

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GmbHG §§ 30, 31

Eine Bürgschaft ersetzt Eigenkapital der GmbH, wenn der Gesellschafter sie in einem Zeitpunkt übernimmt oder aufrechterhält, in dem diese von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten kann und deshalb ohne die Finanzierungsleistung des Gesellschafters liquidiert werden müßte; diese Voraussetzung ist regelmäßig nicht gegeben, wenn die Gesellschaft, obwohl sie ausreichende Sicherungen aus ihrem Vermögen stellen kann, von ihren Hausbanken keinen Kredit erhält, weil diese kein Vertrauen in die Sanierungsbemühungen der Geschäftsführung haben.

Erhält die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen, ohne daß der Gesellschafter bürgt, so ist diese Bürgschaft auch dann kapitalersetzend, wenn der Gesellschafter mit ihr vereinbarungsgemäß nachrangig hinter den von der Gesellschaft gestellten Sicherheiten haftet.

BGH, Urt. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87 - OLG

Stuttgart

LG

Ellwangen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 28/87

Verkündet am:
28. September 1987

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Karl H [REDACTED], A [REDACTED] S [REDACTED] 21, C [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

g e g e n

Rechtsanwalt Dr. Volker G [REDACTED], S [REDACTED] straße 10, S [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Karl
H [REDACTED], Bekleidungswerke GmbH & Co. KG, C [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

WI

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in der mündlichen Verhandlung vom 28. September 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Dr. Hesselberger und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. November 1986 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 Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens der Karl H. [REDACTED], Bekleidungswerke GmbH & Co. KG. Der Beklagte ist einer der Kommanditisten und am Stammkapital der Komplementär-GmbH zur Hälfte beteiligt. Im Juli 1980 gewährte die Landeskreditbank Baden-Württemberg der Kommanditgesellschaft über deren Hausbank, die C. [REDACTED] Volksbank, zwei Darlehen über 1,2 Mio. DM und 800.000 DM. Das Darlehen über 1,2 Mio. DM wurde abgesichert durch eine Gesamtgrundschuld über 1,2 Mio. DM auf verschiedenen Grundstücken der Kommanditgesellschaft und durch selbstschuldnerische Bürgschaften der drei Kommanditisten. Im Bürgschaftsvertrage, den die Bank am 16. Juli 1980 über 540.000 DM mit dem Beklagten schloß, wurde vereinbart, daß die Grundschuld über 1,2 Mio. DM vorrangig haftet. Am 16. Juli 1980 zahlte die Bank das Darlehen in Höhe von 1 Mio. DM an die Gesellschaft aus; zwei Tage später erhielt diese auch das Darlehen über 800.000 DM.

Über das Vermögen der Gesellschaft wurde am 28. Januar 1981 das vorläufige Vergleichsverfahren und am 31. März 1981 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet; die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH wurde mangels einer die Kosten deckenden Masse abgelehnt. Die Bank konnte alle ihre Ansprüche aus dem Darlehensgeschäft über 1,2 Mio. DM durch Verwertung der auf dem Grundbesitz der Gesellschaft lastenden Grundschuld befriedigen. Der Kläger nimmt den Beklagten auf Erstattung in Höhe von 150.000 DM mit der Begründung in

Anspruch, dessen Bürgschaft habe kapitalersetzende Funktion gehabt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger gegen den Beklagten nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über kapitalersetzende Gesellschaftsterleistungen einen Erstattungsanspruch in der geltend gemachten Höhe (analog § 31 GmbHG). Weil die Gesellschaft im Juli 1980 kreditunwürdig gewesen sei, hätte sie ohne die Bürgschaften ihrer Kommanditisten und damit auch der des Beklagten den Kredit nicht erhalten, der später mit dem Erlös aus dem Verkauf ihres Grundbesitzes getilgt worden sei. Zwar sei eine Gesellschaft im allgemeinen nicht kreditunfähig, wenn sie - wie im vorliegenden Falle - den Kredit aus ihrem eigenen Vermögen ausreichend absichern könne; die drei Geschäftsbanken der Gesellschaft - die Deutsche Bank, die Baden-Württembergische Bank und die Volksbank C [REDACTED] - seien jedoch trotz dieser Sicherheiten nicht bereit gewesen,

jener einen weiteren Kredit einzuräumen, weil sie davon ausgegangen seien, die Geschäftsleitung werde die im Verhältnis zum Umsatz zu hohen Kosten nicht senken und somit die Gesellschaft auch mit Hilfe eines neuen Kredits nicht sanieren können. Daß irgendeine andere Bank den Kredit gewährt hätte, werde vom Beklagten nicht behauptet. Diese Begründung ist - was die Revision zu Recht rügt - keine tragfähige Grundlage für die Feststellung, die Gesellschaft sei im Juli 1980 kreditunwürdig gewesen.

Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen hat eine Bürgschaft dann kapitalersetzenden Charakter, wenn ein Gesellschafter sie zugunsten der GmbH oder - in einer typischen GmbH & Co. KG - zugunsten der Kommanditgesellschaft in einem Zeitpunkt übernimmt oder aufrechterhält, in dem diese in Ermangelung einer ausreichenden Vermögensgrundlage von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten kann und deshalb ohne die Finanzierungsleistung des Gesellschafters liquidiert werden müßte (vgl. BGHZ 81, 252, 255 ff; Sen.Urt. v. 25. November 1985 - II ZR 93/85, WM 1986, 447, 448). Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es darauf an, ob ein anderer, wirtschaftlich vernünftig handelnder Kreditgeber, der nicht an der Gesellschaft beteiligt ist und sich auch nicht an ihr beteiligen will, unter denselben Verhältnissen und zu denselben Bedingungen wie der Gesellschafter entweder selbst der Gesellschaft ein Darlehen gewährt oder für das eines Dritten gebürgt hätte (vgl. Fleck, F.S.f. Werner, S. 107, 117). Gegen die Kreditunfähigkeit der Gesellschaft spricht im allgemeinen, wenn sie für den Kredit ausreichende Sicherheiten aus ihrem eigenen

Vermögen stellen kann (vgl. Senatsurteile v. 19. November 1984 - II ZR 84/84, WM 1985, 115; v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84, WM 1985, 1028, 1029; v. 9. Oktober 1986 - II ZR 58/86, WM 1986, 1554, 1556). Von diesem Gesichtspunkt geht auch das Berufungsgericht aus, dem zusätzlich noch darin gefolgt werden mag, daß Fälle denkbar sind, in denen unbeteiligte Dritte gleichwohl - also ungeachtet ausreichender Sicherheiten - nicht bereit sind, der Gesellschaft Geld zu marktüblichen Bedingungen zu leihen. Um allerdings unter diesen Voraussetzungen die Kreditunfähigkeit der Gesellschaft annehmen zu können, bedarf es der Feststellung, daß der Kredit außer von den genannten Banken allgemein auf dem Kapitalmarkt nicht zu haben war. Demgegenüber hat das Berufungsgericht es ausreichen lassen, daß die drei Geschäftsbanken der Gesellschaft zusätzliche Kredite verweigert haben, und zum Nachteil des Beklagten rechtsfehlerhaft darauf abgestellt, daß er nicht dargelegt habe, welche anderen Banken den Kredit gewährt hätten. Es war Sache des Klägers, darzulegen und, falls erforderlich, auch zu beweisen, daß die Gründe, die bei den drei Geschäftsbanken für die Kreditunwürdigkeit sprachen, auch für andere unbeteiligte Kreditgeber Anlaß gewesen wären, den Kredit zu verweigern. Dabei hätte festgestellt werden müssen, daß auch andere Banken, denen es weniger um die Qualifikation des Geschäftsführers und damit um den Erfolg der Sanierung als darum ging, sicheres Geld zu verdienen, den Kredit trotz ausreichender Sicherheiten von Seiten der Gesellschaft nicht gewährt hätten. Da diese Feststellung fehlt, ist das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

2. Abschließend entscheiden kann der Senat die Sache nicht, weil nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Gesellschaft ausreichende Sicherheiten gefehlt haben und sie deshalb kreditunwürdig war. Das Berufungsgericht hat die Sicherheiten der Gesellschaft für ausreichend und vollwertig gehalten, weil sich später gezeigt hat, daß durch deren Verwertung alle Forderungen der Bank befriedigt werden konnten. Dabei hat es verkannt, daß die Frage der Kreditwürdigkeit nicht rückblickend, sondern vom Zeitpunkt der Kreditvergabe her beurteilt werden muß. Nicht daß sich eine Sicherheit später als ausreichend und vollwertig herausstellt ist entscheidend, sondern ob im Juli 1980 unbeteiligten Kreditgebern als vollwertig erschienen wäre, was die Gesellschaft als Sicherheit anbot. Das wird nicht schon deshalb verneint werden können, weil die Kreditvergabe außer von der Gesellschafts-Sicherheit auch davon abhängig gemacht wird, daß der Gesellschafter zusätzlich Sicherheiten stellt. Das Verlangen nach einer solchen Sicherheit läßt allein nicht schon auf Kreditunfähigkeit der Gesellschaft schließen, weil es - was nach Darstellung des Beklagten auch im vorliegenden Falle zutreffen soll - allgemeiner Gepflogenheit der Bank entsprechen kann, Kredite nicht zu vergeben, ohne daß die Gesellschafter auch persönlich dafür einstehen. Das Berufungsgericht wird sich jedoch mit der Frage auseinandersetzen müssen, von welchem Beleihungswert des Grundbesitzes unbeteiligte Kreditgeber ausgegangen wären und bis zu welcher Grenze sie ihn beliehen hätten. Sollte der Beleihungswert allgemein mit 4,5 Mio. DM angenommen (so die Aussagen der Zeugen T. [REDACTED] und S. [REDACTED] von der Volksbank bzw. der Landeskreditbank, GA 105, 241) und

Grundbesitz von den Banken - ähnlich wie nach § 11 HypBankG - regelmäßig höchstens zu 60 % beliehen worden sein (so der Zeuge T■■■■), so war diese Grenze im wesentlichen schon durch die Vorbelastungen erreicht, falls der Vortrag des Klägers zutrifft, daß die an erster Stelle eingetragene Grundschuld von 2,5 Mio. DM voll valutierte. Unterstellt man diesen Vortrag als richtig, so wäre der Kredit der Landeskreditbank durch eine über diese Grenze hinausgehende Belastung des Grundstücks abgesichert worden. Es wäre dann der Frage nachzugehen, ob nicht Kreditgeber das darin liegende erhöhte Risiko regelmäßig nur dann zu übernehmen bereit sind, wenn es durch zusätzliche, von dritter Seite zu stellende Sicherheiten möglichst klein gehalten oder gar ganz ausgeschlossen wird. Die Parteien werden anläßlich der erneuten Verhandlung Gelegenheit haben, ihren Vortrag zu diesem Punkt zu ergänzen, damit das Berufungsgericht zur Kreditwürdigkeit die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

3. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Klage nicht schon deshalb unbegründet, weil der Beklagte mit seiner Bürgschaft vereinbarungsgemäß nur nachrangig hinter der Grundschuld auf dem Gesellschaftsgrundstück haften sollte. Durch eine solche subsidiäre Sicherung kann der Gesellschafter seiner sich aus § 32 b Abs. 1 Satz 1 GmbHG oder § 31 GmbHG ergebenden Verpflichtung nicht entgehen, der Gesellschaft zu erstatten, was diese aufgewandt hat, um die gesicherte Darlehensschuld zu tilgen. Ist die Bürgschaft des Gesellschafters Kapitalersatz, weil kein unbeteiligter Kreditgeber ohne sie bereit gewesen wäre, der Gesellschaft das

Darlehen zu marktüblichen Bedingungen zu geben, und jene
• deshalb hätte liquidiert werden müssen, so verliert die
Bürgschaft diese Eigenschaft nicht dadurch, daß sie den Teil
der Hauptschuld nicht sichert, von dem sich später heraus-
stellt, daß die Gesellschaft ihn selbst zu tilgen vermag.
Wählt der Gesellschafter eine Finanzierungsweise, bei der er
der an sich gebotenen Einbringung von Eigenkapital dadurch
ausweicht, daß er der Gesellschaft das zur Fortführung des
Unternehmens erforderliche Kapital durch Übernahme einer

Bürgschaft verschafft, so darf er daraus nach den Kapitalerhaltungsvorschriften keinen Vorteil zum Schaden der Gläubiger ziehen. Er hat der Gesellschaft die Kapitalleistung zu belassen oder nach Rückzahlung zu erstatten, solange jene nicht nachhaltig so viel eigenes Vermögen angesammelt hat, daß die Stammkapitalziffer wieder gedeckt ist.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Dr. Hesselberger

Dr. Henze