BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 264/07

Verkündet am:
2. März 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 117, 781; GmbHG §§ 42 a Abs. 2, 31, 73 Abs. 1

a) Wählen die Vertragsparteien eine bestimmte zivilrechtliche Rechtsgestaltung lediglich aus steuerlichen Gründen, fehlt es in der Regel nicht am erforderlichen Rechtsbindungswillen, weil die steuerliche Anerkennung ein gültiges, ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft voraussetzt. Erweist sich die gewählte Vertragsgestaltung nachträglich als zivilrechtlich nachteilig, begründet das nicht den Einwand des Scheingeschäfts.

b) Die Feststellung des Jahresabschlusses hat - nicht anders als bei der Personengesellschaft (vgl. dazu: BGHZ 132, 263, 266) - auch bei der GmbH die Bedeutung einer Verbindlicherklärung der Bilanz jedenfalls im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und auch untereinander. Typischer Inhalt einer solchen korporativen Abrede ist auch der Ausschluss bekannter oder mindestens für möglich gehaltener Einwendungen gegenüber bilanzierten Gesellschafterverbindlichkeiten im Sinne eines deklaratorischen Anerkenntnisses.

c) Eine gegen das in § 73 Abs. 1, 2 GmbHG normierte zwingende Kapitalerhaltungsgebot in der Liquidation verstoßende Verteilung von Gesellschaftsvermögen hat einen Rückerstattungsanspruch der GmbH gegen die Gesellschafter analog § 31 GmbHG zur Folge, der nicht die Entstehung einer Unterbilanz als Folge der Auszahlung voraussetzt.

d) Vorabausschüttungen auf einen erwarteten Liquidationserlös stehen unter dem stillschweigenden Vorbehalt, dass auf die Empfänger nach der abschließenden Liquidationsbilanz ein entsprechender Erlös entfällt. Soweit ein Liquidationserlös nicht vorhanden ist, besteht aufgrund stillschweigender Abrede ein vertraglicher Rückgewähranspruch der GmbH auf Rückzahlung der Vorabausschüttung.

BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 264/07 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Dr. Reichart und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Klägers wird - unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels - das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. November 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung der Beklagten das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kleve vom 3. November 2006, soweit dieses der Klage stattgegeben hat, abgeändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen worden ist.

II. Die Berufung der Beklagten gegen das vorbezeichnete Urteil des Landgerichts Kleve wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass in Abänderung der landgerichtlichen Kostenentscheidung die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits dem Kläger zu 42 % und der Beklagten zu 58 % auferlegt werden.

III. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 42 % und der Beklagten zu 58 %, diejenigen des Revisionsverfahrens dem Kläger zu 38 % und der Beklagten zu 62 % auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 29. April 2004 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. -Vertriebsgesellschaft mbH i.L. (nachfolgend: Schuldnerin); die Beklagte ist Alleinerbin des am 27. März 2004 verstorbenen H. T. , eines von neun in gleicher Höhe am Stammkapital der Schuldnerin von insgesamt 531.000,00 DM beteiligten Gesellschaftern. Die am 21. August 1981 gegründete Schuldnerin veräußerte durch Vertrag vom 15. Dezember 1991 ihr gesamtes Anlagevermögen mit Wirkung vom 1. März 1992 an die N. B. V (NBV). Durch Liquidationsbeschluss der Gesellschafterversammlung vom 28. Februar 1992 wurde die Schuldnerin zum Ablauf des folgenden Tages aufgelöst. Die Mehrheit der Gesellschafter verlangte die gleichmäßige Auszahlung des aus der Veräußerung des Betriebsvermögens erzielten Kaufpreises von 1,84 Mio. DM an alle und setzte sich damit über die von dem Mitgesellschafter C. dagegen erhobenen Bedenken, dass "die Gesellschaft zuerst abgewickelt werden müsse", hinweg. Die Liquidatoren der Schuldnerin zahlten daraufhin bis Juni 1992 an die Gesellschafter - mit Ausnahme des Mitgesellschafters E. - aus dem Gesellschaftsvermögen jeweils 230.000,00 DM aus; auf den Empfängerabschnitten der den Gesellschaftern hingegebenen Verrechnungsschecks soll - was zwischen den Parteien streitig ist - von den Liquidatoren als Verwendungszweck: "Darlehensauszahlung lt. Gesellschafterbeschluss" vermerkt worden sein. Im Hinblick darauf, dass bei einigen Gesellschaftern Steuerveranlagungen wegen angeblicher "verdeckter Gewinnausschüttung" stattgefunden hatten, wurde auf einer Gesellschafterversammlung der Schuldnerin vom 26. Oktober 1995 - zu der jedenfalls der Mitgesellschafter E. nicht geladen worden war - der Beschluss gefasst, dass die "Umwandlung der Gesellschafterdarlehen in Gewinnausschüttungen nach erfolgter Betriebsprüfung und nach Zahlung aller Verbindlichkeiten" erfolgen sollte. Auf Anforderung der Liquidato-

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

ren leistete der Ehemann der Beklagten - wie andere Mitgesellschafter auch - in der Folgezeit von dem empfangenen Geld insgesamt drei Rückzahlungen zugunsten der Schuldnerin: Ende Juni 1995 25.378,20 DM auf einen Rückforderungsanspruch der NBV, im Januar 1996 anteilig 16.932,79 DM zur Tilgung von Gesellschaftsschulden gegenüber der Volksbank sowie am 30. Juni 1999 18.812,50 DM an die Stadtkasse Ge. zur Teiltilgung einer Steuerverbindlichkeit der Schuldnerin.

2 Mit Schreiben vom 24. Juli 2001 sprachen die Liquidatoren gegenüber allen Gesellschaftern die "Kündigung der Darlehen" aus; Zinszahlungen waren bis zu diesem Zeitpunkt von den Gesellschaftern nicht gefordert und von ihnen auch nicht erbracht worden. Durch mehrheitlich - auch mit der Stimme des Ehemanns der Beklagten - gefassten Gesellschafterbeschluss vom 27. Juni 2002 wurden zu TOP 4 sämtliche Jahresabschlüsse der Schuldnerin - in denen die im Jahr 1992 erfolgten Auszahlungen an die Gesellschafter als "Darlehen" ausgewiesen sind - für die Geschäftsjahre von 1992 bis 2000 festgestellt. Unter TOP 6 hat der Liquidator T. protokolliert: "Die in den Bilanzen ausgewiesenen Darlehen, die mit den Feststellungen der finanzbehördlichen Betriebsprüfung übereinstimmen, sind dem Grunde und der Höhe nach zutreffend. Mit Feststellung der Jahresabschlüsse laut TOP 4 sind die Darlehen durch Gesellschafterbeschluss anerkannt und genehmigt. Die Darlehen sind somit fällig." Mit Schreiben vom 12. Dezember 2002 mahnten die Liquidatoren der Schuldnerin bei den Gesellschaftern die Rückzahlung der empfangenen Beträge - erfolglos - an.

3 Mit der am 22. Dezember 2004 erhobenen Klage hat der Kläger von der Beklagten als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes Rückerstattung der erhaltenen Auszahlung von 230.000,00 DM nebst angeblich vereinbarter Darlehenszinsen, hilfsweise Kapitalnutzungszinsen seit dem 1. Juli 1992 verlangt; dabei

hat er einen früher entstandenen Gewinnanspruch des Ehemanns der Beklagten von 5.250,00 DM und dessen drei Rückerstattungszahlungen zum Teil auf die Hauptforderung, überwiegend jedoch auf die - kapitalisiert - als Hauptforderung geltend gemachten Zinsen bis 31. Dezember 1999 angerechnet; außerdem hat er vorgerichtliche Kosten der Rechtsverfolgung geltend gemacht. Die Beklagte hat die Forderung bestritten und sich auf Verjährung berufen.

4 Das Landgericht hat der - auf Zahlung von insgesamt 146.606,42 € zuzüglich Zinsen gerichteten - Klage nur im Umfang von 83.660,91 € nebst 5 % Zinsen seit dem 12. März 2003 sowie in Höhe vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten von 962,86 € nebst Zinsen stattgegeben. Dabei ist es von einer "Umwandlung der zunächst rechtsgrundlosen Geldhingabe zu einem Darlehen" anlässlich der Bilanzfeststellungen durch Gesellschafterbeschluss vom 27. Juni 2002 ausgegangen und hat die anrechenbaren Gewinne und Teilrückzahlungen hiermit verrechnet; demgegenüber hat es eine Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung von kapitalisierten Darlehenszinsen ab 1992 verneint und insoweit die Klage abgewiesen.

5 Gegen dieses Urteil haben beide Parteien in vollem Umfang Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der - von dem erkennenden Senat zugelassenen - Revision, wobei er lediglich die Teilabweisung der Klage in Höhe eines - verjährten - Zinsbetrages von 9.779,47 € hinnimmt, im Übrigen aber seine verbleibende Forderung in Höhe von 136.926,95 € weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Klägers ist teilweise begründet und führt - unter Teilaufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung der Berufung der Beklagten - zur Wiederherstellung des der Klage im Umfang von 83.660,91 € und vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten von 962,86 € - jeweils nebst Zinsen - stattgebenden Landgerichtsurteils. Soweit der Kläger hingegen die darüber hinausgehende Verurteilung der Beklagten bis zur Gesamthöhe von 136.926,95 € nebst Zinsen erstrebt, ist seine Revision ebenso unbegründet wie seine entsprechende Berufung gegen das - auch insoweit zutreffende - Landgerichtsurteil.

7 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

8 Bei der Auszahlung an die Gesellschafter habe es sich um die Vorabausschüttung eines künftigen Liquidationserlöses gehandelt. Ein Darlehensvertrag zwischen der Schuldnerin und ihren Gesellschaftern sei insoweit weder durch die einseitige Anbringung eines diesbezüglichen Verwendungszwecks auf den Verrechnungsschecks durch die Liquidatoren noch aufgrund des - im Übrigen verfahrensfehlerhaft gefassten - Gesellschafterbeschlusses vom 26. Oktober 1995, der zwar steuerlichen Zwecken gedient habe, nicht aber eine vorherige zivilrechtlich verbindliche Novation beweise, zustande gekommen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei auch durch den Gesellschafterbeschluss vom 27. Juni 2002 über die Feststellung der Jahresabschlüsse 1992 bis 2000 trotz des bilanziellen Ausweises der Auszahlungen an die Gesellschafter als Darlehen kein Darlehensvertrag zustande gekommen; auch insoweit könne von einer zivilrechtlich verbindlichen Schuldumschaffung nicht die Rede sein, da diese Gestaltung allein der Vermeidung sonst drohender steuerlicher Nachteile gedient habe. Eine Beweiskraft für die inhaltliche Richtigkeit der An-

gaben in der Bilanz komme der Feststellung nicht zu. Ein Rückforderungsanspruch aus § 31 GmbHG analog wegen des zweifellos vorliegenden Verstoßes der Auszahlung innerhalb des Sperrjahres und vor einer Gläubigerbefriedigung bzw. Sicherstellung gegen die zwingende Kapitalbindungsvorschrift des § 73 Abs. 1 GmbHG sei verjährt; nach der letzten Unterbrechung aufgrund der Teilrückzahlung vom 30. Juni 1999 sei Verjährung mit Ablauf des 30. Juni 2004 - also lange vor Klageerhebung - eingetreten. Ein Rückforderungsanspruch könne nicht auf Abschnitt 9 c i.V.m. 9 b der Satzung der Schuldnerin gestützt werden, da diese Bestimmungen nicht einschlägig seien und zudem der diesbezügliche Sachvortrag des Klägers nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen sei.

9 II. Diese Beurteilung hält in mehrfacher Hinsicht der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings die vom Berufungsgericht - insoweit in Übereinstimmung mit dem Landgericht - aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme gewonnene Überzeugung, dass sich anlässlich der Auszahlung der jeweils 230.000,00 DM an die Gesellschafter - darunter den Ehemann der Beklagten - das Zustandekommen eines Darlehensvertrages zwischen der Schuldnerin und ihren Gesellschaftern nicht nachweisen lasse. Die Annahme, die überwiegende Mehrheit der Gesellschafter habe ungeachtet der vom Zeugen C. geäußerten Bedenken eine Vorabausschüttung gewollt, da sie auf die Auszahlung des Erlöses aus der Unternehmensveräußerung "heiß gewesen" seien, ist nicht nur nachvollziehbar, sondern wegen ihres unmissverständlichen Wunsches, "Kasse zu machen", sogar wahrscheinlich. Angesichts dessen hat sich das Berufungsgericht auch ohne insoweit erkennbaren revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler nicht davon zu überzeugen vermocht, dass aus Anlass des - zudem vage gefassten - Gesellschafterbeschlusses vom

26. Oktober 1995 eine zeitlich vorangegangene, konkludente Schuldumschaffung der ursprünglichen Vorabausschüttung in eine - noch dazu verzinsliche - Darlehensverbindlichkeit zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der Schuldnerin stattgefunden hat, zumal ersichtlich in der Folgezeit bis zur Klageerhebung Darlehenszinsen weder von den Liquidatoren geltend gemacht noch durch einzelne Gesellschafter bezahlt worden sind und auch anlässlich der drei Rückerstattungen jedenfalls nicht von Darlehensrückzahlungen die Rede war.

11 2. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, eine Darlehensverbindlichkeit des Ehemannes der Beklagten gegenüber der Schuldnerin sei auch anlässlich des mit seiner Zustimmung gefassten Bilanzfeststellungsbeschlusses vom 27. Juni 2002 nicht zustande gekommen, weil mit dem bilanziellen Ausweis als Darlehen lediglich die Vermeidung einer steuerlichen Behandlung als verdeckte Gewinnausschüttung, nicht hingegen eine zivilrechtlich verbindliche Schuldumschaffung der Vorabausschüttung in ein Darlehen bezweckt gewesen sei, und zudem der Bilanzfeststellung keine inhaltliche Beweiskraft zukomme.

12 Diese Argumentation ist - wie die Revision mit Recht rügt - in doppelter Hinsicht von Rechtsirrtum beeinflusst.

13 a) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Gesellschafter der Schuldnerin hätten mit alleiniger steuerrechtlicher Wirkung ("nur zu steuerlichen Zwecken") Darlehen in den Jahresabschlüssen ausweisen wollen, ohne zugleich eine zivilrechtlich wirksame Darlehensverbindlichkeit zu begründen oder zuvor begründet zu haben, ist unvertretbar. Sie übersieht, dass nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine bestimmte vertragliche Regelung nicht gleichzeitig steuerrechtlich gewollt, zivilrechtlich aber nicht gewollt sein kann (BGHZ 67, 334, 337; Sen.Urt. v. 5. Juli 1993 - II ZR 114/92, ZIP 1993, 1158,

1159; BGH, Urt. v. 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, ZIP 2006, 1639, 1640 m.w.Nachw.). Wählen dementsprechend - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - die Parteien eine bestimmte Rechtsgestaltung lediglich aus steuerlichen Gründen, fehlt es in der Regel nicht am erforderlichen Rechtsbindungswillen, weil die steuerliche Anerkennung ein gültiges, ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft voraussetzt. Erweist sich die gewählte Vertragsgestaltung nachträglich als zivilrechtlich nachteilig, begründet das nicht den Einwand des Scheingeschäfts (BGH, Urt. v. 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, aaO). Für die Annahme, die - steuerlich beratenen - Beteiligten hätten eine Steuerhinterziehung begehen wollen, fehlt jeglicher Anhaltspunkt.

14 War danach hier das vom Berufungsgericht angenommene steuerliche Ziel der Vermeidung einer Behandlung der Vorabausschüttungen als offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen durch die Steuerbehörden nur auf dem Wege einer zivilrechtlich verbindlichen Umwandlung der bis dahin bestehenden bloßen Vorabausschüttungen im Wege der Schuldumschaffung in Darlehen möglich, so sprechen - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - bereits der Ausweis als Darlehen in der Bilanz und deren Feststellung dafür, dass eine solche Novation auch von den Gesellschaftern - zumindest denen, die wie der Ehemann der Beklagten dafür gestimmt haben - gewollt war.

15 b) Zu kurz greift die Annahme des Berufungsgerichts, dem Jahresabschluss komme keine Beweiskraft gemäß § 416 ZPO im Hinblick auf die inhaltliche Richtigkeit der Bilanz zu. Zwar mag dies insoweit zutreffen, als außenstehende Gläubiger aus bilanziellen Ausweisen allein nicht den Beweis für das Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Gesellschaft und deren rechtliche Qualifizierung ableiten können. Darum geht es hier indessen nicht; vielmehr steht im vorliegenden Fall allein die Bedeutung des festgestellten Jahresabschlusses für das gesellschaftsinterne Verhältnis zwischen Gesellschaft und

Gesellschaftern in Rede. Insoweit handelt es sich bei der Feststellung des Jahresabschlusses um einen konstitutiv wirkenden Akt der Billigung des aufgestellten Jahresabschlusses durch die Gesellschafter, mit der diese dessen Richtigkeit anerkennen. Nicht anders als bei den Personengesellschaften (vgl. dazu nur BGHZ 132, 263, 266 m.w.Nachw.) hat diese Feststellung des Jahresabschlusses auch bei einer GmbH - wie hier - die Bedeutung einer Verbindlicherklärung der Bilanz jedenfalls im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und auch untereinander. Dementsprechend ist die Bilanzfeststellung ein Vorgang, aus dem sich im Innenverhältnis auch rechtliche Konsequenzen für die Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern im Sinne eines - zivilrechtlich verbindlichen - Schuldanerkenntnisses ergeben können. Ob insoweit in der (einvernehmlichen) Feststellung des Jahresabschlusses ein abstraktes Schuldanerkenntnis (vgl. zur Personengesellschaft: Sen.Urt. v. 11. Januar 1960 - II ZR 69/59, BB 1960, 188; v. 13. Januar 1966 - II ZR 68/64, BB 1966, 474) oder ein Feststellungsvertrag (vgl. Senat, BGHZ 132, 263, 266 f. m.w. Literaturnachw. - zur KG) im Sinne eines deklaratorischen ("kausalen") Anerkenntnisses (h.M.: vgl. zum Meinungsstand Ehricke in Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 120 Rdn. 35 m.w.Nachw.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1455, 1457 f.; vgl. insbesondere auch Hüffer in MünchKommBGB § 781 Rdn. 16 ff. mit eingehender Begründung) zu sehen ist, kann hier schon deshalb offen bleiben, weil die Qualifizierung in der einen oder der anderen Richtung regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Auch die Gesellschafter der GmbH bezwecken mit der ihnen - in der Form der korporativen Beschlussfassung - obliegenden Feststellung des Jahresabschlusses (§§ 42 a Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG) regelmäßig, zumindest die Rechtsgrundlage für das Folgejahr zu fixieren und ihre Ansprüche und Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft zum Bilanzstichtag festzulegen; typischer Inhalt einer solchen korporativen Ab-

rede ist auch der Ausschluss der bekannten oder mindestens für möglich gehaltenen Einwendungen im Sinne eines deklaratorischen Anerkenntnisses.

16 Angesichts dessen erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, der bilanzielle Ausweis als Darlehen (vgl. § 42 Abs. 3 GmbHG) lasse keine beweisrechtlichen Schlüsse auf die zivilrechtliche Verbindlichkeit der Feststellung einer Bilanz mit einem derartigen Inhalt zu, als verfehlt. Vielmehr lag es hier nach den tatrichterlichen Feststellungen nahe, gerade wegen der steuerrechtlichen Motivation in der Bilanzfeststellung zugleich ein deklaratorisches Anerkenntnis einer zuvor oder gleichzeitig konkludent begründeten Darlehensforderung zu sehen.

17 Eine - vom Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig nicht geprüfte - Verjährung der als Darlehen bilanzierten Forderung gegen den Ehemann der Beklagten kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil eine derartige Umwandlung in ein Darlehen in unverjährter Zeit stattgefunden hat. Nach den in anderem Zusammenhang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen war nämlich ein - alternativ aus anderem Rechtsgrund (§§ 31 analog, 73 Abs. 1 GmbHG) bestehender - Rückforderungsanspruch der Schuldnerin aufgrund dreimaliger Teilrückzahlungen im Juni 1995, Januar 1996 und am 30. Juni 1999 gemäß § 208 BGB a.F. unterbrochen und lief daher die Frist erneut zumindest bis zum 30. Juni 2004 (vgl. auch Art. 229 § 6 Abs. 2, 4 EGBGB). Aufgrund der mit der Umwandlung in ein Darlehen selbst verbundenen erneuten Anerkennung der Forderung anlässlich der Bilanzfeststellung am 27. Juni 2002 war mithin im Zeitpunkt der Klageerhebung am 22. Dezember 2004 eine derartige Darlehensforderung der Schuldnerin gegen die Beklagte als Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemannes keinesfalls verjährt (Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB).

18 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch einen Rückforderungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte aus §§ 31 analog, 73 GmbHG als verjährt und damit nicht durchsetzbar angesehen.

19 Zwar hat es im Ansatz zutreffend das Bestehen eines derartigen - konkurrierenden - Rückforderungsanspruchs dem Grunde nach bejaht, weil die Auszahlung von je 230.000,00 DM an die Gesellschafter - hier den Ehemann der Beklagten - weit vor Ablauf des sog. Sperrjahres und zudem vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft erfolgte und damit gegen die zwingende Gläubigerschutzvorschrift des § 73 Abs. 1 GmbHG verstieß. Insoweit ist es unerheblich, ob die Auszahlung rechtlich als Darlehen oder - wie das Berufungsgericht angenommen hat - weiterhin als Vorabausschüttung zu qualifizieren ist; denn nach dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Thesaurierungsgebot ist in diesem Stadium der Liquidation jegliche Auszahlung von Gesellschaftsvermögen verboten, da wegen der vorrangigen Gläubigerbefriedigung nicht nur der Gesamtvermögensbestand, sondern auch die Liquidität der aufgelösten GmbH zu sichern ist.

20 Ein derartiger Rückerstattungsanspruch analog § 31 Abs. 1 GmbHG, der im Hinblick auf die Verschärfung der Ausschüttungssperre durch § 73 GmbHG nicht die Entstehung einer Unterbilanz als Folge der Auszahlung voraussetzt (vgl. Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 73 Rdn. 26 m.w.Nachw.), war nach § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG a.F. entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht bereits Ende Juni 2004 - also vor Klageerhebung - verjährt, weil die Verjährungsfrist nicht etwa letztmalig durch die Teiltilgung einer Steuerschuld am 30. Juni 1999 unterbrochen, sondern mit der Anerkennung der Rückzahlungspflicht aufgrund der Feststellung der Jahresabschlüsse am 27. Juni 2002 erneut "gehemmt" wurde (vgl. § 208 BGB a.F., § 212 Nr. 1 BGB n.F., Art. 229 § 6 Abs. 1, 2 EGBGB).

21 4. Die vollständige Abweisung eines Rückerstattungsanspruchs des Klägers gegen die Beklagte bereits dem Grunde nach war schließlich auch insoweit rechtsfehlerhaft, als das Berufungsgericht es unterlassen hat, das Klagebegehren unter dem Blickwinkel eines Rückzahlungsanspruchs aus konkludenter Rückzahlungsabrede im Zusammenhang mit einer - von ihm angenommenen - Vorabausschüttung zu prüfen. Handelte es sich - wie die Vorinstanzen im Ansatz zutreffend angenommen haben - bei der Auszahlung des aus dem Veräußerungsgeschäft erzielten Kaufpreises an die Gesellschafter nach Fassung des Liquidationsbeschlusses vom 29. Februar 1992 um - freilich gegen § 73 Abs. 1 GmbHG verstoßende - Vorabausschüttungen auf einen erwarteten Liquidationserlös, so standen diese unter dem selbstverständlichen stillschweigenden Vorbehalt, dass auf die Empfänger nach der abschließenden Liquidationsbilanz auch ein entsprechender Erlös entfiel; die Rechtslage entspricht insoweit derjenigen bei vereinbarten Vorauszahlungen auf einen erwarteten Jahresgewinn im Sinne des § 29 GmbHG. Soweit in diesen Fällen ein entsprechender Liquidationserlös bzw. Jahresgewinn nicht vorhanden ist, besteht aufgrund stillschweigender Abrede ein vertraglicher Rückgewähranspruch auf Rückzahlung der Vorabausschüttung.

22 Ein derartiger - unverjährter - Rückzahlungsanspruch ist auch jedenfalls mit der Geltendmachung durch den Kläger als Insolvenzverwalter fällig geworden. Zwar liegt bislang eine - regelmäßig zur Herbeiführung der Fälligkeit erforderliche - Liquidationsbilanz noch nicht vor. Jedoch darf im hier vorliegenden Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter auf der Grundlage der von ihm vorgelegten Vermögensübersicht gemäß § 135 InsO wegen der vorrangigen Zwecke des Insolvenzverfahrens sofort geltend machen, dass der stillschweigend vorausgesetzte Grund für ein Behaltendürfen der Vorabausschüttung entfallen ist, und damit die Fälligkeit der Rückzahlung zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung herbeiführen. Dass nach dieser Vermö-

gensübersicht - wie die Beklagte vorträgt - im (theoretischen) Fall einer Realisierung sämtlicher Rückzahlungsansprüche gegen alle Gesellschafter, die die Vorabausschüttungen erhalten haben, die Summe der Erstattungsansprüche die gesamten Verbindlichkeiten möglicherweise knapp übersteigen könnte, führt nicht zu einer Nichtdurchsetzbarkeit der Klageforderung gegen die Beklagte. Denn angesichts des - vom Kläger in den Tatsacheninstanzen unwidersprochen vorgetragenen und durch die Übersicht nach § 135 InsO belegten - großen Ausmaßes der Verbindlichkeiten der Schuldnerin und der Ungewissheit der Realisierbarkeit der Rückforderungen gegen die Mitgesellschafter ist derzeit davon auszugehen, dass die Einziehung der an den Ehemann der Beklagten geleisteten verbleibenden Restforderung durch den Kläger zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird.

23 III. Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das angefochtene Urteil insoweit der Aufhebung, als das Berufungsgericht - auf die Berufung der Beklagten - das Landgerichtsurteil, soweit es der Klage stattgegeben hat, geändert und die Klage abgewiesen hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). In diesem Umfang ist - was der Senat wegen Endentscheidungsreife auf der Grundlage der in den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen selbst zu entscheiden hat (§ 563 Abs. 3 Satz 1 ZPO) - die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, so dass es bei der durch das Landgericht ausgesprochenen Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 83.660,91 € nebst 5 % Zinsen seit dem 12. März 2003 sowie vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 962,86 € nebst 5 % Zinsen seit dem 15. Februar 2005 verbleibt (1).

24 Im Übrigen bleibt die Revision des Klägers erfolglos, weil sich das seine Berufung zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichts insoweit gemäß § 561 ZPO aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig erweist (2).

25 1. a) Der Rückerstattungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte als Erbin ihres verstorbenen Ehemanns in Höhe von 83.660,91 € ergibt sich aus gekündigtem Darlehen (§§ 488 Abs. 1, 1922 BGB).

26 Bei der Auszahlung von jeweils 230.000,00 DM an acht Gesellschafter - darunter den Ehemann der Beklagten - handelte es sich allerdings zunächst, wie die Vorinstanzen insoweit zutreffend festgestellt haben, um eine Vorabausschüttung auf vermeintlich erwarteten Liquidationserlös im Zusammenhang mit der Veräußerung des Unternehmens, wobei wegen des Vorschusscharakters das Behaltendürfen unter dem konkludenten Vorbehalt stand, dass auf die Empfänger nach der abschließenden Liquidationsbilanz auch endgültig ein entsprechender Gewinn entfiel. Den auf entsprechender stillschweigender Rückzahlungsabrede beruhenden Rückgewähranspruch für den Fall des Ausfalls eines Erlöses haben die Schuldnerin und der Ehemann der Beklagten sowie die anderen Auszahlungsempfänger jedoch aus Anlass der am 27. Juni 2002 mehrheitlich beschlossenen Feststellung der Jahresbilanzen ab 1992 bis 2000 - zumindest soweit sie zugestimmt haben - im Wege der Schuldumschaffung in einen Darlehensrückzahlungsanspruch umgewandelt, da eine steuerliche Behandlung durch die Finanzbehörden als verdeckte Gewinnausschüttung vermieden und dafür die entsprechende zivilrechtliche Grundlage geschaffen werden sollte. In der Bilanzfeststellung liegt zugleich die deklaratorische Anerkennung einer solchen auf rechtsgeschäftlicher Ebene gleichzeitig konkludent vollzogenen Umwandlung durch die betreffenden Gesellschafter. Da Anhaltspunkte für ein Scheingeschäft nicht ersichtlich sind und anzunehmen ist, dass dem Ehemann der Beklagten als Gartenbauunternehmer ebenso wie seinen früher in der Schuldnerin zusammengeschlossenen Mitgesellschaftern auch bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre die rechtliche Bedeutung eines Darlehens geläufig ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass etwa der bilanzielle Ansatz einer Darlehensverbindlichkeit eine Falschbezeichnung ist oder ein sol-

ches Darlehen nicht als rechtsverbindlich gewollt gewesen wäre. Vom Zeugen T. als damaligem Liquidator der Schuldnerin und damit Erklärungsempfänger sind die Willenskundgebungen des Ehemanns der Beklagten und seiner Mitgesellschafter auch - anders als das Berufungsgericht meint - durchaus zutreffend als verbindliche Darlehensabreden aufgefasst worden, wie seine Protokollierung zu TOP 6 unmissverständlich ausweist. Nach der jahrelangen diesbezüglichen, unter den Gesellschaftern kontrovers geführten Diskussion war die - im Übrigen nicht angefochtene oder sonst beanstandete - Feststellung der neun Bilanzen mit dem Ausweis der Forderungen der Schuldnerin gegen die Gesellschafter als Darlehen auch nicht anders zu verstehen. Insoweit ist die im Ergebnis gleich lautende Einstufung der Forderung gegen den Ehemann der Beklagten als Darlehen durch das Landgericht rechtlich einwandfrei.

27 b) Zutreffend ist auch dessen rechnerische Ermittlung der zuerkannten Hauptforderung, die sich aus der ursprünglichen Auszahlung von 230.000,00 DM abzüglich des nicht entnommenen Gewinns von 5.250,00 DM und der drei geleisteten Rückzahlungen von 25.378,20 DM, 16.932,79 DM und 18.812,50 DM ergibt. Die Richtigkeit der Verrechnung der Rückerstattungen mit der Hauptforderung folgt daraus, dass jedenfalls von einer entsprechenden stillschweigenden Anrechnungsbestimmung des Ehemannes der Beklagten schon deshalb auszugehen ist, weil die Beträge den angeforderten auszugleichenden Gesellschaftsschulden entsprachen und zudem seinerzeit eine etwaige Verzinsungspflicht nicht als vereinbart gelten konnte.

28 Der Zinsanspruch ergibt sich nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts aus der sog. Mahnung vom 12. Dezember 2002, in der zugleich die Kündigung des Darlehens zu sehen ist, mit deren Wirksamkeit am 12. März 2003 gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB der Verzug eingetreten ist.

29 c) Gegen die Zuerkennung der vom Landgericht zutreffend ermittelten und eingehend begründeten vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten des Klägers bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken; konkrete Beanstandungen sind insoweit nach den tatrichterlichen Feststellungen von der Beklagten auch nicht erhoben worden.

30 2. Demgegenüber bestehen weiter gehende, vom Kläger mit der Berufung verfolgte Zinsansprüche, die im Wesentlichen als kapitalisierte Hauptforderung geltend gemacht worden sind und die überwiegend Zeiträume bis Ende 1999, zum Teil aber auch spätere Abschnitte bis zum Ausspruch der Darlehenskündigung betreffen, nicht.

31 a) Die Vereinbarung einer - rückwirkend ab Ausreichung der ursprünglichen "unentgeltlichen" Vorabausschüttung zu leistenden - Verzinsung ist, wie bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat, nicht ersichtlich. Aus dem Gesellschafterbeschluss vom 27. Juni 2002 ergibt sich zwar - wie oben ausgeführt - die Umwandlung der Vorabausschüttungen in Darlehen mit Wirkung ab der Auszahlung im Jahr 1992, nicht jedoch eine Verzinsungsabrede. Eine solche war nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Verzinslichkeit des Darlehens nunmehr in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB - anders als nach früherem Recht (vgl. §§ 607, 608 BGB a.F.) - als gesetzlicher Regelfall normiert ist. Der vorliegende Fall ist nämlich von Besonderheiten geprägt, die der Annahme eines solchen Regelfalls entgegenstehen. Zum einen liegt hier eine atypische konkludente Schuldumschaffung mit Rückwirkung für lange Zeiträume vor, die ursprünglich dem zeitlichen Geltungsbereich des "alten" Rechts zuzuordnen waren und für die daher eine ausdrückliche Festlegung zu erwarten gewesen wäre, falls dies dem Parteiwillen entsprochen hätte. Zum anderen ist unverkennbar, dass anlässlich des früheren Gesellschafterbeschlusses vom 26. Oktober 1995 - dem allerdings letztlich nicht die Wirkung einer Schuldumschaffung in ein Darlehen

beizumessen war - eine ausdrückliche Verzinsungsabrede vorgesehen war, um dadurch rechtssicher eine bestimmte steuerliche Gestaltung zu ermöglichen; auf der Gesellschafterversammlung vom 27. Juni 2002 hingegen wurde in einer - unter steuerlichen Aspekten - gleich gelagerten Situation eine entsprechende Zinsabrede weder ausdrücklich formuliert noch schriftlich festgehalten. Vielmehr verhält sich die Versammlungsniederschrift des Zeugen T. , der als Liquidator für die Bilanzaufstellung verantwortlich und schon früher stets für eine "steuerliche Lösung" des zwischen den Gesellschaftern umstrittenen Problems eingetreten war, unter TOP 6 nur zu den "Darlehen" an sich und zu deren "Grund und Höhe", nicht jedoch zu Zinsen, obwohl gerade sie ein wesentliches Gestaltungskriterium hätten sein müssen. Entscheidende Bedeutung kommt aber letztlich dem Umstand zu, dass nach den tatrichterlichen Feststellungen in den am 27. Juni 2002 festgestellten Bilanzen zwar die "Hauptforderungen" der Schuldnerin gegen ihre Gesellschafter als Darlehen ausgewiesen sind, nicht jedoch Zinsansprüche hieraus. Damit lässt sich aus der Bilanzfeststellung - anders als hinsichtlich der "Hauptforderung" - bezüglich einer Verzinslichkeit des Darlehens keine "Feststellungswirkung" zu Lasten der betroffenen Gesellschafter ableiten. Das Fehlen derartiger - schon im Hinblick auf die beträchtliche zahlenmäßige Größe - wesentlicher Posten in den Bilanzen lässt vielmehr im vorliegenden Fall sogar auf das Gegenteil schließen: nämlich auf eine bewusste Nichteinbeziehung einer etwaigen Verzinslichkeit der Darlehen. Hierfür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass in der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom 27. Juni 2002 zu Top 6 ausdrücklich festgehalten ist, "die in den Bilanzen ausgewiesenen Darlehen, die mit den Feststellungen der finanzbehördlichen Betriebsprüfung übereinstimmen", seien "dem Grunde und der Höhe nach zutreffend".

32 b) Angesichts dieser eindeutigen Umstände ist auch für die Annahme einer konkludenten Vereinbarung einer Verzinslichkeit der Darlehen kein Raum.

33 Soweit - wie im Klägervortrag anklingt - möglicherweise ohne eine Verzinslichkeit der Darlehen die steuerliche Konstruktion zum Scheitern verurteilt war, kann der Kläger daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Erweist sich die gewählte Vertragsgestaltung - etwa infolge einer unvollkommenen Umsetzung der steuerlichen Planung in das Zivilrecht - nachträglich als steuerrechtlich nachteilig, so lässt sich das Fehlen einer notwendigen zivilrechtlichen Vereinbarung nicht gegen den Willen einer Partei durch eine ergebnisorientierte Auslegung "korrigieren". Da entsprechende vertragliche Darlehenszinsen weder in der Vergangenheit vor der Schuldumschaffung noch in der Zeit bis zur Insolvenzeröffnung von den Liquidatoren eingefordert, geschweige denn vom Ehemann der Beklagten oder dieser selbst gezahlt worden sind, kann auch nicht aus sonstigen Umständen die stillschweigende Vereinbarung einer solchen Verzinsung entnommen werden.

34 c) Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz Kapitalnutzungszinsen aus § 9 der Satzung der Schuldnerin in Verbindung mit einem vermeintlichen Rückforderungsanspruch aus Nr. 9 c i.V.m. 9 b der Satzung herzuleiten versucht, hat das Berufungsgericht mit Recht den neuen Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Im Übrigen trifft auch seine materiell-rechtliche Hilfsbegründung zu, dass diese Satzungsklauseln nicht auf die vorliegende

Fallkonstellation zugeschnitten sind, in der im Stadium der Liquidation einvernehmlich eine gleichmäßige Vorabausschüttung an die Gesellschafter in Erwartung eines bestimmten Liquidationserlöses stattgefunden hat.

Goette Kurzwelly Kraemer

Reichart Drescher

Vorinstanzen:
LG Kleve, Entscheidung vom 03.11.2006 - 7 O 88/04 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.11.2007 - I-15 U 192/06 -