

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GmbHG §§ 30, 31

- a) In einer GmbH können Gesellschafterdarlehen und ähnliche Leistungen auch dann als Ersatz für Eigenkapital zu betrachten sein, wenn die Gesellschaft bei ihrer Hergabe weder überschuldet war noch ihr Stammkapital eingebüßt hatte, aber von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können. Jedoch greift das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG nur ein, wenn und soweit die Leistung verlorenes Stammkapital oder eine über den Verlust hinausgehende Überschuldung abdeckt.
- b) Bei einer GmbH & Co. KG ist die Rückgewähr kapitalersetzender Gesellschafterleistungen, die in das Vermögen der Kommanditgesellschaft geflossen sind, verboten, soweit diese Gesellschaft überschuldet und hierdurch mittelbar auch das Stammkapital der Komplementär-GmbH angegriffen ist. Darüber hinaus kann das Verbot dann in Betracht kommen, wenn die GmbH am Vermögen der Kommanditgesellschaft beteiligt ist, eine Entwertung dieser Beteiligung durch Kapitalverlust auch das Stammkapital der GmbH in Mitleidenschaft gezogen hat und die Gesellschafterleistung diese Kapitalücke ausfüllt.
- c) Der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG kann auch in der GmbH & Co. KG gegenüber einem ausgeschiedenen Gesellschafter unabhängig von einer Gesamtabrechnung der Gesellschaftsverhältnisse geltend gemacht werden.

HGB § 161; GmbHG § 43; BGB § 328

In einer GmbH & Co. KG, in der die wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH in der Geschäftsführung für die Kommanditgesellschaft besteht, ist die Schutzwirkung der Haftung eines Geschäftsführers aus seinem Dienstverhältnis zur GmbH auch dann auf die Kommanditgesellschaft zu erstrecken, wenn es sich nicht um eine Publikumsgesellschaft handelt (Ergänzung zu BGHZ 75, 321).

BGH, Urt. v. 24. März 1980 - II ZR 213/77 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 213/77

URTEIL

Verkündet am

24. März 1980
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der W. [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH & Co. KG, K. [REDACTED]
Straße [REDACTED], D. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die
W. [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer Dr. Ing. Wolfgang H. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Cuno F. [REDACTED], K. [REDACTED] Straße [REDACTED],
D. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1979
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel
und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 24. Oktober 1977 im Kostenpunkt
und insoweit aufgehoben, als es

1. den Zahlungsantrag der Klägerin in Höhe
von 14.000 DM mit 14 % Zinsen seit dem
18. Juni 1974 abzüglich eines durch Auf-
rechnung mit Wirkung vom 15. August 1976
erledigten Betrages von 4.240,98 DM,
2. die Anträge der Klägerin auf Feststellung
eines Schadensersatzanspruchs gegen den
Beklagten wegen
 - a) der Folgen mangelhafter Buchführung,
 - b) des Schweigens des Beklagten über seine
Absprachen mit der Im ████████ E ████████
 - c) des Vorwurfs, der Beklagte habe bei
seinem Ausscheiden keine Notiz über
die fehlerhafte Etikettierung ausländischer
Alkoholika hinterlassen,

abgewiesen hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revisionsinstanz trägt die
Klägerin 1/5. Im übrigen bleibt die Kosten-
entscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Klägerin, eine GmbH & Co. KG, wurde im Mai 1972 mit einem Kommanditkapital von 30.000 DM errichtet. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin ist die mit einem Stammkapital von 20.000 DM gegründete W. Handels-gesellschaft mbH. Der Beklagte war deren Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und zugleich Kommanditist der Klägerin mit einer Einlage von 6.000 DM. Das Stammkapital der GmbH wurde im Juli 1973 auf 35.000 DM und das Kommanditkapital der Klägerin am 6. November 1973 auf 98.000 DM erhöht. Hierbei zeichnete der Beklagte eine weitere Kommanditeinlage von 14.000 DM, die ihm zunächst gestundet wurde und die er bislang nicht gezahlt hat.

Im Laufe des Jahre 1973 ließ der Beklagte mit Rücksicht auf wirtschaftliche Schwierigkeiten der Klägerin sein monatliches Geschäftsführergehalt von 3.000 DM bis zur Höhe von 17.000 DM stehen und gab der Klägerin als Darlehen weiterhin 5.500 DM in bar. Ende November 1973 hob er diese Beträge, insgesamt 22.500 DM, vom gemeinsamen Konto der beiden Gesellschaften ab. Im Dezember 1973 legte er sein Geschäftsführeramt nieder. Im Laufe des Jahres 1975 schied er aus beiden Gesellschaften aus.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückgewähr der 22.500 DM, auf Zahlung der Kommanditeinlage in Höhe von 14.000 DM, auf Bezahlung unstreitig entnommener Waren im Werte von 910,22 DM (richtig: 907,50 DM) sowie auf Erstattung zu Unrecht entnommener Reisespesen in Höhe von 46 DM in Anspruch. Den Anspruch auf Rückgewähr der 22.500 DM hat sie unter anderem damit begründet, das Geld habe das ihr fehlende Eigenkapital ersetzen sollen und deshalb

nach §§ 30, 31 GmbHG nicht ausgezahlt werden dürfen. Mit ihrer Gesamtforderung hat die Klägerin gegen einen unstreitigen Kostenerstattungsanspruch des Beklagten in Höhe von 5.148,48 DM aufgerechnet. Ferner hat sie im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht, der Beklagte schulde ihr wegen einer Reihe von Pflichtverletzungen als Geschäftsführer Schadensersatz.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 907,50 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin unter Einschluß des ihr vom Landgericht zuerkannten Betrages beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 37.456,22 DM mit Zinsen abzüglich eines durch Aufrechnung mit Wirkung vom 15. August 1976 erledigten Betrages von 5.148,48 DM zu verurteilen (insoweit ist der im Tatbestand des Berufungsurteils S. 5 aufgeführte Betrag zu berichtigen, vgl. das Verhandlungsprotokoll vom 19. 9. 77 i. V. m. dem darin in bezug genommenen Schriftsatz der Klägerin vom 14. 9. 77). Ferner hat sie, soweit jetzt noch von Interesse, beantragt festzustellen, daß der Beklagte ihr Ersatz für den Schaden leisten müsse, der ihr daraus entstanden sei und noch entstehe, daß der Beklagte

- a) während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer keine ordnungsgemäße Buchhaltung und kein ordnungsgemäßes Kassenbuch geführt habe oder habe führen lassen,
- b) versucht habe, die Lieferfirma I. [REDACTED] E. [REDACTED] S. A. in V. [REDACTED] zur Kündigung des Exklusivvertrages mit der Klägerin zu bewegen und der Klägerin bei seinem Ausscheiden keine Informationen über seine Abreden und Besprechungen mit der I. [REDACTED] hinterlassen habe,

- c) bei seinem Ausscheiden eine Anweisung zur Bezahlung ausländischer alkoholischer Getränke hinterlassen habe, obwohl diese Waren nicht nach den deutschen Vorschriften etikettiert gewesen seien.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung des Beklagten die Klage voll abgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge, soweit sie vorstehend wiedergegeben sind, weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne ihren Zahlungsanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 22.500 DM nicht auf § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG stützen. Diese Auffassung trifft im Ergebnis, jedoch nicht in der Begründung zu.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheitert ein Rückgewähranspruch der Klägerin nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht daran, daß sie bislang keine Abschichtungsbilanz der Kommanditgesellschaft vorgelegt hat. Die vorgenannten Bestimmungen dienen der Erhaltung des Stammkapitals einer GmbH vor allem im Interesse der Gläubiger. Mit diesem Zweck ist es unvereinbar, den Anspruch auf Erstattung von Beträgen, die zu Unrecht einem Gesellschafter unmittelbar oder mittelbar (in einer GmbH & Co. KG) auf Kosten des Stammkapitals zugeflossen sind, von dem Ergebnis einer Gesamtabrechnung der Gesellschaftsverhältnisse abhängig zu machen. Der Anspruch ist vielmehr in voller Höhe alsbald zu erfüllen, solange das Auszahlungshindernis des § 30 Abs. 1 GmbHG fortbesteht.

2. Nach der Rechtsprechung des Senats können Darlehen und ähnliche Leistungen, die ein Gesellschafter der sonst nicht mehr lebensfähigen GmbH anstelle von Eigenkapital zuführt oder beläßt, wie gebundenes Stammkapital nach den Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG zu behandeln sein; das gilt entsprechend für Leistungen an eine vor dem Zusammenbruch stehende GmbH & Co. KG, soweit die Rückgewähr zu Lasten des Stammkapitals der Komplementär-GmbH geht oder deren Überschuldung noch verschärft (BGHZ 67, 171, 174 ff; Urt. d. Sen. v. 26. 11. 79 - II ZR 104/77, NJW 1980, 592). Voraussetzung ist hierbei einmal, daß die Leistung bei ihrer Hergabe (oder Stundung) Eigenkapitalcharakter hat, und zum anderen, daß ihre Rückgewähr zu Lasten des nach §§ 30, 31 GmbHG geschützten Stammkapitals der GmbH geht.

Das Berufungsgericht verneint schon die erste dieser Voraussetzungen, weil sie nur dann gegeben sei, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung konkursreif gewesen sei und die Leistung dazu gedient habe, die Konkursantragspflicht abzuwenden. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zwar ist es richtig, daß der Senat bisher nur mit Fällen zu tun hatte, in denen die kapitalersetzende Gesellschafterleistung (oder die Stundung eines Gesellschafterdarlehens) einer bereits überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft gewährt wurde, wenn man von dem Sonderfall der Kommandit-Pflichteinlage (BGHZ 69, 274) absieht. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Konkursreife der Gesellschaft nach Ansicht des Senats unerläßliche Voraussetzung für die Behandlung von Gesellschafterleistungen als haftendes Eigenkapital sei. Die Rechtsprechung des Senats geht davon aus, daß ein Gesellschafter, der die notleidende Gesellschaft durch die Zufuhr anderer Mittel als des sonst dringend benötigten Eigen-

kapitals vor dem Zusammenbruch zu bewahren sucht, das damit eingegangene Finanzierungsrisiko nicht auf die Gläubiger abwälzen darf, sondern im Rahmen der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften selber tragen muß. Dieser Gedanke kann auch dann zutreffen, wenn die Leistung der Gesellschaft in einem Augenblick zufließt, in dem sie, ohne bereits in einer Konkurslage zu sein, mit dem vorhandenen Kapital nicht existenzfähig, insbesondere außerstande ist, ihren Kapitalbedarf durch Fremdkredite zu befriedigen (vgl. Urt. d. Sen. v. 29. 11. 72 - II ZR 121/69, WM 1972, 74 zu I a. E.).

Freilich ermöglicht das Anknüpfen an die Konkursreife eine verhältnismäßig klare Abgrenzung kapitalersetzender von anderen Gesellschafterleistungen (vgl. K. Schmidt, AG 1978, 334, 340 und NJW 1977, 107; Kamprad, GmbHRdsch 1975, 54, 56), während es sonst im Einzelfall schwierig sein kann festzustellen, ob namentlich ein Gesellschafterdarlehen Eigenkapitalcharakter hat oder nicht. Denn Gesellschafterdarlehen brauchen nicht zum Ausgleich einer ohne sie bestehenden Unterkapitalisierung bestimmt zu sein. Gesellschaftsrechtliche, wirtschaftliche und steuerliche Gründe können vor allem bei hoher Ertragskraft dafür sprechen, die Fremdfinanzierung einer Eigenkapitalbildung oder -erhöhung vorzuziehen. Sie haben dazu geführt, daß sich in den letzten Jahrzehnten das Verhältnis von Eigen- zum Fremdkapital stark zur Fremdfinanzierung hin verschoben hat (vgl. Basedow, ZHR 1979, 313, 319 f m. w. N.). Ist aber eine Fremdfinanzierung bis zu einem gewissen Grade wirtschaftlich vernünftig und üblich, so kann auch das Argument, daß ein Gesellschafter-Gläubiger dem Unternehmen gewöhnlich "näher stehe" als ein fremder Kreditgeber, keinen ausreichenden Grund dafür bilden, ihn in diesem Rahmen schlechter als einen Fremdgäubiger zu stellen, der über die Lage der Gesellschaft unter Umständen ebenso

gut informiert ist (vgl. Urt. d. Sen. v. 26. 11. 79 aaO; Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. Anh. § 30 Rdn. 69, 71, 84; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 38 Fn. 21; H. P. Westermann, GmbHRdsch 1979, 217, 220).

Eine Gleichsetzung von Gesellschafterleistungen mit unter Umständen haftendem Eigenkapital unabhängig von den Konkursvoraussetzungen ist daher nur dann vertretbar, aber auch geboten, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und deshalb ohne die Leistung hätte liquidiert werden müssen (Ulmer aaO Anh. § 30 Rdn. 18, 20, 72, 86; Lutter/Hommelhoff aaO S. 39 f; a. M. Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl. § 13 Anm. 49). Ebenso verhält es sich mit einem noch unter wirtschaftlich gesunden Verhältnissen gegebenen Darlehen, das der Gesellschafter bei Eintritt der Kreditunfähigkeit stehen läßt, so daß die sonst notwendige Liquidation unterbleibt; insofern sind die fallbezogenen Ausführungen im Urteil des Senats vom 26. November 1979 (aaO m. krit. Anm. Klammer, ZIP 1980, 117), die sich nur mit dem damals vorliegenden Tatbestand der Konkursreife zu befassen brauchten, klarzustellen. Schließlich kann unter gleichen Bedingungen auch in einer typischen GmbH & Co. KG der Eigenkapitalcharakter einer Gesellschafterleistung mit Rücksicht auf eine etwaige Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG zu beachten sein, obschon die Kommanditgesellschaft selbst kein garantiertes Mindestkapital hat und bei ihr auftretende Kreditschwierigkeiten sich noch nicht unmittelbar auf das Vermögen der Komplementär-GmbH auszuwirken brauchen. Denn bei der Beurteilung solcher Leistungen im Hinblick auf die Erhaltung des Stammkapitals der GmbH, für das die Kommanditgesellschaft mitverantwortlich ist (BGHZ 67, 171, 176), kann schon die Gefahr nicht außer Betracht bleiben, daß die GmbH als persönlich

haftende Gesellschafterin in eine Krise der Kommanditgesellschaft mit hineingezogen und dann auch ihr Stammkapital angegriffen werden könnte (Lutter/Hommelhoff aaO S. 45 f m. w. N.).

Die damit unter Umständen nötige Prüfung, ob die Gesellschaft zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt kreditfähig war, mag in manchen Fällen schwierig sein. Sie wird aber im allgemeinen doch zu einem zuverlässigen Ergebnis führen können, so daß mit dem Anknüpfen an die Kreditaussichten auch dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Genüge getan ist.

3. Die so umschriebene erste Voraussetzung für eine Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG könnte für die Zeit von Januar bis Oktober 1973, als der Beklagte sein Geschäftsführergehalt bis zur Höhe von 17.000 DM stehenließ und der Klägerin weitere 5.500 DM als Darlehen zur Verfügung stellte, nach dem von der Klägerin vorgetragenen und zum Teil unstreitigen oder durch Briefe des Beklagten belegten Sachverhalt erfüllt gewesen sei. Danach war das Kapital der Klägerin und ihrer Komplementär-GmbH im Frühjahr 1973 verbraucht. Eine Fortführung der Klägerin war nur dadurch möglich, daß der Beklagte auf Entnahmen vorläufig verzichtete und er und der Gesellschafter Dr. A. [REDACTED] der Gesellschaft neue Mittel zuführten. Wie der Beklagte selbst vorgebracht hat, reichte das Betriebskapital kaum für die notwendigsten Ausgaben; nicht einmal für eine ordnungsmäßige Buchführung soll Geld vorhanden gewesen sein. Nimmt man hinzu, daß die Klägerin nur ein geringes Anlagevermögen hatte (nach ihrer Bilanz zum 31. Dezember 1973 beschränkte es sich auf die Geschäftsausstattung im Wert von rund 6.000 DM), so bestehen erhebliche Zweifel, ob sie in der hier maßgebenden Zeitspanne zu normalen

Bedingungen Fremdkapital von dritter Seite hätte erhalten können.

4. Läßt sich hiernach nicht ausschließen, daß der vom Beklagten an die Klägerin gegebene oder ihr gestundete Betrag von insgesamt 22.500 DM Eigenkapital ersetzen mußte, so hängt ein Erstattungsanspruch nach § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 GmbHG, den die Klägerin aus eigenem Recht geltend machen könnte (BGHZ 60, 324, 329), ferner davon ab, inwieweit Ende November 1973, als der Beklagte sich die 22.500 DM zurückzahlen ließ, dieser Betrag unter das "zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen" zu rechnen war. Es kommt also darauf an, ob das Geld wegen der engen rechtlichen und wirtschaftlichen Verbindung der Kommanditgesellschaft mit ihrer Komplementär-GmbH im Zeitpunkt der Rückgewähr mittelbar eine Lücke im Stammkapital der GmbH ausfüllte oder eine schon vorhandene Überschuldung der GmbH minderte, wenn man es als Eigenkapital betrachtet, und ob dieser Zustand bis zur Gegenwart angehalten hat (BGHZ 67, 171, 176, 179). Ein solcher Sachverhalt steht nicht fest.

Allerdings könnte man die Ansicht vertreten, wenn und solange eine Gesellschafterleistung wegen der Aussichtslosigkeit, marktüblichen Fremdkredit zu erhalten, als Eigenkapital gelte, müsse sie folgerichtig in erweiternder Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG in das Gebot der Kapitalerhaltung einbezogen werden (so Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, 1966 S. 19; Klasmeyer aaO; ebenso wohl auch Fischer, Kleinkomm. z. GmbHG 8. Aufl. § 30 Anm. 3). Das würde bedeuten, daß die Auszahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG und die entsprechende Rückgewährpflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht nur auf das satzungsmäßige Stammkapital, sondern darüber hinaus auch auf zusätzlich von den Gesellschaftern eingebrachte Geldmittel

zu erstrecken wären, die fehlendes Eigenkapital vertreten, so daß als gebundenes Kapital im Sinne der §§ 30, 31 GmbHG das satzungsmäßige Nennkapital zuzüglich solcher Gesellschafterleistungen anzusehen wäre. Eine solche Lösung findet aber in der gesetzlichen Regelung keine genügende Grundlage; gegen sie bestehen auch Bedenken im Hinblick auf die Rechtssicherheit und die wirtschaftlichen Folgen.

a) § 30 Abs. 1 GmbHG bindet nach seinem Wortlaut und Zweck nur den Teil des Gesellschaftsvermögens, der rechnerisch dem in der Satzung ausgewiesenen Stammkapital entspricht. Er schützt damit die Gesellschaft und ihre Gläubiger gegen eine Aushöhlung des satzungsmäßig bestimmten, im Handelsregister eingetragenen Nennkapitals durch Entnahmen der Gesellschafter. Dagegen ist die Erhaltung von Gesellschaftsvermögen, das über den Stammkapitalbetrag hinaus erwirtschaftet wurde oder sonstwie vorhanden ist, gesetzlich nicht gesichert. Die Gesellschafter können über solche Vermögensteile grundsätzlich nach freiem kaufmännischen Ermessen verfügen, insbesondere sie auch als Gewinn ausschütten. So läßt sich z. B. über § 30 GmbHG nicht verhindern, daß Rücklagen, mögen sie angesichts eines zu niedrigen Stammkapitals einen noch so dringenden zusätzlichen Kapitalbedarf decken, an die Gesellschafter verteilt werden. Sogar satzungsmäßig eingeforderte Nachschüsse können, wenn auch unter erschwerten Bedingungen, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, sofern nur ein Reinvermögen in Höhe der Stammkapitalziffer erhalten bleibt (§ 30 Abs. 2 GmbHG). Ein Gläubiger kann daher allgemein nicht darauf vertrauen, daß Kapitalbeträge, die Gesellschafter über das noch unverbrauchte Stammkapital hinaus einschießen und die zur Aufrechterhaltung eines normalen Geschäftsbetriebs

notwendig sind, der Gesellschaft zu diesem Zweck auch belassen werden.

Wollte man Gesellschafterleistungen mit Eigenkapitalcharakter auch insoweit den Garantievorschriften der §§ 30, 31 GmbHG unterwerfen, als ihre Rückgewähr das satzungsmäßige Stammkapital nicht beeinträchtigt, so liefe das auf einen Schutz des jeweils notwendigen oder angemessenen und nicht nur des eingetragenen Mindestkapitals hinaus. Damit würden jene Vorschriften in einer Weise ausgeweitet, die mit der Konzeption des Gesetzgebers nicht mehr vereinbar wäre. Denn das Gesetz verlangt und gewährleistet aus guten Gründen nicht eine am Bedarf ausgerichtete, dem jeweiligen Geschäftsumfang wechselnd angepaßte Kapitalausstattung - die einen höchst unsicheren Maßstab abgeben würde -, sondern lediglich einen durch Satzung und Handelsregister betragsmäßig genau festgelegten Vermögensfonds (Goerdeler/Müller in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 30 Anm. 3, 28 m. w. N.).

b) Dürften namentlich Gesellschafterdarlehen, solange sie Eigenkapital ersetzen, selbst dann nicht zurückgezahlt werden, wenn das satzungsmäßige Stammkapital voll gedeckt ist, so wäre das Gesellschaftsverhältnis mit erheblichen Ungewißheiten belastet. Konsequenterweise müßten dann solche Darlehen auch bei der Prüfung, ob eine Gewinnausschüttung gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstößt, dem Nennkapital zugeschlagen werden. Vor allem wäre die Geschäftsführung vor die schwierige und mit einem entsprechend erhöhten Haftungsrisiko verbundene Aufgabe gestellt, vor jeder Rückzahlung oder Zinsleistung (vgl. BGHZ 67, 171, 179 f) nicht nur auf die Erhaltung des nominellen Stammkapitals zu achten, sondern auch die jeweiligen Kreditaussichten der Gesellschaft zu untersuchen.

Dies könnte wiederum manchen Gesellschafter von einer Darlehensgewährung auch an eine wirtschaftlich gesunde Gesellschaft abschrecken, weil er stets damit rechnen müßte, daß die Gesellschaft eines Tages in Kreditschwierigkeiten gerät und dann sein Darlehen, wenn er es nicht noch rechtzeitig vorher abziehen konnte, selbst bei voller Schonung des Stammkapitals weder zurückgezahlt noch verzinst werden darf. Die Folge wäre, daß die Eigenfinanzierung durch Gesellschafterdarlehen, auch wo sie kaufmännisch vernünftig und erwünscht ist, mit Rücksicht auf das zu hohe Risiko unterbliebe. Damit wäre im Ergebnis die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter bei der Wahl der Finanzierungsmittel mehr eingeschränkt, als es das geltende Gesetz und sein Schutzzweck erfordern.

c) Der Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG verbietet demnach die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und ähnlichen Leistungen, die einen Kapitalbedarf der sonst nicht kreditfähigen GmbH befriedigen, nur insoweit, als sie verlorenes Stammkapital im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG oder eine über diesen Verlust hinaus bestehende Überschuldung abdecken (Goerdeler/Müller aaO § 30 Anm. 33; Ulmer aaO Anh. § 30 Anm. 73, 89; Scholz/Winter aaO § 13 Anm. 46). Soweit dagegen ein Darlehen keine derartige Funktion zu erfüllen hat, kann es ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG - unbeschadet etwaiger interner Bindungen aus dem Darlehens- oder Gesellschaftsverhältnis - abgezogen werden, selbst wenn die Gesellschaft daraufhin liquidieren muß. Eine Gläubigergefährdung kann hierdurch in der Regel nicht unmittelbar eintreten, weil in diesem Zeitpunkt noch ein die Verbindlichkeiten übersteigendes Reinvermögen in Höhe der Stammkapitalziffer vorhanden ist. Wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn eine nach Zerschlagungswerten aufgestellte, die Abwicklungskosten und etwaige Sozialplanansprüche

mit berücksichtigende Bilanz ergeben würde, daß bei einer Liquidation die Schulden nicht mehr voll gedeckt wären, kann auf sich beruhen, weil hier die Klägerin und ihre Komplementär-GmbH tatsächlich eine Liquidation bislang vermeiden konnten.

d) Ob von dieser strikten Begrenzung der Rückzahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG durch den Nennbetrag des Stammkapitals für den Fall eine Ausnahme zu machen ist, daß dieser Betrag zwar noch voll durch Aktivvermögen gedeckt, die Gesellschaft aber bei Rückgewähr der Gesellschafterleistung zahlungsunfähig ist oder werden würde (so Lutter/Hommelhoff aaO S. 42; a. M. Goerdeler/Müller aaO § 30 Rdn. 33; Ulmer aaO Anh. § 30 Rdn. 73, 89), braucht hier nicht entschieden zu werden, weil für einen solchen Sachverhalt nicht genügend vorgetragen ist. Die Tatsache, daß die Klägerin sich bis heute über Wasser halten konnte, weist im Gegenteil darauf hin, daß es ihr, vermutlich durch Einziehung der im November 1973 noch mit mindestens 68.000 DM ausstehenden Kapitaleinlagen und Aufnahme neuer Gesellschafterdarlehen (vgl. den Schriftsatz der Klägerin vom 28. 3. 1977 S. 10), gelungen ist, ihre fälligen Schulden im wesentlichen zu begleichen.

e) Bei einer GmbH & Co. KG besteht die Besonderheit, daß die Kapitalverhältnisse in der Kommanditgesellschaft für eine Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie sich zugleich auf die Vermögenslage der Komplementär-GmbH in einer nach diesen Vorschriften beachtlichen Weise auswirken. Eine solche mittelbare Auswirkung kommt zunächst immer dann in Betracht, wenn die Kommanditgesellschaft überschuldet ist, ein Ausgleich durch kapitalersetzende Gesellschafterleistungen infolge ihrer Rückzahlung fortfällt und die

GmbH keine über ihr Stammkapital hinausgehenden Vermögenswerte besitzt; dann muß die GmbH im Hinblick auf ihre volle Haftung nach § 128 HGB die ungedeckten Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft ebenfalls passivieren oder mindestens eine entsprechende Rückstellung bilden. Ist lediglich das Einlagekapital der Kommanditgesellschaft ganz oder teilweise aufgezehrt, aber keine Überschuldung zu verzeichnen, so ist zu unterscheiden, ob die GmbH an diesem Kapital beteiligt ist oder nicht. Im ersten Fall mindert sich, möglicherweise auf Kosten des Stammkapitals, der Wert dieser Beteiligung durch den Kapitalschwund in der Kommanditgesellschaft, so daß unter Umständen, je nach Gestaltung des Gesellschaftsvertrags, die Rückgewähr eines die Kapitallücke schließenden Gesellschafterdarlehens unter dem Gesichtspunkt der §§ 30, 31 GmbHG auch für die GmbH Bedeutung gewinnen kann (vgl. BGHZ 60, 324, 328 f; Goerdeler/Müller aaO § 30 Rdn. 59; Lutter/Hommelhoff aaO S. 46 m. w. N.). Dagegen ist eine solche Bedeutung bei fehlender Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH im allgemeinen zu verneinen, weil hier der Entzug betriebsnotwendigen Eigenkapitals in der nicht überschuldeten Kommanditgesellschaft das Stammkapital der GmbH allein noch nicht beeinträchtigt. Daran werden regelmäßig die Einrede aus § 30 Abs. 2 GmbHG oder ein Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG scheitern.

5. Im vorliegenden Fall ist die Komplementär-GmbH nach dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin (§ 9) nicht an deren Kapital, sondern lediglich am Gewinn und Verlust mit 10 % beteiligt. Auf diese Beteiligung, die nach der Bilanz der Klägerin zum 31. Dezember 1973 für das Jahr 1973 bei einem Buchverlust von 58.803,10 DM zu einer Verlustzuweisung an die GmbH in Höhe von 5.880,30 DM geführt hat,

hatte der streitige Gehalts- und Darlehensbetrag von insgesamt 22.500 DM keinen Einfluß. Denn die Verlustbeteiligung der GmbH konnte weder durch seine zeitweilige Bereitstellung als Ersatz für fehlendes Eigenkapital verringert noch durch seine Auszahlung an den Beklagten vergrößert werden.

Es kommt daher lediglich darauf an, ob bei der Auszahlung Ende November 1973 die Kommanditgesellschaft bereits überschuldet war. Einen solchen Sachverhalt hat die Klägerin nicht schlüssig vorgetragen. Der vorliegende Status, den der Gesellschafter Dr. A. [REDACTED] zum 15. November 1973 aufgestellt hat, wies bei einem kurz zuvor auf 98.000 DM erhöhten Kommanditkapital noch einen Überschuß der Aktiven - einschließlich der mit 68.823,48 DM ausstehenden Kommanditeinlagen - über die Passiven von rund 25.700 DM aus, wenn man, wie es entgegen dem Berufungsurteil (S. 18) richtig ist, die Gesellschafterdarlehen von insgesamt 67.500 DM auf der Passivseite mit berücksichtigt. Zwar ergab dann die Bilanz der Klägerin zum 31. Dezember 1973 bereits einen das Kommanditkapital von 98.000 DM übersteigenden Verlust aus 1972 und 1973 von 98.533 DM, also einen Passivsaldo von 533 DM. Diese Zahlen erlauben aber keinen zuverlässigen Rückschluß auf eine schon Ende November 1973 bestehende, durch die streitigen 22.500 DM ganz oder teilweise ausgeglichene Überschuldung der Klägerin, so daß auch eine entsprechende Schmälerung des Stammkapitals der GmbH infolge der Entnahme des Beklagten nicht feststellbar ist.

6. Es muß daher bei der Abweisung des Klageanspruchs auf Rückzahlung von 22.500 DM bleiben.

II. Zu dem Anspruch auf Einzahlung der vom Beklagten versprochenen Kommanditeinlage von 14.000 DM führt das Berufungsgericht aus, einen solchen Anspruch könne die Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Kommanditisten grundsätzlich nicht mehr gesondert, sondern nur noch als Rechnungsposten im Rahmen einer Auseinandersetzungsbilanz geltend machen. Die Möglichkeit, ausnahmsweise anhand der Bilanz zum 31. Dezember 1975 schon jetzt festzustellen, daß der Beklagte mit Rücksicht auf einen hohen Verlustanteil den Einlagebetrag von 14.000 DM in jedem Fall schulde, scheide aus, weil die Klägerin diese Bilanz verspätet vorgelegt habe (§ 529 Abs. 3 ZPO a. F.). Ob die hiergegen gerichteten verfahrensrechtlichen Angriffe der Revision durchgreifen, kann dahingestellt bleiben. Da die Sache wegen einiger im folgenden zu behandelnder Posten ohnehin erneut tatrichterlich erörtert werden muß, läßt es sich mit dem Gesichtspunkt der Prozeßverzögerung nicht rechtfertigen, das an die Bilanzvorlage geknüpfte Vorbringen der Klägerin abzuschneiden. Die Revision hat daher insoweit Erfolg.

III. Der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Schadens, der ihr durch das Fehlen einer ordnungsmäßigen Buchhaltung entstanden sei, scheitert nach der Ansicht des Berufungsgerichts daran, daß seine Geltendmachung einen Gesellschafterbeschuß der GmbH nach § 46 Nr. 8 GmbHG voraussetze und die Klägerin einen solchen Beschluß nicht rechtzeitig vorgetragen habe. Auch in diesem Punkt hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision nicht stand.

In einem kürzlich ergangenen Urteil vom 12. November 1979 (BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589) hat der Senat die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob eine

GmbH & Co. KG den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wegen mangelhafter Geschäftsführung unter vertraglichen Gesichtspunkten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, dahin beantwortet, daß jedenfalls in einer typischen Publikumsgesellschaft, bei der die eigentliche und einzige Aufgabe der Komplementär-GmbH und damit ihres Geschäftsführers darin besteht, die Geschäfte der Kommanditgesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen, die Schutzwirkung des zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Dienstverhältnisses auch auf die Kommanditgesellschaft zu erstrecken ist. Im vorliegenden Fall scheint es sich zwar nicht um eine Publikumsgesellschaft zu handeln. Aber auch hier erschöpft sich die Funktion der GmbH, von der persönlichen Haftung abgesehen, in der Geschäftsführung der Klägerin; für die beiden Gesellschaften besteht sogar nur ein gemeinsames Bankkonto (Schriftsätze der Klägerin vom 14. 9. 77 S. 9 und vom 29. 9. 77 S. 3; Aussage des Beklagten vom 24. 11. 75). Dies rechtfertigt es, die Klägerin in den Schutzbereich des Geschäftsführungsvertrags mit der Folge einzubeziehen, daß ihr gegebenenfalls Ansprüche wegen Verletzung dieses Vertrags unmittelbar zuzubilligen sind.

Daraus folgt aber weiterhin, daß die Geltendmachung solcher Ansprüche nicht von einem Gesellschafterbeschuß nach § 46 Nr. 8 GmbHG abhängen kann. Denn es handelt sich nicht um Ansprüche der GmbH, sondern um solche der Kommanditgesellschaft. Für diese besteht keine dem § 46 Nr. 8 GmbHG entsprechende Vorschrift. Es bedarf daher auch in diesem Punkt weiterer Sachaufklärung.

IV. Den Antrag der Klägerin, die Schadensersatzpflicht des Beklagten wegen seiner Verhandlungen mit dem Generaldirektor der I. [REDACTED] E. [REDACTED] S. A., T. [REDACTED], festzustellen,

hält das Berufungsgericht unter mehreren Gesichtspunkten für unbegründet: Inwiefern ein erfolgloser Abwerbungsversuch des Beklagten die Klägerin habe schädigen können, sei nicht ersichtlich. Soweit sie mit der I. einen neuen Vertrag zu ungünstigeren Bedingungen habe abschließen müssen, weil der Beklagte sie über seine Unterredungen mit Torres pflichtwidrig nicht unterrichtet habe, hätte sie ihre in der Vergangenheit liegenden Schäden beziffern und Leistungsklage erheben können. Für die Zukunft fehle es an ausreichenden Darlegungen darüber, daß die Entwicklung für sie bei Kenntnis von jenen Unterredungen günstiger verlaufen wäre.

Soweit das Berufungsgericht damit den von der Revision aufgegriffenen Vortrag der Klägerin in der Berufungsbeurteilung (S. 28 ff) aus verfahrensrechtlichen Gründen unberücksichtigt gelassen hat, ist er für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellen. Danach hat das Schweigen des Beklagten über seine Verhandlungen mit T. dazu geführt, daß die I. formalrechtlich die Möglichkeit zur Kündigung des auf mehrere Jahre abgeschlossenen Exklusiv-Liefervertrages erhielt und die Klägerin sich in einem neuen Vertrag zu einer Vorauszahlung und zur Abnahme einer größeren Menge Orangensaft verpflichten mußte. Hierdurch will die Klägerin einen Schaden erlitten haben, der nach ihrem Vorbringen im ersten Rechtszug (Schriftsatz vom 17. 5. 75 S. 6) noch nicht voll abzuschätzen war. Ist dies richtig, so könnte die Feststellungsklage zulässigerweise erhoben und auch im weiteren Verlauf des Rechtsstreits zulässig geblieben sein (BGH, Urt. v. 31. 1. 52 - III ZR 131/51 u. v. 30. 1. 69 - X ZR 19/66, LM ZPO § 256 Nr. 5 u. 92). Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, ob es dies gesehen hat.

Das Berufungsurteil ist daher auch in diesem Punkt aufzuheben, soweit es die Klage auf Feststellung, daß der Beklagte der Klägerin Ersatz für den Schaden leisten müsse, den er ihr durch das Verschweigen seiner Absprachen mit der ~~Interessierten~~ zugefügt habe, abgewiesen hat.

V. Dasselbe gilt schließlich für den Feststellungsantrag der Klägerin hinsichtlich der Etikettierung ausländischer Alkoholika, den das Berufungsgericht ebenfalls mit der Begründung abgewiesen hat, die Klägerin könne ihren Schaden beziffern und Leistungsklage erheben. Wie die Revision mit Recht rügt, läßt das Berufungsgericht auch insoweit eine Würdigung vermissen, ob die Klägerin schon im ersten Rechtszug in vollem Umfang Leistungsklage hätte erheben können. Nach dem Vorbringen der Klägerin war das nicht der Fall (Schriftsatz v. 17. 5. 75 S. 8).

VI. In dem mit der Berufung geltend gemachten Klagebetrag von insgesamt 37.456,22 DM abzüglich durch Aufrechnung erloschener 5.148,48 DM, den die Klägerin mit der Revision in voller Höhe weiterverfolgt, sind noch folgende Posten enthalten:

1. Zwei unbestrittene Rechnungsbeträge in Höhe von insgesamt 907,50 DM (die Klageforderung ist insoweit um 2,72 DM übersetzt, vgl. das Urt. d. LG S. 18) betrachtet das Berufungsgericht durch Aufrechnung mit dem unstreitigen Kostenerstattungsanspruch des Beklagten als erloschen. Das wäre nur dann richtig, wenn die noch offenbleibende Einlageforderung von 14.000 DM unbegründet wäre; denn die Klägerin hat mit ihren Zahlungsansprüchen gegen den Kostenerstattungsanspruch des Beklagten in einer bestimmten Reihenfolge aufgerechnet, bei der die Einlageforderung dem Anspruch auf Bezahlung entnommener Waren

vorausgeht (vgl. Schriftsatz v. 14. 9. 77 S. 20 i. V. m. S. 5 der Berufungsbegründung). Zudem hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang fehlerhaft der Klägerin entgegengehalten, sie berufe sich zu Unrecht auf § 393 BGB, obwohl sich der Hinweis der Klägerin auf diese Vorschrift, wie sich von selbst versteht und überdies auch ihrer Berufungsbegründung (S. 13, 15 f) eindeutig zu entnehmen ist, nicht auf die von ihr selbst erklärte Aufrechnung gegen den Kostenerstattungsanspruch beziehen sollte und konnte. Aufgrund dieses Irrtums hat es schließlich auch, ebenso wie das Landgericht, die Erledigungserklärung der Klägerin im Schriftsatz vom 7. September 1976 unberücksichtigt gelassen, auf die sich die Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 16 oben) bezogen hatte.

Gleichwohl muß es in diesem Punkt bei der Abweisung der Klage verbleiben, weil die Klägerin ihre Revision insoweit nicht begründet hat (§ 554 Abs. 1 und 3 Nr. 3 ZPO; vgl. Urt. d. Sen. v. 23. 5. 77 - II ZR 66/77, WM 1977, 941 m. w. N.). Zweifel darüber, inwieweit damit über die zur Aufrechnung gestellten beiderseitigen Ansprüche mit innerer Rechtskraftwirkung entschieden worden ist (§ 322 Abs. 2 ZPO), können dadurch nicht aufkommen. Für das weitere Verfahren ist lediglich festzuhalten, daß nunmehr der nach dem Zahlungsantrag von der Gesamtforderung der Klägerin abzuziehende Aufrechnungsbetrag von 5.148,48 DM um 907,50 DM zu kürzen ist.

2. Zu dem Anspruch auf Erstattung zu Unrecht entnommener Spesen in Höhe von 46 DM fehlt es nach Auffassung des Berufungsgerichts an einem rechtzeitigen substantiierten Sachvortrag der Klägerin. Auch hierzu hat die Revision keine Rüge erhoben und ist daher insoweit zurückzuweisen.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Bundschuh