

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

13

GmbHG §§ 30, 31

Eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen: zum Merkmal der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt des Stehenlassens des Gesellschafterdarlehens.

BGH, Urt. v. 27. November 1989 - II ZR 43/89 - Kammergericht
Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 43/89

URTEIL

Verkündet am:
27. November 1989
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der R[REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer,
Günther M[REDACTED] und Wolfgang L[REDACTED], R[REDACTED]
Straße [REDACTED], B[REDACTED],
2. des Kaufmanns Donald L. S[REDACTED], [REDACTED] F[REDACTED] Avenue
S[REDACTED], S[REDACTED], W[REDACTED], USA,

Beklagten und
Revisionskläger,

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

g e g e n

Annemarie H[REDACTED], Via B[REDACTED], CH-O[REDACTED]/Schweiz,

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.
Dr. [REDACTED] u. Dr. [REDACTED] -

13

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Bauer, Röhricht, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts vom 20. Dezember 1988 aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, soweit über sie nicht bereits mit Beschluß vom 10. Juli 1989 entschieden worden ist, 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:

Die Klägerin war bis zum 31. Oktober 1983 Gesellschafterin der Beklagten zu 1, einer GmbH. Am 10. März 1981 gewährten sie und zwei andere Gesellschafter der Beklagten zu 1 ein Darlehen in Höhe von jeweils 1 Mio DM. Ein weiteres Darlehen in Höhe von 3 Mio DM erhielt die Beklagte zu 1 von der Julius G. GmbH, an der dieselben Gesellschafter beteiligt waren. Die Laufzeit des zum 31. Dezember 1981 rückzahlbaren Darlehens der Klägerin sollte sich für den Fall, daß es von der Beklagten zu 1 über diesen Zeitpunkt hinaus benötigt werde, um ein Jahr verlängern. Die Beklagte zu 1 hat von dieser Verlängerungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Mitte des Jahres 1982 gab die Klägerin für ihre Darlehensforderung zugunsten eines von der B. Commerzbank geführten Bankenkonsortiums eine Rangrücktrittserklärung ab, um der Beklagten zu 1 die Aufnahme eines von ihr dringend benötigten Betriebsmittelkredites zu ermöglichen.

Durch Vertrag vom 31. Oktober 1983 verkauften die Klägerin und weitere Gesellschafter der Beklagten zu 1 ihre Geschäftsanteile an den Beklagten zu 2 und dessen Tochter. In dem in englischer Sprache abgefaßten, aber ausdrücklich deutschem Recht unterstellten Vertrag verpflichteten sich die Altgesellschafter unter der Voraussetzung termingerechter Zinszahlung, ihren Anspruch auf Darlehensrückzahlung nicht vor Ablauf von zwei Jahren seit Inkrafttreten des Vertrages geltend zu machen. Für die Zahlung der Zinsen und die Rückzahlung des Darlehens bei Eintritt der neuen Fälligkeit übernahm der Beklagte zu 2 eine Garantie auf erste Anforderung unter Ausschluß von Einwendungen.

Die Beklagte zu 1, deren Stammkapital im Jahre 1983 um 3 Mio DM auf 9 Mio DM erhöht wurde, hat in der Zeit seit 1981 erhebliche Verluste erlitten. Sie betrugen 1981 ca. 18,7 Mio DM, 1982 ca. 43,1 Mio DM, 1983 ca. 58,3 Mio DM, 1984 ca. 77,9 Mio DM und 1985 ca. 75,4 Mio DM und konnten nur teilweise durch die Realisierung stiller Reserven, insbesondere in Gestalt des inzwischen weitgehend abgeschlossenen Verkaufs der Betriebsgrundstücke der Beklagten zu 1, ausgeglichen werden. Die bilanzmäßige Überschuldung der Beklagten zu 1 per 31. Dezember 1982 in Höhe von ca. 11,8 Mio DM stieg bis Ende 1983 auf ca. 16,8 Mio DM und bis Ende 1984 auf ca. 36,4 Mio DM an. Per 31. Dezember 1984 betrug sie 41.612.000 DM. In welchem Umfang sie seitdem abgebaut werden konnte, ist zwischen den Parteien streitig. Der am 3. Juli 1989 von der Klägerin gestellte Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens ist durch Beschluß des Konkursgerichts vom 17. Juli 1989 in Ermangelung einer die Verfahrenskosten deckenden Masse zurückgewiesen worden.

Die Klägerin, die das von ihr gewährte Gesellschafterdarlehen mit Schreiben vom 17. November 1986 mit der Begründung ausgebliebener Zinszahlungen gekündigt hat, nimmt die Beklagten im Urkundenprozeß auf Rückzahlung der Darlehenssumme nebst Zinsen in Anspruch, die Beklagte zu 1 als Darlehensschuldnerin, den Beklagten zu 2 als Garanten. Sie vertritt entgegen der Auffassung der Beklagten den Standpunkt, das Darlehen habe zu keinem Zeitpunkt eigenkapitalersetzende Funktion gehabt. Zumindest aber sei die Beklagte zu 1 durch den Eintritt des Beklagten zu 2 und die vorangegangene Kapitalerhöhung vollkommen konsolidiert worden. Jedenfalls habe sich in der Folgezeit die Vermögenslage der Gesellschaft so

weit gebessert, daß die Rückzahlung des Darlehens aus freien Gesellschaftsmitteln inzwischen möglich sei. Die Beklagte zu 1 habe auch bezüglich des Darlehens der Julius G. GmbH behauptet, es handele sich um eine kapitalersetzende Leistung, dennoch aber am 10. September 1987 einen gerichtlichen Vergleich über die Rückzahlung von 2/3 der Darlehenssumme abgeschlossen.

Das Landgericht hat beide Beklagten antragsgemäß verurteilt. Ihre Berufung blieb erfolglos. Beide Beklagten haben Revision eingelegt. Der Senat hat nur die Revision der Beklagten zu 1 angenommen, die ihren in beiden Vorinstanzen gestellten Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revision der Beklagten zu 1 führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts betrugen die Verluste der Beklagten zu 1 im Jahre 1981 18,7 Mio DM und im Jahre 1982 ca. 43,1 Mio DM, so daß per 31. Dezember 1982 eine bilanzmäßige Überschuldung der Beklagten zu 1 in Höhe von 11,8 Mio DM vorgelegen habe, der allerdings unrealisierte stille Reserven in Gestalt der Betriebsgrundstücke der Beklagten zu 1 gegenübergestanden hätten. Dennoch meint das Berufungsgericht, das von der Klägerin gewährte Gesellschafterdarlehen habe weder bei seiner Hingabe im Dezember

1981 noch bei seiner Verlängerung im Januar 1982 sowie bei seinem Stehenlassen zur Zeit des Rangrücktritts im Juli 1982 oder zu irgendeinem späteren Zeitpunkt kapitalersetzenden Charakter gehabt. Zwar habe das von der B[REDACTED] Commerzbank geführte Bankenkonsortium im Jahre 1982 deutlich gemacht, daß die Gläubigerbanken der Beklagten zu 1 ohne Absicherung durch eine staatliche Bürgschaft die für die Fortführung ihres Geschäftsbetriebes benötigten weiteren Kredite selbst dann nicht mehr gewähren würden, wenn dadurch die Zahlungseinstellung unvermeidlich würde. An dieser Einschätzung habe sich auch in der folgenden Zeit nichts mehr geändert. Die Erteilung der staatlichen Ausfallbürgschaft sei dadurch erwirkt worden, daß die damaligen Gesellschafter, unter ihnen auch die Klägerin, für die von ihnen früher gewährten Gesellschafterdarlehen Rangrücktrittserklärungen abgegeben hätten. Gleichwohl hätten die Beklagten nicht mit den im Urkundenprozeß statthaften Mitteln dargetan, daß bezüglich der staatlichen Bürgschaft und der verlangten Rangrücktrittserklärung marktunübliche Bedingungen gestellt worden seien. Landesbürgschaften würden auch gesunden Unternehmen gewährt. Aus der Tatsache ihrer Gewährung könne deshalb nicht auf eine Kreditunfähigkeit der Beklagten zu 1 geschlossen werden. Vielmehr sei der Kredit ersichtlich zur Erhaltung der Arbeitsplätze in den Betrieben der Beklagten zu 1 gegeben worden. Außerdem stehe der Annahme eines kapitalersetzenden Charakters die von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 1 in dem gerichtlichen Vergleich mit der Julius G[REDACTED] GmbH abgegebene Erklärung vom 10. September 1987 entgegen, wonach das Darlehen der Julius G[REDACTED] GmbH nicht kapitalersetzend gewesen sei. Selbst wenn das Darlehen der Klägerin jedoch kapitalersetzenden Charakter gehabt hät-

te, fehle es an dem von der Beklagten zu 1 zu erbringenden Beweis, daß es auch heute noch gesperrt sei. Das Vorbringen der Beklagten zu 1 anhand des vorläufigen Jahresabschlusses für 1987 und der Gewinn- und Verlustrechnung, wonach immer noch eine Überschuldung von 9,4 Mio DM bestanden habe, der nach dem Verkauf des Grundbesitzes der Beklagten zu 1 keine realisierbaren stillen Reserven mehr gegenübergestanden hätten, lasse nicht erkennen, daß die Beklagte zu 1 das Darlehen nur unter Beeinträchtigung des geschützten Stammkapitals auszahlen könne, da nicht substantiiert gesagt werde, daß, wodurch und in welcher Höhe das Stammkapital gefährdet würde. Da es überdies auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankomme, hätten auch die Zahlen für 1988, soweit diese bereits vorlägen, vorgetragen werden müssen. Dies hält, wie die Revision mit Erfolg rügt, rechtlicher Prüfung nicht stand.

2. Die Ansicht des Berufungsgerichts, das den kapitalersetzenden Charakter des Darlehens durchweg daran scheitern läßt, daß die Beklagte zu 1 nicht hinreichend bewiesen habe, daß sie nicht mehr kreditwürdig war, beruht auf einer Verkennung der Grundsätze der Senatsrechtsprechung.

Der tragende Grund für die Qualifizierung von Gesellschafterleistungen als eigenkapitalersetzend ist nach dieser Rechtsprechung sowohl bei der ersten Gewährung solcher Leistungen als auch bei ihrem späteren Stehenlassen der gleiche: Muß der Gesellschafter erkennen, daß die Gesellschaft in Zukunft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig ist, so muß er ihr entweder seine weitere Unterstützung versagen und dadurch die Liquidation der Gesellschaft herbeiführen oder er hat, wenn er sich zur Fortsetzung seiner Hilfe ent-

schließt, diese der Gesellschaft auf eigene Gefahr zu belassen, bis ihr Stammkapital wieder nachhaltig auf andere Weise gedeckt ist (vgl. statt aller BGHZ 81, 252, 257 m.w.N.). Diese Situation war im Falle der Beklagten zu 1 jedenfalls im Laufe des Jahres 1982 eingetreten. Unter den gegebenen Umständen muß es im vorliegenden Fall als feststehend gelten, daß die Beklagte zu 1 nicht in der Lage gewesen wäre, ihren Geschäftsbetrieb ohne Zuführung eines weiteres Betriebsmittelkredites in der beantragten Höhe von 8 Mio DM fortzusetzen. Diese Einschätzung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft im damaligen Zeitpunkt findet ihren deutlichen Ausdruck in dem Schreiben der Gläubigerbanken vom 24. Mai 1982. Danach konnte die Beklagte den zur Abwendung ihres drohenden Zusammenbruches unabdingbar benötigten Betriebsmittelkredit nur dann erhalten, wenn ihre Gesellschafter bereit waren, ihr die bereits in der Vergangenheit gewährte Unterstützung in Gestalt ihrer Gesellschafterdarlehen von insgesamt 6 Mio DM zu belassen. Die B[REITENBURG] Commerzbank als Führer des die Beklagte zu 1 finanzierenden Bankenkonsortiums machte die Kreditgewährung an die Beklagte zu 1 ausdrücklich davon abhängig, daß die Gesellschafter mit ihrem der Beklagten zu 1 gegebenen Darlehen hinter dem neu von den Banken zu gewährenden Kredit zurücktraten und außerdem die öffentliche Hand bereit war, für diesen Kredit eine Landesbürgschaft zu übernehmen. Das Land Berlin wiederum war zur Gewährung der Landesbürgschaft nur bereit, wenn die Gesellschafter sich für diese Bürgschaft ihrerseits in Höhe von 8 Mio DM verbürgten. Zwar scheinen sich die um den Kredit angegangenen Banken und das Land in der Folge (entgegen den im Schreiben vom 24. Mai 1982 in dieser Hinsicht geäußerten Zweifeln) davon überzeugt zu haben, daß die

finanziellen Möglichkeiten der Gesellschafter tatsächlich mit der Verbürgung in voller Höhe überfordert gewesen wären, so daß sich Banken-Pool und Land nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schließlich mit einer Absicherung des 8 Mio-Kredites durch die Gesellschafter in der Form begnügt haben, daß diese sich mit 2 Mio DM zusätzlich persönlich verbürgten und mit ihren eigenen Darlehen in Höhe von 6 Mio DM hinter den neuen Kredit zurücktraten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Kombination von neuen Gesellschafterbürgschaften und Rangrücktritt mit den schon früher gewährten Gesellschafterdarlehen den kreditgebenden Banken und dem Land Berlin als Bürgen die gleiche Sicherheit bieten konnte wie die ursprünglich geforderte Verbürgung der Gesellschafter für den gesamten neuen Kredit. Entscheidend ist allein, daß diese Kreditbedingungen zeigen, daß die Beklagte zu 1 in der gegebenen Situation den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebes unabdingbar erforderlichen Kredit nicht mehr aus eigener Kraft zu marktüblichen Bedingungen erhalten konnte. Es kann keinem Zweifel unterliegen und ist auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt worden, daß die Beklagte zu 1 den Kredit nicht erhalten hätte, wenn die Gesellschafter der Forderung nach Rangrücktritt ihrer früher gegebenen Gesellschafterdarlehen, die zugleich bedingte, daß diese Kredite der Gesellschaft weiterhin belassen wurden, nicht entsprochen, sondern ihre Gesellschafterdarlehen unter Berufung auf die eingetretene Verschlechterung der Vermögenslage der Beklagten zu 1 sofort oder zum nächstmöglichen Zeitpunkt abgezogen hätten. Dies macht deutlich, daß diese Gesellschafterdarlehen spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte zu 1 weiteren Kredit zu ihrem Überleben benötigte, zur unentbehrlich gewordenen Kapitalgrundlage der Be-

klagten zu 1 gehörten, ohne deren Weitergewährung die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb hätte einstellen und liquidiert werden müssen. In dieser Situation hatten die Klägerin und ihre Mitgesellschafter nur die Wahl, entweder der mit dem verlangten Rangrücktritt mittelbar gestellten Forderung der Banken nach Stehenlassen ihrer spätestens zum Jahresende rückforderbaren Gesellschafterdarlehen zu entsprechen oder auf deren alsbaldiger Rückzahlung zu bestehen und damit die Liquidation der Gesellschaft herbeizuführen. In dieser Lage bedeutete die Entscheidung der Klägerin und ihrer Mitgesellschafter für den Rangrücktritt und damit im Ergebnis für das Stehenlassen ihrer Gesellschafterdarlehen auf unbestimmte Zeit, daß sie sich dafür entschieden, ihrem Unternehmen in einer wirtschaftlichen Krise, die es ohne Zufuhr von neuem Eigenkapital aus eigener Kraft nicht mehr hätte bewältigen können, ihre schon früher gewährte Hilfe bis zu einer nachhaltigen wirtschaftlichen Gesundung zu belassen. Damit waren jedenfalls im Sommer 1982, spätestens aber zum Ende dieses Jahres, die Voraussetzungen eingetreten, unter denen solche Gesellschafterleistungen nach den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung als Kapitalersatz zu gelten haben.

3. Nicht frei von Rechtsfehlern sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach die Beklagten nicht mit den im Urkundenprozeß statthaften Mitteln dargelegt hätten, daß die Eigenkapitalersatzfunktion des Darlehens nicht zwischenzeitlich weggefallen sei.

Zwar ist dem Berufungsgericht im Ausgangspunkt zu folgen, daß die Beklagte die Darlegungslast dafür trifft, daß der eigenkapitalersetzende Charakter des eingeklagten Dar-

lehens bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung fortbesteht. Dies beruht allerdings entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf, daß der Beweis für den genannten Umstand generell demjenigen obliegt, der sich auf die kapitalersetzende Funktion einer Gesellschafterleistung beruft. Ist es nämlich unstreitig oder erwiesen, daß ein Gesellschafterdarlehen Eigenkapital ersetzt hat, so trifft die Beweislast für den nachträglichen Wegfall der eigenkapitalersetzenden Funktion grundsätzlich denjenigen, der sich auf diesen Wegfall beruft, im Falle der Geltendmachung des Darlehensrückzahlungsanspruchs durch den Gesellschafter also diesen (vgl. BGHZ 90, 370, 381; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdnr. 46; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 7. Aufl. 2. Bearb. Ergänzungsbd. § 32 a, 32 b Rdnr. 62; Roth, GmbHG 2. Aufl. § 32 a Anm. 2.5; a.A. Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 12. Aufl. § 32 a/b Rdnr. 51). Wenn es sich im vorliegenden Fall anders verhält, so beruht dies allein darauf, daß die Klägerin inzwischen als Gesellschafterin ausgeschieden ist und damit keine Möglichkeit mehr hat, sich anläßlich der jährlich zu beschließenden Feststellung der Jahresbilanz ein Bild über die Entwicklung des Gesellschaftsvermögens zu machen und nach § 51 a Abs. 1 GmbHG Auskunft und Bucheinsicht zu verlangen. Es ist in diesem Falle Sache der Gesellschaft, die dem klagenden Gesellschafter nicht mehr zugänglichen Jahresabschlüsse vorzulegen und darzulegen, daß sich ihre Verhältnisse seit dem letzten vorzulegenden Jahresabschluß nicht verbessert haben (vgl. auch Sen.Urt. v. 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, WM 1987, 1040, 1041). Dieser Verpflichtung hat die Beklagte zu 1 jedenfalls insoweit genügt, als sie - wie die Revision zu Recht rügt - nicht nur den vorläufigen Jahresabschluß für 1987 mit

Gewinn- und Verlustrechnung, sondern auch den geprüften Abschluß für dieses Jahr vorgelegt hat. Daraus ergibt sich trotz der inzwischen unternommenen Sanierungsversuche und umfangreicher Forderungsverzichte von Gläubigern und ehemaligen Gesellschaftern immer noch eine Überschuldung von 9,4 Mio DM. Bei dieser Sachlage ist es nicht nachvollziehbar, wieso das Berufungsgericht meint, es sei nicht erkennbar, daß die Beklagte zu 1 das Darlehen nur unter Beeinträchtigung des geschützten Stammkapitals auszahlen könne, weil hierzu substantiierte Ausführungen fehlten, da nicht gesagt und belegt werde, daß, wodurch und in welcher Höhe das Stammkapital gefährdet werde. Nach ständiger Senatsrechtsprechung besteht die Rückzahlungssperre für eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen so lange und so weit die von dem Gesellschafter zur Verfügung gestellten Mittel zum Ausgleich einer Unterbilanz und auch einer weitergehenden Überschuldung dienen (vgl. BGHZ 76, 326, 335; 81, 311, 318; 365, 367). Wenn der Jahresabschluß, wovon in Ermangelung der Feststellung konkreter für das Gegenteil sprechender Umstände durch das Berufungsgericht für die Revisionsinstanz auszugehen ist, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten zu 1 zutreffend wiedergibt, so ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte zu 1 das Darlehen zurückzahlen könnte, ohne daß dadurch ihre Überschuldung vertieft würde. Eine Entsperrung des Darlehens könnte sogar erst dann eintreten, wenn in der Zwischenzeit nicht nur diese Überschuldung nachhaltig beseitigt, sondern das Stammkapital in Höhe von 9 Mio DM wiederhergestellt ist und die Gesellschaft darüber hinaus so viel Überschuß erzielt hat, daß sie das von

der Klägerin gewährte Darlehen auch ohne Antastung des Stammkapitals zurückzahlen kann. Der Umstand, daß sich die Beklagte zu 1 in dem mit der Julius G [REDACTED] GmbH geführten Rechtsstreit im Juli 1987 unter Aufgabe ihres auch dort zunächst mit Nachdruck vorgetragenen Standpunktes, es handele sich (ebenfalls) um ein eigenkapitalersetzendes Darlehen, verglichen hat, kann angesichts des von der Beklagten zu 1 vorgelegten konkreten, das Gegenteil belegenden Zahlenmaterials nicht als Beweis für eine nachhaltige Wiederherstellung ihrer wirtschaftlichen Gesundheit in diesem Sinne gelten. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es rechtlich unhaltbar, wenn das Berufungsgericht den Fortbestand der eigenkapitalersetzenden Funktion daran scheitern läßt, daß die Beklagten nicht vorgetragen hätten, daß die Beklagte zu 1 das Darlehen nicht ohne Gefährdung ihres Stammkapitals zurückzahlen könne.

4. Ebensowenig kann das angegriffene Urteil mit der (Hilfs-)Begründung des Berufungsgerichts Bestand haben, die Beklagten hätten auch die Zahlen für 1988, soweit diese bereits vorliegen, vortragen müssen. Es ist zwar richtig, daß die Rückzahlungssperre der §§ 30, 31 GmbHG nach Gesellschafts- und allgemeinen rechtlichen Grundsätzen voraussetzt, daß der eigenkapitalersetzende Charakter der zurückgeforderten Leistung bis zur letzten mündlichen Verhandlung fortbesteht. Die Beklagte zu 1 genügte der sie in dieser Richtung treffenden Darlegungslast jedoch bereits dadurch, daß sie den letzten Jahresabschluß vorlegte und dem Sinne nach vortrug, die Verhältnisse der Gesellschaft hätten sich seitdem nicht in rechtlich relevantem Umfang verbessert. Der danach maßgebliche Jahresabschluß war der für das Jahr 1987.

Diesen Abschluß hat die Beklagte zu 1 vorgelegt. Einen Abschluß für das Jahr 1988 konnte sie zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 1988 noch nicht einreichen. Einen ausdrücklichen, urkundlich belegten Vortrag des Inhalts, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten zu 1 in der kurzen Zeitspanne, die zwischen diesem Zeitpunkt und dem letzten Jahresabschluß liegt, nicht so nachhaltig gebessert haben, daß sie das Darlehen ohne Beeinträchtigung ihres Stammkapitals zurückzahlen konnte, durfte die Beklagte zu 1 ohne einen gegenteiligen Hinweis des Berufungsgerichts angesichts der vorgetragenen Ertrags-situation der vorangegangenen Jahre und der tiefgreifenden Überschuldung per 31. Dezember 1987 für entbehrlich halten. Hinzu kommt, daß die Forderung des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten die Zahlen für 1988, "soweit diese bereits vorliegen" vortragen müssen, keine Feststellungen darüber enthält, inwieweit solche Zahlen überhaupt schon zur Verfügung standen. Nach alledem beruhen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es im Ergebnis einen Fortbestand der eigenkapitalersetzenden Funktion des eingeklagten Gesellschafterdarlehens verneint, nicht nur auf einer Verken-nung der Darlegungs- und Beweislastanforderungen, sondern darüber hinaus auch auf einer durch die getroffenen Tatsa-chenfeststellungen nicht gedeckten unzulässigen Unterstel-lung zu Lasten der Beklagten. Infolgedessen fehlt es bisher an jeder tatrichterlichen Würdigung der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestehenden wirtschaftlichen Situation der Beklagten zu 1, die für die Feststellung des Fortbestehens oder des zwischenzeitlichen Fortfalls der ka-pitalersetzenden Funktion des angeblichen Darlehens in die-sem Zeitpunkt unverzichtbar ist.

5. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann das Berufungsurteil auch nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, die Beklagte zu 1 schulde der Klägerin den Gegenwert ihres eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens jedenfalls als Ausgleichsleistung dafür, daß sie im September 1987 mit der Julius G. [REDACTED] GmbH einen Prozeßvergleich über die teilweise Rückzahlung des von dieser Gesellschaft gewährten Darlehens geschlossen hat. Dies gilt selbst dann, wenn dieser Vergleich, wie zugunsten der Klägerin zu unterstellen ist, tatsächlich ebenfalls ein, wenn auch nur mittelbar eigenkapitalersetzendes Darlehen zum Gegenstand gehabt hätte, und wenn er ferner in seiner Wirksamkeit, was im Schrifttum im Hinblick auf § 31 Abs. 4 GmbHG nach Grund und Voraussetzungen nicht unumstritten ist (vgl. einerseits Goerdeler/Müller in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 31 Rdnr. 31; Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 31 Anm. 18; andererseits Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 12. Aufl. § 31 Rdnr. 19; vgl. ferner Rowedder, GmbHG § 31 Rdnr. 25), in seiner Wirksamkeit dadurch nicht berührt würde. Zwar kann, wie der Senat an anderer Stelle ausgesprochen hat (Urt. v. 15. Mai 1972 - II ZR 70/70, WM 1972, 931, 933), die Gewährung von Vorteilen nur an einzelne Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der gleichmäßigen Behandlung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Anspruch der nicht begünstigten Gesellschafter auf eine entsprechende Ausgleichsleistung begründen. Ein solcher Anspruch kommt jedoch nicht in Betracht, wenn seine Erfüllung nur unter Verstoß gegen die zwingenden Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG möglich wäre, also im Ergebnis auf die Rückzahlung von im Gläubigerinteresse in der Gesellschaft gebundenem haftenden Kapital hinausliefe. Die Kapitalerhaltungsregeln gehen der

Befriedigung mitgliedschaftsrechtlicher Ansprüche der Gesellschafter gegen die GmbH grundsätzlich vor. Dies hätte sogar dann zu gelten, wenn - was vorliegend nicht einmal in Betracht kommt, weil der Ausgleichsanspruch frühestens 1987 im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses mit der Julius G. GmbH hätte entstehen können - der betreffende mitgliedschaftsrechtliche Anspruch im Zeitpunkt seiner Entstehung noch ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG hätte erfüllt werden können (vgl. statt aller Baumbach/Hueck aaO § 30 Rdnr. 13). Von diesem Grundsatz kann erst recht keine Ausnahme gemacht werden, wenn der auszugleichende Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz schon seinerseits in einer Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens besteht. Aus einer, wenn auch möglicherweise durch die Wirksamkeit des Vergleichs gedeckten, materiell-rechtlichen Verletzung der im Gläubigerinteresse zwingenden Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG zugunsten eines Gesellschafters kann, wie auch aus der Wertung des § 31 Abs. 3 GmbHG zu entnehmen ist, kein Mitgesellschafter das Recht herleiten, daß auch zu seinen Gunsten erneut, unter weiterer Schmälerung des gebundenen Stammkapitals oder weiterer Vertiefung einer bereits bestehenden Überschuldung gegen diese nicht zur Disposition der Gesellschafter und der Gesellschaft stehenden Regeln verstoßen wird. Darüber, ob, wie die Revisi-onserwiderung meint, der Klägerin gegen die für den Vergleichsschluß verantwortlichen Geschäftsführer der Beklagten zu 1 ein Schadensersatzanspruch entsprechend §§ 31 Abs. 3 und 6 GmbHG sowie unter dem Gesichtspunkt zustehen kann, daß wegen des vergleichsweisen Anerkenntnisses einer durchsetzbaren Forderung der Julius G. GmbH mindestens auf längere Sicht ein höherer Betrag des von der Klägerin gewährten Dar-

lehens als eigenkapitalersetzend für die Rückzahlung gesperrt sein kann, ist vorliegend nicht zu befinden. Eine solche Schadensersatzforderung ist nicht Gegenstand des zur Entscheidung stehenden Rechtsstreits.

6. Für eine abschließende Entscheidung bedarf es nach alledem einer erneuten tatrichterlichen Würdigung, inwieweit das Stammkapital der Beklagten zu 1 unter Beachtung der vorstehend insbesondere unter 3. und 4. dargelegten rechtlichen Beurteilungsgrundsätze in dem Zeitraum seit 1983 so weit wiederhergestellt worden ist, daß eine fortwirkende Entsperrung des eigenkapitalersetzenden Darlehens der Klägerin eintreten konnte. Dabei wird das Berufungsgericht auch den Umstand zu berücksichtigen haben, daß inzwischen ein Konkursantrag der Beklagten zu 1 mangels einer kostendeckenden Masse zurückgewiesen worden ist.

Boujong

Dr. Bauer

Röhricht

Dr. Henze

Stodolkowitz