

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 30, 31, 32 a, 63

- a) Die für die Umqualifizierung eines Gesellschafterdarlehens in Eigenkapitalersatz erforderliche Feststellung, daß sich die Gesellschaft bei dessen Gewährung oder Belassung in der Krise befunden hat, ist grundsätzlich für jedes Darlehen eigenständig zu treffen. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschafter die GmbH schon früher durch eigenkapitalersetzende Darlehen finanziert haben und im Zeitpunkt der Gewährung oder Belassung des späteren Darlehens eine Unterbilanz nach fortgeführten Buchwerten vorhanden ist.
- b) Eine Überschuldung der Gesellschaft i.S. von § 63 Abs. 1 GmbHG liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht decken würde (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose).

BGH, Urt. v. 13. Juli 1992 - II ZR 269/91 - OLG München

LG München II

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 269/91

Verkündet am:
13. Juli 1992
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhrich, Dr. Henze, Dr. Goette und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. April 1991 aufgehoben und das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München II vom 27. November 1990 wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

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 3. November 1989 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der C. D. S. GmbH & Co. KG. Der Beklagte ist wie seine drei Geschwister als Erbe des am 30. April 1986 verstorbenen Alleingesellschafters C. D. Mitgesellschafter der Komplementär-GmbH und Kommanditist der Gemeinschuldnerin. Im Juli 1989 ist dem Unternehmen zusätzlich eine Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafter der Komplementär-GmbH und Kommanditist der Gemeinschuldnerin beigetreten. Die Summe der Kommanditeinlagen belief sich zuletzt auf 100.000,-- DM, wovon auf jeden Kommanditisten ein Betrag von je 20.000,-- DM entfiel. Die mit einem Stammkapital im Nennwert von 50.000,-- DM ausgestattete persönlich haftende Gesellschafterin war an dem Vermögen der Gemeinschuldnerin nicht beteiligt. Gegenstand des Geschäftsbetriebes der Gemeinschuldnerin war die Entwicklung des Amphibienflugzeuges "S.". Da das Unternehmen bis zur Aufnahme der Serienproduktion des Flugzeuges über keine nennenswerten Einnahmen aus eigenen Umsätzen verfügte, wies der Jahresabschluß der Gemeinschuldnerin per 31. Dezember 1988 eine Unterbilanz von rund 1,9 Mio. DM und ihr Konto bei ihrer Hausbank, dem Bankhaus R. & Co. KG, einen Debetsaldo von 1.913.408,48 DM bei einem Kreditrahmen von 10 Mio. DM auf. Diesen Kreditrahmen hatte das Bankhaus R. der Gemeinschuldnerin eingeräumt, nachdem der am 23. Dezember 1988 erreichte Sollstand dieses Kontos von 11.693.584,34 DM durch Eingang eines Bundeszuschusses von 10.615.000,-- DM sowie eines Landeszuschusses von 415.000,-- DM zwischenzeitlich zurückgeführt worden war. Nach der Planung der Gesellschafter sollte die

Entwicklung des Flugzeuges wie folgt finanziert werden:
"Eigenkapital" (ganz überwiegend in Form kapitalersetzender
Gesellschafterdarlehen): 53 Mio. DM; Bundesförderung:
20 Mio. DM; Landesförderung: 3 Mio. DM; langfristige Kre-
dite des Bankhauses R., staatsverbürgt durch die Bayerische
Landesanstalt für Aufbaufinanzierung, teilweise rückver-
bürgt durch die Gesellschafter: 14,6 Mio. DM; weiterer Kre-
dit des Bankhauses R.: 10 Mio. DM. Ein noch fehlender Rest
von 19,2 Mio. DM sollte durch "Innenfinanzierung" in Form
von Lieferantenkrediten, Kundenzahlungen etc. aufgebracht
werden. Dieser Finanzplan ist später nicht verwirklicht
worden, weil es ab Frühjahr 1989 zu Meinungsverschiedenhei-
ten zwischen den Gesellschaftern kam, die dazu führten, daß
die vorgesehenen Rückbürgschaften der Gesellschafter nicht
geleistet wurden, was aufgrund des dadurch in der Folge
ausgelösten Rückzuges auch anderer Geldgeber im Herbst 1989
den Zusammenbruch der Gemeinschuldnerin bewirkte.

In dem vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger
von dem Beklagten Zahlung eines Betrages von 819.910,68 DM
zuzüglich 4 % Zinsen, den der Beklagte von der Gemein-
schuldnerin am 8. Mai 1989 (Buchungsdatum) als Rückzahlung
eines ihr am 23. Dezember 1988 gewährten Darlehens in Höhe
von 800.000,-- DM nebst Zinsen erhalten hat. Nach Ansicht
des Klägers hatte dieses Darlehen eigenkapitalersetzenden
Charakter.

Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Mit der
Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag
weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die Gemeinschuldnerin bei Hingabe des Darlehens am 23. Dezember 1988 überschuldet war. Nach seiner Ansicht kommt es darauf nicht an, weil jedenfalls bei Auszahlung dieses Darlehens für die Gemeinschuldnerin der Zeitpunkt, in dem ihr ihre Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (§ 172 a Satz 1 HGB i.V.m. § 32 a Abs. 1 GmbHG), deshalb erreicht gewesen sei, weil sie sich im Sinne der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung dergestalt in der Krise befunden habe, daß sie von dritter Seite einen entsprechenden Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhalten hätte (Kreditunwürdigkeit). Dies begegnet, wie die Revision mit Erfolg rügt, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

II. 1. Zwar hatte die Gemeinschuldnerin am 23. Dezember 1988 ihren Kreditrahmen bei ihrer Hausbank, dem Bankhaus R., überzogen. Bei Zugrundelegung der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise darf jedoch nicht allein auf diese kurzfristige Kontoüberziehung abgestellt werden. Maßgeblich für die Feststellung, ob die Gemeinschuldnerin bei Ausreichung des Darlehens am 23. Dezember 1988 kreditunwürdig war, kann vielmehr nur die Beurteilung der gesamten finanziellen Situation der Gesellschaft in dem fraglichen Zeitraum zum Ende des Jahres 1988 sein. Damals verfügte die Gemeinschuldnerin über beträchtliche Finanzierungszusagen von dritter Seite, insbesondere der öffentlichen Hand, die

auch tatsächlich im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensgewährung durch den Beklagten eingelöst worden sind. Bereits wenige Tage nach der Einzahlung der Darlehenssumme gingen auf dem Konto der Gesellschaft bei dem Bankhaus R. Zahlungen in Höhe von 10.615.000,-- DM seitens der Bundesrepublik Deutschland sowie weitere 415.000,-- DM an Förderleistungen des Freistaates Bayern ein. Dadurch war schon zum Jahresende der Kreditsaldo der Gemeinschuldnerin bei dem Bankhaus R. soweit zurückgeführt, daß dieses Bankinstitut erneut einen Kreditrahmen von 10 Mio. DM zur Verfügung gestellt hatte, von dem bis Jahresende lediglich rund 1,9 Mio. DM in Anspruch genommen waren. Das Berufungsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die darauf hindeuten könnten, daß die Gemeinschuldnerin zum damaligen Zeitpunkt auf das Darlehen des Beklagten zum Zwecke der Aufrechterhaltung ihrer Liquidität angewiesen gewesen wäre, oder die Bank die kurzfristige Rückführung des Kreditsaldos verlangt hätte. Dagegen spricht bereits, daß der Kontostand auch nach der Überweisung des Darlehensbetrages noch über der damals geltenden maximalen Kreditlinie von 11,1 Mio. DM lag. Offensichtlich hat die Hausbank die Überziehung der Kreditlinie im Hinblick auf die von ihr als positiv prognostizierten Zukunftsaussichten der Gemeinschuldnerin und die erwarteten öffentlichen Zuschüsse ohne weiteres geduldet. Ebensowenig bestehen Anhaltspunkte, daß die übrigen Kreditgeber ihre Finanzierungszusagen von der Gewährung des von dem Beklagten gegebenen Darlehens abhängig gemacht haben könnten. Ungeachtet der bei Beurteilung der Kreditwürdigkeit oder -unwürdigkeit der Gesellschaft im Rahmen der Eigenkapitalersatzregeln grundsätzlich gebotenen objektiven Betrachtungsweise ist, wie der Senat bereits bei früherer

Gelegenheit ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 105, 168, 184), die Tatsache, daß sich auch Fremdgläubiger an einer Finanzierungsaktion beteiligen, ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, daß die Gesellschaft von dritten Geldgebern noch als kreditwürdig angesehen wird, was eine Umqualifizierung der Gesellschafterleistung in Eigenkapitalersatz ausschließt. Die Annahme einer Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft muß im allgemeinen ferner dann ausscheiden, wenn wie im vorliegenden Fall feststeht, daß die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung noch über eine von einem zusätzlichen finanziellen Engagement ihrer Gesellschafter unabhängige, zur Deckung ihres augenblicklichen Kapitalbedarfs ausreichende, nicht einmal annähernd ausgeschöpfte Kreditlinie bei einem außenstehenden Finanzierungsinstitut verfügt (ähnlich Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. §§ 32 a, b Rdn. 55). Bei dieser Sachlage kann unter Berücksichtigung der bisher gewürdigten Umstände keine Rede davon sein, daß die Gemeinschuldnerin zum Jahresende 1988 keinen Kredit von dritter Seite hätte erhalten können, so daß sie auf das von dem Beklagten in diesem Zeitraum gewährte Darlehen zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebes angewiesen gewesen wäre.

2. An dieser Beurteilung ändert es nichts, daß der Kredit, über den die Gemeinschuldnerin zur Zeit der Gewährung des Darlehens der Beklagten bei ihrer Hausbank verfügte, maßgeblich auf deren Erwartung beruht hat, Gesellschafter, D. AG und Zuschußgeber der öffentlichen Hand würden im Vertrauen auf die Zukunftsaussichten des im Hause der Gemeinschuldnerin entwickelten Flugzeugs auch die weitere Finanzierung der Gemeinschuldnerin gewährleisten, und diese

Erwartung später enttäuscht worden ist, weil die Gesellschafter infolge interner Streitigkeiten die Stellung der vergleichsweise geringen von ihnen erwarteten Rückbürgschaft in Höhe von insgesamt ca. 2,9 Mio. DM verweigert haben, die u.a. Bedingung für die Einräumung eines weiteren langfristigen Kredites des Bankhauses R. über zusätzliche 14,6 Mio. DM war.

Eine auf Kreditunwürdigkeit beruhende Krise der Gesellschaft, in der ein ihr gewährtes Darlehen ihres Gesellschafters die Funktion von Eigenkapitalersatz erlangt, liegt nach der Senatsrechtsprechung dann vor, wenn die Gesellschaft von dritter Seite den zur Fortführung ihres Unternehmens benötigten Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhält und deshalb liquidiert werden müßte, wenn nicht der Gesellschafter mit seiner Leistung einspringt oder eingesprungen wäre (vgl. BGHZ 76, 326, 330 u. - präzisierend - Sen.Urt. v. 9. Oktober 1986 - II ZR 58/86, WM 1986, 1554, 1555 u. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, WM 1988, 1488 m.w.N.). Ist diese Situation nicht gegeben, weil feststeht, daß die Gesellschaft über einen zur Deckung ihres gegenwärtigen finanziellen Bedarfes ausreichenden Kredit bei außenstehenden Dritten verfügt und deshalb nicht auf eine zusätzliche Leistung ihres Gesellschafters angewiesen ist, läßt sich ihre Kreditunwürdigkeit entgegen dem Vorgehen des Berufungsgerichtes nicht mit der Erwägung in Frage stellen, das Vertrauen der außenstehenden Geldgeber habe nicht der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft "als solcher", sondern der Verwirklichung der noch ungesicherten, im damaligen Zeitpunkt vorgesehenen Finanzplanung ihrer Gesellschafter gegolten. Die Einschätzung eines Unternehmens

als kreditwürdig und die daraus folgende Bereitschaft außenstehender Geldgeber, ihm Kredit einzuräumen, gründet sich regelmäßig auf eine Reihe verschiedener, teils gesicherter, teils noch ungesicherter Umstände interner wie externer Natur. Die augenblickliche Eigenkapitalausstattung des Unternehmens und sein gegenwärtiger innerer Wert stellen dabei nicht selten nur einen Ausschnitt aus den Faktoren dar, die die Einschätzung des Unternehmens durch außenstehende Geldgeber als kreditwürdig beeinflussen können. Daneben spielen häufig eine Vielzahl weiterer Umstände eine maßgebliche Rolle. Dazu kann das Vertrauen auf die hinter der Gesellschaft stehenden, sie tragenden Personen, die auf der Kenntnis ihres bisherigen finanziellen Engagements beruhenden Annahme der Bereitschaft zu weiteren Investitionen in das Gesellschaftsunternehmen und die Erwartung der Unterstützung durch andere finanzstarke Partner ebenso gehören wie Einschätzungen des Verhaltens der öffentlichen Hand und vor allem die Beurteilung der künftigen Ertragsaussichten des Unternehmens, die wiederum entscheidend von der Einschätzung der von ihm hergestellten oder entwickelten Produkte bestimmt wird. Nicht selten wird die Bewertung solcher Einzelfaktoren wie auch des Unternehmens insgesamt nicht frei von gewissen spekulativen Elementen sein. Hat sie jedoch dazu geführt, daß außenstehende Geldgeber die Gesellschaft als kreditwürdig eingestuft und ihr aufgrund dieses Urteils tatsächlich den von ihr benötigten Kredit zur Verfügung gestellt haben, so kann die darauf beruhende Feststellung, daß die Gesellschaft für Dritte kreditwürdig war und deshalb ihren Kapitalbedarf zu marktüblichen Bedingungen bei außenstehenden Geldgebern decken konnte, so daß sie jedenfalls in diesem Zeitpunkt nicht auf zusätzliche

finanzielle Hilfe durch ihre Gesellschafter angewiesen war, nicht nachträglich unter dem Gesichtspunkt entfallen, die Annahmen, auf die sich die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gründete, hätten sich aus späterer Sicht ganz oder teilweise als unrichtig herausgestellt. Die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft als Kriterium dafür, ob eine Leistung ihrer Gesellschafter Eigenkapital ersetzt, ist nicht rückblickend, sondern vielmehr allein anhand der Umstände im Zeitpunkt der Gewährung oder Belassung der möglicherweise eigenkapitalersetzenden Leistung zu beurteilen (vgl. Sen.Urt. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, WM 1987, 1488, 1489; ebenso ausdrücklich Hachenburg/Ulmer aaO §§ 32 a, b Rdn. 49, 57). Auch wenn der Senat bei der Feststellung der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft grundsätzlich auf einen objektiven Maßstab abstellt (aaO Seite 1488), wird damit nicht auf eine nachträgliche Betrachtungsweise verwiesen, sondern lediglich unter Außerachtlassung denkbarer atypischer Verhaltensweisen einzelner Geldgeber auf die Beurteilung eines wirtschaftlich vernünftig denkenden, im Rahmen des bei Kreditentscheidungen Üblichen auf die Sicherheit seiner Kapitalanlage bedachten Geldgebers im Zeitpunkt der Darlehensgewährung abgestellt. Die gegenteilige Annahme würde darauf hinauslaufen, daß ein Unternehmen im nachhinein als kreditunwürdig und mit der Folge der Umqualifizierung aller Gesellschafterleistungen in Eigenkapitalersatz in der Krise befindlich anzusehen wäre, wenn sich die Erwartungen seiner Kreditgeber später als unbegründet herausstellen.

Die Anlegung dieses Maßstabes führt im vorliegenden Fall, wie der Senat, da es dazu keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf, selbst entscheiden kann, zur Annahme der Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Hingabe des streitigen Darlehens. Wie auch das Verhalten der öffentlichen Zuschußgeber und das Interesse anderer finanzstarker Unternehmen an einer Beteiligung bei der Gemeinschuldnerin belegen, konnten die Aussichten der Gemeinschuldnerin, die bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befindlichen Entwicklungsarbeiten an dem Amphibienflugzeug "S." zu Ende zu führen und für dieses einen Markt zu erschließen, aus der damaligen Sicht durchaus positiv bewertet werden. Dies gilt um so mehr, als die erforderliche Finanzierung seinerzeit als weitgehend gesichert gelten konnte. Daß die Finanzierung schließlich im Spätsommer bis Herbst 1989 an internen Streitigkeiten der Gesellschafter über die Konzeption der Gesellschaft scheitern würde, die dazu führten, daß sich die Mitgesellschafter des Beklagten weigerten, die im Vergleich zu ihrem bisherigen finanziellen Engagement bei der Gemeinschuldnerin verhältnismäßig geringfügigen auf jeden einzelnen von ihnen entfallenden Rückbürgschaften aufzubringen, war zur Zeit der Ausreichung des Darlehens des Beklagten nicht voraussehbar. Bei dieser Sachlage war die Entscheidung des Bankhauses R., die Entwicklung des Flugzeuges durch einen zumindest im Augenblick ungesicherten Kredit zu fördern, auch bei objektiver Betrachtung wirtschaftlich durchaus vernünftig. Die Gesellschaft konnte mithin aus der maßgeblichen Sicht des Zeitpunktes der Ausreichung des Darlehens insoweit als kreditwürdig gelten.

Wenn das Berufungsgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt ist, so ist dies - abgesehen von der rechtlich unzulässigen Berücksichtigung erst nachträglich in Erscheinung getretener Gesichtspunkte - dadurch bedingt, daß es die Übernahme der geplanten Rückbürgschaften der Gesellschafter dem Fall gleichsetzt, daß den dritten Kreditgebern das Kreditrisiko durch Gesellschafterbürgschaften abgenommen wird (BGHZ 105, 168, 185 m.w.N.). Diese Gleichsetzung ist jedoch rechtlich unzulässig. Es liegt auf der Hand, daß die Kreditgewährung durch einen außenstehenden Dritten keinen Schluß auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft zuläßt, wenn er das damit normalerweise verbundene Kreditrisiko nicht selbst zu tragen hat, weil die Gesellschafter die Rückzahlung des Darlehens durch Bürgschaften oder Hingabe ausreichender anderer Sicherheiten aus ihrem Privatvermögen garantieren. Ein solcher Sachverhalt ist unter dem Gesichtspunkt des Eigenkapitalersatzes im Ergebnis nicht anders zu beurteilen, als wenn die Gesellschafter den Kreditbedarf der Gesellschaft unmittelbar durch eigene Leistungen abgedeckt hätten. Davon zu unterscheiden ist jedoch der Fall, daß sich außenstehende Geldgeber bereiterklären, der Gesellschaft einen ungesicherten Kredit zu gewähren und lediglich spätere zusätzliche Kreditgewährungen von einer Sicherung durch die Gesellschafter abhängig machen. In diesem Fall übernimmt der außenstehende Dritte das mit dem ersten Kredit verbundene Risiko selbst, was insoweit eine positive Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft voraussetzt. Die Frage nach dem Vorliegen eines eigenkapitalersatzenden Finanzierungstatbestandes kann sich mithin erst für den späteren gesellschaftergesicherten weiteren Finanzierungsvorgang stellen. Die Tatsache, daß das Bank-

haus R. den im Dezember 1988 erneut eröffneten Kreditrahmen von 10 Mio. DM der Gemeinschuldnerin in der Erwartung eingeräumt hat, die Gesellschafter würden einen für einen späteren Zeitraum vorgesehenen Kredit über zusätzliche 14,6 Mio. DM und damit auch die weitere Finanzierung des Entwicklungsvorhabens teilweise durch Rückbürgschaften sichern, hätte mithin allenfalls einen eigenkapitalersetzenden Charakter jener Bürgschaften begründen können. Sie ist dagegen ungeeignet, die Annahme einer Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft auch bereits für den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der früheren Kreditgewährung zu belegen. Der Umstand, daß das Bankhaus R. bereit war, diesen früheren Kredit zu gewähren, ohne eine Sicherheit zu verlangen, zeigt vielmehr im Gegenteil, daß die Gemeinschuldnerin zum Jahresende 1988 für dritte Geldgeber noch kreditwürdig war. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch dadurch bestätigt, daß selbst der Kläger nicht vorgetragen hat, das Bankhaus R. habe die erneute Eröffnung einer Kreditlinie über 10 Mio. DM im Dezember 1988 von der Gewährung des im Vergleich geringfügigen Darlehens des Beklagten von 800.000,-- DM abhängig gemacht.

An dieser Lage ist bis zur Rückzahlung des Darlehens an den Beklagten Anfang Mai 1989 keine grundlegende, rechtlich ins Gewicht fallende Änderung eingetreten. Die fortbestehende Kreditwürdigkeit der Gesellschaft wird bereits dadurch belegt, daß das Bankhaus R. während dieser Zeit keine Rückführung des bei ihm in Anspruch genommenen ungesicherten Kredites gefordert, sondern vielmehr die Inanspruchnahme der im Dezember 1988 erneut eingeräumten Kreditlinie während dieses gesamten Zeitraumes zugelassen hat. Erst mit

Schreiben vom 2. Juni 1989 weist es darauf hin, daß die für diesen Kredit vorgesehene Obergrenze demnächst erreicht sein werde und man zugleich die Sicherstellung der weiteren Finanzierung anmahne, von der man bei Einräumung der bisher gewährten Finanzierung ausgegangen war. Damit scheidet auch die Möglichkeit aus, daß das von dem Beklagten im Dezember 1988 gegebene Darlehen zwischen seiner Ausreichung und seiner Rückzahlung durch Stehenlassen aufgrund einer während dieses Zeitraumes eingetretenen Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft eigenkapitalersetzend geworden sein könnte. Auch das Berufungsgericht trifft insoweit keine abweichenden Feststellungen.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes ergibt sich der eigenkapitalersetzende Charakter des von dem Beklagten am 23. Dezember 1988 gewährten und Anfang Mai 1989 von der Gemeinschuldnerin nach Kündigung zurückgezahlten Darlehens auch nicht daraus, daß der Beklagte mit ihm lediglich vorausgegangene eigenkapitalersetzende Darlehen "aufgestockt" hat.

Es trifft zwar zu, daß die Gemeinschuldnerin von ihren Gesellschaftern zum ganz überwiegenden Teil nicht durch Einlagen, sondern durch Gesellschafterdarlehen finanziert worden war. Kommanditeinlagen von lediglich 100.000,-- DM standen laut Bilanz vom 31. Dezember 1988 Gesellschafterdarlehen von rund 26,3 Mio. DM gegenüber. Daraus folgt jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes nicht zwangsläufig, daß das am 23. Dezember 1988 eingeräumte Darlehen eigenkapitalersetzend gewesen sein muß. Auch das Berufungsgericht stellt in Ermangelung eines dahingehenden

substantiierten Vortrages des Klägers nicht fest, daß dieses Darlehen von dem Beklagten aufgrund einer mit seinen Mitgesellschaftern getroffenen verbindlichen Abrede als Teil des Finanzierungsplanes der Gesellschafter in einem inneren Zusammenhang mit der zuvor geübten Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen gewährt worden ist (vgl. dazu BGHZ 104, 33, 40 f.; Hachenburg/Ulmer aaO §§ 32 a, b Rdn. 48, 61; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. §§ 32 a/b Rdn. 11 ff., jew. m.w.N.). Dagegen spricht auch der sowohl im Verhältnis zu den früheren Darlehen von 26,3 Mio. DM als auch zu dem Gesamtfinanzierungsbedarf der Gesellschaft von rund 120 Mio. DM geringe Umfang dieses Darlehens sowie die Tatsache, daß die anderen Gesellschafter keine entsprechenden zusätzlichen Darlehen gewährt, sondern es dabei belassen haben, die in den Büchern der Gesellschaft für sie verzeichneten jeweils etwa gleich hohen Darlehensforderungen gegen die Gemeinschaftsdarlehensnehmerin, die dadurch entstanden waren, daß sie ihren Vater zu gleichen Teilen beerbt hatten, stehenzulassen. Ein Grund, warum der Beklagte einen höheren Finanzierungsbeitrag als seine Mitgesellschafter hätte übernehmen sollen, ist gleichfalls nicht ersichtlich. Ist mithin davon auszugehen, daß es sich bei der im Dezember 1988 erfolgten Darlehensgewährung um eine - nach dem Vortrag des Beklagten, der seinem Steuerberater deshalb den Streit verkündet hat, durch den Zweck der Erlangung einer steuerlich berücksichtigungsfähigen Verlustzuweisung durch Ausnutzung der Buchverluste der Gesellschaft motivierte - Einzelentscheidung des Beklagten handelte, so kann von einer planmäßigen Aufstockung des Beitrages des Beklagten im Rahmen der bis dahin offensichtlich gewählten Finanzierung der Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen nicht die Re-

de sein. Es kann deshalb für die Entscheidung des vorliegenden Falles dahinstehen, wie die Rechtslage bei Vorliegen eines solchen Sachverhaltes zur beurteilen gewesen wäre. Als freiwillige, nicht im Rahmen einer gemeinsamen verbindlichen Finanzplanung der Gesellschafter zur Verfügung gestellte Leistung ist das im Dezember 1988 gegebene Darlehen des Beklagten rechtlich vielmehr ausschließlich anhand der allgemeinen Maßstäbe zu messen. Dies bedeutet, daß ihm eigenkapitalersetzender Charakter sowohl im Rahmen des § 172 a HGB i.V.m. § 32 a GmbHG als auch nach der an eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG anknüpfenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Eigenkapitalersatz nur dann zukommen kann, wenn es in einer Krise der Gesellschaft gegeben oder belassen worden ist (vgl. auch Hachenburg/Ulmer aaO Rdn. 48 a.E.). Die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals für eine Umqualifizierung des unstreitig als Fremdleistung gegebenen Darlehens in Eigenkapitalersatz kann, wie die Revision zu Recht rügt, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes nicht dadurch ersetzt werden, daß die früher gegebenen Darlehen möglicherweise eigenkapitalersetzend gewesen waren, wovon das Berufungsgericht ausgeht. Ein Automatismus dergestalt, daß der eigenkapitalersetzende Charakter einer früher gegebenen Gesellschafterhilfe ohne weiteres auch den Eigenkapitalersatzcharakter aller späteren Gesellschafterleistungen begründet, ist nicht anzuerkennen. Es wird sich zwar häufig so verhalten, ist aber keineswegs zwangsläufig, daß die bei Gewährung der früheren Gesellschafterhilfe bestehende Krise der Gesellschaft noch bei Hingabe eines späteren anderen Darlehens fort dauert. Die danach erforderliche Feststellung, daß sich die Gesellschaft bei Hingabe oder Belassung des Darlehens

in der Krise befunden hat, wird auch nicht durch das Vorhandensein einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Gewährung des späteren Darlehens entbehrlich. Das Fortbestehen einer Unterbilanz nach fortgeführten Buchwerten ist unmittelbar lediglich für die Dauer der Bindung der früher gewährten Gesellschafterhilfe im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG von Bedeutung (vgl. BGHZ 76, 326, 332 ff.; Sen.Urt. v. 11. Dezember 1989 - II ZR 78/89, WM 1990, 233, 234 m.w.N. zur Sen.Rspr.). Dagegen reicht ihr Vorhandensein für sich allein zur erstmaligen Begründung der eigenkapitalersetzenden Qualität einer Gesellschafterleistung nicht aus, sofern sich die Gesellschaft nicht zugleich wegen Kreditunwürdigkeit, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung in einer Krise befindet, in der sie ohne die Gesellschafterleistung liquidiert werden müßte.

III. Nach alledem könnte das Berufungsurteil, da eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft in der Zeit von Dezember 1988 bis Mai 1989 unter den gegebenen Umständen ausscheidet, nur dann Bestand haben, wenn die Gemeinschuldnerin zur Zeit der Gewährung oder Belassung des Darlehens des Beklagten überschuldet gewesen war.

Die Frage nach einer Überschuldung der Gesellschaft in dem bezeichneten relevanten Zeitraum ist, wie der Senat, da es dazu keiner zusätzlichen tatsächlichen Feststellungen bedarf, selbst entscheiden kann, aufgrund des zum Bestandteil des Tatbestandes des Berufungsurteiles gemachten schriftsätzlichlichen Vorbringens der Parteien und der in Bezug genommenen Anlagen zu verneinen. Die Gemeinschuldnerin war zwar am 31. Dezember 1988 rechnerisch überschuldet. Die da-

mals bestehende Unterbilanz von 1.933.486,53 DM hat sich zwar bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens Anfang Mai 1989 ausweislich der Angaben in der Zwischenbilanz per 31. Mai 1989 (Anlage K 11) auf über 10 Mio. DM erhöht. Diese Zahlen geben jedoch nur den Stand der rechnerischen Unterdeckung nach fortgeführten Buchwerten wieder und sind deshalb für die Beantwortung der Frage nach einer Überschuldung der Gesellschaft im Sinne der Eigenkapitalersatzregeln nicht aussagekräftig. Nach zutreffender neuerer Erkenntnis (vgl. dazu trotz Unterschieden im einzelnen: Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 63 Rdn. 10 m.w.N. vor allem in Fn. 29; Hachenburg/Ulmer aaO § 63 Rdn. 34 ff.; Lutter/Hommelhoff aaO § 63 Rdn. 5 f.; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 63 Rdn. 8; vgl. auch BGH, Urt. v. 3. Februar 1987 - VI ZR 268/85, NJW 1987, 2433) kann von einer Überschuldung im Sinne dieser Regeln nur dann gesprochen werden, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose). Es gilt mithin ein zweistufiger Überschuldungsbegriff. Die vom Berufungsgericht an zwei Stellen aufgeworfene Frage, ob die Entwicklungskosten für den "S." aktiviert werden können oder ob dem das Verbot der Aktivierung sogenannter selbstgeschaffener immaterieller Wirtschaftsgüter (§ 248 Abs. 2 HGB) entgegensteht, stellt sich bei zutreffender rechtlicher Betrachtung für den Überschuldungsstatus nicht. Da dieser Status allein dem Zweck dient, die wirklichen Werte zu er-

mitteln, die im Konkursfalle tatsächlich für die Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stünden, ist § 248 Abs. 2 HGB als nur für die laufende Erfolgsbilanz zu fortgeführten Buchwerten geltende Vorschrift auf ihn nicht anwendbar. Zu aktivieren ist vielmehr der Wert, der bei einer Veräußerung der bis zum Prototyp vorangetriebenen Entwicklung des "S." einschließlich der in diesem Flugzeug verkörperten Schutzrechte zu erzielen wäre (vgl. dazu statt aller Schulze-Osterloh aaO § 63 Rdn. 12 u. Lutter/Hommelhoff aaO § 63 Rdn. 7). Ob die Gemeinschuldnerin bei Aktivierung dieses Wertes angesichts der bis Mai 1989 weiter angestiegenen Entwicklungskosten in einem Überschuldungsstatus rechnerisch überschuldet gewesen wäre, erscheint angesichts des beträchtlichen Wertes eines solchen Entwicklungsprojektes zweifelhaft. Im Einklang damit wird eine Überschuldung auch im Bericht des Wirtschaftsprüfers der Gesellschaft über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 1988 bereits für den Fall eindeutig verneint, daß die bisherige Entwicklung mit dem (verhältnismäßig bescheidenen) Betrag von 2 Mio. DM aktiviert werden kann. An dieser Beurteilung dürfte sich bis Mai 1989 im wesentlichen nichts geändert haben. Die bis dahin angefallenen zusätzlichen Entwicklungskosten dürften durch eine entsprechende Steigerung des inneren Wertes des inzwischen bis kurz vor die Serienreife vorangetriebenen Projektes aufgewogen worden sein. Diese Frage, die möglicherweise nicht abschließend ohne in der Revisionsinstanz nicht nachholbare weitere tatsächliche Feststellungen entschieden werden könnte, kann jedoch letztlich dahinstehen. Denn es kann unter den gegebenen Umständen keinem Zweifel unterliegen, daß dem Unternehmen aus der Sicht des Zeitraumes Ende 1988 bis Anfang Mai 1989

selbst bei Vorliegen einer rechnerischen Überschuldung eine erfolgreiche Überlebensprognose zu stellen war. Zwar ist die Entwicklung eines Flugzeuges mit hohen Kosten verbunden, die bei der Gemeinschuldnerin, die als reine Entwicklungsgesellschaft über keine laufenden Einnahmen aus einer sonstigen nennenswerten Geschäftstätigkeit verfügte, zunächst einmal zu einer erheblichen Unterbilanz führen mußten. Dies ändert aber nichts daran, daß die Entwicklung seinerzeit als allgemein erfolgversprechend betrachtet wurde und für das Flugzeug nach dessen Serienreife durchaus ein Markt mit den entsprechenden Absatz- und Gewinnchancen gesehen wurde. Die positive Zukunftsprognose, die dem Flugzeug und damit auch seinem Hersteller damals von allen Beteiligten gestellt wurde, zeigt sich deutlich darin, daß der Technologiekonzern D. AG bereit war, für eine Beteiligung von nur 20 % am Fest-Kommanditkapital (d.h. für einen Kommanditanteil von nominal lediglich 20.000,-- DM zuzüglich einem Geschäftsanteil an der GmbHG in Höhe von nominal 10.000,-- DM) einen Betrag von 20 Mio. DM zu zahlen. Ohne eine positive Überlebensprognose hätte die Gemeinschuldnerin auch die erheblichen Fördermittel mit weiteren Zusagen der öffentlichen Hand nicht erhalten. Überdies schien das Projekt aus der Sicht des Zeitraumes Dezember 1988/Mai 1989 bis über die Serienreife hinaus durchfinanziert. Die in der Folge ausgebrochenen Meinungsverschiedenheiten der Familiengesellschafter über die weitere Ausgestaltung und die Aufgabenverteilung in der Gesellschaft waren in diesem Zeitraum noch nicht abzusehen. Auch gegen Ende des genannten Zeitraumes lag es jedenfalls jenseits jeder vernünftigen Erwartung, daß die zwischen diesen Gesellschaftern bestehenden Differenzen dazu führen könnten, daß die Gesell-

schafter die von ihnen erwartete, im Verhältnis zu den bisher investierten Mitteln geringe Rückbürgschaft ablehnen und damit das gesamte Projekt scheitern lassen würden. Bei dieser Lage wäre der Geschäftsführer der Gesellschaft in dem Zeitraum der Gewährung und Belassung des streitigen Darlehens weder verpflichtet noch auch nur berechtigt gewesen, durch Stellung eines Konkursantrages die Liquidation der wirtschaftlich erfolgversprechenden Gesellschaft einzuleiten.

IV. Bei dieser Sach- und Rechtslage müssen die Rechtsmittel des Beklagten gegen die ihn zur Erstattung des Darlehensbetrages nebst Zinsen verurteilenden Entscheidungen der Vorinstanzen Erfolg haben.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Richter am BGH
Dr. Goette ist
wegen Urlaubs an
der Unterschrift
verhindert.

Boujong

Gerber