

17

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GmbHG §§ 30, 32 a

Steht fest, daß ein Gesellschaftsanteil treuhänderisch für einen Außenstehenden gehalten worden ist, dann muß dieser, wenn er später der Gesellschaft ein Darlehen gewährt, beweisen, daß zu diesem Zeitpunkt das Treuhandverhältnis nicht mehr bestand.

BGH, Urt. v. 14. November 1988 - II ZR 115/88 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

17

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 115/88

Verkündet am:
14. November 1988
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wolfgang K., K.-straße, St. A., handelnd in
seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma AVG A.-V.-Gesellschaft mbH, L.-
straße, S.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

Willi W., Im H., L.,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

17

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Brandes, Dr. Hesselberger, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 25. Februar 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, 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 über das Vermögen der AVG A- V-Gesellschaft mbH (AVG). Diese wurde am 14. Mai 1980 von den Gesellschaftern Dr. H., N. und R. gegründet. Dr. H. hielt seinen Geschäftsanteil jeweils zur Hälfte treuhänderisch für den Beklagten und die Ehefrau des Steuerberaters der AVG, Frau S.. Ob auch N. Treuhänder des Beklagten war, ist streitig. Später trat an die Stelle von N., nachdem dessen Anteil vorübergehend auf Dr. H. übertragen worden war, der Gesellschafter B. ein.

Am 17. Februar 1982 fand in Anwesenheit des Beklagten eine Gesellschafterversammlung statt, in der besprochen wurde, daß dieser "seinen Anteil" für 750.000 DM an R., B., N., S. und Dr. H. verkaufen werde. Nachdem dies in einer schriftlichen Vereinbarung vom 5. März 1982 festgehalten worden war, einigten sich die Käufer ohne Mitwirkung des Beklagten dahin, daß der von Dr. H. gehaltene Anteil allein auf R., B. und N. gegen Zahlung von je 250.000 DM übergehen solle. Die Finanzierung übernahm die AVG in der Weise, daß sie 24 Wechsel über je 39.500 DM ausstellte, die monatlich nacheinander in der Zeit vom 5. April 1982 bis zum 5. März 1984 fällig wurden. Die Wechsel wurden bis in das Jahr 1983 hinein eingelöst. Eine notarielle Urkunde über die Anteilsveräußerung wurde am 27. Oktober 1982 aufgenommen.

Ebenfalls am 5. März 1982 stellte der Beklagte der AVG ein Darlehen von 1,5 Mio. DM zur Verfügung, das in 24 Monatsraten von 79.450 DM in der Zeit vom 10. April 1982 bis zum 10. März 1984 zurückzuzahlen war; als Sicherheit wurde dem Beklagten das Warenlager der Gesellschaft übereignet, das nach seiner Behauptung einen Wert von rd. 5 Mio. DM gehabt haben soll. Auch jene Ratenbeträge, über die die Gesellschaft ebenfalls entsprechende Wechsel ausstellte, wurden bis etwa Mai 1983 gezahlt.

Nachdem die AVG im Juni 1983 um eine Prolongation der Wechsel gebeten hatte, kam es am 11. und 12. Juli 1983 zu folgenden Vereinbarungen zwischen dem Beklagten und der Gesellschaft: Diese gab ein Schuldanerkenntnis über zunächst 1.720.293,51 DM ab, wovon der Beklagte ihr sodann 683.643,51 DM erließ. Im Restbetrag von 1.036.650 DM waren 715.050 DM aus dem Darlehen vom 5. März 1982 und 316.000 DM aus den zur Finanzierung des Anteilsverkaufs ausgestellten Wechseln enthalten. Der Beklagte verzichtete seinerseits auf seine Rechte an dem Warenlager, kaufte jedoch einen Teil davon für 1.319.578,50 DM, die mit den oben erwähnten 1.036.650 DM verrechnet wurden; den nach Abzug einer Gutschrift von 52.924,50 DM verbleibenden Rest von 230.004 DM zahlte der Beklagte an die AVG.

Am 31. Januar 1984 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der AVG eröffnet.

Der Kläger hat die Verrechnungsabrede vom 12. Juli 1983 nach § 32 a KO angefochten und unter diesem sowie

verschiedenen anderen rechtlichen Gesichtspunkten Zahlung von 250.000 DM verlangt; davon hat er 200.000 DM auf die Verrechnung mit der am 11./12. Juli 1983 noch offenen Darlehensforderung und den Rest auf die von der AVG zugunsten ihrer Gesellschafter übernommene Kaufpreiszahlung für die im Jahre 1982 übertragenen Geschäftsanteile gestützt. Er hat behauptet, der Beklagte sei mindestens bis zur notariellen Anteilsübertragung im Oktober 1982 wirtschaftlicher Inhaber der Anteile geblieben. Bereits Ende 1981, jedenfalls aber im März 1982 sei die AVG überschuldet gewesen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Daß der Anspruch auf Rückzahlung der im Juli 1983 mit dem Darlehen des Beklagten verrechneten 200.000 DM nach den Vorschriften der §§ 30, 31 KO, 237 HGB, 823 Abs. 2 BGB und § 266 StGB nicht besteht, hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt; die Revision erhebt insoweit keine Bedenken. Dagegen läßt sich auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen, ob ein Anspruch nach § 32 a KO, § 32 a GmbHG gegeben ist.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß auf den Beklagten, der nie formell Gesellschafter der AVG war, trotzdem die §§ 30 ff GmbHG anzuwenden sind, solange einer der Gesellschafter seinen Anteil treuhänderisch für ihn hielt (vgl. BGHZ 31, 258, 265 ff; BGHZ 75, 334, 335 f; BGHZ 95, 188, 193). Die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, daß der Gesellschafter N. [REDACTED] jedenfalls bei der Darlehensgewährung am 5. März 1982 nicht Treuhänder des Beklagten war, greift die Revision nicht an. Sie rügt jedoch, daß das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft festgestellt habe, auch Dr. H. [REDACTED] habe zu jenem Zeitpunkt seinen Anteil nicht mehr treuhänderisch für den Beklagten (und Frau S. [REDACTED]) gehalten.

Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht allerdings in Wirklichkeit - im Gegensatz zum Landgericht - nicht getroffen. Es hat es im Gegenteil für wahrscheinlicher gehalten, daß das ursprünglich unstreitig begründete Treuhandverhältnis zwischen Dr. H. [REDACTED] und dem Beklagten bis zum 27. Oktober 1982 (dem Tag der notariellen Beurkundung) andauert habe; zu Lasten des Klägers hat es insoweit deswegen entschieden, weil es diesen in der letztlich als nicht hinreichend geklärt angesehenen Frage für beweispflichtig gehalten hat.

Dabei hat das Berufungsgericht jedoch die Beweislast verkannt. Zwar muß der Konkursverwalter, der Rechte aus den §§ 32 a KO, 32 a GmbHG herleiten will, grundsätzlich die dafür erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen beweisen. Ist jedoch für einen bestimmten Zeitpunkt der Beweis

für die Gesellschaftereigenschaft (oder vergleichbare Stellung) des in Anspruch Genommenen sowie das Vorliegen von Umständen geführt, unter denen die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten, muß jener beweisen, daß diese Voraussetzungen zwischenzeitlich wieder entfallen sind. Das gilt nicht nur für den behaupteten Wegfall der Eigenkapitalfunktion (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer, GmbHG 7. Aufl. Ergänzungsband §§ 32 a, 32 b Rdnr. 62; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdnr. 46; Roth, GmbHG, 2. Aufl. § 32 a Anm. 2.5), sondern auch für die behauptete Auflösung eines zunächst bestehenden Treuhandverhältnisses.

Das Berufungsgericht hätte danach keine Beweislastentscheidung zum Nachteil des Klägers treffen dürfen. Auf die in diesem Zusammenhang erhobenen einzelnen Revisionsrügen kommt es nicht an. Für die Revisionsinstanz ist jedenfalls davon auszugehen, daß der Beklagte bis zum 27. Oktober 1982 wirtschaftlicher Inhaber des bis dahin formell von Dr. H. [REDACTED] gehaltenen Geschäftsanteils geblieben ist.

2. Auf dieser Grundlage läßt sich bislang nicht ausschließen, daß das Darlehen des Beklagten, wenn es nicht von vornherein eigenkapitalersetzende Funktion hatte, diese zu einem späteren Zeitpunkt erlangte, bevor der Beklagte als wirtschaftlicher Gesellschafter ausschied. Denn eine Finanzierungsleistung, die ein Gesellschafter zu einem Zeitpunkt erbringt, in dem die Gesellschaft noch gesund ist, kann gleichwohl als haftendes Kapital zu behandeln sein, wenn der

Gesellschafter das Darlehen bei späterem Eintritt der Krise der Gesellschaft beläßt, obwohl er rechtlich in der Lage wäre, es zurückzufordern; jedenfalls gilt das dann, wenn er erkennt oder erkennen könnte, daß die Kreditmittel inzwischen als Kapitalgrundlage für die Gesellschaft unentbehrlich geworden sind (BGHZ 75, 334, 336 f; Sen.Urt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84, WM 1985, 1028).

Das Berufungsgericht hat an sich zutreffend darauf abgestellt, ob die AVG im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr kreditwürdig war, also von dritter Seite mangels einer ausreichenden Vermögensgrundlage keinen entsprechenden Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und, was hinzuzufügen ist, ohne die Finanzierungsleistung hätte liquidiert werden müssen (vgl. BGHZ 81, 252, 255 ff). Es hat diese Voraussetzungen im Hinblick darauf verneint, daß die AVG unstreitig bis in das Jahr 1983 hinein in erheblichem Umfang Bankkredite eingeräumt erhalten hat, wozu insbesondere ein von der L. bank R. - P. im Juli 1982 zur Verfügung gestellter Kreditrahmen von 19 Mio. DM, eine im ersten Halbjahr 1982 vorgenommene Ausweitung des von der N. Sparkasse eingeräumten Kreditvolumens um 1 Mio. DM, ein im Dezember 1982 von der Bank für Gemeinwirtschaft gewährter Kredit von 400.000 DM sowie ein weiterer Kredit von 4 Mio. DM gehörten, den die L. bank R. - P. noch im April/Mai 1983 gewährte. Die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet, soweit es um die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft bei Abschluß des Darlehensvertrages am 5. März 1982 geht. Die in der ersten Instanz unter Zeugenbeweis gestellte, in der Berufungsin-

stanz übrigens in dieser Form nicht wiederholte Behauptung, keine Bank sei damals bereit gewesen, der Gemeinschuldnerin einen Kredit zu gewähren, ist angesichts der unstreitigen Krediteinräumungen ohne Substanz. Die Argumentation des Klägers ging in Wirklichkeit dahin, zu diesen Kreditzusagen wäre es nicht gekommen, wenn die Banken nicht durch die angeblich unzutreffende "S[REDACTED]-Bilanz" getäuscht worden wären; tatsächlich sei die Gesellschaft schon Ende 1981 überschuldet gewesen. Den dazu angebotenen Sachverständigenbeweis hat das Berufungsgericht aber zu Recht nicht erhoben. Selbst nach der erst im März 1983 von der C[REDACTED] aufgestellten Bilanz ist 1981 noch ein - freilich geringer - Gewinn erzielt worden. Der Kläger hält allerdings auch diese Bilanz vor allem insoweit für falsch, als dort die Forderungen gegen die AVG B[REDACTED] nach einer Wertberichtigung von 1,3 Mio. DM noch mit über 1,5 Mio. DM bewertet worden sind; nach dem Vortrag des Klägers sollen diese Forderungen schon damals insgesamt wertlos gewesen sein. Aber auch dazu fehlt es an der nötigen Substanz. Der Kläger hat insoweit nur behauptet, den angeblichen Forderungen der Gemeinschuldnerin liege die "Abgabe von Ladenhütern" zugrunde, ohne dies näher zu erläutern. Wenn auch den Beklagten als denjenigen, der damals offenbar die Fäden in der Hand hatte, insoweit grundsätzlich eine weitgehende Darlegungslast treffen mag, hätte doch zunächst der Kläger nähere Anhaltspunkte für seine Annahme, bei der es sich offenbar um eine bloße Vermutung handelt, vortragen müssen. Jedenfalls läßt sich das, was damals an die Tochtergesellschaft in B[REDACTED] geliefert worden ist, mit Hilfe eines Sachverständigen allein nicht aufklären.

Das Berufungsgericht hat sich jedoch nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt, daß der Kläger einen auf den 31. Dezember 1982 bezogenen Status vorgelegt hat, nach dem damals eine Unterdeckung von fast 2 Mio. DM bestand. Darin liegt freilich kein Verfahrensfehler, soweit es darum geht, die Kreditunwürdigkeit der AVG bei der Darlehensgewährung im März 1982 festzustellen. Die Vermögenslage, die Ende 1982 bestand, sagt nichts darüber aus, in welchem Zustand sich das Unternehmen knapp 10 Monate früher befand. In welchem Umfang der Verlust, der zu der angeblich Ende 1982 vorhandenen Unterdeckung geführt hat, bereits in den ersten beiden Monaten des Jahres 1982 eingetreten sein soll, ist nicht dargelegt.

Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht aber darin, daß es mit denselben Erwägungen auch für den folgenden Zeitraum bis zum 27. Oktober 1982 eine die Haftungsfolgen der §§ 32 a KO, 32 a GmbHG auslösende Situation verneint hat. Es trifft zwar im Grunde zu, daß konkrete Ereignisse, die während der ersten 10 Monate des Jahres 1982 zu einer Verschlechterung der am 31. Dezember 1981 noch vorhandenen Eigenkapitalausstattung geführt hätten, nicht ersichtlich sind. Es kann aber andererseits nicht außer Betracht gelassen werden, daß zwischen Ende Oktober und dem Jahresende nur eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne lag. Sollte der Vortrag des Klägers zu den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft am 31. Dezember 1982 zutreffen, dann wird, wenn nicht besondere Umstände eine andere Annahme rechtfertigen, schwerlich davon ausgegangen werden können, daß die GmbH am 27. Oktober 1982 wirtschaftlich noch gesund war.

3. Das Berufungsgericht wird danach zunächst der Frage weiter nachgehen müssen, wann der Beklagte seine Treuhänderstellung aufgegeben hat. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, daß der am 5. März 1982 vereinbarte Anteilsverkauf jedenfalls insoweit alsbald realisiert worden ist, als planmäßig am 5. April 1982 mit der Einlösung der 24 Wechsel über je 39.500 DM begonnen worden ist, die die AVG zur Finanzierung des Kaufpreises ausgestellt hat.

Soweit es dann noch darauf ankommen sollte, wird das Berufungsgericht die für Ende 1982 behauptete wirtschaftliche Situation der AVG aufklären müssen. Bei der Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls von wann ab die Finanzierungsleistung des Beklagten als Eigenkapital der Gesellschaft zu behandeln ist, wird auch in Betracht zu ziehen sein, daß dieser sich seine Darlehensforderung am 5. März 1982 durch Übereignung des Warenlagers der AVG hat absichern lassen, dessen Wert den Darlehensbetrag überstiegen haben soll. Wird dem Gesellschafter eine vollwertige Sicherheit für seine Finanzierungsleistung zur Verfügung gestellt, so spricht das im allgemeinen gegen die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft (Sen.Urt. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, WM 1987, 1488). Freilich kann auch in einem solchen Fall eine Lage gegeben sein, in der die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten; insbesondere kann die Gesellschaft trotzdem überschuldet sein (Sen.Urt. v. 19. November 1984 - II ZR 84/84, WM 1985, 115). Die etwa gleichwohl noch gegebene Möglichkeit, von dritter Seite Kredit zu marktüblichen Bedingungen zu erhalten, schließt es in einem solchen Fall nicht aus,

die Gesellschafterleistung als Eigenkapitalersatz anzusehen. Insgesamt muß unter diesen Gesichtspunkten, soweit es entscheidungserheblich ist, der Prozeßstoff erneut und umfassend gewürdigt werden.

II. Das Berufungsurteil kann aus den dargelegten Gründen auch nicht bestehen bleiben, soweit es um die 50.000 DM geht, die der Kläger aufgrund der von der AVG zur Finanzierung des "Anteilsverkaufs" des Beklagten eingegangenen Wechselverpflichtungen von monatlich 39.500 DM verlangt.

1. Mit der Begründung der Wechselverbindlichkeiten hat die AVG es übernommen, dem Beklagten den Kaufpreis für die Übertragung des bis dahin ihm als Treugeber zustehenden Geschäftsanteils an die übrigen Gesellschafter zu zahlen. In dieser Mitverpflichtung der Gesellschaft liegt eine Zuwendung, die der Beklagte - gleichgültig, ob das Treuhandverhältnis zu Dr. H. [REDACTED] schon damals oder erst im Oktober 1982 beendet worden ist - wegen seiner Eigenschaft als Gesellschafter im wirtschaftlichen Sinne erhalten hat. Auf die Gesellschaftereigenschaft im Zeitpunkt der Erfüllung der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (BGHZ 13, 49, 54 f; BGHZ 81, 252, 258).

2. Da diesem Zahlungsversprechen der Gesellschaft keine Gegenleistung des Beklagten im Verhältnis zu ihr gegenübersteht, durfte sie es nach den §§ 30, 31 GmbHG nur mit der Maßgabe erfüllen, daß dadurch das zur Erhaltung des Stamm-

kapitals erforderliche Vermögen nicht beeinträchtigt wurde. Maßgeblich ist dabei nicht der Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung der Gesellschaft begründet worden ist, sondern der der effektiven Auszahlung (BGHZ 9, 157, 169; Sen.Urt. v. 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, WM 1987, 1040). Wie oben ausgeführt, ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß das Stammkapital der AVG spätestens Ende 1982 nicht mehr gedeckt war. Jedenfalls die ab Januar 1983 geleisteten Zahlungen hätten dann nicht erbracht werden dürfen. Das gilt auch für die am 11./12. Juli 1983 mit der Kaufpreisschuld des Beklagten verrechneten 316.000 DM aus den bis dahin noch nicht eingelösten Wechseln.

Dieser Beurteilung steht nicht ohne weiteres entgegen, daß die Gesellschaft gegen die Anteilserwerber B., N. und R., soweit sie deren Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten erfüllte, entsprechende Rückgriffsansprüche hatte. Ob es sich, wie das Berufungsgericht in etwas anderem Zusammenhang gemeint hat, bei der Erfüllung der von der AVG eingegangenen Wechselverpflichtungen nur um "durchlaufende Posten" handelte, hängt, wenn man solche Rückgriffsforderungen grundsätzlich als ausreichendes Äquivalent ansieht (verneinend Roth a.a.O. § 30 Anm. 2.2.2; vgl. auch Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 30 Rdnr. 16), davon ab, ob die übernehmenden Gesellschafter für die von der Gesellschaft erbrachte Leistung "gut waren" (vgl. RGZ 146, 84, 97), ob sie also in der Lage waren, die Rückgriffsansprüche der AVG zu erfüllen. Nach der Behauptung des Klägers war das nicht der Fall (GA 10, 369).

3. Das Berufungsgericht hat unter den danach maßgeblichen Gesichtspunkten bisher keine Feststellungen getroffen; es hat lediglich - in anderem Zusammenhang - ausgeführt, es liege nahe, daß die Gesellschaft schon im Juni 1983 den wesentlichen Teil ihrer ernsthaft angeforderten Verbindlichkeiten nicht mehr habe erfüllen können.

III. Damit die danach noch erforderlichen Tatsachenfeststellungen getroffen werden können, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Kellermann

Brandes

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Stodolkowitz