

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

GmbHG § 32 a; §§ 30, 31

Das sogenannte Stehenlassen einer früher gewährten Kredithilfe des Gesellschafters kann deren Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz nur unter der Voraussetzung bewirken, daß der Gesellschafter wenigstens die Möglichkeit gehabt hat, die den Eintritt der Krise begründenden Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen. Das Fehlen einer solchen Erkenntnismöglichkeit wird jedoch nur bei Vorliegen ganz besonderer, von dem Gesellschafter darzulegender und zu beweisender Umstände anzunehmen sein.

BGH, Urt. v. 7. November 1994 - II ZR 270/93 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 270/93

Verkündet am:
7. November 1994
Kappler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S - Frucht (Deutschland) GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Wilfried R , S - straße , Z ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

gegen

Heinrich G jun., B - straße , K ,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. März 1993 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte war alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter der Früchte G[REDACTED] GmbH. Mit Vertrag vom 29. Juni 1989 hatte er gegenüber der Volksbank K[REDACTED] eine selbstschuldnerische Bürgschaft über 300.000,-- DM für den der Gesellschaft eingeräumten Kredit übernommen. Zur Übernahme einer weiteren schriftlichen Bürgschaft, die sich unter Ein-schluß des bisher schon verbürgten Betrages auf insgesamt 540.000,-- DM belaufen sollte und von der Volksbank laut Vertrag vom 24. Oktober 1989 für die Aufstockung des Kreditrahmens der Gesellschaft auf diese Summe verlangt wurde, ist es - wie zwischen den Parteien aufgrund der vor dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme inzwischen unstreitig ist - nicht gekommen. Eine Vermögensübersicht per 30. November 1989 ergab eine Überschuldung der Gesellschaft in Höhe von 2.272.461,39 DM. Ein am 24. November 1989 von dem Beklagten gestellter Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH wurde mangels Masse abgelehnt. Der Beklagte ist in der Folgezeit aus seiner Bürgschaft nur in Höhe von 15.033,52 DM (oder 15.233,52 DM) in Anspruch genommen worden. Im übrigen hat die Volksbank andere Sicherheiten verwertet. Die Klägerin, der gegen die jetzt in Liquidation befindlichen GmbH laut Vollstreckungsbescheid vom 20. August 1990 eine Hauptforderung aus Warenlieferungen von 187.274,90 DM zuzüglich Zinsen zusteht, erwirkte am 25. September 1990 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, zu dessen Herstellung die Rechtspflegerin des Amtsgerichts Kleve das Antragsschreiben, das sie mit Unterschrift und Siegel versah, benutzte. Laut Berichtigungsbeschluß vom 11. Oktober 1990, in dem die Worte "Antrag auf

Erlaß eines ..." und der Antragssatz auf der zweiten Seite des Formulars entfielen, waren Gegenstand der Pfändung die angeblichen Ansprüche der GmbH i.L. gegen den Beklagten auf nochmalige Zahlung der Stammeinlage von 50.000,-- DM sowie auf "Einzahlung des Geldbetrages, in dessen Höhe er aus seiner selbstschuldnerischen Bürgschaft über 540.000,-- DM gegenüber der Volksbank K [REDACTED] frei geworden ist, weil die Volksbank Sicherheiten der Schuldnerin verwertet hat". Dazu hat die Klägerin, die den Beklagten in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Zahlung von 199.585,88 DM nebst 13,25 % Zinsen seit dem 24. August 1991 in Anspruch nimmt, vorgetragen, die Verbindlichkeiten der bereits am 24. Oktober 1989 überschuldeten Gesellschaft gegenüber der Volksbank K [REDACTED] hätten sich an diesem Tage auf 424.917,46 DM und per 30. November 1989 auf 535.589,17 DM belaufen. Da die Volksbank zwischen dem 30. November 1989 und dem 8. März 1990 aus der Verwertung anderer, von der Gesellschaft gestellter Sicherheiten insgesamt 199.585,88 DM erlöst habe, sei der Beklagte der GmbH i.L. aufgrund der von ihm übernommenen, angesichts der Vermögenslage der Gesellschaft eigenkapitalersetzenden Bürgschaft zur Erstattung dieses Betrages verpflichtet.

Nachdem der Beklagte geltend gemacht hatte, der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß betreffe lediglich angebliche Ansprüche aus einer Bürgschaft über 540.000,-- DM, die es nicht gebe, und das Landgericht hierüber am 6. April 1992 Beweis erhoben hatte, hat die Klägerin am 14. April 1992 vorsorglich einen weiteren Pfändungs- und Überweisungsbeschluß wegen Freiwerdens des Beklagten von seiner gegenüber der Volksbank K [REDACTED] übernommenen Bürgschaft über

300.000,-- DM, aber mit im übrigen gleichem Inhalt, erwirkt, auf den sie ihre Klage hilfsweise gestützt hat. Dazu hat sie vorgetragen, die GmbH habe sich aus von ihr näher bezeichneten Gründen auch schon bei Übernahme dieser Bürgschaft am 29. Juni 1989 in der Krise befunden; jedenfalls könne die per 30. November 1989 ermittelte hohe Überschuldung nicht binnen weniger Wochen entstanden sein, so daß mindestens ein Anspruch wegen Stehenlassens der Bürgschaft in Betracht komme. Diesem Vortrag ist der Beklagte entgegengetreten. Nach seinen Behauptungen ist die Überschuldung erst durch im zweiten Halbjahr 1989 aufgelaufene Warenlieferungen entstanden. Die betriebswirtschaftliche Auswertung habe noch für Juni 1989 einen Gewinn in der Größenordnung von 100.000,-- DM ausgewiesen. Erst ein krankheitsbedingter Wechsel in der Person des für die Buchhaltung und Auswertung zuständigen Steuerberaters der Gesellschaft habe erste Hinweise auf bestehende Unstimmigkeiten ergeben. Die Überprüfung, die wegen der erforderlichen Neuerstellung der gesamten Buchhaltung bis Anfang November 1989 gedauert und die in diesem Zeitpunkt bestehende Konkursreife der Gesellschaft ergeben habe, habe zu dem von ihm umgehend gestellten Konkursantrag geführt. Vorher sei die kritische Situation der GmbH für ihn auch in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer zumindest nicht erkennbar gewesen. Überdies gehe der zweite Pfändungs- und Überweisungsbeschluß schon deshalb ins Leere, weil die GmbH die gepfändete Forderung bereits am 14. Januar 1992 an seine Ehefrau abgetreten habe, die selbstschuldnerische Bürgschaften bis zu 750.000,-- DM und 80.000,-- DM für Verbindlichkeiten, die er gegenüber der Volksbank gehabt habe, übernommen und zudem zwecks Begleichung von Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der Volksbank in die Verwertung

von den Eheleuten gemeinsam gehörenden Kunstgegenständen eingewilligt habe. Die Abtretung vom 14. Januar 1992 sei im Hinblick auf diese Leistungen seiner Ehefrau vorgenommen worden. In der Folge hat die Klägerin noch einen dritten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 3. Dezember 1992 erwirkt, auf den sie ihre Klage gleichfalls vorsorglich stützt. Gegenstand dieses Beschlusses sind Ansprüche der GmbH i.L. gegen den Beklagten aus §§ 69, 43 GmbHG wegen Veräußerung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ohne Gegenleistung sowie eine Erstattungsforderung der Gesellschaft aus §§ 30, 31 GmbHG infolge weiterer Belastung des bereits negativen Stammkapitals der GmbH durch die Abtretung von Forderungen der Gesellschaft an die Ehefrau des Beklagten. Dazu trägt die Klägerin vor, im Falle der Wirksamkeit der Vereinbarung vom 14. Januar 1992 begründe die darin enthaltene Abtretung, da sie zwecks Vereitelung der Zwangsvollstreckung vorgenommen worden sei, auch eigene Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Der in diesem weiteren Vorbringen der Klägerin nach seiner Ansicht liegenden Änderung der Klage hat der Beklagte als nicht sachdienlich widersprochen.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht ist wie schon vor ihm das Landgericht der Auffassung, daß der erste Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 25. September 1990 schon wegen formaler Mängel nicht zu einer wirksamen Pfändung des angeblichen Erstattungsanspruchs der GmbH gegen den Beklagten geführt habe. Daran habe auch der Berichtigungsbeschuß vom 11. Oktober 1990 nichts zu ändern vermocht. Davon abgesehen habe die mit diesem Beschuß beabsichtigte Pfändung ins Leere gehen müssen, weil der Beklagte die dem Erstattungsanspruch zugrundeliegende Bürgschaft über 540.000,-- DM nachgewiesenermaßen nicht übernommen habe. Auf den zweiten Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 14. April 1992, den das Landgericht unberücksichtigt gelassen habe, weil er erst nach Schluß der dortigen mündlichen Verhandlung beantragt und erlassen worden sei, könne sich die Klägerin nicht stützen, weil die zu pfändende Forderung in dem Beschuß nicht hinreichend bestimmt bezeichnet sei. Schließlich könne auch der dritte Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 3. Dezember 1992 der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. In der im Verlaufe des Berufungsverfahrens erfolgten Einführung dieser Pfändung in den Rechtsstreit liege eine mangels Einwilligung des Beklagten und wegen fehlender Sachdienlichkeit unzulässige (hilfsweise) Klageänderung. Dies hält, wie die Revision im Ergebnis zu Recht rügt, rechtlicher Prüfung nicht stand.

II. Die Revision nimmt das Urteil des Berufungsgerichts ausdrücklich hin, soweit es einen auf den ersten Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 25. September 1990 gestützten Anspruch der Klägerin verneint. Sie rügt jedoch mit Erfolg, das Berufungsgericht habe die Klage nicht wegen mangelnder Bestimmtheit des zweiten Pfändungs- und Überweisungsbe-

schlusses vom 14. April 1992 abweisen dürfen. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, ein Pfändungsbeschuß gemäß § 829 ZPO müsse den zu pfändenden Anspruch so genau beschreiben, daß unzweifelhaft feststehe, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein soll, ist zwar zutreffend (vgl. BGHZ 13, 42, 43; 80, 172, 180; 93, 82, 83; Urt. v. 9. Juli 1987 - IX ZR 165/86, WM 1987, 1311, 1312; v. 28. April 1988 - IX ZR 151/87, WM 1988, 950, 951; v. 21. Februar 1991 - IX ZR 64/90, WM 1991, 779, 781; v. 28. Februar 1975 - V ZR 146/73, WM 1975, 385, 386 und v. 26. Januar 1983 - VIII ZR 258/81, WM 1983, 217, 218 jew. m.w.N.). Mit seiner Annahme, der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 14. April 1992 werde diesem Erfordernis nicht gerecht, überspannt das Berufungsgericht jedoch die an dessen Bestimmtheit zu stellenden Anforderungen. Der Sinn des Bestimmtheitserfordernisses liegt darin, Rechts- und Verkehrssicherheit zu gewährleisten (vgl. BGHZ 13 und 93 jew. aaO; Urt. v. 9. Juli 1987 aaO). Für Schuldner und Drittschuldner muß klar sein, welche konkrete Forderung dem Verfügungs- und Zahlungsverbot gemäß § 829 Abs. 1 ZPO unterliegt. Darüber hinaus muß die Identität der gepfändeten Forderung aber auch für dritte Personen, insbesondere weitere Gläubiger, die möglicherweise ihrerseits vollstrecken wollen, unmittelbar aus dem Pfändungsbeschuß hervorgehen. Eine hinreichend genaue Bezeichnung des zu pfändenden Anspruchs unterliegt allerdings keinen übermäßigen Anforderungen, weil der Pfändungsgläubiger die Verhältnisse des Vollstreckungsschuldners in der Regel nur oberflächlich kennt. Es genügt deshalb, wenn das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderung hergeleitet wird, in allgemeinen Umrissen angegeben wird. Ungenauigkeiten sind unschädlich, wenn dadurch keine Zweifel

entstehen, welche Forderung gemeint ist. Die Bestimmung der gepfändeten Forderung ist einer nach dem objektiven Inhalt des Beschlusses vorzunehmenden Auslegung zugänglich, die allerdings außerhalb des Beschlusses liegende Umstände außer acht zu lassen hat (vgl. BGHZ 93, 82, 84; Urt. v. 28. April 1988 aaO). Eine solche Auslegung kann das Revisionsgericht selbst vornehmen (Urt. v. 21. Februar 1991, v. 28. April 1988, v. 9. Juli 1987, v. 26. Januar 1983 und v. 28. Februar 1975, jew. aaO).

Wendet man diese Grundsätze auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 14. April 1992 an, so kann die Bestimmtheit der zu pfändenden Forderung nicht in Zweifel gezogen werden. Schuldner und Drittschuldner sind eindeutig bezeichnet. Aus der im Beschluß unter "Anspruch G" Ziff. 1 enthaltenen Beschreibung des gepfändeten Anspruchs ergibt sich, daß der Drittschuldner Gesellschafter der Schuldnerin ist, daß er sich für ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Volksbank Kleve in Höhe von 300.000,-- DM selbstschuldnerisch verbürgt hatte und daß die Bürgschaftsgläubigerin wegen ihrer Forderungen aus dem Vermögen der Schuldnerin befriedigt worden ist. Weiter folgt aus dem Beschluß, daß die Klägerin der Meinung ist, der Drittschuldner sei zwar in Höhe des Betrages, in der die Bürgschaftsgläubigerin aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung gefunden habe, von seiner Bürgschaftsverpflichtung frei geworden, sei jedoch der Schuldnerin gegenüber in gleichem Umfang zur Zahlung verpflichtet. Diesen Zahlungsanspruch will die Klägerin pfänden. Soweit unter Ziff. 2 zu "Anspruch G" die gepfändete Forderung bei im übrigen gleichbleibenden Bestimmungsmerkmalen in der Höhe gepfändet werden soll, in welcher der Dritt-

schuldner aus seiner Bürgschaft nicht in Anspruch genommen worden ist, handelt es sich nur um eine andere Umschreibung desselben Anspruchs. Mit den Angaben des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist der Lebenssachverhalt genau genug gekennzeichnet, um die aus ihm abgeleitete Forderung hinreichend zu individualisieren und sowohl für die unmittelbar an der Zwangsvollstreckung Beteiligten als auch für Dritte Verwechslungen mit anderen Ansprüchen auszuschließen. Daraus, daß im Regelfall keine rechtliche Grundlage für einen Zahlungsanspruch des Hauptschuldners gegen den frei gewordenen bzw. nicht in Anspruch genommenen Bürgen besteht, kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts anderes hergeleitet werden. Wie die Revision zutreffend ausführt, handelt es sich dabei nicht um eine Frage der Bestimmbarkeit der gepfändeten Forderung. Gepfändet wird immer nur der angebliche Anspruch. Besteht er nicht, so läuft die Pfändung ins Leere. Dies betrifft aber nicht die Bestimmtheit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, sondern die materiell-rechtliche Begründetheit der gepfändeten Forderung. Die Prüfung ihrer Schlüssigkeit im Sinne einer abschließenden Beurteilung aller materiell-rechtlichen Streitfragen ist nicht Gegenstand des Vollstreckungsverfahrens. Sie hat vielmehr im Einziehungsverfahren durch das Prozeßgericht zu erfolgen. Für die Wirksamkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses genügt es, wenn die Forderung dem Vollstreckungsschuldner aus irgendeinem vertretbaren Rechtsgrund zustehen kann (vgl. Zöller/Stöber, ZPO 18. Aufl. § 829 Rdn. 4; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 20. Aufl. § 829 Rdn. 37; MünchKomm/ZPO/Smid, § 829 Rdn. 18 jew. m.w.N.). Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, kann ein Zahlungsanspruch der GmbH gegen den Beklagten in Betracht kommen, wenn es

sich bei der Bürgschaft um eine eigenkapitalersetzende Leistung im Sinne der von der Rechtsprechung zu §§ 30 ff. GmbHG herausgebildeten Grundsätze gehandelt hat. In diesem Fall wäre der Beklagte, soweit er durch die Tilgung des Kredits aus Gesellschaftsmitteln von seiner Bürgschaft frei geworden ist, verpflichtet, der GmbH das Geleistete zu erstatten (vgl. dazu BGHZ 81, 252 und st. Rspr., zuletzt Urt. v. 17. Februar 1992 - II ZR 154/91, WM 1992, 650, 651). Zugleich wäre durch den aus dem Pfändungsbeschluß selbst ersichtlichen Bezug auf die mit der Angabe der Bürgschaftssumme entsprechend individualisierte Bürgschaft des Beklagten für Schulden der GmbH, die Gesellschafterstellung und seine unterlassene Inanspruchnahme infolge Befriedigung der Bürgschaftsgläubigerin aus Mitteln der GmbH hinreichend deutlich gemacht, daß die Klägerin auf den Erstattungsanspruch der Gesellschaft Zugriff nehmen will. Aus Rechtsgründen ist ihr dies nicht verwehrt (vgl. Scholz/Westermann, GmbHG 8. Aufl. § 31 Rdn. 8; Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller, GmbHG 7. Aufl. § 31 Rdn. 14 für die Abtretung auch BGHZ 69, 274, 282). Bei dieser Sachlage kann die Wirksamkeit der Pfändung als solche nicht in Abrede gestellt werden.

III. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann es damit für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von vornherein offenbleiben, ob die von dem Beklagten für die GmbH übernommene Bürgschaft eigenkapitalersetzenden Charakter hatte.

1. Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - in dieser Hinsicht bisher keine Feststellungen getroffen. Die Klägerin hat dazu unter Beweisantritt vorgetra-

gen, die Gesellschaft habe sich bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft am 29. Juni 1989 in der Krise befunden. Sie sei von Anfang an überschuldet gewesen. Der Beklagte hat dies bestritten und seinerseits vorgetragen, die Forderung der Volksbank K. nach zusätzlicher Absicherung des Kredits durch eine Gesellschafterbürgschaft sei lediglich auf die bei mittelständischen Unternehmen bankübliche Finanzierungspraxis zurückzuführen.

2. Würde die danach erforderliche neue mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz nicht zur Feststellung einer Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der GmbH bereits im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft führen, so kann gleichwohl ein Erstattungsanspruch in Betracht kommen, wenn der Beklagte die Bürgschaft in einer Lage aufrechterhalten hat, in der die GmbH überschuldet war oder von dritter Seite aus eigener Kraft keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr hätte erhalten können (Kreditunwürdigkeit, vgl. BGHZ 81, 252; st. Rspr.).

a) Auch insoweit ist der Rechtsstreit in Ermangelung der notwendigen tatsächlichen Feststellungen durch das Berufungsgericht noch nicht zur Entscheidung reif. Zwar war die GmbH ausweislich der Vermögensübersicht zum 30. November 1989 zu diesem Zeitpunkt mit 2.272.461,39 DM überschuldet. Darüber hinaus ergibt sich aus der von dem Beklagten selbst vorgelegten, unter dem Datum des 21. November 1989 erstellten betriebswirtschaftlichen Auswertung zum 31. Oktober 1989, daß allein im Oktober 1989 ein vorläufiger Verlust von 690.375,75 DM erwirtschaftet worden war und sich die Gesellschaft in erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten befand.

Dies reicht jedoch zur Feststellung einer Umwidmung der Bürgschaft des Beklagten in Eigenkapitalersatz nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Gesellschafter für seine bei Eintritt der Krise zu treffende Entscheidung, ob er die Gesellschaft liquidieren oder aber unter Weitergewährung seiner Kredithilfen fortsetzen will, eine angemessene Überlegungszeit in Anspruch nehmen. Zur Umqualifizierung seiner Kredithilfe durch sogenanntes Stehenlassen kommt es erst dann, wenn er diese Zeitspanne ungenutzt verstreichen läßt (vgl. BGHZ 121, 31 ff. und Sen.Urt. v. 24. September 1990 - II ZR 174/89, WM 1990, 2041, 2042; v. 18. November 1991 - II ZR 258/90, WM 1992, 187, 189; v. 17. Februar 1992 - II ZR 154/91, WM 1992, 650, 651; v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, WM 1992, 816, 917). Der Beklagte hat jedoch auf die Anfang November bekannt gewordenen schlechten betriebswirtschaftlichen Daten bereits am 24. November mit der Einleitung der Liquidation in Form der Stellung des Konkursantrages wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung reagiert. Wäre die Krise der Gesellschaft mithin tatsächlich erst kurze Zeit vor der Stellung des Konkursantrages eingetreten, so läge es zumindest nahe anzunehmen, daß der Beklagte mit dieser Maßnahme gerade diejenige Entscheidung getroffen hat, welche eine Umqualifizierung seiner Bürgschaft in Eigenkapitalersatz ausschließt.

b) Bei dieser Sachlage bedarf es ergänzender Feststellungen und einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung zu der Frage, wann die Überschuldung der GmbH tatsächlich eingetreten ist oder die Gesellschaft doch jedenfalls den zur Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs erforderlichen Kredit nicht mehr zu marktüblichen Bedingungen aus eigener Kraft

erhalten konnte. Angesichts der hohen Bilanzverluste per 30. November 1989 von über 2 Mio. DM drängt es sich auf, daß die Gesellschaft nicht erst kurz vor diesem Zeitpunkt in die Krise geraten sein kann. Der Beklagte räumt dies auch selbst mindestens teilweise ein, indem er vorträgt, die Überschuldung sei im Laufe des zweiten Halbjahres 1989 eingetreten und lasse sich dadurch erklären, daß die Lieferantenverbindlichkeiten innerhalb von drei bis vier Monaten auf den in der Vermögensübersicht vom 30. November 1989 ausgewiesenen Stand angewachsen seien. Dies legt die Annahme nahe, daß die Krise der Gesellschaft nicht erst im Oktober/November 1989, sondern schon im Laufe des Spätsommers oder Frühherbstes eingetreten ist. Verhielte es sich so, so könnte der Beklagte sich nicht mit Erfolg auf den erst am 24. November 1989 gestellten Konkursantrag berufen. Dies gilt um so mehr, als unter dieser Voraussetzung die am 24. Oktober 1989 mit der Volksbank K. getroffene Vereinbarung, den Kreditrahmen der Gesellschaft unter gleichzeitiger entsprechender Erweiterung der Haftung des Beklagten aus seiner Bürgschaft von 300.000,-- DM auf 540.000,-- DM aufzustocken, als Ausdruck der Entscheidung des Beklagten zur Fortführung der Gemeinschaftschuldnerin, also als Versuch der Sanierung der Gesellschaft, verstanden werden müßte. Für diese Bewertung wäre es ohne Bedeutung, daß es nach den Feststellungen der Vorinstanzen zu der Übernahme der auf 540.000,-- DM erhöhten Bürgschaft nicht mehr gekommen ist. Entscheidend wäre allein, daß der Beklagte durch die mit der Volksbank getroffene Vereinbarung seinen Willen bekundet hätte, die zu diesem Zeitpunkt aus eigener Kraft nicht mehr kreditwürdige, wahr-

scheinlich sogar schon erheblich überschuldete Gemeinschuldnerin unter Weitergewährung (mindestens) seiner bisher schon übernommenen Gesellschafterbürgschaft fortzuführen.

c) Des weiteren wird sich das Berufungsgericht mit dem Vortrag des Beklagten auseinanderzusetzen haben, er habe die aussichtslose Lage der Gemeinschuldnerin erst im November 1989 erkennen können.

Der Beklagte hat dazu unter Beweisantritt vorgetragen, die Umsätze der Gesellschaft hätten sich zunächst hervorragend entwickelt. Sämtliche betriebswirtschaftlichen Auswertungsbögen seit der Gesellschaftsgründung hätten kumulierte Gewinne ausgewiesen, und zwar für Juni 1989 einen Gewinn in der Größenordnung von 100.000,-- DM. Deshalb habe für ihn im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft am 29. Juni 1989 keine Veranlassung bestanden, auch nur über Krisenzeichen, geschweige denn über eine Krise nachzudenken, zumal dem durch die Bürgschaft gesicherten Darlehen neuwertiges Anlagevermögen gegenübergestanden habe. Erst als der mit der Buchhaltung und der Erstellung der betriebswirtschaftlichen Auswertungen betraute Steuerberater der Gesellschaft K. [REDACTED] bedingt durch einen Herzinfarkt und seine damit verbundene Arbeitsunfähigkeit ausgefallen sei, sei die Mitarbeiterin B. [REDACTED] des nunmehr an seiner Stelle beauftragten Steuerberaters Laubrock im Juli 1989 bei einer ersten Überprüfung der noch von ihm erstellten Auswertung für Mai 1989 auf Differenzen und Unklarheiten gestoßen, die zu einer Überprüfung der gesamten Buchhaltung ab Januar 1989 geführt hätten. Da dies eine neben den laufenden Arbeiten durchzuführende zeit- aufwendige Überarbeitung und Neuerfassung sämtlicher Buchun-

gen des gesamten Jahres erfordert habe, sei ein vorläufiges Ergebnis erst Anfang November vorgelegt worden. Aufgrund dieses Ergebnisses, das eine Überschuldung der Gesellschaft ergeben habe, habe er, der Beklagte, umgehend Konkursantrag gestellt.

Angesichts dieses Vortrags ist es nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand nicht auszuschließen, daß im vorliegenden Fall besondere Umstände vorgelegen haben, die es dem Beklagten ausnahmsweise unmöglich gemacht haben könnten, den Eintritt der Gesellschaftskrise vor dem Zeitpunkt, in dem er tatsächlich gehandelt und Konkursantrag gestellt hat, zu erkennen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urt. v. 18. November 1991 - II ZR 258/90, WM 1992, 187, 190; v. 17. Februar 1992 - II ZR 154/91, WM 1992, 650, 652 u. v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, WM 1992, 816 m.w.N.) reicht es für die Umqualifizierung jedenfalls aus, daß der Gesellschafter die wirtschaftlichen Verhältnisse "seiner" Gesellschaft, die den Eintritt der Krise begründen, kennen kann und muß, wovon im Normalfall auszugehen ist. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn er - wie im vorliegenden Fall - nicht nur der einzige Gesellschafter, sondern zugleich der alleinige Geschäftsführer der GmbH ist. Die weitergehende Frage, ob die Umqualifizierung überhaupt von subjektiven Merkmalen in der Person des Gesellschafters abhängen kann, ist dagegen von dem Senat bisher stets offengelassen worden (vgl. BGHZ 75, 334, 338 f.; 105, 168, 186; 109, 55, 60; Urt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84, WM 1985, 1028, 1029 li. Sp.; v. 18. November 1991 - II ZR 258/90, WM 1992, 187, 190; v.

17. Februar 1992 - II ZR 154/91, WM 1992, 650, 652 li. Sp.;
v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, WM 1992, 816 re. Sp.
m.w.N.). Auch das Senatsurteil BGHZ 121, 31 ff. enthält keine Entscheidung dieser Frage. Die dortigen, grundsätzlich auf objektive Gesichtspunkte abhebenden Ausführungen (aaO S. 41 unten) gelten nur der Abgrenzung zu den sog. gesplitteten Pflichteinlagen. Die damit bislang offene Frage ist nunmehr in dem Sinne zu entscheiden, daß der Gesellschafter wenigstens die Möglichkeit gehabt haben muß, die Krise der Gesellschaft bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen.

bb) Die Erforderlichkeit eines solchen subjektiven Moments folgt aus dem Umstand, daß der tragende Grund für die eigenkapitalähnliche Bindung kapitalersetzender Gesellschafterleistungen in der Verantwortung der Gesellschafter für die Folgen ihrer in der Krise der Gesellschaft getroffenen Entscheidung zu sehen ist, die liquidationsreife Gesellschaft fortzuführen und über das satzungsmäßige Eigenkapital hinaus weiterzufinanzieren, anstatt die in dieser Situation aus eigener Kraft nicht mehr überlebensfähige Gesellschaft - wie an sich nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensführung geboten (vgl. dazu auch den Tatbestand des § 32 a Abs. 1 GmbHG) - entweder unmittelbar oder mittelbar durch Verweigerung weiterer oder den Abzug bereits gewährter Gesellschafterhilfen zu liquidieren (sog. Finanzierungs- oder präziser, weil der Gesellschafter nicht positiv zum Nachschuß von Kapital verpflichtet, sondern nur am Abzug von in der Krise gewährtem oder belassenem Kapital gehindert wird, Finanzierungsfolgenverantwortung; so seit der grundlegenden Entscheidung BGHZ 90, 381, 389 die ständige Recht-

sprechung des Senats vgl. nur BGHZ 105, 168; Urt. v. 12. Dezember 1988 - II ZR 378/87, WM 1989, 253, 254 li. Sp.; v. 24. September 1990 - II ZR 174/89, WM 1990, 2041 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Wahlmöglichkeit des Gesellschafters; v. 18. Februar 1991 - II ZR 259/89, WM 1991, 678, 679 re. Sp.; v. 6. Dezember 1991 - II ZR 294/90, WM 1992, 270, 272 li. Sp.; v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, WM 1992, 816, 817 li. Sp.; v. 13. Juli 1992 - II ZR 251/91, WM 1992, 1655, 1656 re. Sp.; BGHZ 121, 31, 35 f.; v. 20. September 1993 - II ZR 151/92, WM 1993, 2090, 2091 li. Sp.). Auf derselben Linie liegen diejenigen Urteile, die ausdrücklich auf die Entscheidung abstellen, die dem Gesellschafter abverlangt wird, der erkennen muß, daß die Gesellschaft in Zukunft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig sein wird (s. dazu BGHZ 81, 252, 257 und Urt. v. 27. November 1988 - II ZR 43/89, WM 1990, 182, 183 li. Sp.).

Nach diesem Verständnis knüpfen die Eigenkapitalersatzregeln mithin nicht, jedenfalls nicht allein, an einen in der Krise der Gesellschaft eintretenden Wandel der objektiven Funktion der Kredithilfen an, die der Gesellschafter der GmbH zusätzlich zu ihrem Stammkapital zur Verfügung gestellt hat. Vielmehr wird von dem Gesellschafter in dieser Situation eine echte Finanzierungsentscheidung, wenn auch mit der Maßgabe verlangt, daß auch ihr zurechenbares Unterlassen zu einer Umqualifizierung früher gewährter Kredithilfen in Eigenkapitalersatz führen kann. Dies erweist sich auch darin, daß der Senat in ständiger Rechtsprechung die nachträgliche Bindung ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienender Gesellschaftermittel nach den §§ 30, 31, 32 a, 32 b GmbHG davon abhängig macht, daß der Gesellschafter mindestens objek-

tiv in der Lage ist, auf den Eintritt der Krise durch Abzug der Mittel oder Liquidation der Gesellschaft zu reagieren (vgl. Urt. v. 14. Dezember 1992 - II ZR 289/91, WM 1992, 145, 146 li. Sp. m.w.N.), weil anderenfalls in seinem Verhalten keine Finanzierungsentscheidung läge, an welche die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln anknüpfen könnte. Auf der gleichen Linie liegt es, daß der Senat dem Gesellschafter für die Entscheidung eine angemessene Überlegungszeit einräumt (vgl. dazu die schon oben angeführten Einzelnachweise aus der Senatsrechtsprechung). Die danach von der Rechtsordnung in Ausfüllung seiner Verantwortung für die ordnungsmäßige Finanzierung der Gesellschaft erwartete Entscheidung kann der Gesellschafter aber nur dann treffen, wenn er wenigstens die Möglichkeit hatte, den Eintritt der Krise seiner Gesellschaft zu erkennen. Nach alledem kann das sogenannte Stehenlassen einer früher gewährten Kredithilfe deren Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz nur unter der doppelten Voraussetzung bewirken, daß der Gesellschafter die Krise wenigstens erkennen und seiner Verantwortung gemäß handeln konnte ("Kennen- und Handelnmüssen", vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 32 a/b Rdn. 42 m.w.N.).

An die damit erforderliche Möglichkeit, die Krise der Gesellschaft zu erkennen, um entsprechend handeln zu können, sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Gesellschafters für eine seriöse Finanzierung der im Rechtsverkehr auftretenden GmbH, die es verbietet, zum eigenen Vorteil das Risiko, das mit der Fortführung einer aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähigen und deshalb liquidationsreifen Gesellschaft verbunden ist, durch Einsatz von als Fremdmitteln gewährten Gesell-

schafterhilfen auf die Gesellschaftsgläubiger abzuwälzen, folgt schon allein aus der Übernahme der Stellung eines Gesellschafters (vgl. BGHZ 105, 168, 175 f.). Um dieser Verantwortung gerecht zu werden, muß der Gesellschafter von sich aus sicherstellen, daß er laufend zuverlässig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, insbesondere den eventuellen Eintritt der Krise, informiert ist (Lutter/Hommelhoff aaO §§ 32 a, b Rdn. 43). Aus diesem Grunde geht der Senat in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß dem Gesellschafter die wirtschaftlichen Umstände, welche die Umqualifizierung seiner Hilfe in Eigenkapitalersatz begründen, zumindest bekannt sein konnten und mußten (vgl. statt aller Urt. v. 9. März 1992 - II ZR 168/91, WM 1992, 816, 817 m.w.N. sowie die bereits oben in diesem Votum zitierte Senatsrechtsprechung). Dies rechtfertigt sich, wie der Senat (aaO S. 817 li. Sp. oben) ausgeführt hat, aus der Erwägung, daß der Gesellschafter, der "seine" Gesellschaft durch zusätzliche, nicht als Eigenkapital gegebene Gesellschafterhilfen finanziert, sich seiner daraus im Interesse des Gläubigerschutzes folgenden Verantwortung nicht dadurch entziehen kann, daß er sich um die wirtschaftliche Entwicklung seines Unternehmens und damit um den möglichen Funktionswandel seiner Finanzierungshilfen nicht kümmert. Die Verantwortung, die der Gesellschafter mit seiner Entscheidung eingeht, die Gesellschaft über seine Einlage hinaus zu finanzieren, kann nicht dadurch unterlaufen werden, daß ihm gestattet wird, geltend zu machen, er sei nicht fähig oder nicht willens gewesen, diese Verantwortung wahrzunehmen. Es muß insoweit jedenfalls ein objektivierter, an den rechtlichen Maßstäben der §§ 276, 347 HGB, § 43 GmbHG orientierter Maßstab gelten. § 278 BGB ist dagegen nicht, auch nicht

sinngemäß, anwendbar. Auch nach § 43 GmbHG haftet der Geschäftsführer nur für die ordnungsgemäße Auswahl, Einweisung, Information und Überwachung von Mitarbeitern (Scholz/Schneider, GmbHG 8. Aufl. § 43 Rdn. 38; ähnlich Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 43 Rdn. 18). Für die im unternehmerischen Mittelstand weitgehend übliche Vergabe der Buchhaltung an den Steuerberater des Unternehmens wird insofern nichts anderes zu gelten haben.

Gleichwohl wird bei dieser Beurteilung der Gesellschafter nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen ganz besonderer, von ihm darzulegender und zu beweisender Umstände mit dem Einwand durchdringen können, er sei nicht in der Lage gewesen, die kritische wirtschaftliche Situation "seiner" Gesellschaft zu erkennen (ähnlich auch Geißler, GmbHR 1994, 152, 155 f.).

3. Sollte sich danach ergeben, daß die Bürgschaft des Beklagten fehlendes Eigenkapital der Gemeinschuldnerin ersetzte und diese deshalb einen Erstattungsanspruch gegen den Beklagten wegen der aus Mitteln des Gesellschaftsvermögens bewirkten Tilgung der Kreditforderung der Volksbank K. besitzt, so wird sich der Beklagte voraussichtlich nicht mit Erfolg darauf berufen können, die Pfändung dieses Erstattungsanspruchs sei ins Leere gegangen, weil er ihn schon vorher, mit Vereinbarung vom 14. Januar 1992, an seine Ehefrau abgetreten habe.

Die Abtretung eines Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Ihre Wirksamkeit setzt jedoch voraus, daß die Gesellschaft

dafür eine vollwertige Gegenleistung erhält oder der Abtretungsempfänger Inhaber eines gegen die Gesellschaft gerichteten, bestehenden und fälligen Anspruchs ist, der durch die Abtretung erfüllt wird (BGHZ 69, 274, 282; wie dort Hueck in Baumbach/Hueck aaO § 31 Rdn. 7; Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller aaO § 31 Rdn. 15; wohl auch Lutter/Hommelhoff aaO § 31 Rdn. 3; strenger noch Scholz/Westermann aaO § 31 Rdn. 9). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Nach dem Wortlaut der von dem Beklagten vorgelegten schriftlichen Abtretungsvereinbarung mit seiner Ehefrau erfolgte die Abtretung ausschließlich "zur Sicherung und Erfüllung" von Freistellungs- und Erstattungsverbindlichkeiten des Beklagten gegenüber seiner Ehefrau. Dies gilt auch für den Anspruch auf Erstattung des Gegenwertes von 150.000,-- DM aus der Verwertung von Gemälden und Kunstgegenständen. Auch soweit diese Freistellungs- und Erstattungsansprüche auf Hilfeleistungen für die Gemeinschuldnerin zurückgehen sollten, schließt dies einen Ausgleichsanspruch der Ehefrau gegen die Gemeinschuldnerin aus. Die zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau geschlossene Abtretungsvereinbarung zeigt, daß die der Gesellschaft geleistete Unterstützung ausschließlich aus dem Vermögen des Beklagten aufgebracht werden sollte. Angesichts dieses Sachverhaltes liegt es nahe anzunehmen, daß auch im Verhältnis zu der Gesellschaft allein der Beklagte als Kreditgeber der Gesellschaft anzusehen war (vgl. dazu auch Sen.Urt. v. 20. September 1993 - II ZR 151/92, WM 1993, 2090, 2092). In jedem Fall aber wäre die von der Ehefrau geleistete Kredithilfe in gleicher Weise nach §§ 30, 31 GmbHG gebunden wie eine von dem Beklagten unmittelbar an die notleidende Gesellschaft gewährte Unterstützung. Wie der Senat in seiner

Entscheidung vom 18. Februar 1991 (II ZR 259/89, WM 1991, 678) ausgeführt hat, sind die Kapitalerhaltungsregeln auch dann anwendbar, wenn die Finanzierungsmittel, die ein naher Angehöriger der Gesellschaft in Krisenzeiten zur Verfügung stellt, von dem Gesellschafter selbst stammen. Für den Fall, daß der nahe Angehörige die der notleidenden Gesellschaft zugedachte Kredithilfe vorübergehend für den Gesellschafter bevorschußt, kann nichts anderes gelten. Entscheidend für die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln ist allein, daß die der Gesellschaft in der Krise von einem nahen Angehörigen ihres Gesellschafters zur Verfügung gestellten Mittel im wirtschaftlichen Ergebnis aus dem Vermögen ihres Gesellschafters aufgebracht werden sollten.

Auch dazu wird das Berufungsgericht jedoch in der neuen mündlichen Verhandlung, soweit nach den vorstehenden Ausführungen erforderlich, noch ergänzende Feststellungen treffen müssen. Die Parteien hatten bisher keine Möglichkeit, sich zu diesen Fragen zu äußern. Darüber hinaus bietet die ohne-

hin gebotene Zurückverweisung der Sache dem Berufungsgericht
zusätzlich die Möglichkeit, sich, soweit erforderlich, mit
den in diesem Zusammenhang geltend gemachten weiteren Scha-
densersatzansprüchen der Klägerin (Revisionsrüge unter
II. 4. S. 4 der RB i.V.m. GA 191 ff.) auseinanderzusetzen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette