

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 93/85

### URTEIL

Verkündet am: 25. November 1985  
Spengler, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Eva K. geb. K., Zu den H. 3,  
E.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Dipl.-Sozialwirt Egon Kr., A. str. 2,  
H., als Konkursverwalter über das Vermögen der  
Firma H. + B. Ing. (grad.) J. W. GmbH & Co.KG  
in G.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1985 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Dr. Seidl und Brandes

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 20. Februar 1985 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten als Konkursverwalter über das Vermögen der H. [REDACTED] + B. [REDACTED] Ing. (grad.) J. W. [REDACTED] GmbH & Co. KG im Wege der Stufenklage Auskunft über Forderungen der Gemeinschuldnerin gegen bestimmte Kunden, um einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung vorzubereiten.

Das Konkursverfahren wurde am 28. Mai 1980 eröffnet. Am selben Tage wurde auch das Konkursverfahren über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin, der Ing. (grad.) J. W. [REDACTED] GmbH, eröffnet, an deren satzungsmäßigem Stammkapital von

- 3 -

40.000 DM die Klägerin zu diesem Zeitpunkt mit einer Stammeinlage von 16.800 DM beteiligt war.

Ursprünglich war die Klägerin neben der GmbH persönlich haftende Gesellschafterin der im Jahre 1976 gegründeten Gemeinschaftsdarlehensverein gewesen. Laut Eintragung im Handelsregister vom 10. Juli 1978 schied sie aus dieser Stellung aus und wurde Kommanditistin. Am 4. Mai 1976 hatte die Sparkasse G[REDACTED]-W[REDACTED] dieser Gesellschaft einen Kontokorrentkredit bis zur Höhe von 50.000 DM gewährt, zu dessen Sicherheit ihr am 11. Mai 1976 die gegenwärtigen und künftigen Forderungen gegen alle Kunden mit den Anfangsbuchstaben A - U abgetreten worden waren.

Ebenfalls im Jahre 1978 wurde das Vermögen der 1977 gegründeten H[REDACTED] + B[REDACTED] Ing. (grad.) Joachim W[REDACTED] KG, an der die Klägerin auch als Kommanditistin beteiligt war, mit allen Rechten und Pflichten auf die spätere Gemeinschaftsdarlehensverein übertragen. Davor, nämlich am 10. März 1978, hatte die Klägerin auf Verlangen der Sparkasse noch eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 250.000 DM zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Sparkasse gegen die W[REDACTED] KG - nach Nr. 1 der Bürgschaftsbedingungen auch gegen deren Rechtsnachfolger - übernommen.

Da der Beklagte der Sparkasse im Konkurs die abgesonderte Befriedigung aus den ihr am 11. Mai 1976 abgetretenen Forderungen verweigerte, nahm jene die Klägerin aus der Bürgschaft auf Zahlung von 50.000 DM in Anspruch. Die Klägerin zahlte und fordert nun ihrerseits abgesonderte Befriedigung aus abgetretenem Recht der Sparkasse.



Aus diesem Grunde verlangt sie vom Beklagten zunächst Auskunft darüber, welche Forderungen der Gemeinschuldnerin gegen ihre Kunden mit den Anfangsbuchstaben A bis U seit Konkurseröffnung ausgeglichen worden sind und welche Forderungen zur Zeit noch bestehen. Der Beklagte verweigert die abgesonderte Befriedigung und deshalb auch die von ihm verlangte Auskunft, weil die Bürgschaft der Klägerin rechtlich wie ein kapitaleretzendes Darlehen behandelt werden müsse.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Der Senat teilt die Auffassung der Vorinstanzen, daß dem Rückgriffsanspruch der Klägerin und damit auch dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus den am 11. Mai 1976 sicherungshalber abgetretenen Forderungen die §§ 30, 31 GmbHG in Verbindung mit den in der Rechtsprechung dazu aufgestellten Grundsätzen entgegenstehen. Da Übernahme und Einlösung der Bürgschaft nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor dem 1. Januar 1981 liegen, ist hier allein auf den vor diesem Zeitpunkt maßgeblichen Rechtszustand abzustellen (Artikel 12, § 3 Satz 1 und 2 des Gesetzes vom 4. Juli 1980, BGBl I 836).

1. 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 bereits ihre Kreditfähigkeit verloren hatte und ohne die Finanzierungsleistung hätte liquidiert werden müssen (vgl. BGHZ 81, 252, 255 ff.; Sen.Urt. v. 8.7.1985 - II ZR 269/84, WM 1985, 1224, 1226 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat hinreichende Anhaltspunkte dafür festgestellt, daß diese Voraussetzungen hier vorliegen. Dabei hat es für den insoweit maßgeblichen Zeitpunkt zutreffend auf die finanziellen Verhältnisse der späteren Gemeinschuldnerin zur Zeit der Übernahme des Vermögens der W■■■■ KG im Jahre 1978 abgestellt. Zwar ließe sich allein mit der Feststellung des Berufungsgerichts, der späteren Gemeinschuldnerin wären ohne das Eintreten Dritter zu diesem Zeitpunkt die unstreitig benötigten Kredite nicht mehr gewährt worden, der kapitalersetzende Charakter der Bürgschaft der Klägerin nicht begründen. Denn die Tatsache, daß eine Gesellschaft weiterhin von dritter Seite Sicherheiten gestellt bekommt, kann im Gegenteil gerade bedeuten, daß sie weiterhin als kreditfähig angesehen wird. Aus den übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch, daß es mit "Dritten" die Gesellschafter oder diesen nahestehende Personen gemeint hat, die, anstatt der Gesellschaft haftendes Kapital zuzuführen, die Kredite der Sparkasse allein wegen der aus ihrer Nähe zur Gesellschaft sich ergebenden Möglichkeit abgesichert haben, in der Krise die Kredite bevorzugt tilgen und dadurch ihre Sicherheiten rechtzeitig zurückerhalten zu können. Wie das

Berufungsgericht festgestellt hat, hätte die Gemeinschuldnerin zu jener Zeit keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen, also von gesellschaftsfremden Dritten, mehr erhalten können, wäre also auf eine Kapitalerhöhung angewiesen gewesen, um ihren Geschäftsbetrieb aufrechterhalten zu können. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Gemeinschuldnerin am Tage der Konkurseröffnung am 28. Mai 1980 auch nach dem Vortrag der Klägerin jedenfalls in Höhe von ca. 650.000 DM überschuldet und die finanzielle Situation der Gemeinschuldnerin in den Jahren davor noch schlechter war. Aus all diesen Tatsachen hat das Berufungsgericht - rechtlich zulässig - gefolgert, daß sich die Gemeinschuldnerin schon im Jahre 1978 in der finanziellen Krise befand und die zunächst zugunsten der W[REDACTED] KG übernommene Bürgschaft der Klägerin durch die Aufrechterhaltung bei der Übertragung des Vermögens dieser Gesellschaft auf die spätere Gemeinschuldnerin kapitalersetzenden Charakter erhalten hat. Der Klägerin waren, was auch die Revision nicht in Zweifel zieht, alle Umstände bekannt, aus denen sich der kapitalersetzende Charakter der Leistung ergab.

2. Entgegen der Auffassung der Revision sicherte die Bürgschaft der Klägerin vom 10. März 1978 auch den Kontokorrentkredit, den die Sparkasse der Gemeinschuldnerin aufgrund des Vertrages vom 4. Mai 1976 gewährt hat. Zwar hat die Klägerin die Bürgschaft zugunsten der W[REDACTED] KG übernommen; jedoch heißt es in Nr. 1 der Bürgschaftserklärung, daß die Bürgschaft auch bei einem Wechsel des Inhabers oder einer Änderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen bleibe und in diesen Fällen alle Forderungen gegen den Rechtsnachfolger des Hauptschuldners sichere. Da das

Vermögen der W[REDACTED] KG noch im Jahre 1978 mit allen Rechten und Pflichten auf die spätere Gemeinschuldnerin übertragen worden ist, folgt daraus, daß die Bürgschaft auch den Kontokorrentkredit von 1976 sicherte.

Ob die in Nr. 1 der Bürgschaftsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Nachfolgeklausel die Vertragspartner der Sparkasse unangemessen benachteiligt und deshalb - wie die Revision meint - nach § 9 AGBG unwirksam ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn wie die Klägerin vorgetragen und das Berufungsgericht festgestellt hat, ist die Bürgschaft auch im Hinblick darauf vereinbart worden, daß das Unternehmen von der späteren Gemeinschuldnerin fortgeführt werden sollte. Außerdem bezieht sich die Bürgschaftserklärung auf das Konto mit derselben Nummer, auf dem die Sparkasse der späteren Gemeinschuldnerin am 4. Mai 1976 den Kontokorrentkredit zur Verfügung gestellt hatte, dessen Kreditgrenze später - wie das Schreiben der Sparkasse vom 21. September 1979 zeigt - auf 250.000 DM erhöht worden ist und damit den Umfang der Bürgschaft erreicht hat. Schließlich hat die Klägerin den Kontokorrentkredit in Erfüllung ihrer Bürgschaftsverpflichtung getilgt und dadurch erkennen lassen, daß auch nach ihrem Verständnis die Bürgschaft diesen Kredit gesichert hat.

Anders als die Revision annimmt, hatte die Sparkasse auch einen Grund, den Kontokorrentkredit aus dem Jahre 1976 durch die Bürgschaft zusätzlich abzusichern. Da die Bürgschaft vom 10. März 1978 - wie oben bereits dargelegt - ausdrücklich im Hinblick auf die Übertragung des Vermögens der W[REDACTED] KG auf die Gemeinschuldnerin vereinbart

worden ist, aber zeitlich vor dieser Übertragung die Klägerin aus der Stellung einer persönlich haftenden Gesellschafterin der späteren Gemeinschuldnerin in die einer Kommanditistin gewechselt ist, stand fest, daß die Klägerin für die Kontokorrentschuld nach § 128 HGB nur bis zu der bei ihrem Ausscheiden aus der unbeschränkten Haftung bestehenden Höhe, jedoch nicht über den nach diesem Zeitpunkt gezogenen niedrigsten Saldo hinaus haften würde (vgl. BGHZ 26, 142, 150; 50, 277, 284; BGH, Urteile v. 9.12.1971 - III ZR 58/69, WM 1972, 283, 284 und v. 2.11.1973 - I ZR 88/72, LM HGB § 128 Nr. 20). Die Sparkasse mußte deshalb befürchten, daß die Schuld der Klägerin aus § 128 HGB schon im Zeitpunkt ihres Wechsels in die Kommanditistenstellung und danach von Saldo zu Saldo immer mehr 50.000 DM unterschreiten würde, daß sie für die steigende Differenz nur noch beschränkt nach § 171 HGB haftete und daß die unbeschränkte Haftung nach Ablauf von fünf Jahren ganz entfiel (§ 159 HGB). Unter diesen Umständen stellte die Bürgschaft einen vollwertigen Ersatz dafür dar, daß die unbeschränkte Haftung der Klägerin für den Kontokorrentkredit zu entfallen drohte.

Aufgrund der im einzelnen dargestellten finanziellen Gesamtsituation der späteren Gemeinschuldnerin zur Zeit der Übernahme des Vermögens der W■■■■■ KG durfte das Berufungsgericht - rechtlich zulässig - davon ausgehen, daß die Sparkasse den am 4. Mai 1976 eingeräumten Kredit über 50.000 DM auch nur wegen der von den Gesellschaftern in erheblichem Umfang gestellten Sicherheiten und also auch wegen der Aufrechterhaltung der Bürgschaft seitens der Klägerin weitergewährt hat. Die Tatsache, daß das Darlehen vom 4. Mai 1976 bereits durch die Globalzession vom

11. Mai 1976 gesichert war, ändert daran entgegen der Ansicht der Revision nichts.

3. In einer GmbH & Co. KG, um die es sich bei der Gemeinschuldnerin handelt, unterliegen kapitalersetzende Gesellschafterleistungen dem Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG (nur), soweit die Rückgewähr zu Lasten des Stammkapitals der Komplementär-GmbH gehen oder deren Überschuldung vertiefen würde. Diese Auswirkung tritt insbesondere ein, wenn die Kommanditgesellschaft überschuldet ist und die Komplementär-GmbH keine über ihr Stammkapital hinausgehenden Vermögenswerte besitzt (BGHZ 76, 326, 336; Sen.Urt. v. 8.7.1985 aaO). Eine solche Lage ist nach den tatsächlichen, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall gegeben. Selbst wenn sich die Beklagte - wie die Klägerin meint - zu Lasten der Gemeinschuldnerin um ca. 1 Mio DM verrechnet haben sollte, bleibt es bei einer Überschuldung der Gemeinschuldnerin; denn die vom Beklagten erstellte Konkursöffnungsbilanz weist eine solche in Höhe von 1.650.361,93 DM aus. Daß die Komplementär-GmbH über Vermögenswerte verfügt, die über ihr Stammkapital von 40.000 DM hinausgehen, hat die Klägerin nicht behauptet.

4. Da die Bürgschaft der Klägerin nach alledem kapitalersetzenden Charakter hatte und auch den Kontokorrentkredit vom 4. Mai 1976 sicherte, steht ihrem Anspruch auf Rückerstattung (§ 774 BGB) und damit auch auf abgesonderte Befriedigung aufgrund der Sicherungsabtretung vom 11. Mai 1976 das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG entgegen. Die Klägerin kann daher auch mit dem im Wege der Stufenklage zunächst geltend gemachten Auskunftsanspruch nicht durchdringen.

Die Klägerin stünde im übrigen (entgegen ihrer Auffassung) nicht besser, wenn die Sparkasse nicht die Bürgschaft in Anspruch genommen, sondern sich aufgrund der Globalzession vom 11. Mai 1976 aus der Masse abgesonderte Befriedigung verschafft hätte. Denn in diesem Falle hätte der Beklagte als Konkursverwalter gegen die Klägerin wegen ihrer Bürgschaft einen Erstattungsanspruch geltend machen können (vgl. Sen.Urt. v. 19.11.1984 - II ZR 84/84, WM 1985, 115). Die Haftung des Gesellschafterbürgen hängt nicht von dem eher zufälligen Umstand ab, ob der Gläubiger sich an ihn hält oder sich zu Lasten der Konkursmasse aus der Sicherheit befriedigt. Beim gesellschaftsbesicherten kapitalersetzenden Drittdarlehen hat der Gesellschafter im Ergebnis stets für die Gesellschaftsschulden so einzustehen, wie das der Fall wäre, wenn er selbst eine kapitalersetzende Leistung unmittelbar der GmbH erbracht hätte.

Stempel

Dr. Bauer

Bundschuh

Dr. Seidl

Brandes