der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist (Aufgabe von BGH, Urteil vom 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, ZIP 1987, 1113).

BGH, Urteil vom 29. Mai 2000 - II ZR 118/98 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 18. März 1998 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung des Klägers wird der Beklagte in Abänderung des Urteils der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 29. April 1997 - unter Abweisung der Klage im übrigen - verurteilt, an den Kläger 620.973,43 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 2. Dezember 1995 zu zahlen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte zu 55 % und der Kläger zu 45 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Vergleichsverwalter der P. GmbH (künftig: P. GmbH) und nimmt als Treuhänder der Vergleichsgläubiger den Beklagten aus abgetretenem Recht der Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG auf Erstattung von Gewinnausschüttungen in Höhe von zusammen 1.124.973,43 DM in Anspruch, die dieser im Jahre 1990 erhalten haben soll.

Der Beklagte war bis zur Veräußerung seines Anteils im August 1990 mit zuletzt knapp 2,3 Mio. DM an der P. GmbH beteiligt, deren Stammkapital sich damals auf 20 Mio. DM belief. Im März 1990 erhielt er aufgrund eines entsprechenden Gewinnverwendungsbeschlusses für das Jahr 1989 von der Gesellschaft 408.240,-- DM. Weiterhin beschloß die Gesellschafterversammlung am 5. und am 18. Juli 1990 zwei Vorabausschüttungen auf das Geschäftsjahr 1990, die durch den Gewinnverwendungsbeschluß für das Jahr 1990 im März 1991 bestätigt wurden und von denen auf den Anteil des Beklagten 44.733,43 DM und 672.000,-- DM entfielen. Der um die an das Finanzamt abgeführte Kapitalertragsteuer geminderte Nettobetrag der ersten Vorabausschüttung auf das Jahr 1990 in Höhe von 33.550,07 DM wurde nicht direkt an den Beklagten ausgezahlt, sondern mit dessen Einverständnis dem Verrechnungskonto der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "K. Ring" - an der der Beklagte beteiligt war - bei der P. GmbH gutgeschrieben. Der Nettobetrag der zweiten Vorabausschüttung auf das Jahr 1990 in Höhe von 504.000,-- DM wurde ebenfalls nicht an den Beklagten ausgezahlt, sondern sollte mit der von diesem zu erbringenden Stammeinlage auf eine am 18. Juli 1990 beschlossene Kapitalerhöhung der P. GmbH um insgesamt 5 Mio. DM verrechnet werden. Mit Gesellschafterbeschluß vom 20. März 1991 - der Beklagte war zu diesem Zeit-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

punkt nicht mehr Gesellschafter - wurde diese Verrechnungsregelung aufgehoben. Die auf die Kapitalerhöhung zu erbringenden Stammeinlagen wurden zum 2. November 1991 fällig gestellt und die ursprünglich zur Verrechnung bestimmten Gewinnauszahlungsansprüche für 1990 wurden an die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Gesellschafter - zu denen der Beklagte nicht mehr gehörte - ausgezahlt.

Im August 1994 wurde über das Vermögen der P. GmbH das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet und der Kläger zum Vergleichsverwalter bestellt. Dem lag folgendes Geschehen zugrunde:

Geschäftsgegenstand der P. GmbH war der Ankauf von Forderungen im Wege des Factoring. Weitaus größter Kunde der Gesellschaft waren die B. AG und deren Tochtergesellschaften, die weltweit im Sportplatz- und Stadionbau tätig waren. Der Factoring-Umsatz zwischen der P. GmbH und der B.-Gruppe steigerte sich von 204 Mio. DM (1985) auf 2,36 Mrd. DM (1993). Im Mai 1994 betrug der Bestand der von der B.-Gruppe aufgekauften Forderungen bei der P. GmbH nominal ca. 1,975 Mrd. DM. Zu diesem Zeitpunkt stellte sich heraus, daß es sich bei den seit 1983/84 erworbenen Forderungen der B.-Gruppe in zunehmendem Maße und zuletzt zum ganz überwiegenden Teil um nicht existierende, von der B.-Gruppe erfundene "Luftforderungen" handelte, deren Existenz der P. GmbH mit Hilfe gefälschter Unterlagen vorgetäuscht wurde. Die Täuschungen blieben lange Zeit verborgen, weil die B.-Gruppe nach den bestehenden Vereinbarungen weiterhin den Einzug der Forderungen bei den Schuldnern übernehmen sollte (sog. stilles Factoring) und es ihr somit möglich war, an die P. GmbH Gelder als angebliche Erlöse aus dem Forderungseinzug abzuführen, die in Wirklichkeit aus den eigenen Mitteln der

P. GmbH stammten, die von dieser für den Ankauf immer weiterer "Luftforderungen" an die B.-Gruppe gezahlt wurden. Zur Verheimlichung der Täuschungen erfand die B.-Gruppe in ständig steigendem Umfang weitere Forderungen, so daß der Bestand an Luftforderungen sich mit "Schneeballeffekt" kontinuierlich vergrößerte. Nach der Aufdeckung der Täuschungen und dem Konkurs der B. AG stand 1994 fest, daß die P. GmbH wegen der Wertlosigkeit der aufgekauften Forderungen in ganz erheblichem Umfang überschuldet war.

Im März 1995 schloß der Kläger mit den Gläubigern der P. GmbH einen Liquidationsvergleich, wonach die Gläubigerforderungen bis 100.000,-- DM voll, die darüber hinausgehenden Forderungen zu 35 % erfüllt werden sollten. Im übrigen wurden die Forderungen erlassen, soweit sie nicht durch die Verwertung des Vermögens der P. GmbH gedeckt würden. Dieses Vermögen wurde auf den Kläger als Treuhänder der Gläubiger übertragen, der es verwerten und die Erlöse an die Gläubiger auskehren sollte. Der Abschluß und die Erfüllung dieses Vergleichs waren dem Kläger möglich, weil einerseits die Gläubigerbanken auf Forderungen in Höhe von 600 Mio. DM verzichteten und andererseits die zu 50 % an der P. GmbH beteiligte Hauptgesellschafterin, die A. AG (künftig: A. AG), an die Gesellschaft 220 Mio. DM zahlte. Die eine Hälfte dieses Betrages wurde gegen einen Verzicht der P. GmbH auf alle denkbaren Ansprüche gegen die A. AG, insbesondere solche wegen Kapitalaufbringung und

-erhaltung, geleistet; die anderen 110 Mio. DM waren die Gegenleistung der A. AG dafür, daß die übrigen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichsverfahrens vorhandenen sieben Gesellschafter ihre Anteile über den Kläger auf die A. AG übertrugen. Auch ihnen gegenüber verzichtete der Kläger durch Vergleich auf die Geltendmachung jedweden Anspruchs der P. GmbH wegen

Kapitalaufbringung und -erhaltung. Die Vereinigung der Anteile der P. GmbH in der Hand der A. AG erfolgte in der Absicht, dadurch den enormen steuerlichen Verlustvortrag der P. GmbH in Höhe von ca. 1,7 Mrd. DM nutzen zu können. Dies geschah in der Folge durch die Veräußerung von mindestens 75 % der P.-Anteile an die R.-Unternehmensgruppe, die schließlich den Verlustvortrag realisieren konnte. Das gerichtliche Vergleichsverfahren über das Vermögen der P. GmbH wurde nach Erfüllung des Vergleichs im Oktober 1995 aufgehoben. Die Gesellschaft hat inzwischen ihre Firma geändert.

Der Kläger verlangt als Inhaber des im Zusammenhang mit dem Liquidationsvergleich auf ihn als Treuhänder der Vergleichsgläubiger übergegangenen früheren Vermögens der P. GmbH vom Beklagten die Erstattung der im Jahre 1990 beschlossenen Ausschüttungen. Er hat vorgetragen, die Gesellschaft sei wegen des Erwerbs einer großen Zahl wertloser Luftforderungen schon in den Jahren 1989 und 1990 mit über 500 Mio. DM überschuldet gewesen, so daß die Ausschüttungen gegen das Verbot der Auszahlung des Stammkapitals gemäß § 30 GmbHG verstoßen hätten. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist teilweise begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Erstattungsanspruch gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit § 398 BGB in Höhe von insgesamt 620.973,43 DM.

I.

Zu Recht - und von der Revisionserwiderung auch nicht beanstandet - hat das Berufungsgericht (dessen Urteil in NZG 1998, 683 veröffentlicht ist) die Abtretung der Erstattungsforderung an den Kläger als Treuhänder der Vergleichsgläubiger für wirksam erachtet. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Abtretung der Erstattungsforderung an einen Gesellschaftsgläubiger gegen volles Entgelt in Form eines Forderungserlasses bestehen keine Bedenken (Senat, BGHZ 69, 274, 283). Die Auffassung des Landgerichts, der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt, auf welche bestimmte Gegenforderung die Gläubiger des Vergleichsverfahrens gerade als Gegenleistung für die Abtretung des streitgegenständlichen Erstattungsanspruches verzichtet hätten, ist vom Berufungsgericht zutreffend abgelehnt worden. Entscheidend für die Vollwertigkeit der Gegenleistung der Gläubiger ist, daß sie insgesamt in einem weitaus höherem Maße auf Forderungen gegenüber der P. GmbH verzichtet haben, als ihnen durch Übertragung des Gesellschaftsvermögens an Werten zugeflossen ist.

II.

Die Abweisung der Klage wird vom Berufungsgericht in erster Linie damit begründet, der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt, daß das Stammkapital der früher als P. GmbH firmierenden Gesellschaft nicht inzwischen nachhaltig wiederhergestellt sei. Vielmehr sei es in hohem Maße wahrscheinlich, daß nach der Erfüllung des Liquidationsvergleichs und der Übernahme der Anteile durch die bekanntermaßen finanzstarke R.-Unternehmensgruppe die frühere Unterbilanz nunmehr beseitigt sei. Eine nachhaltige Wiederauffüllung

des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe der Stammkapitalziffer führe nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urt. v. 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, ZIP 1987, 1113, 1114 m. Anm. Westermann) zum Wegfall des Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG, weil der mit der Erstattung verfolgte Zweck anderweitig erreicht sei.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Für das Bestehen der Klageforderung ist eine nachträgliche Besserung der Vermögenssituation der P. GmbH ohne Bedeutung. Ein einmal wegen Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG entstandener Erstattungsanspruch der Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG entfällt nicht von Gesetzes wegen, wenn das Gesellschaftskapital zwischenzeitlich anderweit bis zur Höhe der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist. An der im Urteil vom 11. Mai 1987 (aaO) geäußerten gegenteiligen Rechtsauffassung hält der Senat nicht fest. Ein solcher Fortfall des Erstattungsanspruchs ist rechtssystematisch kaum zu begründen und führt in der Anwendungspraxis nicht stets zu sachgerechten Ergebnissen.

a) Die von der Revision im Anschluß an große Teile des Schrifttums (vgl. Brandner, FS Fleck S. 23, 32; Hommelhoff, FS Kellermann S. 165 ff.; Ulmer, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz S. 363, 385 ff.; Baumbach/Hueck, GmbHG 16. Aufl. § 31 Rdn. 6; Scholz/Westermann, GmbHG 8. Aufl. § 31 Rdn. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. § 31 Rdn. 11; Rowedder, GmbHG 3. Aufl. § 31 Rdn. 10) vorgetragenen Bedenken in bezug auf die rechtliche Konstruktion eines Erlöschens des Erstattungsanspruchs durch "Zweckerreichung" sind

berechtigt. § 31 Abs. 1 GmbHG setzt ausschließlich die Verletzung des § 30 Abs. 1 GmbHG im Zeitpunkt der Auszahlung voraus und ordnet generell die Erstattung der unter Verstoß gegen diese Kapitalerhaltungsvorschrift erbrachten Leistungen an. Daß der weitere Bestand des Erstattungsanspruchs gleichsam auflösend bedingt vom Fortbestand der Unterbilanz abhängig sein soll, kann weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck der Regelung entnommen werden. Der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG dient der Wiederaufbringung des durch die verbotene Auszahlung verletzten Stammkapitals der Gesellschaft und ist deshalb funktional mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft zu vergleichen (Baumbach/Hueck aaO, § 31 Rdn. 3; Hommelhoff aaO, S. 175 ff.), für dessen Bestand es wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung keine Rolle spielt, ob das Stammkapital der Gesellschaft möglicherweise bereits auf andere Weise gedeckt ist. Für eine davon abweichende Behandlung des Erstattungsanspruchs ist kein Grund ersichtlich. Dagegen spricht insbesondere auch die Vorschrift des § 31 Abs. 2 GmbHG, wonach der Anspruch nur entfallen soll, wenn der Auszahlungsempfänger gutgläubig war und außerdem die Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht erforderlich ist. Würde man darüber hinaus den Fortbestand der Erstattungsforderung auch noch von einer weiter bestehenden Unterbilanz abhängig machen, würden diese gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für einen Wegfall des Anspruchs unterlaufen.

b) Eine Abhängigkeit der Erstattungsforderung vom Fortbestand der Unterbilanz würde es der Gesellschaft - wie der vorliegende Fall zeigt - zudem faktisch unmöglich machen, die Erstattungsforderung durch Veräußerung an Gesellschaftsgläubiger oder sonstige Dritte zu verwerten. Der Erstattungsschuldner könnte dem Erwerber der Forderung in diesem Falle entgegenhal-

ten, daß die Forderung inzwischen aufgrund der Zahlung des Veräußerungsentgelts oder der Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit als Gegenleistung für die Übertragung der Forderung - und einer damit verbundenen Wiederauffüllung des Stammkapitals - erloschen sei. Die Gesellschaft wäre dann zur Rückzahlung des erhaltenen Entgelts an den Forderungserwerber verpflichtet, so daß das Stammkapital wieder angegriffen wäre. Ein solches Ergebnis wäre wirtschaftlich ohne Sinn und ginge an den Erfordernissen der Geschäftspraxis vorbei, in der es für ein Unternehmen zur Vermeidung eines Liquidationsengpasses durchaus sinnvoll und notwendig sein kann, eine Forderung durch Veräußerung alsbald zu verwerten, anstatt sie selbst einzuziehen.

2. Der Beklagte kann der Klageforderung etwaige Erfüllungsansprüche aus den den Auszahlungen zugrundeliegenden Gewinnverwendungsbeschlüssen nicht im Wege der Aufrechnung oder der Erhebung des dolo-petit-Einwandes entgegenhalten, denn das widerspräche dem Gebot der realen Kapital(wieder)aufbringung. § 31 GmbHG gebietet dem Empfänger der verbotenen Auszahlung - mit der einzigen Ausnahme des in seinem Absatz 2 geregelten Falles - uneingeschränkt die Rückzahlung des Betrages an die Gesellschaft. Es ist den Gesellschaftern vorbehalten, über die Verwendung der Rückzahlung nach Maßgabe der inneren Verhältnisse der Gesellschaft und etwa bestehender Verpflichtungen zu entscheiden.

III.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Klageanspruch nicht der Ausnahmetatbestand des § 31 Abs. 2 GmbHG entgegen.

Das Berufungsgericht hält die Inanspruchnahme des Beklagten zur Befriedigung der Gläubiger der P. GmbH nicht mehr für erforderlich, weil den Vergleichsgläubigern nach der Beendigung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens keine Ansprüche mehr gegen die Gesellschaft zustünden. Diese Beurteilung trifft nicht zu. Das Vermögen der P. GmbH ist im Rahmen des Liquidationsvergleichs - einschließlich der streitgegenständlichen Erstattungsforderung - zum Zwecke der Verwertung und Befriedigung auf die Gläubiger, vertreten durch den Kläger, übertragen worden; die Gläubiger haben nur insoweit auf ihre Forderungen gegen die P. GmbH verzichtet, als sie aus diesem Vermögen keine Befriedigung mehr erlangen können. Die Durchsetzung der Erstattungsforderung gegen den Beklagten dient also der Befriedigung bestehender, nicht vom Forderungsverzicht umfaßter Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger (vgl. § 7 Abs. 4 VerglO).

IV.

Soweit das Berufungsgericht schließlich annimmt, der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt, daß das Stammkapital der P. GmbH im Zeitraum der Auszahlungen nicht gedeckt war, hält das Urteil den Angriffen der Revision ebenfalls nicht stand. Vielmehr ist es der Beklagte, der sich gegenüber dem schlüssigen und detaillierten Vortrag des Klägers zur Überschuldung der Gesellschaft nicht ausreichend erklärt hat (§ 138 Abs. 2 ZPO), so daß die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO eintritt. Der Senat kann daher ohne Zurückverweisung an das Berufungsgericht in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

1. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast überspannt und wesentlichen Sachvortrag des Klägers übergangen hat.

Der Kläger hat schon mit der Klageschrift die Jahresabschlüsse der P. GmbH für die Jahre 1985 bis 1993 vorgelegt und unter Angebot von Zeugen- und Sachverständigenbeweis vorgetragen, daß sämtliche darin aktivierten abgetretenen B.-Forderungen aus dem sogenannten "Stadionbereich" nicht existierten, also Luftforderungen waren und daß bereits der Abzug dieser angekauften Forderungen die fortwährend vorhandene Überschuldung der P. GmbH ergibt. In Anlage K 3 zur Klageschrift ist der überbewertete Forderungsbereich des Aktivvermögens eindeutig gekennzeichnet, indem der Stadionbereich ziffernmäßig für die einzelnen Jahresabschlüsse herausgezogen worden ist; die Übersicht im Anschluß daran enthält sogar die jeweiligen Auslandsfirmen der B.-Gruppe, die von den Luftforderungen erfaßt werden. Darüber hinaus hat der Kläger den Bericht des als Zeugen benannten Konkursverwalters der B. AG vorgelegt, in dem dieser unmißverständlich dargelegt hat, daß aufgrund seiner Recherchen, die von dem im Strafverfahren vor dem Landgericht Bi. geständigen "Erfinder" des B.-Betrugssystems bestätigt wurden, das Stadiongeschäft insgesamt nicht existierte, sondern eine reine Erfindung und Fälschung war, um im "Schneeballsystem" den Ankauf durch die P. GmbH im Wege des stillen Factoring herbeizuführen. Entsprechendes hat der Kläger als Vergleichsverwalter bei der P. GmbH ermittelt und durch einen ebenfalls im Rechtsstreit vorgelegten Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KP. bestätigen lassen. Der Kläger hat dann schließlich sogar nach dem abweisenden landgerichtlichen Urteil noch die vom Landgericht geforderten Stichtagsbilanzen für die Auszahlungszeitpunkte von der erwähnten Wirt-

schaftsprüfungsgesellschaft erstellen lassen. Dem Vortrag des Klägers läßt sich insgesamt mit aller wünschenswerten Klarheit entnehmen, daß bei der P. GmbH im Jahre 1990 nicht nur durchgängig eine Unterbilanz vorhanden war, sondern daß sich die Gesellschaft sogar bereits im Stadium der Überschuldung befunden hat. Was das Berufungsgericht demgegenüber mit den festgestellten Unschlüssigkeiten und Widersprüchlichkeiten meint, ist nicht erfindlich. Auch der Umstand, daß die vorgelegten Bilanzen nicht testiert sind, ändert nichts an der schlüssigen Darlegung.

2. Das Berufungsgericht geht auch fehl, soweit es beanstandet, der Kläger habe eventuelle Regreßansprüche der P. GmbH gegen die B. AG und deren Verantwortliche nicht in seine Berechnungen einfließen lassen.

Zwar mögen der P. GmbH Schadensersatzforderungen wegen des Verkaufs der Luftforderungen zugestanden haben. Der Kläger hat aber insbesondere durch die Bezugnahme auf die Ausführungen im Bericht des Konkursverwalters der B. AG schlüssig dargetan, daß diese seit ihrer Gründung bereits überschuldet war und deshalb solche Forderungen nicht werthaltig gewesen sein können. Soweit der Beklagte dem entgegengehalten hat, der B. AG hafteten gemäß §§ 46, 49 AktG deren Gründungsgesellschafter und die Gründungsprüfer, so daß gleichwohl Ersatzansprüche hätten aktiviert werden müssen, ist dieses Vorbringen nicht geeignet, ausreichend sichere Anhaltspunkte für konkrete und werthaltige Ansprüche der B. AG gegen ihre Gründer und Prüfer darzulegen, geschweige denn, aus dem Vorliegen solcher Ansprüche tatsächlich auf eine realistische Verwertungsmöglichkeit zugunsten der P. GmbH schließen zu können. Immerhin hätten die Ersatzansprüche so um-

fangreich und werthaltig sein müssen, daß sie die bei der P. GmbH vorhandene Überschuldung von mehreren hundert Millionen DM ausgeglichen und zudem noch das Stammkapital abgedeckt hätten.

3. Gegenüber dem schlüssigen Vortrag des Klägers zur bestehenden Unterbilanz hat sich der Beklagte nicht ausreichend erklärt.

Die Anforderungen an die Erklärungslast des Gegners der darlegungspflichtigen Partei sind abhängig von der Substanz des Vortrags der Gegenseite (Sen.Urt. v. 20. Mai 1996 - II ZR 301/95, NJW-RR 1996, 1211). Trägt der Darlegungspflichtige einen konkreten und detaillierten Sachverhalt vor, muß der Gegner sich hierzu grundsätzlich ebenfalls substantiiert äußern (Zöller/Greger, ZPO 21. Aufl. § 138 Rdn. 8 a). Daran fehlt es hier seitens des Beklagten. Dieser hat sich gegenüber dem zuvor geschilderten konkreten und detaillierten Klägervortrag zum Ausmaß der Überschuldung der P. GmbH auf die Forderung beschränkt, der Kläger möge noch detailliert darlegen, welche einzelnen von P. GmbH angekauften Forderungen zu welchen Zeitpunkten hinfällig gewesen seien. Insbesondere nachdem der Kläger zusätzlich den jeweils vorhandenen Bestand an Luftforderungen aus dem Stadionbereich und das bei Weglassung dieser Forderungen aus der Bilanz vorhandene Ausmaß der Überschuldung der P. GmbH dargelegt hat, oblag es dem Beklagten, zumindest Anhaltspunkte dafür zu benennen, inwiefern der Kläger auch werthaltige Forderungen ausgebucht haben könnte. Er hat dem aber nur ganz allgemein entgegengesetzt, die Bilanzen seien "handgestrickt", nicht testiert, "offensichtlich unrichtig" und stammten gar nicht von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KP.. In welchen einzelnen Punkten die Bilanzen inhaltlich unzutreffend sein sollen, geht aus dem Beklagtenvortrag nicht hervor. Insgesamt genügt der diesbezügliche Be-

klagtenvortrag somit nicht den Anforderungen an seine Erklärungslast, so daß die Darlegungen des Klägers über die im Jahre 1990 vorhandene Überschuldung der P. GmbH als zugestanden anzusehen sind.

V.

Die Inanspruchnahme des Klägers verstößt im Verhältnis zu denjenigen Gesellschaftern der P. GmbH, denen gegenüber der Kläger Anfang 1995 durch Vergleich auf die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG verzichtet hat, nicht gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das Berufungsgericht hat diese Frage - aus seiner Sicht konsequent - offengelassen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der Rechtsstreit auch in diesem Punkt entscheidungsreif ist.

Anders als die Revisionserwiderung meint, bestand ein sachlicher Grund, der die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Die Gesellschafter, denen gegenüber der Kläger auf die Geltendmachung der Erstattungsansprüche verzichtet hat, haben für diesen Verzicht eine gleichwertige Gegenleistung erbracht, indem sie die ihnen zu diesem Zeitpunkt noch gehörenden P.-Geschäftsanteile dem Kläger zur Veräußerung an Dritte überlassen und die ihnen aus dieser künftigen Veräußerung zustehenden Kaufpreisansprüche an die Gesellschaft abgetreten haben. Aus der Veräußerung der Anteile an die Mitgesellschafterin A. AG wurde ein Betrag von 110 Mio. DM erlöst, der infolge der Abtretung an die P. GmbH geflossen ist. Dieser Zufluß ist auch als ein zumindest äquivalenter Gegenwert für den Verzicht auf die Geltendmachung der Erstattungsansprüche anzusehen und rechtfertigt damit diese Maßnahme. Ohne die Veräußerung der Geschäftsanteile an den vom Kläger zu bestimmenden

Dritten wäre eine Verwertung des steuerlichen Verlustvortrags - und damit die erfolgreiche Durchführung des Vergleichsverfahrens - nicht möglich gewesen. Im übrigen ist es auch unter Kapitalerhaltungsgesichtspunkten nicht zu beanstanden, daß die Vergleichsgläubiger sich dadurch einen Vorteil verschafft haben, daß die Gesellschaftsanteile der noch vorhandenen Gesellschafter gegen einen Verzicht auf die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens weiterveräußert werden konnten. Die Kapitalerhaltungsregeln sind in erster Linie Gläubigerschutzvorschriften, die durch eine von den Gläubigern selbst vorgenommene und dazu für alle Gläubiger gleichmäßig günstige Disposition nicht beeinträchtigt werden. Ein willkürliches Handeln kann in der Inanspruchnahme des Beklagten somit nicht gesehen werden. Bedenkt man schließlich, daß der Beklagte im Jahre 1990 - als die Gesellschaft bereits überschuldet war - für die Veräußerung seines P.-Anteils immerhin noch 16 Mio. DM erlöst hat, dann geschieht ihm im Verhältnis zu den verbliebenen Gesellschaftern durch die jetzige Inanspruchnahme auf Erstattung kein Unrecht.

VI.

Die Klageforderung ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht verjährt. Die fünfjährige Verjährungsfrist der Erstattungsansprüche gemäß § 31 Abs. 5 GmbHG begann zum jeweiligen Zeitpunkt der Auszahlung der am 8. März sowie am 5. und 18. Juli 1990 beschlossenen Ausschüttungen an den Beklagten - also frühestens am 8. März 1990 - zu laufen. Die Verjährung wurde sodann gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB durch die Zustellung des noch von der P. GmbH als damaliger Forderungsinhaberin am 2. März 1995 beantragten Mahnbescheids an den Beklagten unterbrochen. Die Zustellung

des Mahnbescheids erfolgte "demnächst" nach dem frühestmöglichen Ablauf der Verjährungsfrist am 8. März 1995 - nämlich am 24. März 1995 -, so daß die Unterbrechung der Verjährung gemäß § 693 Abs. 2 ZPO mit Einreichung des Mahnbescheidsantrags am 2. März 1995, mithin vor Ablauf der Verjährungsfrist, eintrat. Die von der P. GmbH als damaliger Berechtigter durch die Einleitung des Mahnverfahrens herbeigeführte Verjährungsunterbrechung wirkt auch zugunsten des Klägers als Rechtsnachfolger (vgl. RGZ 163, 396, 398; Palandt/Heinrichs, BGB 59. Aufl. § 217 Rdn. 1), so daß zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage im Juli 1996 Verjährung noch nicht eingetreten war.

VII.

Die Revision ist allerdings nur in Höhe von 620.973,43 DM begründet, weil der Beklagte nur in dieser Höhe Zahlungen im Sinne des § 31 Abs. 1 GmbHG erhalten hat. In Höhe des übersteigenden Betrages (504.000,-- DM) hat das Rechtsmittel keinen Erfolg und bleibt es im Ergebnis bei der Abweisung der Klage.

1. Außer Streit ist zwischen den Parteien, daß der Beklagte die auf die Gewinnausschüttung für das Jahr 1989 gemäß Gesellschafterbeschluß vom 8. März 1990 entfallenden 408.240,-- DM im März 1990 vollständig erhalten hat.

2. Im Hinblick auf die beiden Vorabausschüttungen des Monats Juli 1990 hat das Berufungsgericht offengelassen, inwiefern die auf den Beklagten entfallenden Beträge diesem zugeflossen sind. Der Rechtsstreit ist aber auch insoweit zur Entscheidung reif.

a) Hinsichtlich des Betrages der ersten Vorabausschüttung für das Jahr 1990 gemäß Gesellschafterbeschluß vom 5. Juli 1990 ist der Beklagte in Höhe des auf ihn entfallenden Betrages von 44.733,43 DM als Empfänger der Ausschüttung anzusehen, auch wenn der Nettobetrag nicht direkt an ihn ausgezahlt, sondern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "K. Ring" (künftig: GbR) gutgeschrieben wurde. Die Auffassung der Revisionserwiderung, der Beklagte sei insoweit nicht Empfänger im Sinne des § 31 GmbHG, trifft nicht zu. Zahlt die Gesellschaft den gegen § 30 GmbHG verstoßenden Auszahlungsbetrag nicht unmittelbar an den Gesellschafter, sondern auf dessen Verlangen an ei-

nen Dritten, dann ist nicht der Dritte, sondern der Gesellschafter Empfänger der Zahlung im Sinne des § 31 GmbHG (BGHZ 81, 365, 368; Rowedder aaO, § 31 Rdn. 5; Baumbach/Hueck aaO, § 31 Rdn. 11; Scholz/Westermann aaO, § 31 Rdn. 11 ff.). Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft - wie hier - abredegemäß zugunsten des Gesellschafters mittels Gutschrift auf einem Verrechnungskonto die Verbindlichkeiten des Dritten gegenüber der Gesellschaft mindert. Unbehelflich ist demgegenüber die Einlassung des Beklagten, der Nettobetrag der Ausschüttung sei zwar bereits am 5. Juli 1990 dem internen Verrechnungskonto der GbR bei der P. GmbH gutgeschrieben worden, die eigentliche Verrechnung dieser Gutschrift mit Forderungen der P. GmbH gegen die GbR sei aber erst nach seinem Ausscheiden aus der GbR und ohne seine Anweisung erfolgt. Das Einverständnis des Beklagten mit der vorgenommenen Verrechnung folgt bereits aus seiner Zustimmung zur Buchung des Ausschüttungsbetrages auf dem Verrechnungskonto der GbR am 5. Juli 1990. Eine nochmalige Anweisung des Beklagten zur Verrechnung des Betrages mit einer bestimmten Forderung der P. GmbH gegen die GbR war deshalb zur Annahme eines Einverständnisses des Beklagten mit der Ausschüttung zugunsten der GbR nicht erforderlich. Schließlich spielt es auch keine Rolle, ob im vorliegenden Fall die Gutschrift auf dem Verrechnungskonto der GbR dem Beklagten tatsächlich vermögensmäßig zugute gekommen ist (z.B. durch Buchung auf seinem Kapitalkonto in der GbR); denn bei § 31 Abs. 1 GmbHG handelt es sich nicht um eine Bereicherungshaftung (BGHZ 31, 258, 265). Wenn der Beklagte also aus der GbR ausgeschieden ist, ohne sich den Verrechnungsbetrag auf seinem Kapitalkonto gutschreiben zu lassen, hat das nichts an seiner Eigenschaft als Empfänger der Auszahlung geändert.

b) Hinsichtlich der zweiten Vorabausschüttung 1990 gemäß Gesellschafterbeschluß vom 18. Juli 1990 in Höhe von 672.000,-- DM ist der Beklagte nur teilweise als Empfänger der Auszahlung im Sinne des § 31 Abs. 1 GmbHG anzusehen.

aa) Nicht zweifelhaft ist die Empfängereigenschaft des Beklagten hinsichtlich desjenigen Teils der Ausschüttung (168.000,-- DM), den die P. GmbH zur Begleichung der vom Beklagten zu tragenden Kapitalertragsteuer direkt an das Finanzamt abgeführt hat.

bb) Demgegenüber ist er nicht Empfänger des Nettobetrags der Vorabausschüttung in Höhe von 504.000,-- DM, der zunächst mit der auf die Kapitalerhöhung zu erbringenden Stammeinlage verrechnet werden sollte. Die am 18. Juli 1990 ursprünglich beschlossene Verrechnung des Vorabausschüttungsbetrages mit der Stammeinlageverpflichtung der Gesellschafter aus der Kapitalerhöhung war wegen Verstoßes gegen das Erfordernis der realen Kapitalaufbringung entsprechend § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG unwirksam. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG schließt zwar unmittelbar nur eine einseitige Aufrechnung des Gesellschafters gegen seine Einlageverpflichtung aus. Nach der Rechtsprechung des Senats folgt aber aus dem Gebot der realen Kapitalaufbringung, daß auch die Gesellschaft mit dem Einlageanspruch nur gegen solche Gegenansprüche des Gesellschafters aufrechnen kann, die vollwertig, fällig und liquide sind (BGHZ 90, 370, 373; 125, 141, 143). Ist die Gesellschaft - wie hier die P. GmbH - überschuldet, kommt deshalb mangels Vollwertigkeit der Gegenforderung eine Aufrechnung gegen die Einlageforderung grundsätzlich nicht in Betracht (BGHZ 90, 370, 373; 125, 141, 146). Die Unwirksamkeit der Aufrechnung hatte zur Folge, daß hinsichtlich beider Forderungen keine

Erfüllungswirkung eingetreten ist. Dem Beklagten ist deshalb der Vorabausschüttungsbetrag nicht - auch nicht indirekt - ausgezahlt worden. Soweit die Auszahlung des Betrages später aufgrund des Beschlusses vom 20. März 1991 an die Rechtsnachfolger des Beklagten als Gesellschafter erfolgt ist, kann der Beklagte nicht als Empfänger der Auszahlung angesehen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte in den Verträgen über die Veräußerung seines Geschäftsanteils vom 17. August 1990 mit den Erwerbern vereinbart hat, daß ihm vom Jahresgewinn 1990 die am 18. Juli 1990 vorab ausgeschütteten Beträge zustehen sollten. Selbst wenn daraus im Verhältnis zu den Erwerbern ein Anspruch des Beklagten auf Auskehrung der 1991 an diese ausgezahlten Beträge folgen sollte, würde das nicht dazu führen, daß im Verhältnis zur Gesellschaft der Beklagte Zahlungsempfänger im Sinne des § 31 Abs. 1 GmbHG wäre.

Röhricht Hesselberger Goette

Kurzwelly Kraemer