

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

HGB § 161; GmbHG §§ 30, 31

Wird dem Kommanditisten einer GmbH & Co. KG deren Vermögen in einem Umfange ausgezahlt, daß dadurch mittelbar das Vermögen der Komplementär-GmbH unter den Nennwert des Stammkapitals herabsinkt, so liegt darin auch dann ein Verstoß gegen § 30 GmbHG, wenn der Kommanditist nicht zugleich der GmbH angehört (Ergänzung zu BGHZ 60, 324).

BGB § 823 Bf; GmbHG § 30

§ 30 GmbHG ist kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger der GmbH.

BGH, Urt. v. 19. Februar 1990 - II ZR 268/88 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 268/88

URTEIL

Verkündet am:
19. Februar 1990
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Manfred Sch[REDACTED], U[REDACTED]-Straße [REDACTED],
Korntal,

Beklagter, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Streithelfer des Beklagten:

Alexander D[REDACTED], N[REDACTED] Straße [REDACTED] St[REDACTED]

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte [REDACTED]
II. Instanz: und Kollegen, [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Dr. Christian De[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED],
St[REDACTED], als Konkursverwalter der Adolf
B[REDACTED] GmbH & Co. Eisengießerei i.L., S[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED], St[REDACTED]

Kläger, Revisionsbeklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1990 durch den Vorsitzenden Richter Boujong und die Richter Brandes, Dr. Hesselberger, Röhrich und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

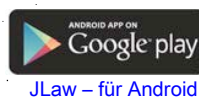
Auf die Revision der Parteien wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. September 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens der Adolf B. GmbH & Co., Eisengießerei i.L.. Diese Gesellschaft bestand ab 5. Februar 1937 als offene Handelsgesellschaft und besteht ab 1. Januar 1959 als Kommanditgesellschaft. Am 1. April 1966 wechselte der einzige persönlich haftende Gesellschafter Traugott Sch. in die Kommanditistenstellung; an seine Stelle trat die Adolf B. & Co., Eisengießereiverwaltungsgesellschaft mbH; gleichzeitig trat u.a. der Beklagte als Mitglied des Gesellschafterstammes Sch. mit einer Kommanditeinlage von 60.000 DM in die Gesellschaft ein. Die drei Gesellschafterstämme Sch., A. und D. waren jeweils mit einem Kommanditkapital von je 400.000 DM an der Gesellschaft beteiligt. Die Komplementär-GmbH hielt einen Anteil von 24.000 DM. Deren Stammkapital von ebenfalls 24.000 DM hatten der Beklagte, Heinrich D. und Herbert A. aufgebracht; sie waren neben Traugott Sch. auch zugleich Geschäftsführer. Am 28. März 1968 wurde im Handelsregister vermerkt, daß Traugott Sch., am 26. Juni 1975, daß Herbert A. als Geschäftsführer ausgeschieden war.

Die Kommanditgesellschaft betrieb die Eisengießerei auf einem Grundstück, das die drei Schwestern Elise Sch., Ida A. und Anna D. durch Erbfall erlangt hatten. Die Gebäude und Fertigungsanlagen auf diesem Grundstück waren mit Mitteln der Gesellschaft geschaffen worden. Am 1. April 1966 verpflichteten sich die drei Erbinnen, als Grundstückseigentümer den Grundbesitz der Kommanditgesellschaft wie bisher

gegen einen angemessenen Mietzins zur Verfügung zu stellen. In diese Verpflichtung traten die Nachkommen der drei Schwestern ein, auf die diese am 27. August 1968 unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs ihre Erbanteile übertrugen; auch der Beklagte wurde dadurch Mitglied der Erbengemeinschaft. Im Jahre 1975 machte Ida A. die Übertragung auf Herbert und Eleonore A. rückgängig und trat auch als Kommanditistin wieder an deren Stelle. Das Grundstück war mit Grundpfandrechten in Höhe von insgesamt 4,537 Mio DM belastet, die Kredite absicherten, die die Kommanditgesellschaft aufgenommen hatte.

Wegen steigender Verluste der Kommanditgesellschaft beschlossen die Gesellschafter, deren Betrieb zum 31. März 1976 einzustellen. Am 17. Dezember 1975 veräußerte die Kommanditgesellschaft Teile des Anlagevermögens und Rohstoffe an die St. AG, die auch einen Teil der Arbeitnehmer übernahm. Das Betriebsgrundstück wurde der Por. AG am 18. Dezember 1975 zunächst vermietet und am 22. Juni 1978 zusammen mit den im Eigentum der Kommanditgesellschaft stehenden Betriebseinrichtungen für einen Gesamtpreis in Höhe von 8,1 Mio DM verkauft. Am 26. Juli 1978 wurde der Kaufpreis einem Sonderkonto der Erbengemeinschaft bei der Volksbank Zuffenhausen gutgeschrieben. Neben anderen wurden aus diesem Guthaben auch die durch Grundpfandrechte gesicherten Verbindlichkeiten getilgt, die die Kommanditgesellschaft gegenüber der Volksbank hatte. Am 17. Mai 1979 gab die Bank einen nicht verbrauchten Verkaufserlös in Höhe von 422.369,73 DM zugunsten der Erbengemeinschaft frei; ferner übertrug sie dieser nicht mehr benötigte Sicherungsrechte, die ihr von der Kommanditgesellschaft eingeräumt worden wa-

ren, nämlich Aktien der St. AG im Nennwert von 120.000 DM und eine Darlehensforderung gegen die St. AG in Höhe von 580.474 DM zuzüglich Nebenforderungen; außerdem entließ die Bank den Beklagten sowie Herbert A. und Heinz D. aus deren Bürgenhaftung. Ebenfalls am 17. Mai 1979 ermächtigten die Mitglieder der Erbengemeinschaft den Beklagten und Heinrich D., nach Tilgung noch offener Verbindlichkeiten das verbliebene Guthaben und die Sicherheiten auf die Mitglieder im Verhältnis ihrer Beteiligung am Nachlaß zu verteilen. Entsprechend dieser Ermächtigung verteilten der Beklagte und D. den Überschuß auf sich und die übrigen Erben.

Am 17. November 1978 beschlossen die Gesellschafter, die Kommanditgesellschaft aufzulösen und zu liquidieren; sie bestellten die damaligen Geschäftsführer der Komplementär GmbH, den Beklagten und Heinrich D., zu Liquidatoren der Kommanditgesellschaft. Beide waren auch Liquidatoren der Komplementär-GmbH, deren Auflösung am 15. Januar 1979 im Handelsregister vermerkt wurde. Am 22. November 1979 wurde ins Handelsregister eingetragen, daß die Kommanditgesellschaft erloschen sei.

Am 2. Mai 1980 wurde die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Komplementär-GmbH mangels einer die Kosten deckenden Masse abgelehnt. Am 7. Mai 1982 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Im Konkursverfahren hat ausschließlich der Pensionsversicherungsverein Forderungen angemeldet, und zwar in Höhe von 2.266.552 DM, von denen der Kläger 992.197 DM anerkannt hat.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von 989.207 DM in Anspruch. Er stützt die Klage zunächst darauf, daß dem Beklagten zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger kapitalersetzende Leistungen zugeflossen seien, als er seinen Anteil am Grundstückserlös und an den freigegebenen Sicherheiten an sich auszahlte und von der Bürgschaft in Höhe von 150.000 DM freigestellt wurde; ferner habe der Beklagte seine Pflicht als Liquidator der Kommanditgesellschaft verletzt, als er den Kapitalersatz an die übrigen Erben und Gesellschafter ausgekehrt habe.

Ferner stützt der Kläger den Anspruch auf die Vereinbarung vom 17. Mai 1979, in der die Erben den Beklagten anwiesen, den Grundstückserlös zu verteilen, nachdem er alle Gläubiger befriedigt habe; aus dieser Anweisung leitet der Kläger einen Anspruch der Gläubiger her. Schließlich macht der Kläger einen Schadensersatzanspruch des Pensionssicherungsvereins wegen verspäteter Stellung des Konkursantrags geltend. Beide Ansprüche hat ihm der Pensionssicherungsverein am 30. Mai 1983 abgetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage dem Grunde nach insofern für gerechtfertigt erklärt, als mit ihr ein deliktischer Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, und die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen; die unerlaubte Handlung hat es außer in der verspäteten Stellung des Konkursantrages in der Auskehrung kapitalersetzender Leistungen an die Mitgesellschafter gesehen. Mit der Revision verfolgen die Parteien ihre Anträge weiter, der Klage vollen Umfangs stattzugeben (Kläger) und die Berufung insgesamt zurückzuweisen (Beklagter).

Entscheidungsgründe:

Beide Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

Das Berufungsgericht hält vertragliche Ansprüche Dritter nicht für gegeben, die der Kläger daraus herleitet, daß die Grundstückseigentümer den Beklagten und Heinrich De am 19. Mai 1979 ermächtigt haben, alle weiteren Verbindlichkeiten zu tilgen, bevor sie den Grundstückserlös auf die Eigentümer verteilen. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts ist rechtlich einwandfrei.

II.

1. a) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Kommanditgesellschaft gegen den Beklagten entsprechend §§ 30, 31 GmbHG bejaht, weil dem Beklagten kapitalersetzende Leistungen zu einem Zeitpunkt zurückgezahlt worden seien, als die Kommanditgesellschaft und damit auch ihre Komplementär-GmbH überschuldet gewesen seien. Gleichwohl hat es der Klage in diesem Punkt nicht stattgegeben, weil es der Meinung war, dieser Anspruch sei verjährt. Diese Beurteilung greift die Revision des Klägers mit Erfolg an.

b) Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach eine Zahlung der Kommanditgesellschaft an den Gesellschafter gegen das Verbot des

§ 30 GmbHG verstößt, wenn sie dazu führt, daß das Vermögen der Komplementär-GmbH nach Abzug der Verbindlichkeiten nicht mehr der Höhe des Stammkapitals entspricht (vgl. BGHZ 60, 324, 328; 69, 274, 279); neben diesem Grundsatz der Erhaltung des gezeichneten Kapitals gelten für die GmbH & Co. KG auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kapitalersetzender Gesellschafterleistungen. Sichert der Gesellschafter den Fortbestand der Kommanditgesellschaft durch eine Leistung, die jene ohne seine Hilfe zu marktüblichen Bedingungen von dritter Seite nicht erhalten hätte, so liegt Kapitalersatz ebenso vor wie in den Fällen, in denen überschuldete und damit konkursreife Gesellschaften durch Gesellschafterleistungen am Leben erhalten werden (vgl. BGHZ 67, 171, 175; 76, 326, 330; 95, 188, 191; Sen.Urt. v. 25. November 1985 - II ZR 93/85, WM 1986, 447, 448). Erstattet die Kommanditgesellschaft dem Gesellschafter die Leistung, bevor das Stammkapital ihrer Komplementär-GmbH auf andere Weise gedeckt ist, so ist er der Gesellschaft entsprechend § 31 GmbHG verpflichtet, das Empfangene zurückzuzahlen (vgl. BGHZ 60, 324, 328; 69, 274, 280).

c) Die Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschafterleistung kapitalersetzenden Charakter erlangt und Auszahlungen an den Gesellschafter gegen § 30 GmbHG verstoßen, lagen vor. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Kommanditgesellschaft von 1974 bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens überschuldet. Das Berufungsgericht hat diese Feststellungen aufgrund eines Gutachtens getroffen, das vom Gutachter Ro. im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gefertigt worden ist (Anl. K 24). Aus diesem Gutachten ergibt sich, daß die Kommanditgesellschaft die Geschäftsjahre seit 1972 mit Verlusten abschloß; diese waren

Ende 1974 auf 1.371.712,93 DM angewachsen und überstiegen damit das Haftkapital (1,224 Mio DM) um 147.712,93 DM. Diese Lücke deckten die Gesellschafter noch durch Darlehen ab; ab 1975 reichten ihre Darlehen hierzu nicht mehr aus.

Aus der zuletzt erstellten Bilanz zum 31. Juli 1978 (Anl. K 9) ergibt sich ebenfalls eine Überschuldung. Das Berufungsgericht hat diese für die Zeit vor dem Verkauf des Grund und Bodens, der Gebäude, Außenanlagen und beweglichen Betriebseinrichtungen an die Po[REDACTED] AG mit 5.286.793 DM beziffert. Der Revision des Beklagten ist einzuräumen, daß bei dieser Berechnung die Buchwerte von Grund und Boden (160.051 DM) sowie der Gebäude (2.712.013 DM) zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sind. Der Kläger (GA 459) hat ebenso wie der Beklagte den Standpunkt vertreten, daß der im Eigentum der Gesellschafter stehende Grundbesitz nicht dem Werte nach (Einbringung quoad sortem, vgl. hierzu Sen.Urt. v. 25. März 1965 - II ZR 148/62, WM 1965, 746), sondern nur zum Gebrauch (Einbringung quoad usum) gegen Zahlung eines Mietzinses in die Gesellschaft eingebracht worden ist. Da hiernach der Grundbesitz der Kommanditgesellschaft wirtschaftlich nicht zuzurechnen ist, ist er - wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt - in deren Handelsbilanz nicht zu aktivieren (vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., § 149 Rdnr. 31; Sudhoff, NJW 1978, 1401, 1402). Das Berufungsgericht hat nur übersehen, daß zwischen den Parteien ebenfalls unstreitig ist, daß - nicht die Eigentümer des Grundstücks mit möglicherweise dem Gesellschaftsvermögen entnommenen Beiträgen, sondern - die Kommanditgesellschaft mit ihren Mitteln Außenanlagen und Gebäude errichtet hat, die nach

§ 946 BGB Eigentum der Grundstückseigentümer mit der Folge wurden, daß die Kommanditgesellschaft gemäß §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 BGB einen Vergütungsanspruch erlangte, der grundsätzlich in Höhe des Wertes des Gebäudes im Zeitpunkt des Rechtsverlustes, also der Fertigstellung zu aktivieren ist. Für den Umfang der Bereicherung kann aber auch der Wert maßgebend sein, mit dem die Gebäude im Zeitpunkt der Rückgabe des Grundbesitzes an die Eigentümer in der Bilanz der Gesellschaft ausgewiesen sind (vgl. BGHZ 10, 171, 180; 35, 356, 359 f.; BGH, Urt. v. 18. September 1961 - VII ZR 118/60, WM 1961, 1190, 1191; Klauser, NJW 1965, 513, 518). Sollte die Kommanditgesellschaft - wie die Revision des Beklagten meint - auch den Grund und Boden für Rechnung der Grundstückserwerber bezahlt haben, hätte sie zusätzlich einen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen (§ 670 BGB) in der Bilanz auszuweisen. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist davon auszugehen, daß der Wert beider Ansprüche im Jahre 1978 den für Grundstück und Gebäude ausgewiesenen Buchwerten entsprochen hat, so daß diese bei der Prüfung, ob eine Überschuldung vorliegt, zu berücksichtigen sind. Gleichwohl ändert sich dadurch nichts an der Feststellung, daß die Kommanditgesellschaft ohne den Ansatz kapitalersetzender Leistungen der Gesellschafter überschuldet war. Auch die Revision des Beklagten deckt eine - gegenüber dem Berufungsurteil allerdings geringere - Überschuldung nur dadurch ab, daß sie kapitalersetzende Leistungen in Höhe von 1.960.936 DM einbezieht. Das Berufungsgericht ist demnach zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß Leistungen, die die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ab 1974 zur Verfügung gestellt haben, kapitalersetzend waren und jede Auszahlung von haftendem Kapital oder Rückzahlung kapitalersetzender

Leistungen an die Gesellschafter in den Jahren 1978 und 1979 gegen § 30 GmbHG verstieß und deshalb von den Gesellschaftern rückgängig zu machen ist.

d) Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind den Gesellschaftern derartige Leistungen zugeflossen. Diese sollen einmal im Veräußerungserlös für die beweglichen Betriebseinrichtungen bestanden haben, die die Gesellschafter zusammen mit dem Grundstück an die Po[REDACTED] AG verkauften und für die sie im Rahmen des Gesamtkaufpreises von 8,1 Mio DM ein Entgelt in Höhe von 367.000 DM erzielten. Diese Betriebseinrichtungen waren zwar Zubehör des Grundstücks, aber Eigentum der Kommanditgesellschaft, so daß sich die zugunsten der Volksbank bestellten Grundpfandrechte im Nominalwert von 4,45 Mio DM auf sie nicht erstreckten (§§ 1120, 1192 Abs. 1 BGB). Die Kommanditgesellschaft hatte aber die Einrichtungen der Volksbank am 30. Januar 1975 zur Sicherheit übereignet (Anl. K 31). Aus dem Erlös in Höhe von 8,1 Mio DM sind der Volksbank insgesamt 5,2 Mio DM zugeflossen (GA 291, 508 f.). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist in diesem Betrage der Erlös aus dem Verkauf der Betriebseinrichtungen nicht enthalten, stellen die 5,2 Mio DM vielmehr die Summe aus Darlehens- und Zinsforderungen dar, die in vollem Umfange durch die zugunsten der Volksbank bestellten Grundpfandrechte zu nominell 4,45 Mio DM abgesichert waren. Diese Feststellung zieht auch die Revision des Beklagten nicht in Zweifel; denn sie geht selbst davon aus, daß die Gesellschafter in Form des Grundbesitzes der Kommanditgesellschaft insgesamt 5,2 Mio DM zur Verfügung gestellt hatten. Nach alledem ist der Erlös aus dem Verkauf der Betriebseinrichtung nicht benötigt worden, um die Verbindlichkeiten der

Kommanditgesellschaft gegenüber der Volksbank zu tilgen. Der Beklagte hat allerdings geltend gemacht, aus dem Erlös seien weitere Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft gegenüber anderen Gläubigern in Höhe von 260.140 DM getilgt worden (GA 509, 574). Sollte dieser Vortrag zutreffen, wovon in der Revisionsinstanz mangels gegenteiliger Feststellungen auszugehen ist, so wäre der Kommanditgesellschaft von den ihr zustehenden 367.000 DM wenigstens ein Teilbetrag zugeflossen, so daß den Gesellschaftern unter Verstoß gegen § 30 GmbHG lediglich 106.860 DM verblieben wären. Die Revision des Beklagten rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht zu diesem Punkt keine Feststellungen getroffen, vielmehr darauf abgestellt hat, daß die 367.000 DM insgesamt unzulässigerweise an die Gesellschafter ausgezahlt worden sind. Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach es auf die Ablösung von Kreditverbindlichkeiten nicht ankommen soll, wäre nur dann richtig, wenn es sich dabei um persönliche Schulden der Gesellschafter und Grundstückseigentümer gehandelt hätte.

e) Das Berufungsgericht hat einen Verstoß gegen § 30 GmbHG ferner darin gesehen, daß die Volksbank Sicherheiten, die sie von der Kommanditgesellschaft erhalten hatte, nämlich Aktien der St. AG (Nennwert 120.000 DM) sowie Darlehens- (580.474 DM) und Provisionsforderungen gegen diese Gesellschaft, anstatt auf die Sicherungsgeberin auf die Gesellschafter übertrug. Hierbei hat sich das Berufungsgericht von der Überlegung leiten lassen, daß diese Sicherheiten denselben Kredit gesichert haben, der schon durch die von den Gesellschaftern bestellten Grundpfandrechte gesichert war, nämlich die bereits genannten 5,2 Mio DM. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht ersichtlich. Die Revision des Beklagten macht geltend, daß die Gesellschafter der V. bank

diese Rechte abgekauft hätten und daß der Kommanditgesellschaft auf diese Weise mittelbar 742.474 DM zugeflossen seien. Dieser Einwand wäre nur dann beachtlich, wenn die Volksbank über die genannten 5,2 Mio DM hinaus noch weitere Forderungen in Höhe des Wertes der genannten Sicherheiten gegen die Kommanditgesellschaft gehabt hätte, die von den Gesellschaftern nicht ebenfalls durch kapitaleretzende Leistungen abgesichert waren. Da der Beklagte nicht geltend gemacht hat, daß die V. bank eine 5,2 Mio DM übersteigende Forderung hatte, durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die Sicherheiten der Kommanditgesellschaft und die Grundpfandrechte denselben Kredit gesichert haben.

f) Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind kapitaleretzende Leistungen nicht dadurch zurückgewährt worden, daß am 17. Mai 1979 die V. bank den Beklagten sowie seine Mitgesellschafter Heinrich D. und Herbert A. aus den Ausfallbürgschaftsverpflichtungen entließ, die sie am 16. November 1974 bis zum Höchstbetrag von je 150.000,-- DM eingegangen waren. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Gesellschafter mit diesen Bürgschaften denselben Kredit abgesichert, für den sie auf ihrem Grundbesitz die Grundpfandrechte bestellt hatten. Dem Berufungsgericht ist einzuräumen, daß in einem solchen Falle die eine Gesellschaftersicherheit frei wird, wenn die Verwertung der anderen zur Tilgung des Kredits führt. Das Berufungsgericht hat nur übersehen, daß die Kommanditgesellschaft, weil sie ihr Eigentum an Gebäuden gemäß § 946 BGB an die Grundstückseigentümer verloren und für deren Rechnung den Kaufpreis zur Beschaffung des Grund und Bodens bezahlt hatte, mindestens in Höhe der für diese Positionen in der Bilanz ausgewiesenen

Buchwerte (insgesamt 2.872.064 DM) über Ansprüche gegen die Grundstückseigentümer verfügte. Diese Schuld ist durch unmittelbare Zahlung an die Kommanditgesellschaft nicht getilgt worden. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist in der Revisionsinstanz aber vom Vortrag des Beklagten auszugehen, wonach die Grundpfandrechte, die von den Gesellschaftern zur Absicherung der Verbindlichkeiten bestellt wurden, die die Kommanditgesellschaft gegenüber der Volksbank hatte, wenigstens in Höhe von 2.872.064 DM als eine erfüllungshalber erbrachte Leistung zur Tilgung der Gesellschafterschuld gegenüber der Kommanditgesellschaft anzusehen sind, so daß die Gesellschafter von dieser Schuld frei wurden, als die Volksbank sich hinsichtlich ihres grundpfandrechtlich gesicherten Kredits von 5,2 Mio DM aus dem Verkaufserlös des Grundstücks befriedigte. Wirtschaftlich stellten in Höhe der Buchwerte die Grundpfandrechte also keine kapitalersetzende Leistung der Gesellschafter, sondern Eigenkapital der Kommanditgesellschaft dar. Diese hat den Kredit der Volksbank in Höhe der Buchwerte mit wirtschaftlich eigenen Mitteln getilgt. Da die Bürgschaften der drei Gesellschafter in Höhe von insgesamt 450.000 DM den gesamten Kredit gegenüber der V bank absicherten, sind sie folglich nicht nur durch eine anderweitige Leistung der Gesellschafter, sondern auch - worauf die Revision des Klägers mit Recht hinweist - durch eine solche der Kommanditgesellschaft frei geworden. Die drei Gesellschafter sind deshalb entsprechend § 31 GmbHG verpflichtet, der Kommanditgesellschaft den Gegenwert ihrer Bürgschaft zur Verfügung zu stellen (vgl. BGHZ 81, 252, 260). Daß die Bürgen nur nachrangig haften sollten, schließt die kapitalersetzende Eigenschaft der Bürgschaften nicht aus (vgl. Sen.Urt. v. 28. September 1987 - II ZR 28/87, WM 1987, 1488, 1489).

g) Die Revision des Klägers vertritt den Standpunkt, daß der Gesellschaft vom Kaufpreis in Höhe von 8,1 Mio DM nicht nur die an die V■■■■bank gezahlten 5,2 Mio DM und das Entgelt für die beweglichen Einrichtungsgegenstände in Höhe von 367.000 DM zuständen; vielmehr sei auch der darüber hinausgehende Teil des Preises kapitalersetzend gewesen. Dies sei deshalb anzunehmen, weil die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft während der Zeit ihrer Überschuldung den Grundbesitz zur Nutzung überlassen und jene dadurch am Leben erhalten hätten, obwohl sie - was unstreitig ist (GA 513) - seit 1973 den jährlichen Mietzins in Höhe von 90.000 DM nicht mehr gezahlt hat. Der Revision ist einzuräumen, daß eine Gebrauchsüberlassung kapitalersetzend sein kann (vgl. Sen.Urt. v. 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88, WM 1989, 1844). Der Senat hat allerdings - wenn man vom Mietzins absieht - bisher nicht entschieden, welche Rechtsfolge in einem solchen Falle eingreift. Auch der vorliegende Fall nötigt nicht dazu, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Denn den Gesellschaftern sind durch Übertragung und Freigabe der Sicherheiten kapitalersetzende Leistungen zugeflossen, die unstreitig insgesamt höher waren als die Klageforderung. Nach dem Vortrag des Beklagten hatten die Aktien der St■■■■ AG einen Kurswert von 162.000 DM, die Darlehensforderung gegen die St■■■■ AG belief sich auf 580.474 DM (GA 567), und die Bürgschaften bestanden bis zur Höhe von insgesamt 450.000 DM; der Kläger macht mit der Klage lediglich 989.207 DM geltend.

h) Soweit die den Gesellschaftern rückgewährten kapitalersetzenden Leistungen benötigt werden, um damit offene, vom übrigen Vermögen der Kommanditgesellschaft und deren

Komplementär-GmbH nicht gedeckte Verbindlichkeiten zu tilgen, sind sie der Kommanditgesellschaft zu erstatten. Diese Verpflichtung besteht für den Beklagten entsprechend § 31 GmbHG in dem Umfange, in dem er persönlich Leistungen erhalten hat, nämlich die Anteile an den Aktien und der Darlehensforderung, die er selbst mit insgesamt 127.525,67 DM beziffert (GA 567, 574), die Freistellung von der Bürgschaftsverpflichtung (150.000 DM) sowie der Anteil am Erlös aus dem Verkauf der Betriebseinrichtungen, soweit mit dem Erlös nicht Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft getilgt worden sind.

i) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist dieser Anspruch gemäß § 31 Abs. 5 GmbHG verjährt. Die Verjährungsfrist habe am 17. Mai 1979 zu laufen begonnen, als die Volksbank die Sicherheiten auf die Gesellschafter und Grundstückseigentümer übertragen, auf die Bürgschaftsforderungen verzichtet und den nicht benötigten Kaufpreis für die Betriebseinrichtung zu deren Gunsten freigegeben habe. Als der Kläger den Anspruch aus § 31 GmbHG mit Schriftsatz vom 24. Juni 1984 erstmals gerichtlich geltend gemacht habe, sei die fünfjährige Verjährungsfrist bereits abgelaufen gewesen. "Böslich" mit der Folge, daß der Erstattungsanspruch erst in 30 Jahren verjährt (§ 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG), habe der Beklagte - so das Berufungsgericht - deshalb nicht gehandelt, weil das eine mutwillige und rücksichtslose Gleichgültigkeit voraussetze, die beim Beklagten nicht vorgelegen habe. Immerhin habe das Landesarbeitsgericht Stuttgart durch Urteil vom 22. Februar 1979 die Meinung der Kommanditgesellschaft bestätigt, wonach die Versorgungszusagen der Unterstützungskasse gegenüber den Rentnern Schi[REDACTED] und La[REDACTED] wirksam wi-

derrufen worden seien; die Revision gegen dieses Urteil sei erst am 22. Mai 1979 und damit nach dem 17. Mai 1979 eingelegt worden.

Diese Beurteilung ist rechtlich nicht haltbar. Das Berufungsgericht hat den Begriff der "böslchen Handlungsweise" verkannt. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt sie vor, wenn der Gesellschafter die § 30 GmbHG zuwider erfolgte Leistung in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit entgegengenommen hat (vgl. Sen.Urt. v. 11. Mai 1987 - II ZR 226/86, WM 1987, 1040, 1041). Der Beklagte brauchte also nur zu wissen, daß die Leistungen, die er erhielt, zur Deckung der ihm bekannten Pensionszusagen erforderlich waren.

Soweit es um diese Schulden geht, stellt das Berufungsgericht allein auf die Versorgungszusage der Unterstützungskasse gegenüber den Rentnern Sch. [REDACTED] und La. [REDACTED] ab. Es übersieht, daß die Kommanditgesellschaft weitere Verpflichtungen hatte, daß sie insbesondere dem Rentner Ap. [REDACTED] aufgrund einer unwiderruflichen Direktzusage eine Rente schuldete und gezahlt hat, bis die Gesellschafter am 9. August 1979 beschlossen, die Zahlungen einzustellen und Appel an den Pensionssicherungsverein zu verweisen (GA 179, Anl. K 55, 56 hinter GA 489). Mindestens in Höhe dieser - von keiner Seite angezweifelte - Schuld wußte der Beklagte, daß das ihm zugefallene Gesellschaftsvermögen zur Deckung von Gesellschaftsschulden erforderlich war. Die Rückstellung für die Zusage zugunsten Ap. [REDACTED] war in der Bilanz zum 31. Juli 1978 mit 267.091 DM ausgewiesen; der Pensionssicherungsverein beziffert den Barwert dieser Rente zum 1. September 1979 mit 390.194 DM (Anl. K 4).

Aber auch für die Rentenzusagen der Unterstützungskasse hatte die Kommanditgesellschaft Rückstellungen zu bilden und der Beklagte einen entsprechend hohen Betrag im Vermögen der Kommanditgesellschaft zu belassen. Das Bundesarbeitsgericht hat im Urteil vom 11. September 1980 (3 AZR 544/79, ZIP 1981, 307), durch das das genannte Urteil des Landesarbeitsgerichts Stuttgart aufgehoben worden ist, ausgeführt, daß ein Widerruf von Versorgungsleistungen nicht in Betracht kommt, wenn das Unternehmen, das die Versorgungslast trägt, stillgelegt wird, weil es nicht mehr gerettet werden kann oder eine Sanierung nicht beabsichtigt ist. Diese Rechtsprechung reicht schon in das Jahr 1971 zurück (vgl. BAG, Urt. v. 10. Dezember 1971 - 3 AZR 190/71, NJW 1972, 733, 734). Ferner hatte das Bundesarbeitsgericht schon vor der Freigabe der Sicherheiten zugunsten der Gesellschafter (17. Mai 1979) mehrfach ausgesprochen, daß es nicht allein auf die wirtschaftliche Situation der Unterstützungskasse ankommt, daß vielmehr auch die des Trägerunternehmens maßgeblich ist (BAG, Urt. v. 17. Mai 1973 - 3 AZR 381/72, WM 1973, 1311, 1313; v. 28. April 1977 - 3 AZR 300/76 u. v. 10. November 1977 - 3 AZR 705/76, AP Nrn. 7 und 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskasse). Die Revision des Klägers verweist mit Recht darauf, daß das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang festgestellt hat, daß der Beklagte sowohl von den Pensionszusagen als davon wußte, daß das übertragene Vermögen erforderlich war, um diese Verbindlichkeiten zu decken (BU 100 f.). Das Berufungsgericht wird noch der Frage nachzugehen haben, ob der Beklagte die Pensionsverpflichtungen der Unterstützungskasse gekannt oder - selbst für den Fall, daß sie bestehen - die Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen gebilligt hat. Die Forderungen der Versorgungsberechtigten der Unterstützungskasse beziffert der Pensionsversicherungsverein mit 599.013 DM (Anl. K 4).

2. a) Der Kläger nimmt den Beklagten nicht nur insoweit in Anspruch, als dieser persönlich haftendes Kapital erhalten hat und entsprechend § 31 GmbHG erstatten soll; der Beklagte soll auch dafür einstehen, daß am 17. Mai 1979 oder später haftendes Kapital an die übrigen Gesellschafter geflossen und diesen verblieben ist.

b) Der Beklagte war seit dem 17. November 1978 Liquidator der Kommanditgesellschaft und seit dem 25. Januar 1979 als Liquidator der Komplementär-GmbH im Handelsregister eingetragen. Liquidator der bisher im Handelsregister nicht gelöschten GmbH ist er noch immer (GA 573). Am 22. November 1979 wurde im Handelsregister vermerkt, daß die Kommanditgesellschaft erloschen ist. Dieser Vermerk entspricht nicht der wahren Rechtslage, falls die Kommanditgesellschaft die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche und damit noch Vermögen hat. Dann ist auch der Beklagte als Liquidator der Kommanditgesellschaft noch im Amt; einer Neubestellung bedarf es bei einer Kommanditgesellschaft anders als bei der GmbH nicht (vgl. BGH, Urt. v. 21. Juni 1979 - IX ZR 69/75, WM 1979, 913).

Mit der Auflösung der Kommanditgesellschaft und der Bestellung des Beklagten zum Liquidator (17. November 1978) war die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Komplementär-GmbH erloschen, so daß der Beklagte als deren Liquidator nicht mehr für die Kommanditgesellschaft tätig werden konnte. Deshalb kann, wenn der Kläger den Beklagten wegen Pflichtverletzungen aus der Zeit nach dem 17. November 1978 in Anspruch nimmt, damit - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nur dessen Haftung als Liquidator der

Kommanditgesellschaft angesprochen sein; daß in diesem Zusammenhang § 43 GmbHG zitiert wird, ist unbeachtlich. Der Pflichtenkreis des Beklagten hat sich durch den Wechsel in die Stellung eines Liquidators nicht geändert. In einer Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH ist, darf auch ein Liquidator Vermögen nicht an die Gesellschafter auskehren, das entsprechend § 30 GmbHG der Gesellschaft zu verbleiben hat. Das gilt selbst dann, wenn alle Gesellschafter der Auszahlung zustimmen. Wegen des zwingenden Charakters der Kapitalerhaltungsvorschriften gilt § 43 Abs. 3 GmbHG entsprechend für den Liquidator einer GmbH & Co. KG. Ob auch die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG für den Liquidator entsprechend gilt, der bestellt worden ist, um eine GmbH & Co. KG abzuwickeln, braucht nicht entschieden zu werden; denn selbst wenn von einer Verjährungsfrist von fünf Jahren ausgegangen wird, sind die Ersatzansprüche des Klägers gegen den Beklagten nicht verjährt.

c) Ebenso wie der Beklagte waren auch dessen Mitgesellschafter Heinrich D. und Herbert A. von ihrer Bürgschaft durch eine Leistung freigeworden, die aus Vermögen der Kommanditgesellschaft erfolgt ist. Sie hatten deshalb entsprechend § 31 GmbHG der Kommanditgesellschaft das Geleistete zu erstatten (vgl. BGHZ 81, 252, 260). Unerheblich ist, ob Herbert A. noch Gesellschafter der GmbH war, als er am 17. Mai 1979 von seiner Bürgschaftsverpflichtung frei wurde; entscheidend ist allein, daß die Bürgschaft kapitalersetzend war, bevor er als Gesellschafter ausschied (vgl. BGHZ 81, 252, 258; Sen.Urt. v. 6. Mai 1985 - II ZR 132/84, WM 1985, 1028, 1029). Aufgabe des Beklagten als Liquidator

war es, diese Ansprüche gegen seine Mitgesellschafter geltend zu machen. Sofern die wegen der Gesamtvertretung hierzu erforderliche Mitwirkung des Mitliquidators D. nicht gewährleistet war oder gegen diesen selbst vorgegangen werden mußte, hatte der Beklagte gemäß § 146 Abs. 2 Satz 1 HGB die gerichtliche Bestellung eines zweiten Liquidators zu beantragen, falls die Gesellschafter zu einer anderweitigen Regelung der Vertretungsbefugnis nicht bereit waren. Der Beklagte hat weder den Anspruch geltend gemacht, noch hat er den Kläger als Konkursverwalter auf den Anspruch und dessen Voraussetzungen hingewiesen, wozu er nach § 100 KO ebenfalls verpflichtet war. Der Schaden war spätestens eingetreten, sobald die Kommanditgesellschaft oder an deren Stelle der Kläger als Konkursverwalter befürchten mußte, sich mit der Einrede der Verjährung auseinandersetzen zu müssen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese im Einzelfall durchgreift; das Erfordernis, die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, die bössliche Handlungsweise, darlegen und, falls nötig, beweisen zu müssen, reicht bereits aus. Dieser Befund findet seine Rechtfertigung in der Tatsache, daß der Schaden, den der Geschäftsführer nach Verstößen gegen § 30 GmbHG aufgrund von § 43 Abs. 3 GmbHG auszugleichen hat, nicht deshalb entfällt, weil die Gesellschaft gegen den Gesellschafter einen vollwertigen Anspruch aus § 31 GmbHG hat.

d) Eine weitere Pflichtverletzung beging der Beklagte, als er daran mitwirkte, daß Sicherungsgut, das die Volksbank von der Kommanditgesellschaft erhalten hatte, anstatt auf diese auf die Erbengemeinschaft übertragen und auf die Gesellschafter aufgeteilt wurde. Unerheblich ist, ob der Be-

klagte den Auftrag, die Sicherheiten aufzuteilen sowie den Eigentümern und Gesellschaftern zuzuweisen, als Mitglied der Erbgemeinschaft übernommen hat. Die Verpflichtungen, als Liquidator im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft deren Kapital zu erhalten, traf den Beklagten in jeder Stellung, die er im gesellschaftlichen Leben einnahm; er konnte ihr nicht dadurch entgehen, daß er als Grundstückseigentümer Aufgaben übernahm, die seinen Pflichten als Liquidator widerstritten. Hinzu kommt, daß der Beklagte als Liquidator verpflichtet war, die schädlichen Folgen einer Pflichtverletzung so gering wie möglich zu halten (vgl. Sen.Urt. v. 10. Februar 1977 - II ZR 79/75, WM 1977, 361, 363). Der Beklagte hatte deshalb die sich aus der Verteilung der Sicherheiten ergebenden Ansprüche aus § 31 GmbHG ebenfalls gegen die Mitgesellschafter geltend zu machen.

e) Ähnliche Pflichtverletzungen beging der Beklagte, als er den Erlös aus der Verwertung der im Eigentum der Kommanditgesellschaft stehenden Einrichtungsgegenstände nicht an die Kommanditgesellschaft weiterleitete, vielmehr an die Mitgesellschafter auskehrte und diese dann auch in der Folgezeit nicht auf Erstattung in Anspruch nahm.

f) Greift § 43 Abs. 4 GmbH ein, so begann die Frist in der die Ansprüche der Kommanditgesellschaft wegen der Pflichtverletzungen der Beklagten gemäß dieser Bestimmung verjähren, frühestens mit der Eröffnung des Konkursverfahrens (7. Mai 1982) zu laufen, als der Kläger die Ansprüche als Liquidator nicht mehr geltend machen konnte. Spätestens jedoch begann die Frist, nachdem fünf Jahre seit der Auskehrung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter

(17. Mai 1979) verstrichen waren und nunmehr damit gerechnet werden mußte, daß sich die Schuldner gemäß § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG auf Verjährung berufen würden. In jedem Falle war die Frist noch nicht verstrichen, als der Kläger die Ersatzansprüche mit Schriftsatz vom 24. Juni 1984 gerichtlich geltend machte.

g) Die Revision des Klägers beanstandet, daß das Berufungsgericht einen Verstoß gegen § 30 GmbHG nicht darin gesehen hat, daß Gesellschaftsvermögen auch an Kommanditisten ausgeschüttet worden ist, die nicht zugleich Gesellschafter der Komplementär GmbH waren. Das Berufungsgericht zieht die Rechtsprechung des Senats zu Unrecht als Beleg für seine Ansicht heran. Der Senat hat zu diesem Punkt bisher nicht Stellung genommen, weil er nur mit Fällen befaßt war, in denen eine Gesellschafterstellung in beiden Gesellschaften bestand (vgl. BGHZ 60, 324, 328; 67, 171, 175; 69, 274, 279; 76, 326, 336; 95, 188, 191; Sen.Urt. v. 25. November 1985 - II ZR 93/85, WM 1986, 447, 448).

In der Literatur ist die Antwort umstritten. Zwar wird vielfach vertreten, daß auch ein nicht der GmbH angehörender Kommanditist dafür verantwortlich ist, daß deren Kapital erhalten bleibt (vgl. Hunscha, GmbHR 1973, 257, 260 ff.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 48; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 12. Aufl. § 30 Rdnr. 39; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG 7. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 137; ders. in: Schlegelberger, HGB 5. Aufl. §§ 171, 172 Rdn. 132; ders.: Gesellschaftsrecht, S. 1246 f.; ders.: GmbHR 1986, 337, 341, allerdings jeweils beschränkt auf kapitalersetzende Darlehen, die nach dem 1. Januar 1981 gewährt worden sind;

Baumbach/Duden/Hopt, HGB 27. Aufl. § 172 a Anm. 7 B a); überwiegend wird diese Verantwortlichkeit jedoch abgelehnt, allenfalls für den Einzelfall beim Vorliegen besonderer Umstände bejaht (Hachenburg/Ulmer, GmbHG 7. II. Aufl. § 32 a, 32 b Rdn. 176; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdn. 60; Scholz/H.P. Westermann, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdn. 34; Schilling in GroßKomm z. HGB, 4. Aufl. § 172 a Rdn. 19; Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 30 Rdn. 23; Roth, GmbHG 2. Aufl. § 30 Anm. 4.1.; v. Gerkan, GmbHR 1986, 214, 224; OLG Hamburg WM 1986, 826, 828 = GmbHR 1986, 232). Der Senat lehnt den zuletzt genannten Standpunkt ab; für die Ausstattung der Gesellschaften mit haftendem Kapital ist auch der Nur-Kommanditist verantwortlich, wenn keine natürliche Person unbeschränkt haftet.

Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 29. März 1973 (BGHZ 60, 324, 327 ff.) auf die Unterschiede abgestellt, die zwischen den Haftungsverfassungen einer GmbH & Co. KG und einer Kommanditgesellschaft bestehen, die dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Das Recht der Kommanditgesellschaft garantiert deren Gläubigern kein bestimmtes Gesellschaftsvermögen; dieses kann vielmehr von den Gesellschaftern, falls sie sich einig sind, jederzeit entnommen werden. Wird dem Kommanditisten Gesellschaftsvermögen ausgezahlt, so lebt zwar nach § 172 Abs. 4 seine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wieder auf, so daß diese im Umfange der Entnahme unmittelbar auf das Privatvermögen des Kommanditisten zugreifen können. Diese Haftung ist aber durch die Höhe der eingetragenen Haftsumme begrenzt, reicht also auch dann nicht weiter, wenn der Kommanditist ein Mehrfaches der

Summe entnommen hat. Soweit die Gläubiger mit ihren Forderungen bei der Gesellschaft und den Kommanditisten ausfallen, können sie sich an den Komplementär halten, der ihnen unbeschränkt außer mit seinem gegenwärtigen auch mit seinem künftigen Vermögen haftet. Diese unbeschränkte Haftung wiederum soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine wirtschaftlich vernünftige Unternehmensführung gewährleisten und die Kommanditgesellschaft davor schützen, daß ihr Vermögen zugunsten der Kommanditisten ausgehöhlt wird.

In der GmbH & Co. KG fehlt dieses Gegengewicht. Zwar haftet auch hier die Komplementär-GmbH unbeschränkt, jedoch nur mit dem Vermögen, das sie im Zeitpunkt ihrer Liquidation hat. Der unbeschränkte Zugriff auf das Privatvermögen der hinter den Gesellschaften stehenden natürlichen Personen ist dem Gläubiger regelmäßig verwehrt. In deren Interesse sind deshalb die Vorschriften zur Kapitalerhaltung im GmbH-Recht für die GmbH & Co. KG entsprechend heranzuziehen, wenn zu Lasten des Garantiekapitals Vermögen der Kommanditgesellschaft an die Kommanditisten ausgeschüttet wird. Besitzt die GmbH keine über ihr Stammkapital hinausgehende Vermögenswerte, so ist das Garantiekapital regelmäßig betroffen, wenn die GmbH mit einem Vermögensanteil an der Kommanditgesellschaft beteiligt ist und deren Einlagekapital an die Kommanditistin ausgeschüttet wird. Kommt es bei der Kommanditgesellschaft zu einer Überschuldung, so muß die GmbH in deren Umfang wegen ihrer unbeschränkten Haftung (§ 128 HGB) Rückstellungen oder Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern passivieren, ohne einen gleichwertigen Rückgriffsanspruch gegen die Kommanditgesellschaft aktivieren zu können; auch dadurch wird ihr Stammkapital ausge-

höhlt. Diese mittelbaren Minderungen des Gesellschaftsvermögens der GmbH hat der Kommanditist, der zugleich Gesellschafter der GmbH ist, entsprechend § 31 GmbHG dadurch auszugleichen, daß er der Kommanditgesellschaft die Entnahmen erstattet und auf diese Weise mittelbar auch das Vermögen der GmbH wiederauffüllt. Für den Nur-Kommanditisten kann nichts anderes gelten.

Schon in dem mehrfach zitierten Urteil vom 29. März 1973 (BGHZ 60, 324, 329) hat der Senat darauf hingewiesen, daß die Kommanditgesellschaft wegen der gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung der Interessen dafür verantwortlich ist, daß ihr Zuwendungen erstattet werden, die nach GmbH-Recht unzulässig sind. Diese Verantwortung, die dem Kommanditisten in der herkömmlichen Kommanditgesellschaft der Komplementär abnimmt, wenn dieser eine natürliche Person ist, trifft ähnlich wie den Gesellschafter der GmbH auch den Kommanditisten, wenn der unbeschränkt haftende Komplementär die ihm normalerweise zugeordnete Bremsfunktion nicht übernehmen kann, weil die Gesellschafter diese Stelle mit einer Kapitalgesellschaft besetzt haben, die nur über einen begrenzten Haftungsfonds verfügt. Wenigstens dieser Fonds muß der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger erhalten bleiben. Da Ausschüttungen an den Kommanditisten ihn ebenso angreifen wie die an den GmbH-Gesellschafter, trifft auch den Kommanditisten mit seinem Beitritt zu einer GmbH & Co. KG entsprechend § 30 GmbHG ein Auszahlungsverbot, ist er entsprechend § 31 GmbHG verpflichtet, der Kommanditgesellschaft seine Entnahme zu erstatten, soweit sie zu Lasten des Garantiekapitals gegangen ist. Das gilt auch dann, wenn beim Kommanditisten nur ein Anlegerinteresse besteht und ihm ein be-

stimmender Einfluß auf die Geschäftsführung fehlt. Dieser Kommanditist kann wie jeder andere ungeachtet seiner Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB seine Pflichteinlage entnehmen, falls der Gesellschaftsvertrag und die Mitgesellschafter ihm das erlauben und das Stammkapital der Komplementär-GmbH nicht angetastet wird. Will er aber zu Lasten des Gesellschaftsanteils der Komplementär-GmbH mehr entnehmen, als er eingelegt hat, oder deckt infolge seiner Entnahme das Aktivvermögen der Kommanditgesellschaft deren Schulden nicht mehr, so greifen im Interesse des Gläubigerschutzes auch bei ihm die gesetzlichen Entnahmebeschränkungen ein, wenn die GmbH über ihr Stammkapital hinaus Vermögen nicht besitzt.

h) Die Revision des Beklagten will demgegenüber die §§ 30, 31 GmbHG auf die Ausschüttungen an alle Gesellschafter nicht angewandt wissen, weil für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft, um die es in diesem Rechtsstreit geht, neben der Komplementär-GmbH eine natürliche Person, nämlich Traugott Sch. [REDACTED] bzw. seine Erbin, unbeschränkt haftete. Hieran ist richtig, daß Traugott Sch. [REDACTED] am 1. April 1966 aus der Komplementär- in die Kommanditistenstellung gewechselt und dieser Wechsel am 26. Januar 1967 im Handelsregister vermerkt worden ist, daß aber die Verjährungsfrist des § 159 HGB ab diesem Zeitpunkt für seine unbeschränkte Haftung nicht lief, weil er als Geschäftsführer der an seine Stelle getretenen Komplementär-GmbH die Geschäfte der Kommanditgesellschaft wie bisher weiterführte (vgl. BGHZ 78, 114, 118; Sen.Urteile v. 19. Mai 1983 - II ZR 49/82, WM 1983, 700, 702; II ZR 207/81, WM 1983, 703, 704; v. 25. September 1989 - II ZR 259/88, WM 1989, 1661, 1664 f.). Zu Unrecht ist die Revision des Beklagten jedoch der Meinung, die unbeschränkte Haftung Traugott Sch. [REDACTED] bzw. seiner

Erbin für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen der Kommanditgesellschaft sei erst nach Ablauf von 5 Jahren weggefallen, nachdem am 12. Juni 1975 im Handelsregister vermerkt worden war, daß Traugott Sch[REDACTED] als Kommanditist ausgeschieden sei. Die 5jährige Verjährungsfrist begann bereits zu laufen, als am 28. März 1968 im Handelsregister eingetragen wurde, daß Traugott Sch[REDACTED] nicht mehr Geschäftsführer der GmbH sei. Von diesem Zeitpunkt ab hatte er als Kommanditist eine Stellung inne, die der eines ausgeschiedenen Gesellschafters i.S. des § 159 Abs. 1 HGB vergleichbar war (vgl. Sen.Urt. v. 25. September 1989, a.a.O.). Die Versorgungsansprüche, um die es in diesem Rechtsstreit geht, sind alle nach dem 28. März 1973 und damit nach Ablauf der 5jährigen Verjährungsfrist fällig geworden.

3. Das Berufungsgericht hat auch zur Höhe der noch offenen Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft, die durch die mit der Klage geltend gemachten 989.207 DM abgedeckt werden sollen, keine abschließenden Feststellungen getroffen. Es kommt zwar zu dem Ergebnis, daß die Kommanditgesellschaft Versorgungsleistungen zugunsten des Rentners Ap[REDACTED] sowie der Witwe und der Tochter des Geschäftsführers D[REDACTED] zu erbringen hat. Wegen des obsiegenden Urteils dürften noch die Versorgungsleistungen zugunsten der Rentner Schi[REDACTED] und La[REDACTED] hinzukommen. Offengeblieben ist aber, ob und - falls ja - wie weit die St[REDACTED] AG als Schuldnerin gemäß § 613 a Abs. 1 BGB in Versorgungsanwartschaften eingetreten ist. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat somit nicht möglich.

III.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben, soweit der Kläger einen Schadensersatzanspruch des Pensionssicherungsvereins infolge deliktischer Verletzung von Schutzgesetzen geltend macht, der ihm am 30. Mai 1983 (Anl. K 42) abgetreten worden ist.

1. Das Berufungsgericht hält den Beklagten für Schadensersatzpflichtig, weil er durch den Verstoß gegen § 30 GmbHG ein Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB verletzt habe. Im Schrifttum wird ebenfalls verschiedentlich der Standpunkt vertreten, daß § 30 GmbHG ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger sei (vgl. Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdnrn. 6 und 12; Scholz/H. P. Westermann, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdnr. 8). Der Senat teilt diese Ansicht nicht. Soweit Normadressat dieser Bestimmung die Gesellschaft und damit deren Geschäftsführer ist, stellt jeder Verstoß eine Pflichtverletzung i.S. des § 43 Abs. 2 GmbHG dar, die den Geschäftsführer unabdingbar verpflichtet, der Gesellschaft Schadensersatz wenigstens in dem Umfang zu leisten, wie er zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 43 Abs. 3 GmbHG). Der Senat hat bereits für die dem § 43 GmbHG vergleichbare Bestimmung des Aktienrechts, nämlich § 93 Abs. 1 AktG, ausgeführt, daß sie kein Schutzrecht i.S. von § 823 Abs. 2 BGB ist; sie regelt allein die Pflichten von Organmitgliedern aus ihrem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft (vgl. Sen. Urt. v. 9. Juli 1979 - II ZR 211/76, WM 1979, 853, 854). Was für § 93 AktG gilt, gilt auch für § 43 GmbHG. Die im Verstoß gegen § 30 GmbHG bestehende Verletzung der gebotenen Sorgfalt i.S. des § 43 Abs. 1 GmbHG ist hiervon nicht ausgenommen.

§ 30 GmbHG ist aber auch kein Schutzgesetz, soweit er den Gesellschaftern verbietet, eine Auszahlung entgegenzunehmen oder in der Gesellschafterversammlung auf eine solche hinzuwirken. Die Bestimmung soll zwar gewährleisten, daß der Gesellschaft im Interesse ihrer Gläubiger das gezeichnete Kapital erhalten bleibt; deren Schutz ist aber in ausreichendem Maße dadurch gewährleistet, daß die unberechtigte Entgegennahme haftenden Kapitals oder auf diese abzielende Weisungen an die Geschäftsführer zu Erstattungs- oder Schadensersatzansprüchen der Gesellschafter führen, die der Gläubiger jederzeit pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen kann (vgl. BGHZ 69, 274, 283 für den Fall der Verpfändung). Eine dem § 62 Abs. 2 AktG entsprechende Regelung, die den Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen einen unmittelbaren Anspruch gegen den Gesellschafter gibt, kennt das GmbH-Recht nicht. Sie kann auch nicht auf dem Umweg über § 823 Abs. 2 BGB geschaffen werden. Das Berufungsgericht hat mithin zu Unrecht eine deliktische Haftung des Beklagten wegen dessen Verstoß gegen § 30 GmbHG bejaht.

2. a) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Beklagte ferner verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der entstanden ist, weil der Beklagte den Konkursantrag verspätet gestellt hat (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG, 177 a, 130 a HGB). Es ist allgemein anerkannt, daß diese Bestimmungen Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Konkursgläubiger sind, deren vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung zu deliktischen Ansprüchen der Gläubiger gegen den Geschäftsführer auf Ersatz des Konkursverschleppungsschadens führt (vgl. BGHZ 29, 100, 102; 75, 96, 106; 100, 19, 21; Sen.Urt. v. 26. Juni 1989 - II ZR 289/88, WM

1989, 1568). Dieser sogenannte Quotenschaden wird im Konkurs der Gesellschaft als Gesamtgläubigerschaden vom Konkursverwalter geltend gemacht, ohne daß ihm die Gläubiger ihre Ansprüche zu diesem Zweck zuvor abgetreten haben müssen (vgl. BGH, Urt. v. 24. Oktober 1973 - VIII ZR 82/72, WM 1973, 1354, 1355).

b) Das Berufungsgericht hat den Pensionssicherungsverein als einzigen geschädigten Gläubiger angesehen und deshalb bei der Beantwortung der Frage, ob der Ersatzanspruch nach § 852 BGB verjährt ist, allein darauf abgestellt, wann dessen Vertreter vom Schaden Kenntnis erlangt haben. Diese Beurteilung ist aus mehreren Gründen nicht haltbar.

Zu dem geschützten Personenkreis, der nach § 64 Abs. 1 GmbHG, § 130 a Abs. 1 HGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB im Falle der Konkursverschleppung aus eigenem Recht einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer auf Ausgleich des sogenannten Quotenschadens hat, gehören nur diejenigen Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderung bereits vor Konkurseröffnung erworben haben. Personen, die erst mit oder nach Konkurseröffnung Gläubiger der Gesellschaft werden, sind nicht geschützt (vgl. Sen.Urt. v. 26. Juni 1989 - II ZR 289/88, WM 1989, 1568 ff.). Das trifft für den Pensionssicherungsverein hinsichtlich aller Ansprüche oder Anwartschaften der Versorgungsberechtigten gegen die Kommanditgesellschaft zu, die nach § 9 Abs. 2 BetrAVG mit Eröffnung des Konkursverfahrens auf ihn übergegangen sind. Vor diesem Zeitpunkt hat der Pensionssicherungsverein eine Gläubigerstellung nach § 9 Abs. 2 BetrAVG nur in den Fällen erlangt, in denen er den Berechtigten die ihnen zustehenden

Ansprüche mitgeteilt oder - was der Mitteilung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gleichsteht (BAG, Urt. v. 11. September 1980 - 3 AZR 544/79, ZIP 1981, 307, 311) - die Leistung aufgenommen hat. Vor Konkurseröffnung erbracht worden sind die Leistungen gegenüber den Rentnern Schie[REDACTED] und La[REDACTED] nach Erlaß des zweitinstanzlichen Urteils vom 22. Februar 1979 (BU 19/20) und ab 1980 auch wohl gegenüber dem Rentner Ap[REDACTED] (BU 21). Aber auch in diesen drei Versorgungsfällen ist offen, ob die auf Konkursverschleppung beruhende Schadensentwicklung nicht bereits abgeschlossen war, bevor die Versorgungsansprüche gegen die Kommanditgesellschaft gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den Pensionssicherungsverein übergegangen sind. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, weil es der Meinung war, daß nach § 9 Abs. 2 BetrAVG auch die Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten auf den Pensionssicherungsverein übergegangen seien, dieser also aus abgeleitetem Recht Anspruch auf Ausgleich des Quotenschadens habe.

In diesem Punkt irrt das Berufungsgericht. Die Ansprüche der Versorgungsberechtigten auf Ersatz ihres Quotenschadens sind nicht auf den Pensionssicherungsverein übergegangen. Rechtsgeschäftlich abgetreten haben ihm die Rentner ihre Ersatzansprüche gegenüber dem Beklagten unstreitig nicht. § 9 Abs. 2 BetrAVG sieht nur den Rechtsübergang von Ansprüchen und Anwartschaften des Versorgungsberechtigten gegen den Arbeitgeber, nicht aber den Übergang von Ersatzansprüchen gegen Dritte vor. Diese Ansprüche zählen ungeachtet der Tatsache, daß sie ebenfalls dem Versorgungsinteresse des Berechtigten dienen, als selbständige, gegen einen nicht mit dem Schuldner der Versorgung personengleichen

Dritten gerichtete Ansprüche auch nicht zu den unselbständigen Nebenrechten, die nach §§ 401, 412 BGB beim gesetzlichen Forderungsübergang kraft Gesetzes zusammen mit der Hauptforderung auf den Nebengläubiger übergehen. Was der Senat in diesem Punkt zu § 141 m AFG ausgeführt hat (vgl. Sen.Urt. v. 26. Juni 1989 - II ZR 289/88, WM 1989, 1568, 1569), gilt auch für § 9 Abs. 2 BetrAVG. Hiernach kommt es für die Verjährung nicht auf die Kenntnis des Pensionssicherungsvereins, sondern auf die der Versorgungsberechtigten und ab Konkurseröffnung auf die des Klägers an. Hierzu hat das Berufungsgericht nichts festgestellt, so daß das Urteil auch insoweit aufzuheben ist.

IV.

Die Sache wird zurückverwiesen, damit die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag erhalten und das Berufungsgericht die noch fehlenden Feststellungen treffen kann.

Boujong

Brandes

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz