31 GmbHG angewandt.

1. Nach der erwähnten Rechtsprechung unterliegen diesen Vorschriften Darlehen oder wirtschaftlich entsprechende Leistungen, die ein Gesellschafter der GmbH oder - in einer typischen GmbH & Co. KG - der Kommanditgesellschaft anstelle von Eigenkapital zur Verfügung stellt. Das ist der Fall, wenn die Gesellschaft von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr hätte erhalten können und eine Rückgewähr nur zu Lasten des Stammkapitals der GmbH möglich ist oder deren Überschuldung noch vertieft (so zuletzt BGHZ 76, 326). Wie der Senat schon in einem früheren Urteil dargelegt hat und nach dem seit 1. Januar 1981 geltenden Recht nicht anders zu beurteilen ist (vgl. § 32 a Abs. 3 GmbHG), kann hierunter auch die Bürgschaft eines Gesellschafters fallen, wenn sie nichts weiter als ein Weg ist, der not-

leidenden Gesellschaft unter Vermeidung einer sonst gebotenen Kapitalerhöhung neue Mittel zuzuführen; das ist der Fall, wenn bei Übernahme der Bürgschaft die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Gesellschafterdarlehen als Kapitalersatz zu betrachten ist (BGHZ 67, 171, 182; vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 30.4.80 - 5 U 130/79, ZfP 1980, 911).

2. Diese Voraussetzungen sind hier nach dem unstreitigen Sachverhalt erfüllt, ohne daß es insoweit auf die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Überschuldung der Kommanditgesellschaft Anfang 1976 ankäme.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Anfang 1973 eingegangene Bürgschaft der Klägerin für den Kontokorrentkredit der Gemeinschuldnerin bei der Deutschen Bank, die noch durch zusätzliche, ebenfalls von der Klägerin gestellte dingliche Sicherheiten ergänzt wurde, nicht schon von Anfang an für die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG wie eine Kapitaleinlage zu behandeln ist, wofür die anhaltenden Verlustzahlen in den Jahresabschlüssen der Gemeinschuldnerin seit 1972 sprechen könnten. Solche Sicherheiten sollen im Unterschied zu Gesellschafterdarlehen, die auch andere Zwecke als den Ausgleich eines ohne sie bestehenden Kapitalmangels haben können (vgl. BGHZ 76, 326, 330), bestimmungsgemäß gerade dann zum Zuge kommen, wenn die Gesellschaft ihre Gläubiger aus eigenen Mitteln nicht mehr (oder nur unter Verschärfung einer bereits eingetretenen Konkurslage) befriedigen kann. Sie sind also wirtschaftlich eine von vornherein auf den Krisenfall hin angelegte Kapitalhilfe.

Hier waren jedenfalls im Februar 1976, als die Klägerin sich bereit erklärte, auch weiterhin für die Gesellschaft zu bürgen und damit einen wesentlichen Beitrag zu der geplanten Umschuldung zu leisten, die Voraussetzungen eingetreten, unter denen solche Gesellschafterleistungen als Kapitalersatz zu gelten haben. Spätestens in diesem Zeitpunkt bedeutete die Aufrechterhaltung der Bürgschaft, daß die Klägerin dem Unternehmen in einer Krise wirtschaftlichen Beistand leistete, die es sonst ohne Zufuhr von neuem Eigenkapital aus eigener Kraft nicht mehr hätte bewältigen können. Zwar unterscheidet sich die Lage eines Gesellschafter-Bürgen von der eines Gesellschafters, der ein der Gesellschaft gegebenes Darlehen nach Eintritt einer Krise als nunmehr unentbehrlich gewordene Kapitalgrundlage freiwillig stehen läßt (vgl. BGHZ 75, 344), dadurch, daß der Bürge sich bei einem wirtschaftlichen Niedergang des Unternehmens gegenüber dem Gläubiger nicht einseitig von seiner Verpflichtung lossagen kann. Aber der tragende Grund für die Gleichsetzung einer Gesellschafterleistung mit haftendem Eigenkapital trifft auch hier zu: Muß der Gesellschafter erkennen, daß die Gesellschaft in Zukunft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig sein wird, so muß er ihr entweder seine weitere Unterstützung versagen und dadurch die Liquidation herbeiführen, oder er hat, wenn er sich zur Fortsetzung seiner Hilfe entschließt, diese auf eigene Gefahr der Gesellschaft zu belassen, bis ihr Stammkapital wieder auf andere Weise gedeckt ist (BGHZ 75, 334, 337; 76, 326, 335). Diese Wahlmöglichkeit hat regelmäßig auch ein Bürge. Denn er kann, wenn sich die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft wesentlich verschlechtert haben, entweder unmittelbar die Abwicklung

betreiben oder sie mittelbar dadurch erzwingen, daß er von der Gesellschaft Befreiung von seiner Bürgschaft verlangt (§ 775 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. auch BGH, Urt. v. 16.1.74 - VIII ZR 229/72, WM 1974, 214). Das hat die Klägerin nicht getan. Sie hat im Gegenteil der Gesellschaft mit dem Ziel, ihr die Fortführung ihres Betriebs zu ermöglichen, ihre Kapitalhilfe durch das Versprechen, den Bankkredit von 1 Mio. DM auch gegenüber dem neuen Kreditgeber abzusichern, weiterhin zur Verfügung gestellt.

Daß es sonst in Kürze mindestens zur Liquidation, wenn nicht - wie das Berufungsgericht annimmt - zum Konkurs hätte kommen müssen, kann nach dem beiderseits vorgetragenen Sachverhalt nicht zweifelhaft sein. Nach der Handels- und Steuerbilanz der Hans F. GmbH & Co. zum 31. Dezember 1975 war im Jahre 1975 ein weiterer Verlust von rund 490.000 DM aufgelaufen, so daß die Gesellschaft um rund 570.000 DM (Schrifts. d. Klägerin vom 21. 6. 78 S. 7) oder, wenn man den auf der Aktivseite stehenden Posten "Privatkonto Hans F." mit 53.189,27 DM unberücksichtigt läßt, um rund 622.000 DM (Schrifts. d. Beklagten v. 11. 8. 80 S. 3) buchmäßig überschuldet war. Es erscheint ausgeschlossen, daß die Gesellschaft bei einem solchen Bilanzbild, und nachdem die Deutsche Bank ihren Kontokorrentkredit unstreitig gekündigt hatte, ihren Kreditbedarf von mindestens 1 Mio. DM zu gewöhnlichen Bedingungen hätte decken können, wenn die Klägerin nicht weiterhin unter eigenem Vermögenseinsatz die notwendigen Sicherheiten beigebracht hätte. An der entscheidenden Bedeutung dieser Kredithilfe als Ersatz für einen sonst erforderlichen unmit-

telbaren Kapitalzuschuß kann weder der Umstand, daß die Gemeinschuldnerin sich noch einen anderen Kredit von etwa 200.000 DM bei der Volksbank in K [REDACTED] zu beschaffen vermochte, noch die Behauptung der Klägerin etwas zu ändern, in der erwähnten Bilanz seien hohe stille Reserven im Anlagevermögen und insbesondere in den Patenten außer Ansatz geblieben. Die wirtschaftlicher Erfahrung entsprechende und durch ein Schreiben des damaligen Geschäftsführers G [REDACTED] noch untermauerte Feststellung des Berufungsgerichts, die Kommanditgesellschaft sei ebenso wie ihre Komplementär-GmbH Anfang 1976 außerstande gewesen, aus eigener Kraft die Schuld bei der Deutschen Bank zu tilgen und für diesen Zweck andere Fremdmittel zu beschaffen, wird hierdurch ebenso wenig ausgeräumt wie durch das weitere Vorbringen der Klägerin, die Zukunftsaussichten der Gesellschaft seien zu jener Zeit noch günstig gewesen.

Zu Unrecht meint die Revision, die kapitalersetzende Funktion einer Gesellschafterleistung dann verneinen zu können, wenn sie das Stammkapital nicht über das bisherige Maß gefährde, sondern zunächst sogar die Lage der Gesellschafter verbessere, wie es hier der Fall gewesen sei. Die Behandlung einer solchen Leistung als haftendes Kapital beruht im Gegenteil gerade darauf, daß die Gesellschaft ohne sie in Ermangelung genügender Kreditaussichten hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 76, 326, 330; Urt. d. Sen. v. 29. 11. 72 - II ZR 121/69, WM 1972, 74 zu III 1).

3. Die §§ 30, 31 GmbHG setzen voraus, daß derjenige, der auf Kosten des Stammkapitals eine Auszahlung verlangt

oder erhalten hat, bei Begründung der Auszahlungsverpflichtung (noch) Gesellschafter gewesen ist (BGHZ 69, 274, 280; 13, 49, 54). Auf eine kapitalersetzende Bürgschaft übertragen, bedeutet dies, daß der Tatbestand, aus dem sich für den Fall einer Inanspruchnahme des Bürgen dessen Rückgriffsanspruch (oder ein Anspruch gemäß § 774 BGB) ergeben könnte, im Zusammenhang mit einer Gesellschafterstellung des Bürgen begründet worden sein muß. Das ist hier der Fall. Denn dadurch, daß die Klägerin der Gesellschaft Kredithilfe in Gestalt von Sicherheiten geleistet und diese zu einer Zeit aufrechterhalten hat, als die Gesellschaft ohne diese Hilfe nicht mehr kreditfähig gewesen wäre, hat sie ihr anstelle von Eigenkapital auf andere Weise die zur Betriebsfortführung nötigen Mittel verschafft. Damit hat sie noch als Gesellschafterin den Grund für alle späteren Leistungen und Ansprüche gelegt, die Gegenstand dieses Rechtsstreits sind. Auch ihre im Übertragungsvertrag vom 26. Februar 1976 vereinbarten künftigen Rechte und Pflichten waren mit ihrer bisherigen Gesellschafterstellung unlösbar verknüpft, da die vorgesehene Umschuldung und die davon erhoffte Sanierung des Unternehmens es ihr ermöglichen sollten, sich von dem finanziellen Engagement, das sie als Gesellschafterin eingegangen war, mit einem möglichst geringen Verlust nach und nach zu lösen; ohne ihre Gesellschaftereigenschaft wäre es zu diesem Engagement gar nicht gekommen. Es kommt daher auf den formalen Gesichtspunkt, daß die Klägerin ihren Geschäftsanteil an der GmbH erst am 3. März 1976 durch notarielle Urkunde an Hans F. abgetreten hat, ebensowenig an wie auf die Daten der späteren Bürgschaftserklärung gegenüber der Sparkasse U.

und der Auszahlung des Darlehens an die Kommanditgesellschaft. Erst recht ohne Belang ist die Tatsache, daß in jenem Vertrag die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf den 1. Januar 1976 zurückdatiert war.

4. Zu Unrecht möchte die Revision den Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG, soweit es zunächst um die Klageforderung geht, allenfalls auf die Differenz zwischen dem von der Klägerin eingelösten Sparkassendarlehen und der Summe von Kommanditkapital und Stammkapital der Komplementär-GmbH (570.000 + 30.000 = 600.000 DM), also in Höhe von (815.352,98 - 600.000 =) 215.352,98 DM angewandt wissen. Die §§ 30, 31 GmbHG gelten entsprechend, wenn eine Kommanditgesellschaft und damit auch deren Komplementär-GmbH bereits überschuldet sind. In diesem Fall sind das Auszahlungsverbot und ein etwaiger Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter nicht durch die Höhe des Nennkapitals begrenzt, sondern sie bestimmen sich darüber hinaus nach den ungedeckten Verbindlichkeiten (BGHZ 60, 324, 331 ff; 67, 171, 174; 76, 326, 335).

Daß hiernach die Klage, mit der die Klägerin nach Befriedigung der Sparkasse U den nach § 774 BGB auf sie übergegangenen Darlehensanspruch geltend macht, in voller Höhe unbegründet ist, kann nicht zweifelhaft sein. Die erstmals von der Revision angedeutete Möglichkeit, es könnten geringere als die im Prozeß streitigen Beträge zur vollen Befriedigung aller Konkursgläubiger ausreichen, findet in dem bislang vorgetragenen Sachverhalt keine Stütze. Das Berufungsgericht hatte daher auch keinen Anlaß, einer solchen Möglichkeit von sich aus

nachzugehen, zumal sie für ein Konkursverfahren alles andere als typisch ist.

Die Revision ist daher zur Klage zurückzuweisen.

5. Die Entscheidung über die auf § 31 GmbHG gestützte Widerklageforderung von jetzt noch 84.647,02 DM hängt zunächst davon ab, ob Kreditrückzahlungen, die eine notleidende Gesellschaft an einen Fremdgäubiger geleistet hat, als Einlagerückgewähr an einen Gesellschafter zu betrachten sein können, wenn dieser sich für den Kredit, wie hier, in einer Lage verbürgt hat, in der ein unmittelbar von ihm gewährtes Darlehen als Kapitalersatz zu behandeln gewesen wäre. Davon geht jetzt die ausdrückliche Regelung des § 32 b GmbHG aus. Nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts bestand eine entsprechende Rechtslage bei folgerichtiger Fortentwicklung des Rechtsgedankens der §§ 30, 31 GmbHG und der dazu ergangenen Rechtsprechung auch schon in der Vergangenheit (Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. Anh. § 30 Rdn. 93). Denn es macht vom Zweck dieser Vorschriften her keinen Unterschied, ob der Gesellschafter aus der anstelle von Eigenkapital gegebenen Bürgschaft vom Gläubiger in Anspruch genommen wird oder die Gesellschaft von sich aus den Gläubiger befriedigt und dadurch den Gesellschafter von seiner Bürgschaft befreit, sofern dies zu Lasten des Stammkapitals geschieht. In beiden Fällen wird der Gesellschaft das notwendige Kapital wieder entzogen, das ihr der bürgende Gesellschafter unter persönlichem Vermögenseinsatz verschafft hatte.

Zwar haben sich durch die Darlehensrückzahlungen die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft vermindert,

was mittelbar auch zu einer entsprechenden Entlastung der - hier mit ihrem gesamten Stammkapital am Vermögen der Kommanditgesellschaft beteiligten - Komplementär-GmbH geführt hat. Im Verhältnis der Klägerin zu diesen beiden Gesellschaften ist aber das Darlehen der Sparkasse U im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG nicht als gewöhnliches Fremdkapital zu betrachten, sondern in Verbindung mit den von der Klägerin gestellten Sicherheiten, die es erst ermöglicht haben, es wie Eigenkapital zu behandeln. Seine Rückzahlung aus Gesellschaftsmitteln unter Schonung der Klägerin hat sich daher bei der Kommanditgesellschaft und ihrer Komplementär-GmbH wie eine Kapitalminderung ausgewirkt.

6. Auch hier kommt es ferner darauf an, inwieweit die Beträge, die zur Rückführung des Sparkassenkredits in Höhe von 184.647,02 DM aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft geflossen sind und von denen der Beklagte einen Teilbetrag von 84.647,02 DM mit der Widerklage zurückfordert, in diesem Zeitpunkt verlorenes Stammkapital oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abgedeckt haben (BGHZ 76, 326, 335). Wann diese Beträge im einzelnen gezahlt wurden, steht nicht fest. Aus dem Tilgungsplan im Vertrag vom 26. Februar 1976 und im Schuldschein vom 25. März 1976 geht aber hervor, daß die erste Teilrückzahlung nicht vor dem 1. Juni 1976 liegen kann. Eine zum Schluß desselben Monats (30.6.1976) von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Schitag aufgestellte Zwischenbilanz wies für das erste Halbjahr 1976 einen weiteren Verlust von rund 318.000 DM und damit (wenn man den Posten "Privatkonto Hans F" in Höhe von nunmehr 67.205,07 DM auf der Aktivseite mit berücksichtigt) eine Überschuldung von rund 887.000 DM aus.

Danach kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, daß die Kreditrückzahlungen aus überschuldetem Vermögen geleistet worden sind oder mindestens das in der Kommanditgesellschaft angelegte Stammkapital der GmbH angegriffen haben.

Auch in diesem Zusammenhang kann die Revision mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Vorbringen der Klägerin über stille Reserven im Gesellschaftsvermögen übergangen, keinen Erfolg haben. Danach sollen bei den Gesprächen, die zum Abschluß des Vertrages vom 26. Februar 1976 führten, Hans und Hermann F. geäußert haben, die Schutzrechte der Gesellschaft hätten einen sehr hohen Wert, den sie über den Bilanzansatz von 96.000 DM hinaus (richtig wohl: 96.905 DM, vgl. die Anl. zur Bilanz per 31. 12.1975) auf etwa 500.000 DM geschätzt hätten; weitere stille Reserven im Anlagevermögen seien "nach übereinstimmender Ansicht aller Beteiligten", auch der Herren der S., mit etwa 150.000 bis 200.000 DM anzusetzen gewesen. Mit Recht hat das Berufungsgericht diesen Vortrag, der nur Meinungen anläßlich von Vertragsverhandlungen wiedergibt, namentlich insoweit als unsubstantiiert und deshalb zur Widerlegung des ungünstigen Bilanzbildes als ungeeignet angesehen, als er sich auf sonstiges Anlagevermögen neben den gewerblichen Schutzrechten bezieht. Für die Frage, ob die Kreditrückzahlungen der Kommanditgesellschaft in der Zeit von Juni 1976 bis zur Zahlungseinstellung am 26. Oktober 1977 ohne Inanspruchnahme der Klägerin als verbotene Leistung im Sinne der §§ 30, 31 GmbHG zu gelten haben, ist er schon deshalb unerheblich, weil er einen früheren Zeitpunkt betrifft und sich damalige

Schätzungen über den "wahren" Wert des Anlagevermögens nicht einfach auf die Verhältnisse ab Juni 1976 übertragen lassen, die durch ein weiteres starkes Ansteigen der Verlustzahlen gekennzeichnet sind; erfahrungsgemäß schlägt sich eine solche "beängstigende Entwicklung" (Schreiben der S. v. 13. 10. 76) gewöhnlich auch in einer größeren Vorsicht beim Ansatz stiller Reserven nieder. Infolgedessen kann auf sich beruhen, ob die Frage der Erhaltung des Stammkapitals im Falle des § 30 GmbHG nach fortgeführten Buchwerten zu beurteilen ist und deshalb stille Reserven grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben (so Goerdeler/Müller in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdn. 14; Ulmer in "Das neue GmbH-Recht in der Diskussion", 1981, S. 67 Fn. 35; a. M. Sonnenhol-Stützle, DB 1979, 925, 927 ff).

Vergeblich möchte die Revision die Klägerin wegen guten Glaubens von einem Erstattungsanspruch verschont wissen. Guter Glaube des durch Auszahlungen aus dem Stammkapital begünstigten Gesellschafters entlastet ihn nach § 31 Abs. 2 GmbHG nur insoweit, als die Gesellschaftsgläubiger auch ohne seine Inanspruchnahme befriedigt werden können. Dafür besteht hier, wie schon ausgeführt wurde, kein Anhalt.

Die Revision bleibt daher auch zum Zahlungsanspruch der Widerklage erfolglos.

7. Die mit der Widerklage weiter gewünschte Feststellung, daß der Klägerin im Konkurs der Gemeinschuldnerin keine Absonderungsrechte zustünden, hält das Berufungsgericht für begründet, weil die Klägerin die Sicherheiten

in erster Linie für eine Forderung beansprucht und erhalten habe, die auf einer kapitalersetzenden Leistung beruhe und deshalb der Klägerin weder zustehe noch jemals zugestanden habe. Ein solches Vorgehen sei gegenüber einer bereits überschuldeten Gesellschaft und deren anderen Gläubigern mit den guten Sitten unvereinbar. Auch in diesem Punkt hält die Entscheidung im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, den Revisionsangriffen stand.

Soweit sich die Klägerin die Sicherheiten im Hinblick auf die Bürgschaft und die Grundschulden bestellen ließ, durch deren Übernahme sie der Kommanditgesellschaft zu dem ihr sonst nicht zugänglichen Kredit bei der Sparkasse U verholfen hat, fehlt es, wie bereits ausgeführt wurde, schon an einer Forderung gegen die Gemeinschuldnerin, für die jene Sicherheiten haften könnten. Insofern bedarf es, wie die Revision zutreffend bemerkt, zur Versagung eines Absonderungsrechts nicht erst des Rückgriffs auf § 138 BGB (vgl. auch § 1254 BGB; ebenso zum neuen Recht: Beinert/Hennerkes/Binz, GmbHRdsch 1981, 10, 12). Die Bedenken, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift hier objektiv und vor allem auch subjektiv erfüllt sind, können daher auf sich beruhen.

Der Umstand, daß die Sicherheiten nach dem Vertrag vom 26. Februar 1976 nicht nur für den Fall einer Inanspruchnahme der Klägerin aus dem Kredit der Sparkasse U. bestimmt sein sollten, sondern auch für eine mit 230.368,47 DM bezifferte Forderung der Klägerin aus Warenlieferungen, einem Überbrückungskredit und Zinsen, kann ein Recht der Klägerin auf wenigstens teilweise abgesonderte Befriedigung nach Lage der Sache ebenfalls nicht begründen. Zwar fallen Forderungen eines Gesellschafters

aus normalen Verkehrsgeschäften wie einer Warenlieferung nicht ohne weiteres unter die §§ 30, 31 GmbHG. Das kann selbst dann noch zutreffen, wenn der Gesellschafter solche Forderungen unter Bedingungen stundet, zu denen sich auch ein fremder Gläubiger in gleicher Lage zu einer Stundung bereitfinden würde, weil er vielleicht auf diese Weise leichter zu seinem Geld zu kommen hofft. Hier war die Stundung aber Bestandteil eines einheitlichen Sanierungskonzepts, in dessen Rahmen die der Klägerin von der Gesellschaft übertragenen Gegenstände insgesamt eine Sicherheit nicht nur für die Warenforderungen, sondern vor allem auch für etwaige weit höhere Ansprüche aus der Übernahme der Bürgschaft bilden sollten. Dazu hat die Klägerin vorgetragen, die Sicherheiten hätten nur einen Bruchteil ihrer Gesamtforderung von über 1,2 Mio. DM abgedeckt (Schriftsätze vom 21. 6. 1978 S. 12 und vom 13. 9. 1979 S. 2). Demgegenüber hat der Beklagte zwar gemeint, eine Übersicherung der Klägerin feststellen zu können (Schriftsatz vom 20. 9. 1979 S. 2). Dabei hat er jedoch lediglich die im Übertragungsvertrag nach dem damaligen Stand mit 230.368,47 DM bezifferten Forderungen der Klägerin mit dem Gesamtwert der ihr übertragenen Gegenstände verglichen und nicht berücksichtigt, daß diese Sicherheiten zum weitaus überwiegenden Teil auf die Bürgschaft der Klägerin für den voll ausgeschöpften Bankkredit von 1 Mio. DM entfielen.

Unter diesen Umständen erscheint es ausgeschlossen, daß auch unabhängig von dem Gesamtinhalt der Übernahmevereinbarung vom 26. Februar 1976 ein fremder Lieferant der Gesellschaft rückständige Kaufpreisforderungen in gleicher Höhe und zu denselben Bedingungen gestundet

hätte. Die Stundung der Warenforderungen war vielmehr nur ein Teil der Gesamtleistung, mit der die Klägerin als noch nicht ausgeschiedene Gesellschafterin der Gesellschaft einen Ersatz für das zur Betriebsfortführung notwendige Eigenkapital zu bieten versuchte. Damit entfällt auch insoweit ein Absonderungsrecht der Klägerin, so daß ihre Revision zur Widerklage ebenfalls in vollem Umfang zurückzuweisen ist.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Bundschuh