

14

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

GmbHG §§ 30, 31; AktG 1965 §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2

Erbringt eine GmbH auf Veranlassung ihres Gesellschafters in Erfüllung einer diesem gegenüber bestehenden, aber gemäß § 30 GmbHG einredebehafteten Darlehensforderung dem minderjährigen Sohn des Gesellschafters eine Leistung, so ist der Sohn in entsprechender Anwendung der §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG, 31 Abs. 1 GmbHG zur Rückgewähr zumindest dann verpflichtet, wenn er oder sein gesetzlicher Vertreter den Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsverbot gekannt hat oder hätte kennen müssen.

BGH, Urt. v. 28. September 1981 - II ZR 223/80 - OLG Koblenz
LG Mainz

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 223/80

URTEIL

Verkündet am
28. September 1981
Spengler,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Streithelfer I. Instanz:

g e g e n

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1981 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am 24. Juni 1980 verkündete Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens der Wohnbau Dr. K. GmbH, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer nach dem unbestrittenen Parteivortrag Dr. K., der Vater des am 28. Mai 1971 geborenen Beklagten ist. Am 12. Mai 1975 verkaufte die Gesellschaft, vertreten durch einen gemäß § 49 Abs. 2 HGB ermächtigten Prokuristen, dem Beklagten, vertreten durch Dr. K., eine Eigentumswohnung in Berlin für 52.000 DM und eine solche in München für 200.000 DM. Nach Übernahme der Belastungen hatte der Beklagte noch 21.281,27 DM (später: 23.271,54 DM) bzw. 70.000 DM zu zahlen. In beiden Verträgen verpflichtete sich Dr. K. gegenüber



der Gesellschaft, dem Beklagten entsprechend hohe, bis zu dessen Volljährigkeit unkündbare zinslose Darlehen zur Verfügung zu stellen. Am 20. Oktober 1975 änderten die Gesellschaft und der Beklagte, diesmal beide vertreten durch Dr. K., den das Münchner Grundstück betreffenden Vertrag in hier nicht interessierenden Punkten, ließen aber gleichzeitig beurkunden, daß die 70.000 DM bereits durch Verrechnung ausgeglichen seien. Am 6. März 1976 wies Dr. K. die Buchhaltung an, in Höhe der genannten Beträge sein Verrechnungskonto, auf dem zu seinen Gunsten Ansprüche auf Tantiemen und Spesen verbucht waren, zu belasten und dem Beklagten entsprechende Gutschriften zu erteilen. Dementsprechend wurde rückwirkend zum 31. Dezember 1975 gebucht. Die Darlehensverträge zwischen Vater und Sohn wurden am 26. August 1977 vom Pfleger des Beklagten und am 6. September 1977 vom Vormundschaftsgericht genehmigt.

Der Kläger verlangt vom Beklagten die laut Kaufverträgen zu zahlenden Beträge. Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von 91.281,27 DM nebst Zinsen stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Kaufpreisansprüche der Gesellschaft gegen den Beklagten seien durch Aufrechnung mit einer Darlehensforderung erloschen, die der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer Dr. K. gegen die Gesellschaft gehabt habe.

1. Die Revision nimmt zu Unrecht an, die Aufrechnung habe gegen das Verbot des Insichgeschäfts verstoßen und sei deshalb nichtig. An der Aufrechnungsvereinbarung waren als Gläubigerin des Beklagten die Gesellschaft und als deren Gläubiger Dr. K. [REDACTED] beteiligt. Dabei war unerheblich, daß Dr. K. [REDACTED] als Gläubiger der Darlehensforderung nicht zugleich Schuldner der Kaufpreisforderungen war. Der Aufrechnungsvertrag setzt anders als die einseitige Aufrechnung nicht die Gegenseitigkeit der zu erfüllenden Forderungen voraus (vgl. RGZ 72, 377, 378). Der Beklagte, dessen Beteiligung - wie § 267 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt - nicht erforderlich war, hat an der zu seinen Gunsten erfolgten einvernehmlichen Aufrechnung nicht mitgewirkt, so daß sich die Frage, ob Dr. K. [REDACTED] als sein gesetzlicher Vertreter bei der Aufrechnung ein verbotenes Insichgeschäft abgeschlossen hat, gar nicht stellt. Das Insichgeschäft dagegen, das Dr. K. [REDACTED] bei Vereinbarung der Aufrechnung als Gläubiger und Geschäftsführer der Gesellschaft getätigt hat, ist wirksam. Nach der Rechtsprechung des Senats gilt § 181 BGB nicht für die vor dem Inkrafttreten des § 35 Abs. 4 GmbHG am 1. Januar 1981 geschlossenen Rechtsgeschäfte des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH mit sich selbst (vgl. BGHZ 56, 97; 75, 358). Im übrigen sollen Dr. K. [REDACTED] im Gesellschaftsvertrage Insichgeschäfte gestattet gewesen sein.

2. Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger sei darlegungs- und beweispflichtig für seine Behauptung, Dr. K. [REDACTED] habe keine Forderung gegen die Gesellschaft besessen. Die Gesellschaft hat durch Vereinbarung der Aufrechnung die Ersatzleistung Dr. K. [REDACTED], die Befreiung von der diesem gegenüber bestehenden Darlehensverpflichtung, als Erfüllung der beiden Kaufpreisforderungen angenommen und nun-

mehr, wenn sie die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, gemäß § 363 BGB zu beweisen, daß die Darlehensverpflichtung nicht bestand und die Aufrechnung deshalb zu keiner Tilgung der beiderseitigen Verbindlichkeiten geführt hat.

II. Die Klage könnte aber aus dem vom Berufungsgericht nicht erörterten Gesichtspunkt der §§ 30, 31 GmbHG begründet sein.

1. Nach dem für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Sachverhalt war das Darlehen Dr. K. [REDACTED] wie haftendes Kapital zu behandeln. Dr. K. [REDACTED] hat, soweit das der bisherige Parteivortrag erkennen läßt, über Jahre ihm zustehende Tantiemen und Spesen nicht entnommen, sondern der Gesellschaft als Darlehen belassen. Seine Forderung hat nach der Behauptung des Beklagten am 31. Dezember 1973 932.607,28 DM und am 13. Dezember 1975 1.156.900,59 DM betragen. Angesichts der darin zum Ausdruck kommenden langen Dauer der Kreditgewährung sowie der Tatsache, daß nach der Behauptung des Klägers infolge der schlechten finanziellen Lage der Gesellschaft die zur Aufrechnung verwandte Forderung Dr. K. [REDACTED] mangels Realisierbarkeit keinen Wert hatte und die Gesellschaft schon 1975 nicht fähig war, die Abschlußarbeiten des Jahres 1974 zu bezahlen, ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß Dr. K. [REDACTED] die Darlehen der sonst nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft anstelle von Eigenkapital gewährt oder belassen hat, so daß sie entsprechend den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen nach den Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG zu behandeln wären. Nicht mehr lebensfähig war die Gesellschaft nicht erst im Falle einer Konkurslage, sondern schon dann, wenn sich mit dem vorhandenen Kapital der Zusammenbruch nicht vermeiden ließ und die Gesellschaft außerstande war, von dritter Seite Kredit zu marktüblichen Bedingungen zu beschaffen (vgl.

BGHZ 76, 326, 329 f). Es genügt, daß der Gesellschafter in der Notsituation Darlehen stehenläßt, die er zu einer Zeit gewährt hat, als die Gesellschaft wirtschaftlich noch gesund war (vgl. BGHZ 75, 334). Unter den vorstehend genannten Voraussetzungen gewährte Kredite sind der Gesellschaft wie haftendes Kapital so lange zu belassen, bis deren Stammkapital wieder auf andere Weise gedeckt ist (vgl. BGHZ 75, 334, 337; 76, 326, 335; SenUrt. v. 13.7.81 - II ZR 256/79, WM 1981, 871).

2. Eine die Kaufpreisforderungen zum Erlöschen bringende Aufrechnungsvereinbarung kann das haftende Kapital gemindert oder eine schon bestehende Überschuldung noch vertieft haben.

a) Ob das hier der Fall war, beurteilt sich nach den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft am 5. März 1976. Erst durch die an diesem Tage ergangene schriftliche Anweisung an die Buchhaltung, sein Konto mit den vom Beklagten geschuldeten Kaufpreisen zu belasten, hat Dr. K. für den nicht unmittelbar beteiligten, aber in seinen Interessen betroffenen Rechtsverkehr das Insichgeschäft genügend erkennbar werden lassen, so daß es erst in diesem Zeitpunkt als vollzogen gilt (vgl. BGHZ 75, 358, 363). Die am 20. Oktober 1975 in der notariellen Urkunde abgegebene Erklärung, 70.000 DM seien bereits durch Verrechnung ausgeglichen, ist für diesen Zeitpunkt nicht weiter belegt und deshalb nicht geeignet, den an den Nachweis des Insichgeschäfts zu stellenden strengen Anforderungen zu genügen.

b) Hat die Aufrechnung zu einer Minderung des haftenden Kapitals geführt und Dr. K., als Gläubiger und Geschäftsführer der Gesellschaft handelnd, mit ihrer Vereinbarung bewußt gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze

verstoßen, so ist sie nichtig und damit die Verpflichtung des Beklagten nicht erloschen (vgl. RGZ 168, 292, 302 f; BGH, Urt. v. 14.1.53 - I ZR 169/51, LM GmbHG § 30 Nr. 1). Ob ein bewußter Verstoß vorliegt, bedarf jedoch keiner näheren Feststellungen, da der Beklagte schon in entsprechender Anwendung des § 31 Abs. 1 GmbHG zur Zahlung verpflichtet ist.

c) Allerdings haftet ein Dritter nicht schon deswegen, weil ihm die Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters eine das Stammkapital mindernde Leistung erbringt. Wie er nicht gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet wird, wenn die Gesellschaft eine ihm gegenüber bestehende Verbindlichkeit des Gesellschafters erfüllt (vgl. SenBeschl. v. 13.10.80 - II ZR 2/80, AG 1981, 227), so auch dann nicht, wenn der Gesellschafter durch einverständliche Aufrechnung mit seiner einredebehafteten Forderung gemäß § 267 BGB eine Verbindlichkeit des Dritten gegenüber der Gesellschaft erfüllt. Solange dem Dritten die einredebehaftete Darlehensforderung nicht abgetreten wird und dieser an die Stelle des Gesellschafters tritt, bleibt die Leistung eine solche an den Gesellschafter; sie wird nur beim Vorliegen weiterer, die Zurechnung rechtfertigender Umstände auch zu einer an den Dritten.

Die Zurechnung kann gerechtfertigt sein, wenn der Dritte dem Gesellschafter besonders nahesteht, insbesondere eine wirtschaftliche Einheit mit ihm bildet. Aus diesem Grunde sind beispielsweise das mit einem Gesellschafter oder der Gesellschaft verbundene Unternehmen und der für Rechnung des Gesellschafters oder eines mit diesem verbundenen Unternehmen handelnde Dritte zur Rückzahlung des Empfangenen verpflichtet (SenUrt. v. 21.9.1981 - II ZR 104/80, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vgl.

auch § 32 a Abs. 5 des RegEntw zur GmbH-Novelle, BTDS 8/1347, S. 10). Die Zahlung an den für Rechnung des Gesellschafters handelnden Dritten stellt aber nicht den einzigen Fall einer Umgehung des Verbots dar. Im Aktienrecht verbieten die die Gewährung von Organkrediten regelnden Bestimmungen (§§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG) nicht nur die ohne Zustimmung des Aufsichtsrats erfolgende Zahlung an den für Rechnung des Organs handelnden Dritten, sondern auch die Zahlung an Ehegatten und minderjährige Kinder des Organs. Hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Typisierung von Umgehungstatbeständen, die auf das Verbot der Kapitalrückzahlung zu übertragen ist, das zu den wichtigsten Schutzvorschriften des GmbH-Rechts gehört und deshalb dieselbe Strenge wie das Verbot der Organkreditgewährung erfordert (vgl. Canaris, Festschr. f. Rob. Fischer, 1979, 31, 38). Der durch die GmbH-Novelle neu ins GmbH-Recht eingefügte § 43 a GmbHG enthält anders als § 72 Abs. 2 des Regierungs-Entwurfs (BTDS 7/253, S. 20) zwar keine dem § 89 Abs. 3 AktG vergleichbare Regelung der Umgehungstatbestände. Eine solche ist aber nur deshalb unterblieben, weil die Umgehung - so der Rechtsausschuß des Bundestages (BTDS 8/3908, S. 75) - nach allgemeinen Grundsätzen durch die Rechtsprechung verhindert werden kann. In den genannten Bestimmungen des Aktienrechts kommt, was sich auch an entsprechenden Regelungen des Konkursanfechtungs- (§ 31 Nr. 2, § 32 Nr. 2 KO) und des außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Anfechtungsrechts (§ 3 Nr. 2, 4 AnfG) zeigt, ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck (vgl. Timm, AG 1981, 133, 135), so daß es gerechtfertigt ist, das Auszahlungsverbot auch auf nahe Angehörige des Gesellschafters zu beziehen (vgl. auch Fischer in: Pro GmbH 137, 151). Wenn also - wie im vorliegenden Falle - die Gesellschaft auf Veranlassung des Gesellschafters in Erfüllung der diesem zuste-

henden, aber einredebehafteten Forderung an dessen minderjährigen Sohn leistet, so ist dieser in entsprechender Anwendung des § 31 Abs. 1 GmbHG zur Rückgewähr verpflichtet.

Ob wegen des Umstandes, daß sich der Dritte beim Organkredit - eben weil es sich um Kredite handelt - von vornherein auf eine Rückzahlungsverpflichtung einstellt, für die Entstehung eines Anspruchs auf Rückgewähr haftenden Kapitals zu fordern ist, daß der nahe Angehörige beim Empfang der Leistung wenigstens hätte erkennen müssen, daß gegen § 30 GmbHG verstoßen wird und er mit einer Erstattungspflicht zu rechnen hat, braucht nicht entschieden zu werden. Dr. K., der alleinige gesetzliche Vertreter des Beklagten, mußte als Geschäftsführer der Gesellschaft diese Kenntnis haben (vgl. BGHZ 75, 334, 339). Dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis hat der Beklagte sich zurechnen zu lassen.

Die Gleichsetzung von Gesellschafter und dessen minderjährigem Kind ist kein Wertungswiderspruch zu der Beurteilung von Fällen, in denen es allgemein abgelehnt wird, aus der Familienzugehörigkeit mehrerer Gesellschafter Nachteile für einen von ihnen herzuleiten (vgl. u.a. BGHZ 77, 94, 106, bei der Insolvenzsicherung; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., Anm. 56 zu § 47 GmbHG bei Stimmrechtsverboten). Denn dort handelt es sich um Fragen der Rechtsmacht in der Gesellschaft und deren Auswirkungen, während es hier um die Verlagerung von Gesellschaftsvermögen in Fällen geht, in denen Umgehungsgeschäfte besonders naheliegen.

3. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen über den Eigenkapitalcharakter des Darlehens von Dr. K. an die Gesellschaft getroffen hat, ist das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

Stempel

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Brandes