BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 252/10

Verkündet am:
23. April 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 826 G; GmbHG § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 2, 3, §§ 43a, 70, 73 Abs. 1

a) Veräußern die Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH in der Liquidation das Gesellschaftsvermögen an eine Gesellschaft, die von ihnen abhängig ist, kann darin nur dann ein existenzvernichtender Eingriff liegen, wenn die Vermögensgegenstände unter Wert übertragen werden.

b) Führt eine Ausschüttung an den Gesellschafter einer GmbH zu einer Unterbilanz, weil ein Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nach bilanzrechtlichen Grundsätzen wertberichtigt werden muss, erlischt der Anspruch aus § 31 Abs. 1, § 30 Abs. 1 GmbHG nicht schon durch die Rückzahlung des Darlehens.

c) Von § 43a GmbHG wird nur die Ausreichung eines Darlehens erfasst. Gerät die Gesellschaft später in eine Unterbilanz, ist § 43a GmbHG nicht anwendbar.

BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 252/10 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart und den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. November 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 237.966,07 € nebst Zinsen als Gesamtschuldner abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 10. Januar 2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. mbH (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin). Die drei

Beklagten sind die Gesellschafter und Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin. Diese führte Bildungsmaßnahmen im Auftrag der Arbeitsverwaltung durch. Im Jahr 2003 erzielte sie auf der Grundlage eines - zunächst vorläufigen - Jahresabschlusses einen Bilanzgewinn in Höhe von 490.609,31 €. Die Beklagten beschlossen eine Vorabgewinnausschüttung in Höhe von 480.000 € und zahlten am 16. Januar 2004 den entsprechenden Nettobetrag an sich und die damit verbundenen Steuern an das Finanzamt aus.

2 Durch die sog. Hartz-Gesetze in den Jahren 2003 und 2004 änderte sich das Vergabeverfahren für die Bildungsmaßnahmen der Insolvenzschuldnerin. Im März 2004 gelang es ihr nicht, in dem neuen Verfahren oder freihändig entsprechende Aufträge zu erhalten. Daraufhin beschlossen die Beklagten am 1. Juni 2004, die Insolvenzschuldnerin zum 31. August 2004 aufzulösen.

3 Am 4. Juni 2004 veräußerten die Beklagten die Geschäftsausstattung der Insolvenzschuldnerin an eine Verwertungsgesellschaft und schlossen darüber einen Leasingvertrag ab (Sale-and-lease-back). Am 1. Juli 2004 gründeten sie die Wirtschaftsakademie K. AG & Co. KG (im Folgenden: Wirtschaftsakademie), deren Kommanditisten sie - zunächst neben der Insolvenzschuldnerin - wurden und an deren Komplementärin, der J. AG, sie ebenfalls mehrheitlich beteiligt waren. Die Wirtschaftsakademie trat - bis auf eine Ausnahme - in die Mietverträge der Insolvenzschuldnerin, in den Leasingvertrag über die Geschäftsausstattung und in einen Leasingvertrag über das Geschäftsfahrzeug ein und übernahm die Mitarbeiter der Insolvenzschuldnerin.

4 Am 6. Dezember 2004 beantragten die Beklagten die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin wegen Zahlungsunfähigkeit.

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

5 Der Kläger ist der Auffassung, die Maßnahmen der Beklagten stellten insgesamt einen existenzvernichtenden Eingriff in das Vermögen der Insolvenzschuldnerin dar. Deshalb seien die Beklagten verpflichtet, Schadensersatz in Höhe der voraussichtlich zu berücksichtigenden Forderungsanmeldungen von 258.454,77 € und der Kosten des Insolvenzverfahrens von 70.305,57 € zu zahlen, zusammen 328.760,34 €.

6 Hilfsweise macht der Kläger geltend, die Gewinnausschüttung im Januar 2004 sei in Höhe von 237.966,07 € unzulässig gewesen, weil insoweit kein freies, die Stammkapitalziffer von 205.539,34 € übersteigendes Vermögen der Insolvenzschuldnerin vorhanden gewesen sei. Insoweit ist unstreitig, dass zum Zeitpunkt der Gewinnausschüttung Darlehen der Insolvenzschuldnerin an ihre Gesellschafter in Höhe von zusammen 136.058,34 € und an die J. AG in Höhe von 112.516,54 € offen standen und in dem vorläufigen Jahresabschluss 2003 ausgewiesen waren. Diese Darlehen sind später in Höhe von 120.000,00 € und 112.516,54 € zurückgezahlt worden. Der Kläger meint, die Darlehensrückzahlungsansprüche hätten im Rahmen der Gewinnausschüttung bei der Prüfung, ob dadurch eine Unterbilanz entstanden sei, nicht berücksichtigt werden dürfen. Damit verringere sich der ausschüttungsfähige Betrag auf 242.033,93 € (= 696.148,65 € in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital abzüglich 205.539,34 € Stammkapital abzüglich 248.575,38 € Darlehen an Gesellschafter bzw. mit ihnen verbundene Unternehmen). Von der Gewinnausschüttung in Höhe von 480.000 € seien also 237.966,07 € zu Unrecht erfolgt.

7 Das Landgericht hat der auf gesamtschuldnerische Zahlung von 328.760,34 € gerichteten Klage in Höhe von 39.322,02 € pro Beklagten als Einzelschuldner - zusammen 117.966,06 € - stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil auf die Berufung der Beklagten dahin abgeändert, dass die Beklagten als Einzelschuldner jeweils nur

5.352,95 € zu zahlen haben, zusammen 16.058,85 €. Im Übrigen hat es die weitergehende Berufung der Beklagten sowie die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

8 Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, der sein Klagebegehren in vollem Umfang aufrechterhält.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision des Klägers hat nur teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht durfte die Klage aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht abweisen, soweit der Kläger beantragt hat, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 237.966,07 € nebst Zinsen zu verurteilen. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

10 I. Dem Kläger steht kein Anspruch in Höhe von 328.760,34 € aus § 826 BGB in der Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs zu.

11 1. Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. November 2010 - 16 U 71/09, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung insoweit ausgeführt: Ein für die Annahme eines existenzvernichtenden Eingriffs erforderlicher missbräuchlicher Entzug von Vermögen könne nicht festgestellt werden. Jedenfalls fehle es an einem Verschulden der Beklagten. Zum Zeitpunkt der Gewinnausschüttung am 16. Januar 2004 sei ein finanzielles Scheitern der Insolvenzschuldnerin für die Beklagten nicht absehbar gewesen. Die Insolvenzschuldnerin habe im Gegenteil gute Umsätze erzielt, weil sie die nach den Reformgesetzen erforderliche Qualifizierung bereits besessen habe. Für die Folgezeit sei zwar zu berücksichtigen, dass eine Verlagerung des Geschäftsbe-

triebs auf eine den Gesellschaftern nahestehende andere Gesellschaft den Schluss auf eine "Selbstbedienung" zulassen könne. Hier fehle es aber an ausreichendem Vortrag des Klägers. Weder sei dargetan, dass eine Liquidation in der von den Beklagten durchgeführten Weise von vornherein wirtschaftlich aussichtslos gewesen sei. Noch reiche der Umstand, dass die Betriebsausstattung für einen geringeren Betrag als den Buchwert veräußert und für den Gebrauch des Firmenbestandteils "K. " kein Entgelt von der Wirtschaftsakademie gefordert worden sei. Der Kläger habe nicht dargelegt, welche Beträge insoweit hätten erzielt werden können. Auch die Übertragung der Miet- und Arbeitsverhältnisse auf die Wirtschaftsakademie belege einen Eingriff im Sinne des § 826 BGB nicht. Im Gegenteil sei die Insolvenzschuldnerin dadurch von weiteren Verbindlichkeiten entlastet worden.

12 2. Diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern.

13 a) Nach der Senatsrechtsprechung liegt ein zum Schadensersatz nach § 826 BGB verpflichtender existenzvernichtender Eingriff dann vor, wenn der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern in sittenwidriger Weise das zur Tilgung ihrer Schulden erforderliche Vermögen entzogen und damit eine Insolvenz verursacht wird (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 23 ff. - Trihotel) - wobei im Liquidationsstadium ausreicht, dass der Vermögensentzug gegen § 73 Abs. 1 GmbHG verstößt (BGH, Urteil vom 9. Februar 2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 39 f. - Sanitary). Dabei müssen die Gesellschafter mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln. Die Darlegungs- und Beweislast trägt die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 41 - Trihotel). Ob im Einzelfall diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Tatrichter festzustellen. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter von unzutreffenden Rechtsbegriffen ausgegangen ist, ob er den Sachvortrag der Parteien nicht umfassend

berücksichtigt hat oder ob seine Wertung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.

14 b) Derartige Rechtsfehler vermag die Revision hier nicht aufzuzeigen.

15 aa) Das gilt zum einen für die Ausschüttung im Januar 2004. Zu diesem Zeitpunkt konnten die Beklagten nach der rechtsfehlerfreien - und von der Revision auch nicht angegriffenen - Feststellung des Berufungsgerichts noch davon ausgehen, dass die Insolvenzschuldnerin die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beauftragung nach den Hartz-Gesetzen erfüllte und daher der Geschäftsbetrieb fortgesetzt werden konnte.

16 bb) Aber auch bezüglich der Würdigung der nach dem Auflösungsbeschluss getroffenen Maßnahmen der Beklagten zeigt die Revision keine durchgreifenden Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf.

17 Infolge des Auflösungsbeschlusses vom 1. Juni 2004 waren die Beklagten als Liquidatoren gemäß § 70 GmbHG verpflichtet, die laufenden Geschäfte der Insolvenzschuldnerin zu beenden, die Vermögensgegenstände der Insolvenzschuldnerin zu veräußern und mit dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen. Dass sie damit sofort begannen und nicht erst das Wirksamwerden des Auflösungsbeschlusses zum 31. August 2004 abwarteten, ist unschädlich. Die Beklagten waren jedenfalls nicht verpflichtet, den Geschäftsbetrieb der Insolvenzschuldnerin fortzuführen. Sie durften auch einen im Wesentlichen gleichartigen Geschäftsbetrieb in der Rechtsform einer anderen Gesellschaft, nämlich der Wirtschaftsakademie, aufnehmen. Beschränkungen ergeben sich in der Liquidation der Altgesellschaft lediglich insoweit, als keine Maßnahmen getroffen werden dürfen, die gegen die gläubigerschützenden Vorschriften der §§ 70, 73 GmbHG oder - im Zusammenhang mit dem Eintritt der Insolvenzreife - gegen

§ 15a InsO, § 64 GmbHG verstoßen oder sonst die Gläubiger der Altgesellschaft benachteiligen. Das Gesellschaftsvermögen darf nicht unter Wert auf die Neugesellschaft übertragen werden mit der Folge, dass die Gläubiger der Altgesellschaft leer ausgehen. Diese Voraussetzungen hat der Insolvenzverwalter darzulegen.

18 Das ist hier nicht in ausreichendem Maße geschehen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat. Die Veräußerung der Geschäftsausstattung im Rahmen des Sale-and-lease-back-Verfahrens an die Verwertungsgesellschaft B. GmbH und die Übertragung der Miet-, Leasing- und Dienstverhältnisse auf die Wirtschaftsakademie bzw. den Interessenten für das Mietverhältnis in R. dienten dem Liquidationszweck, den Geschäftsbetrieb der Insolvenzschuldner zu beenden. Das Berufungsgericht hat zutreffend gesehen, dass eine Verlagerung des Geschäftsbetriebs mit seinen Vermögenswerten auf eine von den Gesellschaftern abhängige andere Gesellschaft den Schluss auf eine "Selbstbedienung" im Sinne der Existenzvernichtungshaftung nahelegt. Es hat aber aufgrund des Vortrags des Klägers nicht festzustellen vermocht, dass die Verwertung der Vermögensgegenstände der Insolvenzschuldnerin kompensationslos erfolgt oder eine geordnete Abwicklung der Insolvenzschuldnerin auf diese Weise von vornherein nicht möglich und damit betriebswirtschaftlich unvertretbar gewesen wäre.

19 Die Übernahme der Miet-, Leasing- und Mitarbeiterverträge hat schon deshalb nicht zu einem Schaden der Insolvenzschuldnerin geführt, weil sie dadurch von der Pflicht zur weiteren Zahlung der Mieten und Vergütungen entlastet worden ist. Der Vorwurf, die Beklagten hätten nur die "günstigen" Mietverhältnisse auf die Wirtschaftsakademie übertragen, den "ungünstigen" Vertrag für R. dagegen bei der Insolvenzschuldnerin belassen, ist unbe-

gründet, weil die Beklagten auch für das Objekt in R. einen Nachmietinteressenten gefunden haben.

20 Dass die Geschäftsausstattung in der Bilanz zum 31. Dezember 2003 mit 200.498 € verbucht war, aber nur für 70.000 € an die B. GmbH veräußert worden ist, reicht für die Annahme eines Verkaufs unter Wert nicht aus. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Kläger nicht vorgetragen hat, welcher Preis bei einer Verwertung im Rahmen einer Liquidation hätte erzielt werden können. Dieser Preis entspricht nicht zwingend dem Buchwert.

21 Ohne Erfolg beanstandet die Revision weiter, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Firmenwert der Insolvenzschuldnerin in der Bilanz zum 31. Dezember 2003 mit 86.711 € angegeben sei, die Beklagten für die Übertragung des good will und insbesondere des Firmenbestandteils "K. " auf die Wirtschaftsakademie aber keine Gegenleistung vereinbart hätten. Auch insoweit zeigt die Revision nicht auf, dass der Kläger einen Preis behauptet hätte, der für den Geschäftsbetrieb einschließlich des Firmenbestandteils in der konkreten wirtschaftlichen Lage hätte erzielt werden können.

22 II. Der Kläger hat aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts möglicherweise einen Anspruch in Höhe von 237.966,07 € aus § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG (vgl. zur Anspruchsgrundlagenkonkurrenz mit dem Anspruch aus existenzvernichtendem Eingriff BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 40 - Trihotel), für den die Beklagten als Gesamtschuldner haften.

23 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung zu dem Anspruch aus § 31 GmbHG im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Darlehen, welche die

Insolvenzschuldnerin den Beklagten und der von ihnen beherrschten J. AG in Höhe von 136.058,34 € und 112.516,54 € gewährt habe, dürften nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 24. November 2003 - II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 - "Novemberurteil") bei der Prüfung, ob die Gewinnausschüttung vom 16. Januar 2004 das Gesellschaftsvermögen unter die Stammkapitalziffer abgesenkt habe, nicht berücksichtigt werden. Denn die Gesellschaft habe ihren Gesellschaftern nach damaligem Recht keine Darlehen zu Lasten des Stammkapitals gewähren dürfen, selbst wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch vollwertig gewesen wäre. Zum Zeitpunkt der Darlehensvergabe seien die Darlehen hier zwar nicht zu beanstanden gewesen. Durch die Gewinnausschüttung vom 16. Januar 2004 sei die Insolvenzschuldnerin aber, wenn man die Darlehensrückzahlungsansprüche gegen die Beklagten und die J. AG in der Handelsbilanz der Insolvenzschuldnerin nicht aktiviere, in Höhe von 237.966,07 € in eine Unterbilanz geraten. Damit sei ein Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG in dieser Höhe entstanden. Da aber die Beklagten und die J. AG die Darlehen später in Höhe von 120.000,00 € und 112.516,54 € zurückgezahlt hätten, sei auch der Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG insoweit erloschen. So verbleibe noch ein Restanspruch aus § 31 GmbHG in Höhe von insgesamt 16.058,34 €, der zu einer anteiligen Haftung der Beklagten in Höhe von jeweils 5.352,95 € führe.

24 2. Das Berufungsurteil beruht insoweit auf Rechtsfehlern.

25 a) Unzutreffend ist die Annahme des Berufungsgerichts, nach der Rechtsprechung des Senats seien Darlehensrückzahlungsansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter in der Handelsbilanz nicht zu aktivieren, soweit es darum gehe festzustellen, ob eine weitere Ausschüttung an die Gesellschafter zu Lasten der Stammkapitalziffer gehe und damit gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verstoße. Rückzahlungsansprüche aus Darlehen der Gesellschaft an

ihre Gesellschafter sind in der Handels- wie in der Überschuldungsbilanz mit ihren wahren Werten zu aktivieren. Ob aus der Entscheidung des Senats vom 24. November 2003 (II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 - "Novemberurteil") etwas anderes folgt, wie das Berufungsgericht gemeint hat, kann offen bleiben. Denn der Senat hat die in diesem Urteil zur Zulässigkeit von Darlehensvergaben an Gesellschafter aufgestellten Grundsätze - auch für Altfälle - aufgegeben (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 12 - MPS). Ein Darlehen der Gesellschaft an einen Gesellschafter kann danach - wie es der Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GmbHG nF klargestellt hat - nur dann als verbotene Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens gewertet werden, wenn das Darlehen nicht durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. In diesem Fall kann der Darlehensrückzahlungsanspruch aber schon deshalb nicht mit seinem vollen Nennwert in die Handelsbilanz eingestellt werden, weil er in dem Umfang, in dem eine Rückzahlung ernstlich zweifelhaft ist, nach allgemeinen bilanzrechtlichen Regeln in seinem Wert berichtigt werden muss. Danach kommt es für die Anwendung der §§ 30, 31 Abs. 1 GmbHG darauf an, ob bei bilanziell zutreffender Bewertung der Darlehensrückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter durch die weitere Ausschüttung eine Unterbilanz entstand oder vertieft wurde.

26 Nichts anderes gilt für das der J. AG gewährte Darlehen. Es ist unabhängig von der Frage, ob die Beklagten auf die J. AG einen beherrschenden Einfluss ausüben konnten, mit seinem wahren Wert zu bilanzieren.

27 b) Da die Beklagten nicht nur Gesellschafter, sondern auch Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin waren, haften sie nicht nur nach § 31 Abs. 1, sondern auch nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG und insoweit als Gesamt-

schuldner. Diese zusätzliche Haftung besteht gemäß § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG - da die Beklagten als Gesellschafter-Geschäftsführer so zu behandeln sind, als hätten sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung gehandelt - aber nur dann, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich war (vgl. dazu Scholz/Winter/Veil, GmbHG, 10. Aufl., § 9b Rn. 8), wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Dass der Ersatzbetrag jedenfalls später zur Gläubigerbefriedigung erforderlich geworden ist, reicht dagegen nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 193/02, ZIP 2003, 945, 946; Urteil vom 18. Februar 2008 - II ZR 62/07, ZIP 2008, 736 Rn. 11).

28 c) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht weiter davon ausgegangen, dass die (teilweise) Rückzahlung der Darlehen durch die Beklagten und die J. AG zu einem Erlöschen des Anspruchs aus § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG geführt hat.

29 Nach der Rechtsprechung des Senats entfällt der Anspruch gegen den Gesellschafter aus § 31 Abs. 1 GmbHG - und damit auch die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG - nicht von Gesetzes wegen, wenn das Gesellschaftskapital später anderweit bis zur Höhe der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist (BGH, Urteil vom 29. Mai 2000 - II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 340 ff.). Der Senat hat dazu auf die funktionale Nähe des Anspruchs aus § 31 GmbHG zu dem Einlageanspruch der Gesellschaft abgestellt, der ebenfalls nicht dadurch erlischt, dass der Gesellschaft anderweitig Kapital zugeführt wird. Ferner hat er berücksichtigt, dass die Gesellschaft die Möglichkeit haben muss, den Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG durch eine Abtretung wirtschaftlich zu verwerten, und dass diese Möglichkeit vereitelt oder jedenfalls erschwert wird, wenn die Zahlung des Kaufpreises für den Anspruch dazu führen könnte, dass er in Höhe der Kaufpreiszahlung erlischt.

30 Der vorliegende Fall weist keine Besonderheiten auf, die Anlass zu einer abweichenden Beurteilung geben würden. Wenn die Darlehensrückzahlungsansprüche der Insolvenzschuldnerin - wie hier zu unterstellen ist - zum Zeitpunkt der Ausschüttung der 480.000 € an die Beklagten nicht werthaltig waren, führte die Ausschüttung zu einem Erstattungs- bzw. Schadensersatzanspruch der Insolvenzschuldnerin gegen die Beklagten nach § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG. Daneben hatte die Insolvenzschuldnerin weiterhin die zwar nicht werthaltigen, aber doch weiter bestehenden Ansprüche aus den Darlehensverträgen. Wenn diese Ansprüche dann später - wider Erwarten - erfüllt worden sind, wirkt sich das nur auf die Darlehensverhältnisse aus. Der daneben und unabhängig von diesen Darlehensverhältnissen bestehende Anspruch aus § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG wird davon ebenso wenig berührt wie durch eine Verbesserung der Vermögenssituation infolge einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit.

31 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unterscheidet sich der vorliegende Fall in einem entscheidenden Punkt von dem der Senatsentscheidung vom 26. Januar 2009 (II ZR 217/07, BGHZ 179, 285) zugrunde liegenden Fall einer Kapitalaufbringung bei einem sogenannten Her- und Hinzahlen. Dort ging es um eine Zahlung, die dem Gesellschafter unter Verstoß gegen die Eigenkapitalbindung nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln gewährt worden war und die demgemäß einen Rückzahlungsanspruch entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG ausgelöst hatte. Da der Einlageanspruch mit Beträgen, die gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften an den Gesellschafter ausgezahlt worden sind, nicht erfüllt werden kann, bestand unabhängig von der Tilgungsbestimmung des Gesellschafters in jenem Fall nur eine Forderung, die durch die Gesellschafterzahlung erfüllt werden konnte, nämlich der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG analog. Im vorliegenden Fall dagegen waren die Darlehen an

die Beklagten und die J. AG gerade nicht unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln ausgezahlt worden. Es bestanden somit voneinander unabhängige Ansprüche auf Rückzahlung der Darlehen und gegebenenfalls auf Erfüllung des Anspruchs aus § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG. Deshalb konnte die Rückzahlung der Darlehen auch nur zum Erlöschen der Darlehensansprüche, nicht aber auch des Anspruchs aus § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG führen.

32 d) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt, dass die Darlehensrückzahlungsansprüche nach den bilanzrechtlichen Grundsätzen nicht hätten in voller Höhe aktiviert werden dürfen. Das wird es in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung nachzuholen haben. Gegebenenfalls wird es im Hinblick auf die beantragte gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten weiter prüfen müssen, ob der unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG ausgezahlte Betrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich war.

33 3. Der wahre Wert der bilanzierten Forderungen kann auch nicht aus anderen Gründen offen bleiben. Entgegen der Ansicht der Revision führt eine Berücksichtigung des § 43a GmbHG nicht zu dem Ergebnis, dass ein Anspruch nach § 31 Abs. 1, § 43 Abs. 3 GmbHG in Höhe von 237.966,07 € unabhängig von der Werthaltigkeit der Darlehensansprüche bestehen würde.

34 a) Die Revision meint, die Darlehensrückzahlungsansprüche der Insolvenzschuldnerin seien bei der Feststellung der Unterbilanz zum Zeitpunkt der Gewinnausschüttung im Januar 2004 deshalb nicht zu berücksichtigen, weil die Beklagten zugleich Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin gewesen seien und daher dem Kreditverbot des § 43a GmbHG unterlegen hätten. Danach sei bei einem Darlehen an einen Geschäftsführer von Gesetzes wegen zu unter-

stellen, dass der Rückzahlungsanspruch nicht werthaltig sei. Zwar dürfe das Darlehen ausgereicht werden, wenn genügend ungebundenes Vermögen vorhanden sei. Wenn es später jedoch zu einer Ausschüttung an die Gesellschafter komme, sei der Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer bei der Prüfung, ob die Stammkapitalziffer durch die Ausschüttung an die Gesellschafter unterschritten werde, nicht zu berücksichtigen.

35 b) Daran ist richtig, dass § 43a GmbHG nicht nur auf Fremdgeschäftsführer, sondern auch auf - wie hier - Gesellschafter-Geschäftsführer anwendbar ist (BGH, Urteil vom 24. November 2003 - II ZR 171/01, BGHZ 157, 72, 73 f. - "Novemberurteil") und dass nach dieser Vorschrift - abweichend von § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG - der Darlehensrückzahlungsanspruch gegen den Geschäftsführer bei der Prüfung, ob die an ihn zu zahlende Darlehensvaluta aus ungebundenem Vermögen geleistet werden kann, als nicht werthaltig zu unterstellen ist und damit - insoweit - nicht aktiviert werden darf (allg. Meinung, s. etwa Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43a Rn. 24 m.w.N.). Verboten ist nach § 43a GmbHG aber nur ein Darlehen, das bei - unter Berücksichtigung dieser Berechnungsweise - bestehender Unterbilanz ausgereicht wird oder durch dessen Ausreichung eine Unterbilanz entsteht. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, darf auch einem Geschäftsführer oder einer anderen der in § 43a GmbHG erwähnten Führungskräfte ein Darlehen gewährt werden.

36 c) Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob der Darlehensrückzahlungsanspruch auch dann außer Ansatz bleiben muss, wenn es um eine weitere Zahlung an den (Gesellschafter-)Geschäftsführer geht, insbesondere um eine Gewinnausschüttung.

37 aa) Das käme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn sich § 43a GmbHG, wie eine Meinung im Schrifttum annimmt, nur auf den Zeitpunkt der

Ausreichung des Darlehens bezieht (so Geßler, BB 1980, 1385, 1389; Lutter, DB 1980, 1317, 1322; Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43a Rn. 27; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43a Rn. 10; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 43a Rn. 2; Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, GmbHG § 43a Rn. 11; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., § 43a Rn. 4; Koppensteiner in Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 43a Rn. 7; MünchKommGmbHG/Löwisch, § 43a Rn. 16, 32). War zu diesem Zeitpunkt genug freies Vermögen vorhanden, bleibt nach dieser Meinung das Darlehen mit dem vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt unabhängig von der weiteren Vermögensentwicklung der Gesellschaft zulässig. Es ist wie jedes andere von der Gesellschaft ausgegebene Darlehen zu behandeln. Dann besteht aber auch kein Anlass, den Darlehensrückzahlungsanspruch bei der Beurteilung weiterer Ausschüttungen außer Ansatz zu lassen.

38 Etwas anderes könnte gelten, wenn man der Meinung folgt, nach der der Rückzahlungsanspruch gegen den Geschäftsführer aus einem unter Beachtung des § 43a GmbHG geschlossenen Darlehensvertrag nachträglich nach § 43a GmbHG zur sofortigen Rückzahlung fällig wird, wenn eine Unterbilanz entsteht (so Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl., § 43a Rn. 43 f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 37 III 6 a; Peltzer, Festschrift Rowedder, 1994, S. 325, 342; Sotiropoulos, GmbHR 1996, 653, 656; Fromm, GmbHR 2008, 537, 540). Nach dieser Meinung könnte es folgerichtig sein, den Darlehensrückzahlungsanspruch bei der Feststellung einer Unterbilanz dauerhaft außer Betracht zu lassen.

39 bb) Zutreffend ist die zuerst genannte Meinung.

40 Dafür spricht schon der Wortlaut des § 43a, wo allein davon die Rede ist, dass ein Darlehen nicht "gewährt" werden darf. Dem entspricht der Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 16. April 1980 zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften, auf dessen Vorschlag § 43a in das GmbH-Gesetz eingefügt worden ist (BT-Drucks. 8/3908, S. 20, 74 f.). Darin heißt es, die Vorschrift erfasse ihrem Wortlaut nach nur Kredite, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gewährt würden. Das wäre anders, wenn man unter den Begriff der Kreditgewährung auch ein Belassen von Liquidität fassen würde (so K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 37 III 6 a).

41 Auch der Zweck der Vorschrift gebietet keine Ausdehnung auf Vermögensverschlechterungen nach der Auszahlung des Darlehens. Durch § 43a GmbHG wird der Anwendungsbereich des Rechts der Kapitalerhaltung auf die Geschäftsführer und die ihnen gleichgestellten Führungspersonen erweitert. Dabei soll nicht nur ein Absinken des Gesellschaftsvermögens unter die bilanzielle Stammkapitalziffer verhindert, sondern - im Gegensatz zu Darlehen an (Nur-)Gesellschafter nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GmbHG - schon der Gefahr eines solchen Absinkens vorgebeugt werden. Das erscheint deswegen gerechtfertigt, weil bei einer derartigen Kreditvergabe die (übrigen) Geschäftsführer die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers beurteilen müssen - bei einer Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB sogar der kreditnehmende Geschäftsführer selbst. Damit besteht grundsätzlich die Gefahr, dass die Kreditwürdigkeit nicht mit der erforderlichen Unvoreingenommenheit geprüft wird, gerade auch weil der kreditnehmende Geschäftsführer im Regelfall für etwaige "Gegengeschäfte" mit den prüfenden Geschäftsführern zuständig ist, sich die Adressaten des § 43a GmbHG also gegenseitig (zweifelhafte) Kredite gewähren könnten (Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., § 43a

Rn. 1; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 43a Rn. 1; Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289, 1296). Diese Situation verändert sich, wenn es im Anschluss an die Kreditvergabe um eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter geht. Der Gewinnanspruch leitet sich nach § 29 GmbHG aus der Handelsbilanz ab, und darin ist der Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer genauso zu aktivieren wie jeder andere Anspruch der Gesellschaft. Zwar besteht auch dann noch die Gefahr, dass die Geschäftsführer den gegen einen von ihnen gerichteten Darlehensrückzahlungsanspruch bei der Aufstellung des Jahresabschlusses in voller Höhe aktivieren, obwohl er wegen zwischenzeitlich aufgetretener Zahlungsprobleme wertberichtigt werden müsste. Dieser Gefahr wird aber dadurch vorgebeugt, dass die Gesellschafter im gesetzlichen Regelfall des § 46 Nr. 1 GmbHG den Jahresabschluss feststellen und daher Anlass haben, sich selbst ein Bild von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des darlehensnehmenden Geschäftsführers oder der gleichgestellten Führungsperson zu verschaffen (Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 258). Angesichts dessen erscheint es nicht angemessen, den Anwendungsbereich des im Verhältnis zur bilanziellen Betrachtungsweise des § 30 GmbHG strengeren § 43a GmbHG auch noch auf die Zeit nach der Darlehensgewährung zu erstrecken.

42 Die von der Revision aufgezeigte Gefahr einer Umgehung des Verbots aus § 43a GmbHG gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Entscheidung. Diese Gefahr sieht die Revision darin, dass zuerst ein Darlehen an den Gesellschafter-Geschäftsführer ausgereicht wird, das die Stammkapitalziffer noch nicht berührt und deshalb zulässig ist, und danach eine gleich hohe (Gewinn-) Ausschüttung an den Gesellschafter vorgenommen wird, die bei einer Aktivierung des Darlehensrückzahlungsanspruchs ebenfalls nicht gegen das Kapitalerhaltungsgebot verstößt. Bei der umgekehrten Reihenfolge wäre das Darlehen dagegen unzulässig, weil nach § 43a Satz 1 GmbHG zu unterstellen wäre, dass

der Rückzahlungsanspruch nicht werthaltig ist und dadurch eine Unterbilanz entsteht. In derartigen Fallgestaltungen kann es geboten sein, von den oben dargestellten Grundsätzen eine Ausnahme zuzulassen. Das ändert aber nichts an dem für die Normalfälle angemessenen Ergebnis. Dass hier ein solcher Umgehungsfall vorliegen würde, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, und die Revision macht nicht geltend, dass es dabei Vortrag des Klägers übergangen hätte.

Bergmann Strohn Caliebe

Reichart Sunder

Vorinstanzen:
LG Wuppertal, Entscheidung vom 06.03.2009 - 4 O 252/08 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.11.2010 - 16 U 71/09 -