

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB § 171; GmbHG §§ 30, 31

- a) Ein Kommanditist wird durch die Verrechnung seiner Einlageschuld mit einer Forderung gegen die Kommanditgesellschaft, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht mehr vollwertig ist, nur in Höhe des objektiven Werts der Forderung von seiner Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern frei (Abweichung von BGHZ 51, 391, 394).
- b) Der Kommanditist einer GmbH & Co. KG kann seine Einlage nicht mit haftungsbefreiender Wirkung durch Verrechnung mit einem der Gesellschaft gewährten kapitalersetzenden Darlehen leisten.

BGH, Urt. v. 8. Juli 1985 - II 2R 269/84 - OLG Celle

LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 269/84

URTEIL

Verkündet am

8. Juli 1985

Walz,

Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Kauffrau Karin S [REDACTED]-G [REDACTED], Im L [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Alfred L [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED], G [REDACTED], als Konkursverwalter im
Konkurs über das Vermögen der Dr. Wilhelm K [REDACTED] Bienen-
honig GmbH & Co. KG,

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1985 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Kellermann, Bundschuh und Dr. Seidl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 28. November 1984 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 21. Dezember 1982 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der Dr. Wilhelm K. Bienenhönig GmbH & Co. KG (im folgenden: Kommanditgesellschaft). Er nimmt die Beklagte als Kommanditistin gemäß § 171 Abs. 2 HGB in Anspruch.

Die Beklagte ist seit Gründung der beiden Gesellschaften Kommanditistin der Kommanditgesellschaft und Gesellschafterin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Komplementär-GmbH. Beide Beteiligungen hält sie treuhänderisch für die Internationale Honig Compagnie D GmbH & Co. KG (im folgenden: D KG). Ihre Kommanditeinlage beträgt nach einer am 9. November 1981 in das Handelsregister eingetragenen Erhöhung 750.000 DM. Der Kläger geht davon aus, daß die Beklagte auf die Einlage 250.000 DM eingezahlt und in Höhe von 191.453,75 DM mit einer Darlehensforderung gegen die Gemeinschuldnerin wirksam aufgerechnet hat. Den danach von der Haftsumme verbleibenden Betrag von 308.546,25 DM verlangt er mit der Klage.

Die Beklagte hat bestritten, daß die Kommanditgesellschaft Verbindlichkeiten in der vom Kläger behaupteten Höhe habe und der eingeforderte Betrag zur Befriedigung der Gläubiger benötigt werde. Im übrigen hat sie geltend gemacht, daß sie ihre Einlage voll geleistet habe. Ihre Darlehensforderung gegen die Beklagte, mit der sie - schon vor dem Rechtsstreit - aufgerechnet habe, habe 274.053,33 DM betragen. In Höhe von weiteren 250.000 DM sei ihre Einlageschuld mit einer Forderung der Dau KG gegen die Kommanditgesellschaft verrechnet worden. Hilfsweise hat die Beklagte noch mit dem durch diese Verrechnung nicht getilgten Rest der Forderung der D KG in Höhe von 149.953,41 DM im Rechtsstreit aufgerechnet.

Das Landgericht hat der zunächst im Urkundenprozeß erhobenen Klage durch Vorbehaltsurteil in Höhe von 58.546,25 DM nebst Zinsen stattgegeben; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, daß die Einlage in Höhe von 250.000 DM durch die Verrechnung mit der Forderung der D KG geleistet worden sei.

Mit der Berufung hat der Kläger unter Abstandnahme vom Urkundenprozeß den abgewiesenen Teil der Klage weiterverfolgt. Er hat insbesondere geltend gemacht, daß das Guthaben der D. KG bei der Kommanditgesellschaft, mit dem die Einlageschuld verrechnet worden sei, ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen gewesen sei. Die Kommanditgesellschaft sei schon seit Ende 1979 überschuldet gewesen. Die Verrechnung des Guthabens der D. KG mit der Einlageschuld der Beklagten sei daher unwirksam, jedenfalls aber nach § 32 a KO anfechtbar gewesen. Die Anfechtung hat der Kläger sowohl im vorliegenden Rechtsstreit als auch mit einem bei der Öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle in Hamburg angebrachten, gegen den Konkursverwalter der D. KG und die Beklagte gerichteten Güteantrag erklärt.

Die Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat der Berufung des Klägers mit einer Einschränkung im Zinsanspruch stattgegeben und die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Abgesehen von dem Einwand der Beklagten, daß ihre Einlage-schuld durch Aufrechnung mit einer Darlehensforderung und durch die vereinbarte Verrechnung mit einer Forderung der D●● KG getilgt worden sei, hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen des Klageanspruchs rechtsfehlerfrei bejaht.

1. Die Beklagte kann bis zur Höhe ihrer noch nicht geleisteten Kommanditeinlage von den Gesellschaftsgläubigern - und damit hier nach § 171 Abs. 2 HGB vom Kläger - in Anspruch genommen werden, auch wenn sie den Kommanditanteil nur treuhänderisch hält und die D●● KG als Treugeberin im Innenverhältnis nach dem abgeschlossenen Treuhandvertrag verpflichtet ist, sie von jeglicher Haftung freizustellen (vgl. BGHZ 31, 258, 264).

2. Der Anspruch nach § 171 Abs. 2 HGB wird, da der Konkursverwalter die Rechte der Gesellschaftsgläubiger ausübt, durch den Betrag der Gläubigerforderungen begrenzt. Daß solche Forderungen jedenfalls in Höhe der Klagesumme bestehen, hat das Berufungsgericht im Ergebnis fehlerfrei festgestellt. Die Revision rügt zwar zutreffend, daß die Gläubigerforderungen, die die Beklagte aus der vom Kläger vorgelegten Aufstellung im einzelnen bestritten hat, nicht nur - wie im Berufungsurteil angegeben - 1,11 Mio DM, sondern weit über 20 Mio DM betragen. Darüber hinaus hat die Beklagte, wie sich aus der berichtigten Fassung des Berufungsurteils ergibt, auch die von der D●● KG angemeldete Forderung von über 19 Mio DM bestritten, gegen die im übrigen nach der vorgelegten Forderungsaufstellung auch im Konkursverfahren Widerspruch erhoben worden ist. Gleichwohl verbleiben aber aus der Forderungsaufstellung des Klägers noch weitere, im Konkursverfahren anerkannte Forderungen von über 7 Mio DM. Die Revision macht zwar geltend, daß die Beklagte auch das Bestehen aller weiteren Gläubigerforderungen wenigstens

mit Nichtwissen bestritten habe. Das ergab sich jedoch aus dem Vortrag der Beklagten - insbesondere auch unter Berücksichtigung ihrer Erwiderung auf die Forderungsaufstellung des Klägers - nicht mit hinreichender Deutlichkeit.

Soweit die Gläubigerforderungen aus der Aufstellung des Klägers nicht bestritten waren, durfte sie das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrundelegen. Der Vortrag des Klägers war insoweit nicht deshalb widersprüchlich, weil der Kläger ursprünglich den Gesamtbetrag der bei Konkursöffnung bestehenden Gläubigerforderungen wesentlich geringer beziffert hatte. Die weiteren Forderungen konnten sich nachträglich herausgestellt haben.

3. Der Kommanditist kann seiner Inanspruchnahme nach § 171 Abs. 2 HGB entgegenhalten, daß seine Einlage zur Befriedigung der Gläubigerforderungen nicht benötigt werde, weil das vorhandene sonstige Gesellschaftsvermögen dazu ausreiche (RGZ 51, 33; Schilling in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 171 Rdnr. 41 m.w.N.). Daß der Kläger über ausreichende sonstige Mittel verfügt, ist jedoch nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hat entsprechend dem Vortrag der Beklagten unterstellt, daß in der Konkursmasse rund 1 Mio DM vorhanden sind. Dieser Betrag ist zur Gläubigerbefriedigung unzureichend, auch wenn - wie dargelegt - nur von Gläubigerforderungen in Höhe von rund 7 Mio DM ausgegangen werden kann, da das Berufungsgericht den Bestand der bestrittenen Forderungen nicht geprüft hat.

Die fehlende Feststellung des Vorhandenseins weiterer, zur Gläubigerbefriedigung ausreichender Mittel geht zu Lasten der Beklagten, die insoweit die Darlegungs- und Beweislast

trägt (vgl. auch Sen.Urt. v. 3.7.1978 - II ZR 54/77, LM HGB § 149 Nr. 6, und vom 21.11.1983 - II ZR 19/83, WM 1983, 1381).

4. Die Revision vertritt die Auffassung, daß die Einlageschuld der Beklagten bereits im Jahre 1981 durch Leistungen der D●● KG getilgt worden sei. Die D●● KG hatte, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, bis zum Ende des Jahres 1981 für die Kommanditgesellschaft Personalkosten einschließlich Sozialabgaben in Höhe von 399.953,41 DM verauslagt, wovon später auf Bitten der Kommanditgesellschaft 250.000 DM mit der Einlageschuld der Beklagten verrechnet worden sind. Die Revision macht geltend, nach dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten sei allen Beteiligten bekannt gewesen, daß die D●● KG als Treugeberin zur Freistellung der Beklagten verpflichtet und daß zwischen der Kommanditgesellschaft und der D●● KG ausdrücklich vereinbart gewesen sei, die Kommanditeinlage der Beklagten solle durch Verrechnung mit Forderungen der D●● KG geleistet werden. Daraus leitet die Revision ab, daß die Einlageschuld der Beklagten nicht erst mit der später erfolgten Verrechnung, sondern schon durch die von der D●● KG für die Kommanditgesellschaft verauslagten Beträge unmittelbar erfüllt worden sei.

Damit kann die Revision nicht durchdringen. Nach dem zwischen den späteren Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft und der D●● KG abgeschlossenen "Beteiligungsvertrag", auf den im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft Bezug genommen ist, war die Kommanditeinlage der Beklagten in bar zu leisten. Eine vertragliche Abänderung dieser Bestimmung durch die Gesellschafter ist von der Beklagten nicht behauptet worden. Dem Vortrag der Beklagten läßt sich auch nicht entnehmen, daß

zwischen der Kommanditgesellschaft und den übrigen Beteiligten schon vor der Mitte 1982 getroffenen Verrechnungsvereinbarung über 250.000 DM, die das Berufungsgericht berücksichtigt hat, eine schuldtilgende Verrechnung vorgenommen worden sei. Die Beklagte hatte sich in ihrer Klageerwiderung nur auf die genannte Verrechnung in Höhe von 250.000 DM berufen. Auch die von der Revision angeführten Aktenstellen enthalten nur die Behauptung, daß die Einlage vereinbarungsgemäß durch Verrechnung "vorgenommen" werden sollte und eine solche Verrechnung "dann" durchgeführt worden sei. Dabei hat die Beklagte wiederum auf die schon in der Klageerwiderung mitgeteilten Verrechnungsvermerke Bezug genommen, die die Verrechnung von Mitte 1982 über 250.000 DM betrafen.

II. Dagegen hält das Berufungsurteil der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten mit einer Darlehensforderung in Höhe von 82.599,58 DM (Unterschiedsbetrag zwischen dem von der Klägerin behaupteten Darlehensguthaben von 274.053,33 DM und dem in der Klage berücksichtigten Betrag von 191.453,75 DM) nicht für durchgreifend erachtet hat.

1. Die Bilanz der Kommanditgesellschaft für das Jahr 1981 wies das von der Klägerin behauptete Darlehensguthaben aus. Für die Richtigkeit dieser Feststellung in der Bilanz hatte die Beklagte Beweis angetreten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Steuerberaters H. [REDACTED], der die Bilanz erstellt hatte. Das Berufungsgericht ist von den Angaben des Klägers zur Höhe des Darlehensguthabens ausgegangen, ohne den beantragten Beweis zu erheben. Es hat dazu ausgeführt: Der Gewinn der Gesellschaft und damit auch das Guthaben der Beklagten auf

ihrem Separat-Konto hänge von der zutreffenden Bewertung der Warenvorräte ab. Ein Sachverständiger könne nicht wissen, welche Vorräte tatsächlich vorhanden gewesen seien. Der benannte Zeuge habe ausweislich seines Bilanztestats und sonstiger schriftlicher Äußerungen den Warenbestand nur stichprobenartig überprüft.

Diese Ablehnung der Beweisanträge der Beklagten wird von der Revision zu Recht angegriffen.

Es trifft zu, daß es im Streit der Parteien über die Höhe des Darlehensguthabens hauptsächlich darauf ankommt, ob die Kommanditgesellschaft seit 1. Januar 1977 tatsächlich die in ihren Bilanzen ausgewiesenen und anteilig der Beklagten gutgeschriebenen Gewinne erzielt hat, oder ob sie, wie der Kläger behauptet hat, in Wirklichkeit laufend mit Verlusten gearbeitet hat, die durch zu hohe Ansätze des Warenbestands verschleiert worden sind. Die abweichende Berechnung des Darlehensguthabens durch den Kläger in Höhe von 191.453,75 DM per 31. Dezember 1981 beruht im wesentlichen darauf, daß der Kläger - wie sich aus den von ihm vorgelegten "berichtigten Jahresabschlüssen" ergibt - vom Stand des Darlehenskontos am 1. Januar 1977 ausgehend in der Folgezeit nur noch Veränderungen durch Verzinsung und Entnahmen, aber keine Gewinnanteile mehr berücksichtigt hat. Der Kläger hat dazu behauptet, daß eine Überprüfung anhand der vorgefundenen Geschäftsunterlagen in den Jahren seit 1977 überhöhte Ansätze des Warenbestands und eingetretene Verluste in dem Ausmaß ergeben habe, wie sie aus den von ihm vorgelegten berichtigten Jahresabschlüssen ersichtlich seien.

Bei diesem Streitstand kann das beantragte Gutachten eines Buchsachverständigen nicht als völlig ungeeignetes

Beweismittel angesehen werden (vgl. zu diesem Ablehnungsgrund: BGHZ 53, 245, 259 f.; § 244 Abs. 3 StPO). Die Überprüfung der Geschäftsentwicklung anhand der vorgefundenen Geschäftsunterlagen durch einen Sachverständigen konnte - je nach dem Inhalt der vorhandenen Unterlagen - zu einer Klärung der für die Höhe des Guthabens der Beklagten erheblichen Frage führen, wann die Verluste, die der Kläger anhand des von ihm vorgefundenen geringen Warenbestands festgestellt hat, eingetreten sind. Auch der Kläger hat nach seinem Vortrag die Aufteilung des Verlustes auf die Jahre seit 1977 in dieser Weise ermittelt.

Den angetretenen Zeugenbeweis durfte das Berufungsgericht ebenfalls nicht ohne weiteres ablehnen. Der Schluß aus den schriftlichen Äußerungen des Zeugen, daß dieser keine ausreichenden Wahrnehmungen gemacht habe, stellt eine vorweggenommene Beweiswürdigung dar.

2. In einer Hilfsbegründung hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung des Klägers die Aufrechnung erst nach der Erstellung des Jahresabschlusses vom 25. August 1982 erklärt worden sei. Sie sei danach unwirksam, weil die Kommanditgesellschaft spätestens seit Mitte 1982 überschuldet gewesen sei und deshalb die Aufrechnung der unzulässigen Rückzahlung eines kapitalersetzenden Darlehens gleichgekommen sei. Gegenüber diesen Ausführungen rügt die Revision zu Recht, daß die Beklagte vorgetragen hatte, sie habe bereits "per" 31. Dezember 1981 die Aufrechnung mit ihrer Darlehensforderung erklärt. Selbst wenn diese Formulierung nicht eindeutig ergibt, daß die Aufrechnungserklärung am 31. Dezember 1981 abgegeben worden ist, konnte sie jeden-

falls so gemeint sein. Das Berufungsgericht durfte danach jedenfalls nicht ohne weitere Aufklärung davon ausgehen, daß die Beklagte den Aufrechnungszeitpunkt nicht mitgeteilt habe und nicht bestreiten wolle, die Aufrechnung erst nach dem 25. August 1982 erklärt zu haben.

Zu dem von der Beklagten behaupteten früheren Aufrechnungszeitpunkt hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, so daß er für die Revisionsentscheidung als richtig zu unterstellen ist. Daß sich die Kommanditgesellschaft bereits zum Jahresende 1981 in einer Lage befand, in der das (stehengelassene) Gesellschafterdarlehen kapitalersetzenden Charakter erlangt hatte, ist ebenfalls nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hat sich vielmehr ausdrücklich auf die Aussage beschränkt, daß die Gesellschaft Mitte 1982 überschuldet gewesen sei, und es offengelassen, ob sie schon vorher konkursreif war.

Danach trägt auch die Hilfsbegründung die Entscheidung in diesem Punkt nicht, ohne daß es insoweit noch auf die Revisionsangriffe gegen die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Kommanditgesellschaft und ihrer rechtlichen Auswirkungen - auf die nachstehend in anderem Zusammenhang einzugehen ist - ankommt.

III. Die Verrechnung der Einlageschuld in Höhe von 250.000 DM mit der Forderung der D... KG hat das Berufungsgericht für unwirksam erachtet, weil sie gegen das Verbot der Rückzahlung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen verstoßen habe. Auch insoweit hält das Urteil der Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß
- wie von der Beklagten geltend gemacht war - Mitte des
Jahres 1982 zwischen der Kommanditgesellschaft und der
D●● KG in Höhe des genannten Betrages die Verrechnung der
Forderung der D●● KG aus den für die Kommanditgesellschaft
verauslagten Personalkosten mit der Kommanditeinlage-
schuld der Beklagten vereinbart und durch entsprechende
Buchungen bei beiden Gesellschaften vollzogen worden ist.
Eine solche einverständliche Verrechnung konnte, wenn man
von den gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten absieht,
jedenfalls mit Zustimmung der Beklagten, von deren Vorliegen
das Berufungsgericht ausgegangen ist, mit schuldtilgender
Wirkung vorgenommen werden. Die Gegenseitigkeit der For-
derungen, wie sie § 387 BGB für die einseitige Aufrechnung
vorschreibt, ist für eine vertragliche Verrechnung nicht
erforderlich (BGHZ 94, 132 m.w.N.).

2. Das Berufungsgericht ist - jedenfalls im Ergebnis -
zutreffend davon ausgegangen, daß diese Verrechnungsabrede
dem Klageanspruch nicht entgegenstehen würde, wenn es sich
bei dem verrechneten Guthaben der D●● KG um ein der Komman-
ditgesellschaft gewährtes kapitalersetzendes Gesellschafter-
darlehen gehandelt hätte.

a) In einer GmbH & Co. KG unterliegen kapitalersetzende
Gesellschafterdarlehen dem Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG,
soweit die Rückgewähr des Darlehens zu Lasten des Stammkapitals
der Komplementär-GmbH gehen oder deren Überschuldung ver-
tiefen würde. Diese Auswirkung tritt insbesondere ein, wenn
die Kommanditgesellschaft überschuldet ist und die Komplementär-
GmbH keine über ihr Stammkapital hinausgehenden Vermögens-

werte besitzt (BGHZ 76, 326, 329 m.w.N.). Eine solche Lage war nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall gegeben.

Unter das Rückzahlungsverbot fällt auch die Verrechnung des Darlehens mit einer Forderung der Gesellschaft, weil auch in diesem Fall der Gesellschaft ein entsprechender Vermögenswert entzogen wird. Für die Verrechnung mit der Einlageschuld eines Kommanditisten gilt keine Ausnahme. Die gewährten Mittel würden zwar bei einer solchen Verrechnung der Gesellschaft im Rahmen des Einlagekapitals verbleiben. In den Fällen, in denen das Rückzahlungsverbot eingreift, dient das Darlehen jedoch der Deckung eines zusätzlichen, über das Einlagekapital hinausgehenden Finanzbedarfs, die durch die Verrechnung des Darlehens mit einer Einlageschuld zu Lasten der haftenden Komplementär-GmbH wegfallen würde (vgl. auch Sen.Urt. v. 20.9.1982 - II ZR 236/81, WM 1982, 1200; BGHZ 90, 370).

b) Das Berufungsgericht hat - ohne nähere Begründung - angenommen, daß ein Verstoß der Verrechnungsabrede gegen § 30 GmbHG ohne weiteres zu deren Unwirksamkeit führt. Dies steht in Einklang mit der in einem Teil des Schrifttums vertretenen Auffassung, daß ein gegen § 30 GmbHG verstoßendes Erfüllungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig ist (u.a.: Goerdeler/Müller in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 30 Rdnrn. 8, 9; Canaris in Festschr. Robert Fischer - 1979 - S. 31, 56). Die Rechtsprechung hat demgegenüber aus der abgestuften Regelung des Erstattungsanspruchs in § 31 GmbHG abgeleitet, daß ein Verstoß gegen § 30 GmbHG das Erfüllungsgeschäft nicht grundsätzlich,

sondern nur unter besonderen - im Berufungsurteil nicht festgestellten - Voraussetzungen nichtig macht, insbesondere bei bewußtem Zuwiderhandeln gegen das Rückzahlungsverbot (BGH, Urt. v. 14.1.1953 - I ZR 169/51, LM GmbHG § 30 Nr. 1 im Anschluß an RGZ 168, 292, 302 f.; BGHZ 69, 274, 280; 81, 365, 367 f. m.w.N.). Für diese Auffassung sprechen nunmehr auch die durch die GmbH-Novelle von 1980 eingeführten Vorschriften in § 32 a Satz 2 KO und § 3 b Satz 2 AnfG, die eine Anfechtung der Befriedigungshandlung mit der Folge eines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs (§ 37 KO; § 7 AnfG) vorsehen.

Im Falle eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG wäre jedoch die Klage auch dann begründet, wenn der Verstoß nicht zur Nichtigkeit der Verrechnungsabrede geführt hätte. Die Beklagte wäre jedenfalls nach § 31 GmbHG verpflichtet, die Gemeinschuldnerin so zu stellen, als ob ihre Einlage-schuld nicht getilgt worden wäre. Dies hätte des weiteren zur Folge, daß sich die Beklagte auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, deren Rechte der Kläger geltend macht, nicht auf die Leistung der Einlage durch die Verrechnungs-abrede berufen dürfte.

Nach den Grundsätzen, die die Rechtsprechung für das kapitalersetzende Darlehen entwickelt hat und die neben den Regelungen der GmbH-Novelle von 1980 weitergelten (BGHZ 90, 370), muß das entgegen dem Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG zur Tilgung des Darlehens Geleistete der Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 31 GmbHG zurückgewährt werden. Diese Rückgewährpflicht träfe hier die Beklagte, die im Wege der Tilgung des Darlehens durch

Verrechnung die Befreiung von ihrer Einlageschuld erlangt hat. Dabei bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der umstrittenen Frage, unter welchen Voraussetzungen allgemein Dritte als Leistungsempfänger nach § 31 GmbHG in Anspruch genommen werden können (vgl. dazu Goerdeler/Müller aaO § 31 GmbHG Rdnrn. 8, 9). Jedenfalls wenn - wie hier - die Tilgungsleistung zwar nicht an den Darlehensgeber selbst, aber mit dessen Einverständnis an einen anderen Gesellschafter erfolgt, besteht kein sachlicher Grund, diesen nicht unmittelbar dem Anspruch aus § 31 GmbHG zu unterwerfen. Der Anspruch geht - begrenzt auf den Betrag des verlorenen Stammkapitals und der darüber hinausgehenden Überschuldung der GmbH (BGHZ 76, 326, 335) - auf Rückgewähr des aus dem Gesellschaftsvermögen Empfangenen (Goerdeler/Müller aaO § 31 Rdnr. 12). Besteht die Zuwendung darin, daß die Gesellschaft eine Forderung gegen den Leistungsempfänger aufgegeben hat, so muß dessen Verbindlichkeit wieder begründet werden; wenn es sich um eine fällige Verbindlichkeit handelt, kann die Gesellschaft unmittelbar Zahlung verlangen. Wenn danach die Gesellschaft die Beklagte weiterhin auf Leistung der verrechneten Kommanditeinlage in Anspruch nehmen könnte, würde sich dies auch im Rahmen der Außenhaftung nach § 171 HGB dahin auswirken, daß sich die Beklagte auch insoweit nicht darauf berufen könnte, daß sie ihre Einlage durch Verrechnung geleistet habe.

Auf die Frage, ob die auf § 32 a Satz 2 KO gestützte Anfechtung der Verrechnungsabrede durch den Kläger wirksam war und welche Rechtsfolgen sich gegebenenfalls daraus für die Außenhaftung der Beklagten ergeben würden, braucht danach nicht mehr eingegangen zu werden.

3. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß das Guthaben der D. KG kapitalersetzende Funktion gehabt habe, wird jedoch von den tatsächlichen Feststellungen nicht getragen. Das Berufungsgericht hat den Begriff der kapitalersetzenden Gesellschafterleistung zu weit ausgedehnt.

Der Anwendung der Grundsätze für kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen steht es allerdings nicht entgegen, daß die D. KG formalrechtlich nicht Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft war. Da die Beklagte ihre Beteiligung an der Kommanditgesellschaft und ihrer Komplementär-GmbH treuhänderisch für die D. KG hielt, ist diese als Darlehensgeberin wie ein Gesellschafter zu behandeln (BGHZ 31, 258, 265 ff.; 75, 334, 335 f.).

Einem Gesellschafterdarlehen kommt jedoch sowohl nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen als auch nach § 32 a GmbHG nur dann kapitalersetzende Funktion zu, wenn es der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewährt oder belassen wird, in dem diese bereits ihre Kreditfähigkeit verloren hatte und ohne die Finanzierungsleistung hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 76, 326, 330; Sen.Urt. v. 6.5.1985 - II ZR 132/85, WM 1985, 1028). An einer solchen Feststellung fehlt es. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob die Kommanditgesellschaft schon konkursreif war, als die D. KG die Personalkosten für sie verauslagte, und sich auf die Feststellung beschränkt, daß die Kommanditgesellschaft im Zeitpunkt der Verrechnungsabrede überschuldet gewesen sei, weil es irrtümlich nur die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens für maßgebend erachtet hat. Diese

ist indessen nur für die Frage von Bedeutung, in welchem Umfang ein kapitalersetzendes Darlehen der Rückzahlungssperre unterliegt. Für die Frage, ob das Guthaben des Gesellschafters überhaupt kapitalersetzenden Charakter erlangt hat, kommt es dagegen darauf an, ob sich die Gesellschaft bereits in der Krise befunden hat, als ihr der Gesellschafter die Finanzierungsmittel zuführte oder weiterhin beließ, obwohl er sie hätte einfordern können. Der Rückforderung eines unter gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen gegebenen Darlehens b e i Eintritt der Krise steht keine Rückzahlungssperre nach § 30 GmbHG entgegen. Nur wenn sich der Gesellschafter zur Fortsetzung seiner Hilfe in der Krise entschließt, muß er die Mittel der Gesellschaft belassen, bis das Stammkapital der GmbH wieder auf andere Weise gedeckt ist (BGHZ 81, 252, 257).

IV. Da der Betrag der aufgerechneten Darlehensforderung und des verrechneten Guthabens der D. KG die Klageforderung übersteigen, wird das Berufungsurteil von der gegebenen Begründung im ganzen Umfang nicht getragen. Es kann auch nicht aus anderen Gründen ganz oder teilweise aufrechterhalten werden:

Die haftungsbefreiende Wirkung der Verrechnungsabrede wäre allerdings auch dann nicht in voller Höhe des verrechneten Betrages eingetreten, wenn es sich bei dem Guthaben der D. KG nicht um ein kapitalersetzendes Darlehen gehandelt hätte, die Kommanditgesellschaft aber im Zeitpunkt der Verrechnung, wie vom Berufungsgericht festgestellt, bereits überschuldet gewesen wäre. Die anstelle einer Bareinlage verrechnete Forderung der D. KG wäre dann im Hinblick auf die Vermögenslage der Gesellschaft nicht mehr vollwertig

gewesen (BGHZ 90, 370, 373 f.). Vermögensgegenstände, die der Kommanditist seiner Gesellschaft anstelle einer Geldeinlage zuführt, befreien ihn aber von seiner Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 HGB nur in Höhe des objektiven Wertes des Geleisteten in dem Zeitpunkt, in dem es in das Gesellschaftsvermögen gelangt. Bringt der Kommanditist etwa eine Forderung gegen einen Dritten in die Gesellschaft ein, so hängt es von der ordnungsmäßigen wirtschaftlichen Bewertung der Forderung ab, ob sie mit dem vollen oder einem geringeren Betrag auf die Haftsumme anzurechnen ist (BGHZ 61, 59, 71). Folgerichtig muß danach im Grundsatz auch gelten, daß der Kommanditist, der anstelle einer Bareinlage die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreit, nur in Höhe des Wertes, den die getilgte Forderung des Gesellschaftsgläubigers hatte, von seiner Haftung gegenüber den übrigen Gläubigern befreit wird. Für die Bewertung der Forderung kommt es dabei auf die Vermögenslage der Gesellschaft (wenn auch unter Berücksichtigung der Ansprüche auf ausstehende Einlagen) an und nicht darauf, ob und inwieweit der Gläubiger seine Forderung bei einem Kommanditisten, der den Gesellschaftsgläubigern nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB noch haftete, hätte realisieren können (vgl. auch Sen.Urt. v. 10.11.1975 - II ZR 202/74, LM HGB § 171 Rdnr. 15).

Soweit der Kommanditist einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, ergibt sich allerdings eine Einschränkung dieses Grundsatzes aus dem Haftungssystem des § 171 HGB. Solange sich die Gesellschaft nicht in Konkurs befindet (§ 171 Abs. 2 HGB), kann der Kommanditist von einem beliebigen Gesellschaftsgläubiger bis zur Höhe der Haftsumme in Anspruch

genommen werden, und zwar in voller Höhe der Gläubigerforderung ohne Rücksicht darauf, ob diese wegen der Vermögenslage der Kommanditgesellschaft noch vollwertig ist oder nicht. Befriedigt der Kommanditist einen Gesellschaftsgläubiger, wird er danach in Höhe der getilgten Gesellschaftsschuld von seiner unmittelbaren Haftung gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern gemäß § 171 Abs. 1 HGB ebenso frei wie durch die Leistung der Einlage an die Gesellschaft (BGHZ 51, 391, 393 m.w.N.). Wenn die befriedigte Gläubigerforderung nicht mehr vollwertig war, tritt in diesem Fall die Haftungsbefreiung des Kommanditisten in Höhe des Nennwerts der Forderung ein, ohne daß der in das Gesellschaftsvermögen gelangte Vermögenswert diesen Betrag erreicht.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Erfordernis einer vollwertigen Einlageleistung ganz allgemein nicht gelte, wenn der Kommanditist die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreit, und es insoweit immer auf den Nennwert der Verbindlichkeit ankomme. Die genannte Ausnahme gilt nur für die im Gesetz vorgesehene Haftungsbefreiung durch Gläubigerbefriedigung und darf im Interesse eines wirksamen Gläubigerschutzes nicht auf Fälle ausgedehnt werden, in denen der Kommanditist die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit entlastet, ohne seinerseits den Gläubiger zu befriedigen. In solchen Fällen greifen vielmehr uneingeschränkt die Kriterien ein, die für die Haftungsbefreiung durch Leistung der Einlage an die Gesellschaft gelten.

Ein Fall der Gläubigerbefriedigung liegt hier nicht vor. Die Beklagte hat an die D. KG nichts geleistet. Sie hätte von dieser aufgrund der Kommanditistenhaftung auch nicht in Anspruch genommen werden können, weil die D. KG

nach dem Treuhandvertrag verpflichtet war, sie von jeglicher Haftung aus ihrer Kommanditistenstellung freizustellen.

Die Verrechnungsabrede kann auch nicht deshalb zum Nennwert der verrechneten Gesellschaftsschuld haftungsbefreiend wirken, weil der Fall bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht wesentlich anders liegt, als wenn die D. KG ihre Forderung der Beklagten abgetreten und diese damit gegen ihre Einlageschuld aufgerechnet hätte. In der früheren Rechtsprechung des Senats ist allerdings der Aufrechnung eines Kommanditisten gegen seine Einlageschuld mit einer Drittgläubigerforderung ohne Rücksicht auf die Werthaltigkeit der aufgerechneten Forderung in Höhe ihres Nennwerts haftungsbefreiende Wirkung zuerkannt worden (BGHZ 51, 391, 394 f.; vgl. auch noch BGHZ 61, 59, 70 f.). An dieser Auffassung, die zunehmend Kritik erfahren hat (u.a.: Wiedemann, Festschr. Bärmann - 1975 - S. 1037, 1040 ff.; Karsten Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten - 1977 - S. 47 ff.), kann jedoch - jedenfalls im Grundsatz - nicht festgehalten werden. Im Recht der Kommanditgesellschaft besteht für die Gläubiger zwar nicht wie bei Kapitalgesellschaften eine Kapitalgarantie in dem Sinne, daß die Kommanditeinlagen in die Gesellschaft eingebracht werden müssen. Den Gesellschaftsgläubigern steht vielmehr grundsätzlich nur in Höhe der Haftsumme der Zugriff auf die Kommanditisten offen, die sich von ihrer Haftung durch Leistung der Einlage an die Gesellschaft befreien können. Soweit es um die Haftungsbefreiung durch Leistung der Einlage geht, gilt aber, wie sich insbesondere aus § 172 Abs. 3 HGB ergibt, das Kapitalaufbringungsprinzip ähnlich wie im Recht der Kapitalgesellschaften mit der bereits dargelegten Folge, daß die Haftungsbefreiung nur in

Höhe des objektiven Werts des Geleisteten eintritt. Danach muß es auch bei einer Aufrechnung oder Verrechnung der Einlageschuld - die als solche zulässig ist - für den Umfang der Haftungsbefreiung auf den objektiven Wert der Verbindlichkeit ankommen, von der die Kommanditgesellschaft auf diesem Wege auf Kosten ihrer Einlageforderung befreit worden ist. Eine weitergehende Haftungsbefreiung kann insoweit auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbefriedigung eintreten. Wenn der Kommanditist gegen seine Einlageschuld aufrechnet, sucht er Befriedigung bei der Gesellschaft, nicht bei sich selbst. Er wird nur mittelbar auf dem Umweg über das Gesellschaftsvermögen aus seinem eigenen Vermögen befriedigt. Sachlich handelt es sich danach um einen Fall der Einlagelcistung, auf den die dafür geltenden Regeln im Interesse des Gläubigerschutzes angewendet werden müssen. Daß der Kommanditist dabei als Gesellschaftsgläubiger insofern schlechter steht als außenstehende Gesellschaftsgläubiger, als er wegen seiner Forderung auf seine eigene Haftsumme nicht in Höhe des Nennwerts, sondern nur in Höhe des objektiven Werts seiner Forderung wirtschaftlich Zugriff nehmen kann, muß er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung hinnehmen.

Durch die Verrechnung ihrer Einlageschuld mit der nicht vollwertigen Forderung eines Drittgläubigers gegen die Gesellschaft konnte die Beklagte nach alledem nur in Höhe des objektiven Wertes der verrechneten Forderung von ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern frei werden. In dieser Höhe trat die Haftungsbefreiung allerdings ein. Der für die GmbH geltende Grundsatz, daß die Verrechnung der Einlageschuld mit einer nicht vollwertigen Forderung gegen die Gesellschaft

im ganzen unwirksam ist (Ulmer in Hachenburg aaO § 19 GmbHG Rdnr. 38 m.w.N.), beruht auf der besonderen Ausprägung des Kapitalaufbringungsgrundsatzes im GmbH-Recht und kann auf die Kommanditgesellschaft nicht übertragen werden.

Für eine abschließende Entscheidung des Senats fehlt es jedoch auch unter dem vorgenannten Gesichtspunkt an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat zwar ausgesprochen, daß die Kommanditgesellschaft im Zeitpunkt der Verrechnungsvereinbarung überschuldet war. Das Ausmaß der Überschuldung, von deren Höhe der Restwert der verrechneten Gläubigerforderung abhing, hat es jedoch nicht festgestellt. Der Betrag der fortbestehenden Haftung der Beklagten kann deshalb nicht eingegrenzt werden. Die Sache

muß danach in vollem Umfang an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen werden, ohne daß es noch darauf ankommt, ob die
von der Revision gegen die Feststellung der Überschuldung
geführten Angriffe begründet sind.

Stempel

Richter am Bundesgerichts-
hof Dr. Schulze kann urlaubs-
halber nicht unterschreiben.

Dr. Kellermann

Stempel

Bundschuh

Dr. Seidl