

Verkündet

am 15. November 1962

Schorm, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Dipl.-Ing. Ernst V [REDACTED], M [REDACTED],
Sp [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Rechtsanwalt Rolf W [REDACTED], St [REDACTED]-O,
Fr [REDACTED]straße [REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma Be [REDACTED] GmbH, St [REDACTED]-F [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 15. November 1962 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Kuhn,
Dr. Nörr, Dr. Reinicke und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision des Beklagten
wird auf die Anschlußrevision des Klägers das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stutt-
gart vom 2. März 1961 im Kostenpunkt und insoweit
aufgehoben, als es die Klage abgewiesen hat.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger
weitere 9.989,80 DM nebst 5 % Zinsen seit dem
6. Juni 1955 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklag-
ten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Sache befindet sich im zweiten Revisionszuge. Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil des erkennenden Senats vom 14. Dezember 1959 - II ZR 187/57 - (BGHZ 31, 258) verwiesen. Durch dieses Urteil wurde die Revision des Beklagten insoweit zurückgewiesen, als der Beklagte zur Zahlung von 17.869,01 DM und zur Hälfte der vor dem Landgericht und im ersten Berufungszuge entstandenen Kosten verurteilt worden ist. Im übrigen wurde das erste Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger macht geltend: Alle der späteren Gemeinschaftschuldnerin darlehensweise zur Verfügung gestellten Beträge - das waren bis zum 4. Mai 1954 insgesamt 46.255 DM und die am 1. und 2. Dezember 1954 gewährten 10.000 DM - hätten dazu gedient, die Konkursantragspflicht abzuwenden. Sie seien daher wie haftendes Kapital zu behandeln. Was der Beklagte hierauf in bar oder durch Sachzuwendungen erhalten habe, seien Leistungen, die die spätere Gemeinschaftschuldnerin dem § 30 GmbHG zuwider bewirkt habe und die ihr deshalb nach § 31 Abs. 1 GmbHG zu erstatten seien. Es handle sich dabei um insgesamt 36.115,11 DM. Da hiervon erst 17.869,01 DM zuerkannt seien, ergebe sich eine Differenz von 18.246,15 DM. Demgemäß beantragt der Kläger, den Beklagten noch zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen.

Er behauptet noch, die 5.000 DM, um die der Kaufpreis für die Einrichtung der S [REDACTED] GmbH überhöht war, seien tatsächlich dem Beklagten zugeflossen.

Während er neben dem ursprünglichen Betrag von 36.115,11 DM noch gesondert 3 DM Mahnspesen verlangt hat,

hat er diese Spesen neben dem ermäßigten Betrage nicht extra gefordert.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung weiterer 8.256,35 DM verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Es hat die Verurteilung in Höhe von 8.253,35 DM auf § 31 Abs. 1 GmbHG gestützt und außerdem 3 DM Mahnspesen zuerkannt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag, soweit er nicht bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, weiter.

Mit der Anschlußrevision strebt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des im angefochtenen Urteil aberkannten Betrages (9.989,80 DM) an.

Beide Parteien bitten um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

A. Revision

I.

Die Revision macht geltend, die Klage sei unzulässig Rechtsausübung. Der Kläger habe mit seinem Schriftsatz vom 11. Juli 1960 (S. 4, Bl. 344 d. A.) selbst vorgetragen, bei wirtschaftlicher Betrachtung werde der Prozeß nur geführt, um letzten Endes eine dem Beklagten zustehende Forderung bezahlen zu können. Diese Erklärung des Klägers beruht jedoch auf der Annahme, die ihm zuerkannten 17.869,01 DM seien ein vollwertiges Aktivum der Konkursmasse (Bl. 341 d. A.) und außer den angenommenen Masseschulden von 5.199,05 DM (zuzüglich der Kosten der Konkursverwaltung) und anerkannten Konkursforderungen in Höhe von 34.120,96 DM



brauchten keine weiteren Forderungen mehr anerkannt zu werden (Bl. 342 d. A.). Der Beklagte hat jedoch gegen seine Urteilsschuld mit einer angeblichen Darlehensforderung aufgerechnet, zugunsten der A [REDACTED] AG ist eine Forderung von 17.044,89 DM anerkannt worden, und der Beklagte hat mit dieser Forderung unter der Behauptung, diese vor Konkurseröffnung entstandene Forderung sei ihm bereits vor Konkursbeginn abgetreten worden, aufgerechnet. Damit hat sich das Bild wesentlich geändert. Demzufolge hat der Kläger auch erklärt (vgl. seinen Schriftsatz vom 9. Dezember 1960, S. 4, Bl. 449 d. A.), zur Durchführung des Konkursverfahrens brauche er die Klagesumme voll.

II.

Das Berufungsgericht meint, alle Darlehen, die der Beklagte der späteren Gemeinschuldnerin gewährt hat, seien in Wirklichkeit haftendes Kapital, da die Gesellschaft während der Dauer ihrer werbenden Betätigung überschuldet gewesen sei, falls die Darlehen als Verbindlichkeiten angesehen würden, und da der Beklagte die Darlehen zur Abwendung einer sonst bestehenden Konkursantragspflicht gewährt habe und dieser Zweck nicht nachhaltig erreicht worden sei.

1. Die Revision macht geltend, eine Überschuldung löse die Konkursantragspflicht nur aus, wenn sie sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergebe, und das Berufungsgericht habe weder festgestellt, daß eine Bilanz aufgestellt worden sei, die eine Überschuldung ergeben habe, noch, daß der Beklagte eine solche Bilanz oder auch nur die Tatsache der Überschuldung gekannt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Angriff berechtigt ist oder ob bei einer Sach-

lage der im ersten Revisionsurteil erörterten Art schon die Tatsache der Überschuldung ausreicht, um das zur Beseitigung oder Verhinderung der Überschuldung darlehensweise zur Verfügung gestellte Kapital wie haftendes Kapital zu behandeln, bevor dieser Zweck nachhaltig erreicht ist.

2. Das Berufungsgericht stellt fest (BU S. 27, 30, 39), daß die spätere Gemeinschuldnerin ohne die Darlehen des Beklagten von ihrer Eintragung an bis zur Konkursöffnung zahlungsunfähig gewesen wäre und bloß infolge der Geldgaben des Beklagten gelegentlich flüssig war und ihre Schulden bezahlen konnte.

Der Senat hat in seinem ersten Urteil auf Grund der vom ersten Berufungsurteil getroffenen Feststellungen angenommen, daß die bis zum 4. Mai 1954 gewährten Darlehen (46.255 DM) mindestens derjenige Betrag sei, den der Beklagte zum Ausgleich der Unterkapitalisierung und zur Konkursabwendung zur Verfügung gestellt hat. Das Berufungsgericht hat diese Annahme untermauert und auf die am 1. und 2. Dezember 1954 gewährten 10.000 DM ausgedehnt.

a) Soweit die Revision die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit vermißt, ist ihr ein Irrtum unterlaufen. Soweit sie aber geltend macht, Zahlungsunfähigkeit sei nicht gegeben, solange der Beklagte die spätere Gemeinschuldnerin durch seine Geldgaben flüssig erhalten habe, ist die Betrachtungsweise falsch. Gewiß liegt Zahlungsunfähigkeit ins solange nicht vor, als der Schuldner seinen Geldbedarf aus Krediten decken kann. Der Beklagte stand dem Unternehmen aber nicht als beliebiger Dritter gegenüber, sondern hatte die Gesellschaft für seine Rechnung durch Stroh Männer gründen lassen und mit einem zu geringen Stammkapital ausgestattet. Er durfte nicht auf dem Rücken anderer spekulieren und ihnen das geschäftliche

24

Risiko zuweisen, wenn das Unternehmen seine Erwartungen nicht erfüllte. Das Berufungsgericht hat der Sachlage entsprechend festgestellt, daß der Beklagte die Darlehen gegeben habe, um die spätere Gemeinschuldnerin zahlungsfähig zu erhalten und die sonst eintretende Konkursantragspflicht abzuwenden. Die Frage nach der Zahlungsunfähigkeit ist für einen GmbH-Gesellschafter einer mit zu wenig Stammkapital ausgestatteten Gesellschaft oder jemanden, der einem solchen Gesellschafter gleichzubehandeln ist, für die Zeit vor Hingabe des jeweiligen, der Gesellschaft gewährten Darlehens zu beurteilen und nicht für den Augenblick danach. Denn es geht dabei um die Ermittlung des zur sachgerechten Haftung notwendigen Kapitals. Der Beklagte kann sich auf die durch seine Darlehen geschaffene Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht berufen, soweit es sich darum handelt, ob diese Darlehen wie haftendes Kapital anzusehen sind.

b) Die Revision meint, eine etwaige Zahlungsunfähigkeit sei unerheblich, da der Beklagte praktisch der einzige Gläubiger der Gesellschaft gewesen sei. Das mag nach der Buchhaltung der späteren Gemeinschuldnerin der Fall gewesen sein, ist aber dennoch in tatsächlicher Hinsicht unrichtig. Die Buchführung umfaßte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, bloß die reinen Zahlungsvorgänge und ließ die Verbindlichkeiten außer Betracht. So wurden Gehälter, Telefon-, Abschlepp- und Reinigungskosten, Flugkraftstoff, Lande-, Hallen- und Chartergeführen nicht schon bei ihrer Entstehung, sondern erst und nur im Falle ihrer Bezahlung verbucht. Schulden, die offenblieben, erschienen nicht in den Büchern, waren aber vorhanden. Hinzu kommt, daß das Berufungsgericht für die von ihm überprüften Stichtage, den 31. Dezember 1953, den 31. Mai 1954 und den 31. Dezember 1954, festgestellt hat, daß die spätere Gemeinschuldnerin bei Zurechnung der Darlehen des Be-

klagten zu den Verbindlichkeiten überschuldet war. Bei dieser Sachlage verstößt der Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn er einerseits den Standpunkt vertritt, infolge seiner "Darlehen" sei sowohl der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wie der Eintritt einer Verschuldung verhindert worden, während er andererseits geltend macht, er sei dieser Darlehen wegen selbst Konkursgläubiger geworden und müsse an der Konkursdividende teilhaben. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Darlehen des Beklagten als haftendes Kapital behandelt hat.

3. Auf dieser Grundlage nimmt das Berufungsgericht an, daß die Darlehensrückzahlungen unter Verletzung des § 30 GmbHG geleistet worden sind. Das ist rechtlich einwandfrei und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Der Beklagte ist daher nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, diejenigen Beträge zurückzuzahlen, die er unter Verletzung des § 30 GmbHG erhalten hat.

4. Das Berufungsgericht meint, das treffe auf diejenigen Posten zu, die zusammen den Betrag von 8.253,35 DM ergeben. Das ist richtig und wird gleichfalls von der Revision nicht angegriffen.

III.

Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnung nicht durchgreifen lassen.

1. Soweit er mit dem Anspruch auf Rückzahlung seiner Darlehen aufgerechnet hat, hat ihm das Berufungsgericht entgegengehalten, vor vollständiger Befriedigung der übrigen Gläubiger habe er insoweit keinen Anspruch.

Die Revision macht demgegenüber geltend, daß eine Aufrechnung gegenüber dem Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG zulässig sei (Baumbach/Hueck, GmbHG § 31 Anm. 5; Hachenburg/Schmidt, GmbHG § 31 Anm. 10). Hierauf kommt es jedoch nicht an, da dem Beklagten vor vollständiger Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger keine Forderung zusteht, mit der er aufrechnen könnte.

2. Der Beklagte hat erstmals in der Verhandlung vom 19. Mai 1960 behauptet, die für die A. AG angemeldete und zur Konkurstabelle festgestellte Forderung von 17.044,89 DM sei ihm vor Konkurseröffnung abgetreten worden, und erst in der Verhandlung vom 15. Dezember 1960 (Bl. 455 d. A.) mit dieser Forderung aufgerechnet. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung mit diesem Anspruch nicht zugelassen (§ 529 Abs. 5 ZPO), da der Kläger dem widersprochen hat und die Geltendmachung dieser Aufrechnung im anhängigen Verfahren nicht sachdienlich sei, da der Beklagte die behauptete Abtretung und, daß sie bereits vor Konkursbeginn vorgenommen worden sei, nicht urkundlich belegt habe und eine Beweiserhebung hierzu die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde.

Die Verneinung der Sachdienlichkeit der Aufrechnung ist eine Ermessensentscheidung, die vom Revisionsgericht nur daraufhin nachgeprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (vgl. BGH NJW 1961, 362 zur Widerklage).

Die Revision hat nichts vorgebracht, was geeignet wäre, einen Ermessensmißbrauch darzutun. Sie hat zwar behauptet, daß die Bedarfluftverkehr GmbH, nachdem der Beklagte die Forderung der A. AG erworben habe, außer ihm kaum noch andere Gläubiger gehabt habe, aber nicht geltend machen können, daß die Gemeinschuldnerin

außer ihm überhaupt keine Konkursgläubiger mehr habe. Des weiteren wirft sie dem Berufungsgericht vor, es habe die materiellen Folgen der Nichtzulassung des Aufrechnungseinwandes nicht bedacht; für eine solche Annahme besteht jedoch kein Anhalt.

Der Beklagte ist daher zu Recht verurteilt worden. Seine Revision war daher zurückzuweisen.

B. Anschlußrevision

Das Berufungsgericht meint, die am 1. und 2. Dezember 1954 zur Verfügung gestellten 10.000 DM seien haftendes Kapital geworden, da auch diese beiden Einzahlungen der Abwendung des sonst drohenden Konkurses gedient hätten. Im weiteren nimmt es jedoch an, daß diese Zahlungen eine Teilerfüllung der sich aus § 31 Abs. 1 GmbHG ergebenden Wiedereinzahlungspflicht darstellten. Das ist ein Widerspruch. Bereits zur Revision wurde ausgeführt, daß die Feststellung, der Beklagte habe die Einzahlungen vom 1. und 2. Dezember 1954 vorgenommen, um die sonst bestehende Konkursantragspflicht abzuwenden, rechtlich einwandfrei ist. Sie schließt die Annahme einer Teilrückzahlung zu Unrecht empfangener Kapitalauszahlungen aus, nötigt zur Aufhebung des Berufungsurteils und berechtigt das Revisionsgericht nach § 565 Abs. 3 ZPO, in der Sache selbst zu entscheiden.

Diese Entscheidung konnte nur auf volle Verurteilung des Beklagten gemäß dem Klageantrag lauten.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91,
97 ZPO.

Dr. Nastelski

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Dr. Reinicke

Dr. Bukow