

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

GmbHG § 31 Abs. 1; BGB § 428

- a) Ein mittelbarer GmbH-Gesellschafter muß der Gesellschaft eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Leistung auch dann erstatten, wenn diese gleichzeitig eine unzulässige Auszahlung der Gesellschaft darstellt, über die er an der GmbH beteiligt ist.
- b) Die beiden Gesellschaften sind in diesem Fall nicht Gesamtgläubiger.
- c) Gesellschaftermittel werden zu Eigenkapitalersatz, wenn der Gesellschafter sie der Gesellschaft über den Zeitpunkt hinaus beläßt, bis zu dem er sie nach Eintritt der Krise unter Berücksichtigung einer zur Beurteilung der Lage und Vorbereitung seiner Entscheidung angemessenen Frist hätte abziehen können.

BGH, Urt. v. 24. September 1990 - II ZR 174/89 - OLG Köln

LG Köln

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 174/89

**URTEIL**

Verkündet am:  
24. September 1990  
Spengler  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 1990 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Brandes, Dr. Hesselberger, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teilurteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. Juni 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, 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 Sch. GmbH (im folgenden: Gemeinschuldnerin). Deren Alleingesellschafterin ist die Gebr. B. GmbH & Co. KG (im folgenden: B. KG), an deren Kommanditkapital von 3 Millionen DM der Beklagte seit Mitte 1984 zu 75 % beteiligt war. Am 2. Mai 1985 stellte der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin in deren Namen zugunsten des Beklagten einen Scheck über 200.000,-- DM aus. Der Scheckbetrag wurde einem Konto der Ehefrau des Beklagten (der inzwischen rechtskräftig aus dem Rechtsstreit ausgeschiedenen Beklagten zu 2) gutgeschrieben. In den Büchern der Gemeinschuldnerin wurde mit dem Betrag von 200.000,-- DM das Verrechnungskonto der Alleingesellschafterin belastet, deren Guthaben auf diesem Konto damals 762.841,58 DM betrug. Bei der B. KG wurden die 200.000,-- DM zu Lasten des dort für den Beklagten geführten Verrechnungskontos gebucht; dieses Konto wies damals einen Sollsaldo von 1.927.203,69 DM aus. Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde am 28. Juni 1985, über das der B. KG am 31. Juli 1985 das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter der letzteren Gesellschaft erwirkte gegen den Beklagten ein rechtskräftiges Urteil auf Rückzahlung eines größeren Betrages, in dem die 200.000,-- DM aus dem Scheck vom 2. Mai 1985 enthalten sind.

Der Kläger hat seinerseits vom Beklagten und dessen Ehefrau die Rückzahlung des Scheckbetrages verlangt. Er hat behauptet, die Gemeinschuldnerin sei spätestens Ende 1984 konkursreif gewesen.

Das Landgericht hat die gegen den Beklagten gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

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

1. Das Berufungsgericht hat in der Auszahlung des Scheckbetrages von 200.000,-- DM einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gesehen. Es hat dazu ausgeführt, auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 32 a, 32 b GmbHG könne ein jederzeit abrufbares Guthaben eines Gesellschafters als haftendes Kapital zu behandeln sein, wenn dieser es der Gesellschaft in der Krise belasse, möge es auch in einer Zeit entstanden sein, zu der die Gesellschaft noch gesund gewesen sei. Jene Voraussetzung hat das Berufungsgericht für den vorliegenden Fall bejaht. Es hat dazu in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Gemeinschuldnerin habe sich bei Ausstellung des Schecks am 2. Mai 1985 in einer wirtschaftlichen Lage befunden, die es ihr unmöglich gemacht habe, von dritter Seite Kredit zu marktüblichen Bedingungen zu erlangen. Deshalb habe das auf dem Verrechnungskonto der B. KG befindliche Guthaben nicht zu Lasten des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens ausgezahlt werden dürfen. Das Stammkapital sei indessen durch die Zahlung der 200.000,-- DM angegriffen worden, weil bereits

das vor Abbuchung dieses Betrages auf dem Verrechnungskonto vorhandene Guthaben der Gesellschafterin in Höhe von 762.841,58 DM unter der Stammkapitalziffer von 800.000,-- DM gelegen habe.

Diese Beurteilung ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, rechtlich nicht einwandfrei. Dabei ist auf die Verfahrensrügen, die die Revision gegen die Feststellung der Kreditunfähigkeit erhebt, im jetzigen Prozeßstadium nicht weiter einzugehen. Ohne Bedeutung ist auch, daß das Berufungsgericht die Schmälerung des Stammkapitals damit begründet hat, daß das auf dem Verrechnungskonto der Gesellschafterin befindliche Guthaben die Stammkapitalziffer nicht erreicht habe. Hierauf kommt es zwar, worauf die Revision zutreffend hinweist, nicht an; ob das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen durch eine Auszahlung angegriffen wird, hängt davon ab, ob das gesamte in der Bilanz ausgewiesene Aktivvermögen nach Abzug der Verbindlichkeiten das satzungsmäßige Stammkapital nach der Auszahlung noch deckt. Das Berufungsgericht hat aber unangegriffen festgestellt, daß ein Zwischenabschluß auf den 31. März 1985 einen Bilanzverlust von knapp 2 Millionen DM ausgewiesen habe. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß sich diese Lage bis Anfang Mai 1985 so weit gebessert haben könnte, daß zu diesem Zeitpunkt ein freies Bilanzvermögen von 200.000,-- DM vorhanden gewesen wäre.

Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen aus einem anderen Grund nicht den Schluß, mit dem Scheck über 200.000,-- DM sei gesellschaftsrechtlich gebundenes Kapital ausgezahlt worden. Das Guthaben auf dem

Verrechnungskonto der B. KG war, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, an sich jederzeit abrufbar. Es handelte sich damit ursprünglich nicht um eigenkapitalersetzende Darlehen; es ist weder behauptet noch festgestellt, daß die auf dem Verrechnungskonto angesammelten Gelder aus Mitteln gestammt hätten, die der Gemeinschuldnerin von vornherein in einer Zeit zur Verfügung gestellt worden wären, als diese sich bereits in der Krise befand. Das Berufungsgericht stellt vielmehr darauf ab, daß das Guthaben zwar zu einer Zeit entstanden sei, als das Unternehmen noch gesund gewesen sei, daß es aber nach Eintritt der Krise der Gesellschaft belassen worden sei. Das steht vom Ausgangspunkt her in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats. Danach werden ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gesellschaftermittel nachträglich von den Bindungen der §§ 30, 31, 32 a, 32 b GmbHG erfaßt, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies möglich wäre; jedenfalls gilt dies dann, wenn der Gesellschafter den nunmehr vorhandenen Eigenkapitalcharakter seines Darlehens erkennen kann und muß (BGHZ 75, 334, 338 f.; BGHZ 76, 326, 330 f.; BGHZ 81, 252, 256 f.). Das Berufungsgericht hat jedoch nicht beachtet, daß die Umwandlung von ursprünglichem Fremdkapital in Eigenkapital voraussetzt, daß der Gesellschafter von der Wahlmöglichkeit Gebrauch machen kann, der Gesellschaft entweder seine weitere Unterstützung zu versagen und dadurch die Liquidation herbeizuführen oder, wenn er sich zur Fortsetzung der Hilfe entschließt, ihr diese auf eigene Gefahr zu belassen, bis ihr Stammkapital wieder auf andere Weise gedeckt ist (BGHZ 81, 252, 257). Von einem Stehenlassen der Mittel kann nur die Rede sein, wenn der

Gesellschafter sie der Gesellschaft über den Zeitpunkt hinaus beläßt, bis zu dem er sie nach Eintritt der Krise unter Berücksichtigung einer zur Beurteilung der Lage und Vorbereitung seiner Entscheidung angemessenen Frist hätte abziehen können.

Das Berufungsgericht hat nur festgestellt, daß die Gesellschaft am 2. Mai 1985, also am Tag der Scheckausstellung, nicht mehr kreditwürdig gewesen sei. Das reicht nicht aus. War die Krise erst Anfang Mai oder kurze Zeit davor eingetreten, könnte es sich bei der Auszahlung der 200.000,-- DM um das Abziehen der Geldmittel gehandelt haben, das die Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz gerade ausschließt. Allerdings war bereits zum 31. März 1985 ein Bilanzverlust von fast 2 Millionen DM entstanden. Das mag ein Indiz dafür sein, daß die Gesellschaft schon damals überschuldet oder jedenfalls nicht mehr kreditwürdig war. Genaue Feststellungen zum Zeitpunkt des Kriseneintritts fehlen aber. Zum 31. Dezember 1984 hatte der Bilanzverlust noch 4.329,28 DM betragen (Anl. A 38); um die Jahreswende 1984/85 war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit den Banken über Kreditausweitungen verhandelt worden, wobei die Deutsche Bank "den Kreditwünschen der (B.-)Gruppe nicht grundsätzlich ablehnend" gegenübergestanden haben soll. Es bedarf danach einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung zu der Frage, wann entweder Überschuldung eingetreten war oder von wann ab feststand, daß die Gemeinschuldnerin von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr erlangen konnte, und wann danach die Alleingesellschafterin die auf dem Verrechnungskonto verbuchten Geldmittel hätte abziehen können.

2. Die Klage ist nicht deswegen abweisungsreif, weil, wie die Revision meint, der Beklagte, der selbst nicht Gesellschafter der Gemeinschuldnerin war, dieser gegenüber nicht zur Rückzahlung der 200.000,-- DM verpflichtet wäre.

a) Grundsätzlich haftet allerdings auch dann nur der Gesellschafter nach § 31 GmbHG, wenn die Gesellschaft zu seinen Gunsten an einen Dritten eine das Stammkapital beeinträchtigende Leistung erbringt; das ist insbesondere der Fall, wenn die Gesellschaft eine Verbindlichkeit des Gesellschafters gegenüber dem Dritten erfüllt. Es ist jedoch dann anders, wenn aufgrund besonderer Umstände die Leistung nicht nur als solche an den Gesellschafter, sondern auch an den Dritten anzusehen ist. Eine solche Zurechnung kommt nach der Rechtsprechung des Senats in Betracht, wenn der Dritte dem Gesellschafter besonders nahesteht, insbesondere eine wirtschaftliche Einheit mit ihm bildet. Unter diesem Gesichtspunkt kann unter anderem ein mit dem Gesellschafter oder der Gesellschaft verbundenes Unternehmen zur Rückgewähr einer Zahlung verpflichtet sein, die es im Hinblick auf die Stellung des Gesellschafters unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erhalten hat (BGHZ 81, 311, 315 f.; BGHZ 81, 365, 368; Sen.Urt. v. 10. Oktober 1983 - II ZR 233/82, WM 1983, 1278 = ZIP 1983, 1448 und v. 20. März 1986 - II ZR 114/85, WM 1986, 789; vgl. auch Sen.Urt. v. 14. Oktober 1985 - II ZR 276/84, WM 1986, 237, 239 = ZIP 1986, 456, 458). Ein derartiger Fall liegt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, hier vor. Der Beklagte hielt eine Mehrheitsbeteiligung von 75 % an der Alleingesellschafterin der Gemeinschuldnerin. Damit waren beide Gesellschaften von

ihm abhängig (§ 17 i.V.m. § 16 Abs. 4 AktG). Der Beklagte war überdies, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, alleiniger Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer einer anderen GmbH, nämlich der O. Immobilien-Verwaltungsgesellschaft mbH; er übte damit unternehmerischen Einfluß in jener anderen Gesellschaft aus (vgl. BGHZ 69, 334, 337 f., 344 f.).

b) Entgegen der Ansicht der Revision entfällt ein unmittelbarer Anspruch gegen den Beklagten nicht deswegen, weil die Zahlung bei den beteiligten Gesellschaften als Leistung der Gemeinschuldnerin an die B. KG und ferner als deren weitere Leistung an den Beklagten gebucht worden ist. Auf die Art und Weise der Verbuchung kann es für die rechtliche Einordnung des Zahlungsvorgangs nicht ankommen. Daß die Gemeinschuldnerin bereicherungsrechtlich nicht an den Beklagten, sondern an ihre Gesellschafterin geleistet haben mag, ist für den Anspruch gegen den Beklagten ohne Bedeutung. Der Anspruch beruht nicht auf § 812 BGB, sondern auf § 31 GmbHG. Diese Vorschrift wird in den Fällen, um die es hier geht, unabhängig von den zugrunde liegenden Leistungsbeziehungen unter Umgehungsgesichtspunkten auf einen außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehenden Dritten angewandt; die Gesellschaft soll dadurch der Notwendigkeit enthoben werden, zur Durchsetzung ihres Rückgewähranspruchs unter Umständen erst einen etwaigen Anspruch pfänden zu müssen, der dem Gesellschafter gegen den Dritten, dem das Geld zugeflossen ist, zusteht.

c) Die Revision macht weiter geltend, in Wirklichkeit habe der Beklagte das Geld nicht erhalten; denn der Betrag

sei nicht seinem, sondern dem Konto seiner Ehefrau gutgeschrieben worden. Das ist indessen für die Erstattungspflicht des Beklagten ohne Bedeutung. Dieser ist wegen seiner beherrschenden Einflußmöglichkeit als mittelbarer Gesellschafter der Gemeinschuldnerin anzusehen. Als solcher hat er Gelder, die unter Verstoß gegen § 30 GmbHG an ihn ausgezahlt worden sind, zurückzuerstatten. Diese Pflicht wird nicht dadurch berührt, daß das Geld nicht ihm selbst, sondern seiner Ehefrau mit Rücksicht auf das zu ihr bestehende Näheverhältnis zugeflossen ist (BGHZ 81, 365, 368).

d) Die Revision weist schließlich darauf hin, daß der Beklagte der Gefahr ausgesetzt sei, das Geld doppelt zurückzahlen zu müssen, nämlich nicht nur an den Kläger, sondern auch an den Konkursverwalter der B. KG, bei der es sich ebenfalls um eine nach § 30 GmbHG verbotene Auszahlung gehandelt habe. In der Tat ist der Beklagte insoweit bereits rechtskräftig zur Zahlung verurteilt worden. Das berührt indessen seine Zahlungspflicht gegenüber dem Kläger nicht. Allerdings läßt sich das nicht, wie das Berufungsgericht meint, damit begründen, daß zwischen beiden Gesellschaften Gesamtgläubigerschaft bestehe. Eine solche liegt vor, wenn mehrere dieselbe Leistung in der Weise fordern können, daß der Schuldner nur einmal zu leisten braucht (§ 428 BGB). Was in einem Fall wie dem vorliegenden die Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin einerseits und der B. KG andererseits vom Beklagten zu fordern haben, ist nicht ein und dasselbe. Es geht um die Ansprüche auf Wiederauffüllung des

jeweiligen Stammkapitals zweier verschiedener Gesellschaften; die Voraussetzungen dieser Ansprüche sind ganz unterschiedlich. Die Anwendung des § 428 BGB hätte zur Folge, daß jede Gesellschaft das Risiko tragen müßte, die Auskehrung des auf sie entfallenden Anteils von der jeweils anderen Gesellschaft nicht erlangen zu können (vgl. Selb, MünchKomm. z. BGB 2. Aufl. § 428 Rdn. 1). Das ist jedenfalls, was die Gemeinschuldnerin betrifft, nicht gerechtfertigt. Der direkte Anspruch gegen den Beklagten soll sie von dem Risiko der Insolvenz ihrer Gesellschafterin entlasten. Dieses Ziel würde gerade im hier gegebenen Fall nicht erreicht. Würde der Beklagte durch Leistung an den Konkursverwalter der B. KG auch dem Kläger gegenüber frei, dann würde das Geld zweckwidrig nicht den Gläubigern der Gemeinschuldnerin, der es, wie in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, als erster unter Verstoß gegen § 30 GmbHG entzogen worden ist, sondern den Gläubigern ihrer Alleingesellschafterin, an die es gerade nicht ausgezahlt werden durfte, zugute kommen. Der Rückgewähranspruch gegen die B. KG ist nur eine Konkursforderung.

Es ist deshalb angemessener, zwei völlig selbständige Ansprüche anzunehmen, deren Erfüllung auf das Bestehen des jeweils anderen keinen Einfluß hat. Es wird Sache des Beklagten sein, wie er nach Inanspruchnahme durch eine der Gesellschaften seine etwaigen Ansprüche gegen die jeweils andere durchsetzt (vgl. auch Canaris, FS Rob. Fischer, 1979, S. 31, 36). Leistet er an den Kläger, dann erfüllt er damit gleichzeitig die Rückgewährverpflichtung der B. KG gegenüber der Gemeinschuldnerin. Das gibt ihm gegen jene

einen Ausgleichsanspruch. Dieser ist freilich im dortigen Konkursverfahren nur Konkursforderung. Das damit bestehende Risiko, weitgehend mit dem Anspruch auszufallen, trifft den Beklagten jedoch nicht unberechtigterweise. Es besteht in diesem Zusammenhang beim jetzigen Stand des Verfahrens kein Anlaß, die vom Senat bisher offengelassene Frage zu entscheiden, ob die Haftung eines außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehenden Dritten für unter Verstoß gegen § 30 GmbHG an ihn erbrachte Leistungen voraussetzt, daß er die tatsächlichen Umstände kannte oder jedenfalls hätte erkennen müssen, die die Leistung zu einer verbotenen Auszahlung machten (vgl. BGHZ 81, 365, 369 f.).

3. Damit die noch erforderlichen tatsächlichen Feststellungen (vgl. oben zu 1.) getroffen werden können, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Brandes

Dr. Hesselberger

Stodolkowitz

Dr. Goette